

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,

MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR,

Quatrième Edition,

REVUE ET CORRIGÉE ;

AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME DIX-SEPTIÈME.

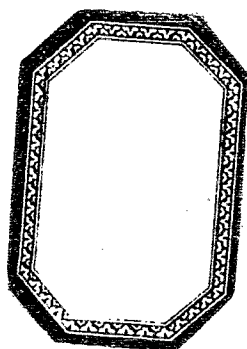
PARIS,

G. THOREL, LIBRAIRE, **GUILBERT, LIBRAIRE,**
Successeur d'ALEX-GOBELET, RUE J.-J. ROUSSEAU, 3.
PLACE DU PANTHÉON, 4. 41 PLACE DAUPHINE, 29.

1844

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

XVII.



TROYES.—IMP. GARDON.

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,
revue et corrigée,
AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉGENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.



TOME DIX-SEPTIÈME.

PARIS.

G. THOREL,
SUCC^r D'ALEX-GOBELET,
Place du Panthéon, 4, et pl. Dauphine, 29.

E. GUILBERT,
LIBRAIRE,
Rue J.-J. Rousseau, 3.

1844.

10-1-1

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

COURS DE DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE III.

TITRE VIII. DU CONTRAT DE LOUAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES ET DÉFINITIONS DES DIVERS CONTRATS DE LOUAGE.

SOMMAIRE.

1. *Le louage est aussi nécessaire et aussi universel que la vente.*
2. *Il y a le louage des choses et le louage d'ouvrage : définition du premier.*
3. *Il y a aussi le bail à culture, mais qui est plutôt un contrat de société qu'un contrat de louage.*
4. *Définition du contrat de louage, qu'il ne faut pas confondre, dans notre Droit, avec le mandat, même convenu avec salaire.*
5. *Ces deux genres de louage se subdivisent en plusieurs espèces particulières.*
6. *Les baux des biens nationaux, communaux ou d'établissements publics, sont soumis à des règles particulières, développées plus loin.*
7. *Certains contrats de louage d'ouvrage ont leurs règles dans le Code de commerce.*

2 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

8. *Rapports de la vente et du louage, et dissemblances.*
- 8 bis. *Concession de récoltes à percevoir ou de coupes successives à faire sur le fonds d'autrui : est-ce une vente ou un louage ?*
9. *Dans le louage comme dans la vente, le prix consiste généralement en numéraire, sinon l'affaire dégénère en un autre contrat, du reste également obligatoire.*
10. *Exception à la règle.*
11. *Le prix doit être fixé par les parties, ou par un tiers désigné par elles.*
12. *Il doit être sérieux pour qu'il y ait réellement contrat de louage.*
13. *Sa vilité, du reste, ne donne pas lieu à la rescision pour lésion.*
14. *Mais l'erreur sur le prix peut donner lieu à la nullité du contrat : distinction à faire à ce sujet.*
15. *Le contrat peut aussi être annulé pour cause de violence ou de dol.*
16. *Le contrat de louage diffère grandement de la constitution d'usufruit : renvoi à une autre partie de l'ouvrage pour l'explication des principales différences.*
17. *Si la cession de la jouissance d'un héritage pendant un certain temps, moyennant un certain prix, est une vente d'usufruit, ou un louage ?*
18. *Ne pas confondre non plus les concessions emphytéotiques avec les simples baux à loyer ; renvoi à un des volumes précédens pour juger des différences les plus importantes.*
19. *Les ventes à vie sont de véritables constitutions d'usufruit. S'il en est de même des baux à vie ?*

4. A raison de sa grande affinité avec le contrat de vente, les rédacteurs du Code, comme ceux des Institutes de Justinien, ont fait suivre immédiatement ce contrat de celui de louage. L'utilité du louage est pour ainsi dire la même que celle de la vente ; il est aussi universel, et, comme la vente, il appartient essentiellement au Droit des gens, parce qu'en tous lieux,

l'homme manquant de certaines choses, est obligé de s'en procurer l'usage, moyennant un certain prix, lorsqu'il ne veut ou ne peut les acheter.

2. Il y a deux sortes de contrats de louage :

Celui des choses ,

Et celui d'ouvrage. (Art. 1708.)

Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, moyennant un certain prix, que celui-ci s'oblige de lui payer. (Art. 1709.)

Ainsi , c'est un contrat parfaitement synallagmatique, commutatif par conséquent, dans lequel l'avantage est réciproque, et qui produit par cela même deux actions : celle de la personne qui donne à loyer, pour être payée du prix , et celle de la personne qui prend à loyer, pour avoir la jouissance de la chose convenue.

Celui qui procure la jouissance de la chose s'appelle *locateur* ou *bailleur* ; et celui qui reçoit cette jouissance s'appelle *locataire* ou *preneur* : il se nomme spécialement *fermier* quand il s'agit de biens ruraux , et *locataire* quand il s'agit de bâtimens ou d'objets mobiliers.

3. Il y a aussi le bail à culture, ou moyennant une portion des fruits du fonds pour celui qui le cultive. Ce cultivateur s'appelle communément *colon partiaire* ou *métayer*. Mais ce contrat tient plus encore du contrat de société, que du contrat de louage ; car l'une des parties fournit sa chose et l'autre son travail, pour partager les fruits dans les proportions convenues ; ce

qui est bien le caractère principal du contrat de société.

4. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. (Art. 1710.)

C'est pareillement, comme on le voit, un contrat parfaitement synallagmatique, et qu'il ne faut pas confondre avec le contrat de mandat, dans lequel aussi un prix peut être convenu, dans notre Droit ¹, pour que l'une des parties fasse quelque chose pour l'autre (art. 1986). Le premier de ces contrats a généralement pour objet un ouvrage manuel; le second, le travail de l'intelligence, des soins à apporter à telle affaire, etc.

5. Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :

Ainsi, on appelle *bail à loyer*, le louage des maisons et celui des meubles ;

Bail à ferme, celui des héritages ruraux ;

Loyer, le louage du travail ou des services ;

Bail à cheptel, celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui auquel il les confie. (Art. 1711.)

Mais c'est encore une opération qui appartient plus au contrat de société qu'au contrat de louage.

Les *devis*, *marché* ou *prix-fait*, pour l'entreprise

¹ Nous disons *dans notre Droit*, parce que, dans le Droit romain, la stipulation d'un salaire dans le mandat en aurait fait un contrat de louage, ou un contrat *innommé*, selon que le salaire aurait été en argent, ou en toute autre chose. § 13, Instit., de *Mandato*.

d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait ¹.

Ces trois dernières espèces ont des règles particulières (*ibid.*), qui seront développées ultérieurement.

6. Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissemens publics, sont soumis à des réglemens particuliers. (Art. 1712.)

Nous en parlerons plus bas.

7. Le louage des matelots est traité au Code de commerce, et c'est aussi dans ce Code qu'on a placé les règles de détail pour le transport des marchandises; le Code civil s'est borné à poser à cet égard quelques principes généraux, ainsi que relativement au transport des personnes.

Nous en parlerons aussi plus loin.

8. Comme dans la vente, il y a, dans le louage, trois choses qui sont absolument essentielles à ce contrat : la jouissance, pendant un certain temps, d'un objet, meuble ou immeuble, ou un certain ouvrage à faire; un prix pour cette jouissance ou cet ouvrage, et enfin le consentement des parties sur l'un et sur l'autre.

Mais le but de la vente est généralement la translation de la propriété de la chose vendue à l'acheteur, et l'acheteur en effet en devient propriétaire si le vendeur l'est lui-même; au lieu que dans le louage des

¹ Voyez toutefois l'article 1787; mais nous tâcherons de concilier les deux articles quand nous parlerons du louage d'ouvrage.

choses¹, l'effet du contrat est simplement d'en conférer la jouissance au preneur pendant un certain temps : d'où il suit que, dans la vente, le vendeur étant généralement débiteur d'un corps certain, cette chose, depuis le contrat, est aux risques de l'acheteur, à moins de convention contraire ; tandis que, dans le louage, elle est aux risques du bailleur si elle vient à périr même par cas purement fortuit ; et une fois qu'elle n'existe plus, il n'est plus dû de loyer, parce que le louage ne subsiste plus : il n'y a plus de jouissance possible : le locateur ne peut plus faire jouir le locataire, et, dès-lors, il n'a plus de loyer à réclamer pour l'avenir.

8 bis. Je puis concéder à quelqu'un, à titre de vente comme à titre de louage, le droit de percevoir une ou plusieurs récoltes à provenir de mon fonds, qu'il devra cultiver à cet effet ; et lorsque l'acte ne s'expliquera pas clairement sur la nature du contrat que nous avons entendu faire, ce sera aux tribunaux à l'apprécier d'après les circonstances de la cause, propres à faire juger de l'intention des parties. Dans le cas où il s'agirait de plusieurs récoltes, et que le prix serait unique, quoique divisé en plusieurs termes de paiement, on devrait incliner à voir dans le contrat plutôt une vente de fruits qu'un louage, nonobstant la circonstance que le concessionnaire aurait à cultiver lui-

¹ Nous disons dans *le louage des choses*, parce que, dans le louage d'ouvrage, lorsque l'ouvrier fournit aussi la matière, il y a translation de la propriété de cette matière au profit de celui pour lequel l'ouvrage se fait : comme, par exemple, lorsqu'un architecte s'engage à me construire, avec ses matériaux, une maison sur mon terrain : au fur et à mesure qu'il emploie ses matériaux, j'en deviens propriétaire. L. 20, ff. de *Contrah. empt.*

même le fonds pour percevoir les récoltes, parce que, s'il n'est pas défendu, comme dit Pothier, de ramasser en un seul prix tous les prix qu'aurait à payer un fermier ou un locataire, du moins cela n'est pas ordinaire, et à moins que le contraire n'apparaisse, les parties sont censées avoir voulu traiter suivant ce qui a lieu le plus ordinairement.

Au lieu que s'il y avait plusieurs prix, payables annuellement ou à des termes périodiques plus courts, on devrait voir un bail dans la convention, plutôt qu'un louage, à moins que le maître du fonds ne dût lui-même en faire la culture; car, dans ce dernier cas, un des effets principaux et ordinaires du contrat de louage étant écarté, tout porterait à penser que c'est plutôt d'une vente de fruits que d'un bail, que les parties ont entendu convenir; tandis que, sans cette circonstance, on devrait voir dans l'acte un bail, et non une vente de fruits, parce qu'il est de la nature du bail que ce soit le preneur, et non le propriétaire, qui cultive, et qu'il est aussi de la nature du bail que le prix en soit payable annuellement, ou à des termes périodiques plus courts.

C'est surtout relativement aux coupes de bois successives que la question peut présenter le plus de difficulté et le plus d'intérêt, soit à cause de la perception des droits d'enregistrement, soit sous d'autres rapports encore.

Supposons d'abord que, dans le louage d'un grand domaine, donné à bail pour neuf ou dix-huit ans, plus ou moins, n'importe, il y ait des coupes de bois, tail-

lis ou futaies mises en coupes réglées, et à faire annuellement ou à des époques périodiques plus éloignées, et que le prix du bail soit un : dans ce cas, il n'y a pas de difficulté, il y a louage pour les coupes que le preneur doit faire comme pour le reste.

Mais si, propriétaire de bois d'une certaine étendue, et divisé par coupes, je concède à Paul le droit de faire successivement un certain nombre de ces coupes, par exemple six, neuf, douze, soit annuellement, soit à des intervalles plus longs, sans expliquer positivement dans l'acte que c'est un bail que j'entends lui passer, mais sans dire non plus formellement que c'est une vente que j'entends lui faire de ces mêmes coupes, il peut y avoir du doute sur la nature du contrat que nous avons entendu faire; et cela est cependant important à déterminer sous une foule de rapports, qu'il serait inutile de développer ici.

Si l'acte ne porte qu'un seul prix pour toutes les coupes à faire, on doit dire qu'il y a vente, quand bien même l'expression de *vente*, ou autre équivalente, comme celles de *cède*, *abandonne*, *transporte*, ne se trouverait pas dans l'acte, qu'il y aurait seulement celle-ci : M. un tel *aura le droit de faire dans mon bois de... tant de coupes*, ou autres expressions semblables; quand bien même aussi le prix devrait être payé en plusieurs fois, soit à des termes égaux ou inégaux, et quand bien même enfin on en aurait divisé le montant en autant de paiemens qu'il y aurait de coupes à faire. Il suffit pour cela que le prix ait été d'abord fixé à une comme unique pour toutes les coupes.

Si, au contraire, il avait été dit que les coupes étaient cédées moyennant la somme de... pour chacune d'elles, payable au fur et mesure des coupes qui seraient faites, nous verrions plutôt dans cet acte un contrat de louage qu'un contrat de vente; car on peut donner à ferme des bois comme d'autres biens, puisque le Code (art. 1713) porte qu'on peut louer toutes sortes de biens, meubles ou immeubles.

Les autres circonstances de la cause pourraient aussi éclairer le juge sur la nature du contrat que les parties ont entendu former.

9. Comme dans la vente aussi, le prix, dans le louage, doit généralement consister en numéraire; en sorte que si je suis convenu avec vous que je jouirai de votre maison pendant neuf ans, et que vous jouirez de la mienne pendant le même temps; ou que je me servirai de votre cheval pendant cette semaine, et que vous vous servirez du mien pendant la semaine suivante, ces conventions, très-valables d'ailleurs, ne forment point des contrats de louage proprement dits; ce sont des contrats sans nom particulier, et qui, dans le Droit romain, n'auraient point produit les actions du louage, mais l'action générale *præscriptis verbis, vel in factum*¹. L'article 1107 du Code civil comprend ces cas, ainsi que bien d'autres, en disant qu'il existe aussi des contrats qui n'ont pas une dénomination particulière.

10. Il est toutefois un cas où le contrat de louage des choses n'a pas un prix en argent : c'est lorsque le colon cultive moyennant une *quotité* des fruits du fond,

¹ § 2, Instit. de locatione et conductione.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, le contrat, dans ce cas, est plutôt un contrat de société, qu'un véritable contrat de louage. On peut aussi convenir que le fermier d'un héritage paiera son prix en une certaine quantité de denrées du fond affermé : les lois romaines elles-mêmes¹, qui s'attachaient si scrupuleusement à la pureté des principes, avaient reconnu cette exception, sans que, dans ce cas, le contrat cessât d'être un contrat de louage proprement dit ; elles s'étaient déterminées par le motif tiré de l'intérêt de l'agriculture.

41. Le prix, comme dans la vente, doit être fixé par les parties, ou du moins par un tiers désigné par elles² ; et ce que nous avons dit au titre précédent, au sujet du prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers, s'applique pareillement au contrat de louage, soit des choses, soit d'ouvrage ou d'industrie³.

42. Il faut également que le prix soit *sérieux*, réel, et il ne l'est point si une chose dont la jouissance serait d'une grande importance était louée pour un prix excessivement vil, *putà uno nummo* ; ou si un prix de quelque importance avait été stipulé dans la vue de ne pas l'exiger, n'étant mentionné dans l'acte que par simulation.

¹ L. 19, § 3, ff. *Locati*.

² § 1, Instit. de *Locat. et conduct.*

³ Suivant le § 1, Instit. *hoc tit.*, si j'avais remis à un dégraisseur des vêtemens pour les nettoyer, sans déterminer avec lui le prix de son travail, mais en disant simplement que je lui paierais ce dont nous conviendrions ensuite, ce n'était point un contrat de louage ; c'était un contrat innommé, donnant lieu à l'action *præscriptis verbis*. Dans notre Droit, le contrat recevrait son effet comme un contrat de louage ; et si les parties, après l'ouvrage fait, ne s'accordaient pas sur le prix, il serait déterminé à dire d'experts.

Mais quoique, dans ces cas, le contrat ne soit réellement point un louage, mais un commodat, s'il s'agit de la jouissance d'une chose mobilière, et une donation de fruits naturels ou civils, s'il s'agit d'immeubles, néanmoins l'acte produira ses effets suivant l'intention des parties, si le prétendu bailleur était capable de conférer l'avantage, et le prétendu preneur capable de le recevoir; sauf l'application, s'il y échet, des règles sur les rapports à succession, et même l'action en réduction de l'avantage qui excéderait le disponible du prétendu locateur.

13. Quelle que soit, au surplus, la vilité du prix du bail, il n'y a pas lieu à rescision pour cause de lésion : elle n'a jamais été admise en pareil contrat.

14. Mais s'il y a erreur sur le prix du louage, il faut distinguer : Si le locateur a entendu louer moyennant cent francs, par exemple, et le locataire prendre à loyer moyennant cinquante francs seulement, il n'y a pas de louage, faute d'un commun consentement sur le prix. Mais si, au contraire, le locateur a entendu louer moyennant cinquante francs, et le locataire moyennant cent francs, il y a louage, et pour cinquante francs seulement¹; car cette somme étant comprise dans l'autre, il y a concours de volonté pour cette même somme.

15. Le contrat de louage peut, du reste, comme les autres conventions, être annulé pour cause de dol ou de violence, ou d'erreur sur la chose; et s'il est démontré, par l'ensemble des clauses de l'acte, le prix

¹ L. 52, ff. *Locati*.

convenu et les autres circonstances de l'affaire, que l'une des parties a entendu acheter, tandis que l'autre a seulement entendu louer, l'acte sera nul quand bien même l'expression *de louage, de louer*, s'y trouverait ¹.

46. Il ne faut point confondre le contrat de louage, quelle que soit la durée de la jouissance conférée au preneur, avec la constitution d'usufruit : les différences sont nombreuses ; nous les avons indiquées, du moins les principales, en traitant de l'usufruit, au tome IV, n° 472 et suivans. On peut recourir à l'endroit cité.

47. De là, on a demandé de quelle nature est le contrat, lorsqu'il a été dit dans un acte que l'une des parties cédait et transportait à l'autre la jouissance d'un certain héritage, pendant un certain temps, moyennant un certain prix ? Est-ce une constitution d'usufruit, une vente, ou bien un louage ?

Suivant Carroccius, dont l'opinion est rapportée par Pothier, dans son traité *du Contrat de louage*, n° 4, la question doit se résoudre par une distinction : Si la cession, disait-il, a été faite pour le prix de plusieurs sommes, payables par chaque année de jouissance, c'est un contrat de louage ; et si elle a été faite pour un prix unique, quoique payable en plusieurs fois, c'est un contrat de vente, et généralement une constitution d'usufruit à temps.

Pothier décidait la question par une autre distinction. Suivant lui : « On doit plutôt dire que, lorsque « la jouissance est accordée pour un temps qui n'ex-

¹ Voyez, tome X, ce que nous avons dit sur l'erreur dans les contrats.

« cède pas neuf ans, ce contrat est présumé être un
« contrat de louage, quand même le prix pour tout le
« temps de la jouissance consisterait dans une somme
« unique, les parties pouvant, par un contrat de
« louage, ramasser en une seule somme et en un seul
« prix, le prix de chacune des années du bail. Au
« contraire, lorsque le temps de la jouissance excède
« celui de neuf années, le contrat doit être présumé
« un contrat de vente, si le prix consiste dans une
« somme unique, ou un contrat de bail à rente, s'il
« consiste en plusieurs sommes payables par chacun
« an. »

Même dans l'ancien Droit, nous aurions préféré la décision de Carroccius à celle de Pothier; sa distinction nous eût paru bien meilleure; car, quoique assurément rien n'empêche les parties, dans un contrat de louage, de convenir d'un seul prix, payable en une ou plusieurs fois, néanmoins, comme cela n'est pas ordinaire, qu'il est, au contraire, de la nature du contrat de louage des choses que le prix soit payé annuellement, ou à des termes périodiques plus courts; si c'est ce qui a été convenu, il est à croire qu'elles ont voulu faire un louage, plutôt qu'une vente ou une constitution d'usufruit à terme. Et aujourd'hui, comme les parties, lorsqu'elles sont capables, peuvent faire des baux de la durée qu'il leur plaît de convenir, sans que le contrat cesse pour cela d'être un louage, la distinction de Pothier ne peut plus être adoptée. Seulement, il y aurait à examiner si les contractans ont entendu établir un droit d'usufruit, ou un droit d'emphytéose,

ou bien un simple louage : les termes de l'acte, la nature des charges imposées au preneur, serviront ordinairement à résoudre la question. C'est en effet une question d'interprétation, ainsi que nous l'avons dit en parlant de l'emphytéose, au tome IV, n° 74. La durée de la jouissance devrait être prise aussi en considération, parce que s'il est permis de faire des baux à longues années, du moins cela n'est pas ordinaire : généralement cette durée est de neuf ans.

18. Quant aux concessions emphytéotiques, elles ont leurs règles spéciales, et les droits de l'emphytéote sont, en général, plus étendus que ceux d'un simple preneur par bail à louage, et même que ceux d'un usufruitier ; ses obligations sont différentes aussi en plusieurs points. Nous avons expliqué les unes et les autres à l'endroit précité. Mais le titre constitutif est toujours la première règle à suivre pour interpréter la nature du droit que les parties ont entendu établir, lorsque les clauses qu'il renfermerait ne seraient point prohibées par quelque disposition particulière de la loi.

19. Il y a aussi les baux à vie et les ventes à vie. Quant à ces dernières, ce sont de véritables droits d'usufruit, dont les effets toutefois peuvent être modifiés par les stipulations des parties. Et pour les baux à vie, par lesquels l'une des parties, pour avoir pendant sa vie la jouissance de la chose de l'autre, s'oblige à lui payer annuellement une certaine somme, les auteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si ce sont des constitutions d'usufruit ou de simples contrats de

louage ; et la question a été jugée diversement, comme on peut le voir dans les anciens répertoires de jurisprudence. C'est encore, suivant nous, une question d'intention ; car, de même que l'on peut convenir d'un droit d'usufruit à vie, moyennant un prix payable chaque année ; de même on peut aussi convenir d'un bail ou louage à vie, moyennant un prix unique une fois payé. Les termes de l'acte serviront ordinairement à déterminer la nature du droit que les parties auront voulu établir ; mais généralement on devrait aujourd'hui incliner à voir un simple louage dans le cas d'une concession moyennant un prix payable chaque année, parce qu'il est de la nature de ce contrat que le prix soit payable annuellement, ou à des termes périodiques plus courts, et qu'aujourd'hui les parties capables peuvent faire des baux de la durée qu'il leur plaît de convenir, ou d'une manière indéterminée : comme la durée de la vie du preneur.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DES CHOSES.

SECTION PREMIÈRE.

DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE LA MATIÈRE DU CONTRAT DE LOUAGE.

SOMMAIRE.

20. *On peut, en général, louer toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, qui sont dans le commerce.*
21. *Cependant les choses qui se consomment par l'usage, comme du vin, du grain, peuvent plutôt être la matière d'un prêt, avec ou sans intérêt, que la matière d'un louage.*
22. *Le droit d'usage et celui d'habitation ne peuvent être loués, à moins que le titre constitutif n'autorisât l'usager à louer ou à céder.*

16 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

23. *On ne peut louer un droit de servitude attaché à un fonds qu'en louant le fonds lui-même.*
24. *Je puis vous louer la faculté de chasser sur mon fonds : les droits de pêche peuvent aussi être loués.*
25. *On peut louer les biens composant les majorats, ainsi que les biens dotaux, quoique, en général, ils ne puissent être aliénés tant qu'ils conservent leur caractère.*
26. *Les services d'un homme libre peuvent être l'objet d'un contrat de louage, quoique un homme libre ne puisse se vendre ni être vendu.*
27. *En sens inverse, il est des choses qui peuvent très-bien être vendues, et qui généralement ne sauraient être l'objet d'un louage régulier.*
28. *Il n'est pas de rigueur que la chose louée soit déterminée d'une manière spéciale.*
29. *En général, je ne puis prendre à loyer ma propre chose : conséquence.*
30. *Autre conséquence.*
31. *Mais je puis prendre à loyer ma chose de celui qui en a l'usufruit.*

20. Suivant l'article 1713, on peut louer toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, pourvu, bien entendu, que les choses soient dans le commerce, car ce qui ne pourrait être vendu comme n'étant point dans le commerce, telle qu'une église consacrée au culte, un chemin public subsistant encore comme tel, ne saurait non plus être la matière d'un louage.

24. Et les choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait, comme du vin, du grain, ne peuvent non plus être la matière d'un véritable contrat de louage, à moins que ce ne fût *ad ostentationem tantum*¹, ce qui sera bien rare. Car dans le louage, la propriété

¹ Voyez, par argument, la loi 3, § 6, ff. *Commodati vel contrà*, qui donne l'exemple d'un prêt à usage de choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait.

de la chose louée doit être conservée au locateur ; il faut que la chose même puisse lui être rendue : le locataire n'en doit avoir que la jouissance ; or, s'il s'agissait de vin ou de grain, il ne pourrait en user sans le consommer, sans faire, par conséquent, acte de propriétaire. Ce serait là l'objet d'un prêt de consommation, *mutuum*, et non l'objet d'un louage ; et le prix convenu pour cette prétendue jouissance serait simplement un intérêt stipulé. On ne peut concevoir la chose autrement que dans le cas extraordinaire où le vin, le grain, le numéraire, serait livré, non pour être consommé, non pour devenir la propriété de celui qui le recevrait, à la charge d'en rendre autant, mais seulement *ad ostentationem*, dans une circonstance particulière, et pour être rendu, non pas en même quantité, mais *in individuo*.

22. L'usager ou celui qui a un droit d'habitation ne peut louer son droit (art. 631 et 634), à moins que le titre constitutif ne le lui permît (Art. 628.)¹.

Il en est autrement de l'usufruitier. (Art. 595.)

23. On ne peut non plus louer un droit de servitude² : il n'y a que le propriétaire du fonds auquel la servitude est due, ou ceux qui jouissent de ce fonds pour quelque cause, qui aient le droit de jouir de cette servitude, et par la jouissance du fonds auquel elle est due. L'usage de la servitude ne peut se détacher de la jouissance du fonds.

Du reste, rien n'empêche que je ne vous loue la

¹ Voyez ce que nous avons dit à ce sujet, au tome V, n° 20 et suivans,

² L. 44, ff. *Locati*.

faculté de passer sur mon fonds pendant un certain temps, moyennant un certain prix ; mais ce ne serait point là louer un droit de servitude, car il n'y aurait pas de servitude.

24. Et je puis très-bien vous concéder, à titre de louage, la faculté de chasser sur mon terrain pendant un certain temps, moyennant un certain prix. Il existe même un décret, du 25 prairial an xiii, portant :
 « Les maires des communes sont autorisés à affermer
 « le droit de chasser dans les biens communaux, à la
 « charge de faire approuver la mise en ferme par le
 « préfet et l'autorité supérieure. »

Les droits de pêche dans les rivières et dans les lacs peuvent aussi être loués.

25. On peut louer les biens composant un majorat, quoiqu'on ne puisse les vendre, et il en est de même des biens dotaux sous le régime dotal proprement dit, quoiqu'en principe ces biens soient inaliénables pendant le mariage, lorsqu'ils n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage.

26. Les services d'un homme libre peuvent être l'objet d'un louage, tandis que la personne ne peut être l'objet d'une vente.

27. En sens inverse, il y a des choses qui peuvent très-bien être la matière d'une vente, et qui ne peuvent régulièrement être la matière d'un louage : telle est une créance, des denrées, etc.

28. Il n'est pas de rigueur que la chose louée soit déterminée d'une manière spéciale ; par exemple, je puis très-bien louer d'un loueur de chevaux, un che-

val pour un certain nombre de jours, ou pour un voyage, sans déterminer celui qu'il devra me fournir ; et pourvu qu'il m'en fournisse un en état de faire le service, il remplira parfaitement son obligation. Mais si le cheval a été désigné entre nous, le locateur ne peut, contre mon gré, m'en fournir un autre, comme, de mon côté, je ne puis en exiger un différent.

29. En général, je ne puis pas plus prendre à loyer ma propre chose, que je ne puis l'acheter¹. C'est pourquoi si j'ai pris à loyer ma maison, ignorant qu'elle m'appartenait, par exemple, parce qu'elle m'était alors échue de la succession d'un parent dont j'ignorais la mort, il n'y a pas de véritable contrat de louage ; et si le bailleur était de mauvaise foi, je pourrais répéter les loyers indûment payés. Mais s'il était de bonne foi, comme le possesseur de bonne foi gagne les fruits tant qu'il n'est pas constitué en mauvaise foi, et que les loyers d'une maison en sont les fruits, je ne pourrais répéter ceux qui auraient été payés, ni même me refuser à payer ceux qui seraient échus et dûs au jour où la bonne foi aurait cessé.

50. Du même principe il suit aussi que, si, après vous avoir passé bail de ma maison pour neuf ans, moyennant mille francs par an, il intervient entre nous, par exemple à la sixième année, une convention par laquelle il est dit que *vous me relouez cette maison moyennant quinze cents francs par an pour les trois années de jouissance qui restaient à courir de votre bail*, au lieu de faire une résiliation pure et simple, cette con-

¹ L. 20, ff. *Locati*.

vention est sans doute très-valable, mais ce n'est point une convention de louage, nonobstant les expressions qui s'y trouvent : c'est en réalité une résiliation de bail, moyennant une indemnité de cinq cents francs par an ; et, pour cette indemnité, vous n'auriez pas le privilège qu'ont les locataires sur les meubles des locataires, en vertu de l'article 2102-2^o, vous n'auriez qu'une créance ordinaire contre moi. Pothier, n^o 31, de son traité *du Louage*, était de cet avis.

34. Au surplus, le principe que je ne puis prendre à loyer ma propre chose, souffre exception dans les cas où, au moment du bail, je n'aurais pas le droit d'en jouir, parce qu'un autre aurait ce droit ; par exemple, parce qu'un autre en aurait l'usufruit, ou aurait sur elle un droit d'emphytéose : dans ces cas, je puis très-bien, au contraire, la prendre à loyer de l'usufruitier (art. 595) ou de l'emphytéote ; seulement le bail, quelque durée qui lui eût été assignée, cesserait dès que le droit du bailleur viendrait à cesser.

SECTION II.

DES PERSONNES QUI PEUVENT FORMER LE CONTRAT DE LOUAGE.

SOMMAIRE.

32. *Les personnes capables de contracter peuvent généralement former le contrat de louage.*
33. *Il n'est toutefois pas nécessaire d'avoir la capacité de disposer de la chose pour pouvoir en faire bail.*
34. *Mais il faut, en principe, en être propriétaire, ou en avoir la jouissance ou l'administration.*
35. *Et avoir le consentement du copropriétaire, si la chose est commune.*
36. *Texte des articles 1429 et 1430, touchant les baux des biens de la femme consentis par le mari.*

- 37. *Leurs dispositions sont applicables aux baux des biens des mineurs ou des interdits, passés par le tuteur.*
- 38. *Observation sur ces baux qui excéderaient neuf années ou qui auraient été renouvelés avant les époques ordinaires de renouvellement.*
- 39. *Les dispositions des articles 1429 et 1430 sont applicables aux baux des biens d'absent passés par les envoyés en possession provisoire.*
- 40. *Des baux passés par l'usufruitier.*
- 41. *Par qui et comment sont passés les baux des biens nationaux.*
- 42. *Et ceux des biens communaux.*
- 43. *Et ceux des biens d'hospices et autres établissemens publics.*
- 44. *Remarque quant aux infractions aux lois qui pourraient avoir été commises dans les baux des biens nationaux, communaux ou d'établissemens publics.*
- 45. *Observations sur la distribution de la matière du louage des choses adoptée par les rédacteurs du Code.*

52. Généralement, pour pouvoir former le contrat de louage, il faut être capable de contracter : c'est pour cela que les mineurs non émancipés qui ont donné ou pris à loyer, peuvent faire rescinder le contrat qu'ils ont fait, s'il leur cause quelque lésion (art. 1305). Les interdits ne peuvent non plus ni donner ni prendre à loyer. (Art. 502.)

55. Mais il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité de disposer de la chose pour pouvoir en faire bail : il suffit d'en avoir l'administration. Ainsi le mineur émancipé peut passer des baux dont la durée n'excède pas neuf ans, sans avoir même besoin pour cela de l'assistance de son curateur. (Art 481.)

La femme mariée peut pareillement passer des baux ordinaires de neuf ans des biens dont elle a l'administration, sans avoir besoin de l'autorisation du mari ;

tel est le cas de la femme séparée de biens par contrat de mariage ou par jugement, et de la femme mariée sous le régime dotal, à l'égard de ses biens parapher-
naux.

Il en est de même de celui qui a été placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ; il n'a pas besoin de l'assistance du conseil pour consentir des baux de cette durée.

Les baux de neuf ans ou au-dessous ont été considérés par les rédacteurs du Code comme de simples actes d'administration, et il n'y a pas lieu à rescision pour cause de lésion ou d'incapacité au profit du bailleur.

54. Régulièrement, il faut être propriétaire des biens, ou en avoir la jouissance ou l'administration, pour pouvoir en passer bail ; en sorte que si Paul a donné à ferme mon domaine, sans mandat de ma part, je ne suis point obligé de souffrir la jouissance du fermier, sauf à celui-ci son recours contre le bailleur. Il en serait souvent ainsi lors même que Paul, au moment du bail, aurait été en possession du fonds, comme l'ayant acheté d'un tiers. Mais nous reviendrons sur ce dernier point, quand nous parlerons des manières dont les baux prennent fin : là nous passerons en revue les différens cas de baux consentis par ceux qui n'étaient pas propriétaires des biens loués ou affermés.

55. Et l'un des copropriétaires ne peut, sans le consentement des autres, passer bail de la chose commune : ceux-ci pourraient en demander l'annulation,

sauf au preneur son recours contre le bailleur, s'il y avait lieu. Ainsi, l'un des héritiers ne peut, de sa seule autorité, passer des baux, même ordinaires, des biens de la succession encore indivis : il lui faudrait le consentement de ses cohéritiers. Il en est de même aussi, en général, d'un associé, à l'égard des biens de la société, s'il n'en a pas particulièrement l'administration.

56. Ceux qui ont la jouissance des biens sans en avoir la propriété, ou qui en ont simplement l'administration, peuvent toutefois passer des baux, en se conformant à cet égard aux règles tracées par la loi.

Ainsi, le mari peut passer des baux des biens de sa femme, lorsque, par l'effet de ses conventions matrimoniales, il a le droit d'en jouir. Les articles 1429 et 1430, que nous avons analysés avec étendue, au tome XIV, n. 310 et suivans, portent : « Les baux
« que le mari seul a faits des biens de sa femme pour
« un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de
« dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-
« vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps
« qui reste à courir, soit de la première période de
« neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de
« la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fer-
« mier (ou locataire) n'ait que le droit d'achever la
« jouissance de la période de neuf ans où il se trouve.

Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari
« seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme,
« plus de trois ans avant l'expiration du bail courant,
« s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans, s'il

« s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur
« exécution n'ait commencé avant la dissolution du
« mariage. »

La même chose a lieu à l'égard des baux passés par le mari seul des biens de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens, et de la femme mariée sous le régime dotal, quant aux biens compris dans la dot. La raison est absolument la même que sous le régime de communauté.

57. Ces dispositions sont applicables aussi aux baux des biens des mineurs passés par les tuteurs (article 1718), et aux baux des biens des interdits également passés par leurs tuteurs¹. (Art. 509.)

58. Si le bail passé par le mari ou par le tuteur a été fait pour plus de neuf ans, ou a été renouvelé, avant les époques ci-dessus, pendant un bail courant, le preneur ne peut se refuser à l'exécuter, quoiqu'il ne fût pas encore entré dans la seconde période lors de la dissolution du mariage ou la majorité, ou que l'exécution du nouveau bail ne fût pas encore commencée à l'une ou à l'autre de ces époques. La restriction mise au pouvoir du mari ou du tuteur est tout entière dans l'intérêt de la femme ou du mineur, ainsi que cela résulte évidemment des articles 1429 et 1430. C'est ce que nous avons démontré en analysant ces articles, à l'endroit précité².

¹ Mais le tuteur ne peut lui-même prendre les biens à ferme du subrogé-tuteur, qu'autant que celui-ci a été autorisé par le conseil de famille à lui en passer bail. (Art. 450.)

² Nous décidons toutefois le contraire quant aux baux à longues années

59. Les dispositions des articles 1429 et 1430 sont aussi applicables aux baux des biens des personnes déclarées absentes, et passés par les envoyés en possession provisoire.

40. Et, par dérogation aux anciens principes, les baux passés par l'usufruitier sont, en cas d'extinction de l'usufruit, obligatoires pour le propriétaire, pourvu que l'usufruitier se soit conformé, soit pour leur durée, soit pour les époques où ils doivent être renouvelés, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de sa femme¹. (Art. 595.)

41. Quant aux baux des biens nationaux, ils se font à la poursuite et diligence des préposés des receveurs de la régie des domaines, devant le sous-préfet de l'arrondissement où les biens sont situés, et à la chaleur des enchères (Lois du 12 septembre 1791, et 28 pluviose an VIII.)

Ils sont annoncés un mois d'avance, par des publications et des affiches aux lieux accoutumés.

passés par l'usufruitier, lorsqu'à l'extinction de l'usufruit le fermier n'est point encore entré dans une nouvelle période de neuf ans, ou que l'exécution des baux renouvelés avant les époques déterminées par la loi, n'est point encore commencée. *Vide* tome IV, n^{os} 587 et 588, où nous établissons les raisons de différence, quant à ce point, entre le cas de baux passés par le mari ou le tuteur, hors des limites légales, et le cas de baux de même sorte passés par l'usufruitier.

¹ Le propriétaire ne pourrait sans doute pas se refuser à entretenir un bail ordinaire, sous prétexte qu'il a été fait à vil prix, car il n'y a pas de rescision pour cause de lésion en matière de louage; mais s'il pouvait établir qu'il y a eu fraude et collusion, il serait en droit de faire résilier le bail. Ainsi, il le pourrait, s'il justifiait clairement que le bail a été fait ou renouvelé à vil prix par l'usufruitier, en vue de favoriser le preneur, qui est peut-être son proche parent. Et s'il peut établir qu'un pot-de-vin ou droit d'entrée a été payé par le preneur à l'usufruitier, la valeur de ce pot-de-vin doit se répartir sur toutes les années du bail, et par augmentation du prix de chaque année, sauf au preneur à répéter de l'usufruitier ou de ses héritiers, ce qu'il devra payer en sus au propriétaire pour cette cause.

Les conditions de l'adjudication sont réglées par le sous-préfet, et déposées en son secrétariat, où il peut en être pris communication, sans frais, par tous ceux qui le désirent. (Lois des 23 octobre et 5 novembre 1790, titre II.)

Ces baux emportent hypothèque et *exécution parée*, encore qu'ils ne soient pas reçus par notaire. (*Ibid.*, art. 14.) C'est une exception à l'article 2127 du Code civil, suivant lequel il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable, qu'autant qu'elle a été stipulée par contrat reçu par notaire. Mais comme cette hypothèque n'est dispensée ni de la spécialité ni de l'inscription, elle ne peut produire d'effet, à l'égard des tiers, que lorsqu'elle contient la désignation des biens, et à dater seulement du jour où elle a été complétée par l'inscription faite sur les registres du conservateur. Cette inscription conserve la règle de la loi de 1790, et fait rentrer l'hypothèque dans le système de publicité et de spécialité qui fait la base principale du régime hypothécaire actuel ¹.

En *aucun cas*, l'adjudicataire ne peut prétendre aucune indemnité ou diminution du prix de son bail, même pour stérilité, inondation, grêle, gelée, ou *tous autres cas fortuits*. (Art. 19 de la même loi.)

L'exécution de ces baux se poursuit devant les tribunaux ordinaires, par les préposés de la régie des domaines, en vertu des contraintes qu'ils décernent. En cas de contestation, l'instruction se fait sur simples mémoires respectivement communiqués, et sans frais

¹ Favard de Langlade, Répertoire, v^o *Louage*, sect. 1, § 4.

autres que ceux du papier timbré et des significations et enregistrement des jugemens, et sans ministère d'avoués. Le jugement est rendu au rapport d'un juge fait à l'audience publique et sur les conclusions du ministère public. (Art. 25 de la loi du 19 décembre 1790 ; 4 de celle du 12 septembre 1791 ; et 17 de celle du 9 octobre suivant.)

C'est la même procédure que celle prescrite en matière d'enregistrement par l'article 66 de la loi du 22 frimaire an VII ; mais cet article porte que les jugemens des tribunaux d'arrondissement *sont sans appel*, tandis que cette disposition ne se trouvant pas dans la loi du 17 décembre 1790, il en résulte que les procès relatifs aux fermages et autres revenus des biens nationaux sont susceptibles d'appel, lorsque leur objet est de valeur indéterminée, ou excède en principal le taux du dernier ressort¹. Telle est aussi la décision d'un arrêt de la cour de cassation du 13 messidor an IX.

42. Les baux des biens des communes sont passés par le maire, par voix d'adjudication, sous la surveillance et l'inspection du sous-préfet et du préfet, après que les mesures convenables ont été prises pour leur donner la publicité qu'exigent les intérêts des communes. (Loi du 14 décembre 1789, art. 50 ; et loi du 28 pluviôse an VIII, art. 9 et 14.)

Telle est aussi la décision de M. Favard de Langlade, à l'endroit précité, où il réfute l'opinion de

¹ Qui était alors de 1,000 fr., et qui est aujourd'hui de 1.500 fr. L. du 11 avril 1838, art. 1^{er}.

M. Merlin (v^o *Bail*) qui a écrit que le droit de passer les baux des biens communaux appartient aux sous-préfets. Nous croyons inutile de discuter ici cette question, dont la solution dépendait de l'interprétation des lois qui ont déterminé l'étendue des pouvoirs des administrations municipales, et qui se trouve d'ailleurs tranchée dans le sens de M. Favard, par l'article 10, n^o 6, de la loi du 18 juillet 1837, sur l'*administration municipale*, ainsi conçu : « Le maire est « chargé de souscrire les marchés, *de passer les baux des* « *biens* et les adjudications des travaux *communaux*, « dans les formes établies par les lois et réglemens. »

43. Enfin le décret du 12 août 1807 a réglé en ces termes la forme et la durée des baux des biens des hospices et autres établissemens publics :

« Art. 1^{er}. A compter de la publication du présent décret, les baux à ferme des hospices et autres établissemens publics de bienfaisance ou d'instruction publique, pour la durée ordinaire, seront faits aux enchères, par devant un notaire, qui sera désigné par le préfet du département, et le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera stipulé par la désignation, conformément au Code civil.

« 2. Le cahier des charges de l'adjudication et de la jouissance sera préalablement dressé par la commission administrative, le bureau de bienfaisance, ou le bureau d'administration, selon la nature de l'établissement.

« Le sous-préfet donnera son avis, et le préfet approuvera ou modifiera ledit cahier des charges.

« 3. Les affiches pour l'adjudication seront apposées dans les formes et aux termes déjà indiqués par les lois et réglemens¹, et, en outre, leur extrait sera inséré dans le journal du lieu de la situation de l'établissement, ou, à défaut, dans celui du département, selon qu'il est prescrit à l'article 683 du Code de procédure civile².

« Il sera fait mention du tout dans l'acte d'adjudication.

« 4. Un membre de la commission des hospices, du bureau de bienfaisance, ou du bureau d'administration, assistera aux enchères et à l'adjudication.

« 5. Elle ne sera définitive qu'après l'approbation du préfet du département; et le délai pour l'enregistrement sera de quinze jours après celui où elle aura été donnée.

« 6. Il sera dressé un tarif des droits des notaires pour la passation des baux dont il est question au présent décret, lequel sera approuvé par nous, sur le rapport de notre ministre de l'intérieur. »

Ce qui précède n'est relatif qu'aux baux de la durée ordinaire de neuf années. Ils ne pourraient être faits pour un temps plus long sans l'autorisation du gouvernement. (Loi des 28 octobre, 5 novembre 1790, tit. II, art. 15; — loi du 11 février 1791, art. 1^{er}.)

¹ Ces lois et réglemens sont ceux dont il vient d'être parlé, c'est-à-dire les lois des 12 septembre 1791, 28 pluviôse an VIII, 23 octobre 1790, et 14 décembre 1789.

² Voyez l'article 696 (nouveau) du Code de procédure, qui a remplacé l'article 683, par l'effet de la loi du 2 juin 1841.

— Arrêté du gouvernement du 7 germinal an ix ; et décret du 12 août 1807, art. 1^{er}.)

44. Aucune des lois qui règlent la forme des baux des biens de l'État, des communes ou des établissements publics, pour la durée ordinaire, ne prononce la nullité en cas d'infraction à leurs dispositions : d'où M. Favard de Langlade conclut, avec raison, qu'elle ne pourrait être prononcée par le juge, que suivant les principes généraux sur les nullités.

45. Les rédacteurs du Code ont sagement séparé les règles relatives au contrat de louage des choses : les unes sont communes aux baux des maisons et des biens ruraux ; d'autres sont relatives aux baux de la première classe, et d'autres enfin sont particulières aux baux à ferme. Ce n'est pas toutefois que cette classification soit parfaitement exacte dans le Code, car, ainsi que nous le démontrerons bientôt, il y a quelques articles qui n'appartiennent pas à la section sous laquelle ils sont placés ¹. Mais ces légères inexactitudes, échappées à l'attention des rédacteurs, n'empêchent pas que cette division ne soit fort utile, en ce qu'elle prévient la confusion des règles sur ce sujet compliqué.

¹ Par exemple, l'article 1736, qui est placé sous la section des règles communes aux baux de maisons et d'*héritages ruraux*, n'est relatif qu'aux baux de maisons, ainsi que le prouve l'article 1775. Les articles 1763 et 1773 n'ont rien de commun avec les baux à ferme proprement dits, puisque le colon partiaire ou métayer n'est réellement point un fermier : aussi les règles ordinaires sur les baux à ferme, notamment les articles 1769 et 1770, ne lui sont-elles point applicables.

SECTION III.

RÈGLES COMMUNES AUX BAUX DES MAISONS ET DES BIENS RURAUX.

SOMMAIRE.

46. Distribution des règles contenues dans la section.

46. Nous aurons à voir comment se forme et se prouve le contrat de bail, quelles sont les obligations du bailleur, celles du preneur, et comment finit le contrat de louage des choses.

§ 1^{er}.**Comment se forme et se prouve la contrat de louage des immeubles.**

SOMMAIRE.

- 47. Le contrat de louage se forme par le seul consentement des parties, et peut se modifier par des conditions comme les autres contrats.*
- 48. Il peut y avoir des promesses de louer comme des promesses de vente, soit unilatérales, soit réciproques.*
- 49. Des arrhes peuvent aussi intervenir dans ce contrat comme dans celui de vente.*
- 50. Dans certaines localités, l'usage autorise à se dédire dans les vingt-quatre heures d'une location verbale d'appartement ou maison.*
- 51. La preuve par témoins d'un bail de maison ou d'héritage rural qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, est inadmissible, quelque modique qu'en soit le prix.*
- 52. Cette règle ne s'applique pas aux louages de meubles.*
- 53. Le serment, au surplus, peut être déferé à celui qui nie le bail, et l'autre partie peut le faire interroger sur faits et articles.*
- 54. Si la preuve par témoins d'un bail qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution doit être admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit ?*
- 55. Si, dans le cas où le commencement d'exécution est avoué ou établi, la preuve par témoins est admissible pour constater*

la durée d'un bail verbal prétendu fait pour plusieurs années ?

56. *Si la preuve par témoins est admissible pour constater le commencement d'exécution du bail, lorsque le prix des loyers cumulés excéderait 150 francs ?*

57. *Le propriétaire peut lui-même déférer le serment au locataire sur le prix du bail dont l'exécution a commencé, lorsque ce prix n'est pas constaté par des quittances.*

58. *Observation sur le cas où l'expertise a été ordonnée pour déterminer le prix, et que l'estimation se rapproche beaucoup plus de celui déclaré par le locataire, que de celui prétendu par le locateur.*

47. Nous avons vu plus haut que le contrat de louage, comme celui de vente, est parfait par le seul consentement des parties sur la chose et le prix ; mais il peut aussi, comme la vente, avoir lieu sous condition, soit suspensive, soit résolutoire, et son effet se régit alors par les principes généraux sur les conditions, sauf que la condition résolutoire met simplement fin au bail, lorsqu'elle s'accomplit, mais ne détruit pas ses effets pour le passé.

La condition résolutoire peut même être potestative de la part de l'un ou de l'autre contractant, et c'est ce qui a lieu notamment dans les baux qu'on appelle de *trois, six à neuf*, c'est-à-dire, pour prendre fin à l'expiration de l'une ou de l'autre de ces périodes, au choix de chacune des parties, ou du bailleur ou du preneur seulement, suivant la convention. C'est ce que nous expliquerons plus loin.

Et le bail fait avec cette clause, que *le preneur restera dans les lieux tant qu'il lui plaira*, est parfaitement valable. Cette clause doit s'interpréter en ce sens, que

le bail devra se continuer jusqu'à la mort du preneur, s'il n'use pas de la faculté qu'il s'est réservée de le faire cesser à sa volonté ¹.

48. Il peut y avoir des promesses de louer comme des promesses de vente, soit mutuelles, soit unilatérales; et ce que nous avons dit au sujet des promesses de vente ou d'acheter, au tome précédent, est applicable aux promesses de donner ou de prendre à loyer, en observant toutefois les différences résultant de la nature de l'un et de l'autre contrat.

Mais une promesse de bail, comme une promesse de vente, ne constitue pas simplement une de ces obligations de *faire* qu'on peut se dispenser d'exécuter *in specie*, en offrant les dommages-intérêts; elle emporte aussi promesse de livrer la chose à celui à qui la promesse a été faite, pour qu'il *en puisse jouir*: en conséquence, les juges, qui, sans constater d'ailleurs que la livraison est réellement impossible, condamnent l'auteur de la promesse, ou à livrer la chose, ou, en cas de non livraison, à payer des dommages-intérêts, méconnaissent la loi et leur décision est réformable par la cour de cassation, si elle lui est déférée ².

49. La dation d'arrhes aussi peut avoir lieu à l'occasion d'un louage ou d'une promesse de louage, comme à l'occasion d'une vente ou d'une promesse de vente; et lorsqu'il sera démontré, par les circonstances du fait ou l'aveu des parties, que les arrhes ont

¹ Voyez l'arrêt de la cour de Paris du 20 juillet 1840. Devilleneuve, 40, II, 445.

Vide pareillement Pothier, *Contrat de louage*, n° 317, et Despeisses, *du Louage*, tit. II, sect. v, nos 19 et 29.

² Voyez l'arrêt de cassation du 3 avril 1838 : Devilleneuve, 38, I, 209.

été données à l'occasion d'un contrat de louage arrêté et définitivement conclu, elles ne donneront pas lieu à se dédire, même en offrant de les perdre ou de les restituer au double : elles seront alors considérées comme un à-compte sur le prix ¹.

Au contraire, lorsqu'elles seront intervenues à l'occasion d'une promesse de donner ou prendre à loyer ou à ferme, on appliquera, par argument, l'article 1590 : en conséquence, celui qui les aura données et qui ne voudra point exécuter la convention, les perdra ; et si c'est celui qui les a reçues qui refuse, il les restituera au double. Mais si la promesse a reçu un commencement d'exécution, alors le contrat est définitif, et aucune des parties ne peut, sans le consentement de l'autre, se refuser à continuer l'exécution, même en offrant de perdre les arrhes ou de les restituer au double.

50. Mais quoique le contrat de louage se forme par le seul consentement des parties sur la chose louée et sur le prix, néanmoins l'usage, dans certaines localités, et quand il s'agit de locations verbales de maisons, accorde la faculté de se dédire dans un court délai : à Paris, notamment, l'usage autorise à se dédire dans les vingt-quatre heures ; et si des arrhes ou *denier à Dieu* ont été données, le locateur, qui les a reçues et qui se dédit, se borne à les restituer ; et si

¹ C'était aussi l'avis de M. Delyncourt, mais non celui de MM. Duvergier et Troplong, qui enseignent que la dation d'arrhes, dans un contrat de louage parfaitement arrêté, donne à chacune des parties le droit de se dédire, par la perte des arrhes ou leur restitution au double, comme dans les simples promesses, soit de vente, soit de louage : nous n'en croyons rien.

c'est l'autre partie qui se dédit, ce qu'elle a donné lui est même rendu. Mais après le temps fixé par l'usage du lieu, aucune des parties ne peut se dédire, même par la perte des arrhes ou leur restitution au double : le contrat est réputé parfait et définitivement conclu; sauf ensuite à l'une ou à l'autre à faire cesser le bail par la signification d'un congé donné en observant les délais fixés par l'usage des lieux, ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

51. Le contrat de louage des maisons et des biens ruraux, quoique se formant, comme la vente, par le seul consentement des parties, ne se prouve cependant pas tout-à-fait de la même manière.

Il a bien lieu, comme la vente, par acte authentique ou sous seing-privé; et si c'est de cette dernière manière que les parties veulent traiter, l'acte doit être fait en doubles originaux, et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui ont été faits, conformément à l'article 1325. Mais la vente peut être prouvée par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, lorsque la valeur de la chose demandée n'excède pas 150 francs; c'est l'application du Droit commun. Au lieu que, d'après l'article 1715, « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve n'en peut être reçue par témoins, *quelque modique qu'en soit le prix*, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.

« Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. »

C'est évidemment une dérogation aux principes généraux sur les preuves, principes qui admettent celle par témoins lorsque la valeur de la chose objet du litige ne s'élève pas au-delà de 150 francs ; et cette exception, dans un contrat qui se forme par le seul consentement, ne peut guère être fondée que sur le désir de prévenir la multitude de difficultés et de petits procès qui auraient pu naître au sujet de conventions de louage faites verbalement, surtout dans les villes, où il n'est guère d'usage de faire des baux écrits quand il ne s'agit que de simples appartemens pour loger les personnes d'une fortune médiocre. On a pu prendre aussi en considération la difficulté de déterminer le montant de l'intérêt réel de la demande, intérêt qui, dans les cas ordinaires, ne doit pas excéder 150 francs, pour que la preuve testimoniale soit admissible.

52. Mais comme cet article 1715 est placé sous la rubrique des règles communes aux baux de maisons et de biens ruraux, sa disposition n'est point applicable aux baux de meubles ni aux louages d'ouvrage. Ainsi, un tapissier peut très-bien prouver par témoins qu'il a loué et livré à ce titre, des meubles d'une valeur qui n'excéderait pas 150 fr. ; et avec un commencement de preuve par écrit, il pourrait même faire admettre la preuve testimoniale pour prouver le louage et la remise d'objets excédant cette valeur.

53. Au surplus, ce n'est que la preuve testimoniale qui est interdite par cet article, et seulement encore lorsque le bail n'a reçu aucun commencement d'exécution : d'où l'on doit conclure que la partie qui in-

voque la convention de louage peut faire interroger sur faits et articles celle qui la nie ; car ce genre de preuve est toujours admis dans les cas où la loi autorise la délation du serment, et l'article permet positivement de déférer le serment à la partie qui nie le bail.

Il est bien vrai que sa seconde disposition dit : « Le « serment peut *seulement* être déféré à celui qui nie le « bail ; » mais c'est pour dire que la preuve par témoins ne peut être admise. Cette disposition se réfère à la première, qui a pour objet d'exclure cette preuve. L'interrogatoire sur faits et articles est même mieux dans le vœu de la loi, que le serment, qui, dans l'ordre des preuves, est la dernière, celle à laquelle on n'a recours que faute d'autres moyens, et qui a le grave danger d'exposer à des parjures. Enfin, l'article 324 du Code de procédure porte que les parties peuvent, *en toutes matières* et en tout état de cause, demander de se faire interroger sur faits et articles... D'après toutes ces considérations, nous ne doutons pas que l'une des parties ne puisse demander que l'autre soit interrogée sur le fait d'un bail verbal, encore qu'il n'ait reçu aucun commencement d'exécution, que des arrhes n'eussent point été données, et quel que fût le montant du prix du bail, de maison où d'héritages ruraux, n'importe.

54. *Quid* s'il existe un commencement de preuve par écrit, une lettre, par exemple, qui rende vraisemblable la convention de louage qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution ?

M. Delyincourt, tome III, page 417 de son ouvrage sur le Code civil (édition de 1819), enseigne que la preuve testimoniale est alors admissible, à quelque somme que s'élève le prix du bail, attendu, dit-il, qu'on a seulement voulu, par l'article 1715, déroger à la disposition de l'article 1341, qui permet d'admettre cette preuve, même sans commencement de preuve par écrit, quand il ne s'agit que d'une somme qui n'excède pas 150 francs; mais qu'on n'a pas voulu par là déroger aux autres règles sur la preuve des conventions.

Nous regardons cette décision comme fort douteuse, et nous ne balancerions pas à la rejeter si la pièce invoquée comme commencement de preuve par écrit, tout en rendant vraisemblable la convention de louage, ne rendait pas également vraisemblable la convention sur le prix; car c'est là une chose essentielle au contrat, et hors de laquelle le consentement prétendu n'est plus qu'une abstraction. Mais, en supposant même que la pièce invoquée comme commencement de preuve écrite rendît vraisemblable le fait du consentement sur la chose et le prix, il nous semble que l'admission de la preuve testimoniale, dans ce cas, où le bail n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, irait contre le texte et l'esprit de l'article 1715.

Cet article, en effet, ne distingue pas entre le cas où l'une des parties invoquerait un commencement de preuve par écrit, et le cas contraire; la seule distinction qu'il fasse, relativement à l'admission ou au rejet

de la preuve par témoins, c'est si le bail a reçu ou non un commencement d'exécution : dans le dernier cas, il autorise seulement la délation du serment. A la vérité, nous pensons nous-même que l'une des parties peut faire interroger l'autre sur faits et articles, mais c'est parce que cette voie est toujours ouverte à celui qui peut déférer le serment ; au lieu qu'il n'en est pas de même de la preuve testimoniale. Au surplus, nous avouerons que la question est douteuse.

55. S'il y a commencement d'exécution, avoué ou établi, il peut y avoir contestation non-seulement sur le prix du bail, mais encore sur la durée du bail lui-même.

Quant à la contestation sur le prix, nous en parlerons bientôt.

S'il y a contestation sur la durée du bail verbal, la preuve par témoins peut-elle être admise pour constater la convention d'un bail prétendu fait pour plusieurs années, pour neuf ans, par exemple ?

La raison de douter se tire de ce qu'on ne peut pas dire que le bail a reçu un commencement d'exécution pour les années suivantes, pour la seconde, la troisième..., d'où l'on pourrait croire que la preuve par témoins doit seulement pouvoir établir une convention de bail pour la durée ordinaire des baux faits sans écrit, c'est-à-dire sans fixation de durée ; sauf à déférer le serment, et l'interrogatoire sur faits et articles, quant à la durée réellement convenue.

Mais tel n'est toutefois pas notre avis : l'article ne distingue pas entre les baux faits sans fixation de du-

rée, et les autres ; ni, quant à ces derniers, entre ceux qui seraient pour une année ou moins, et ceux qui auraient été convenus pour plusieurs années.

Il existe un arrêt de la cour de Nîmes, du 14 juillet 1810, rapporté dans le recueil de *Jurisprudence générale* de M. Dalloz, au mot *Louage*, sect. 1, art. 1^{er}, tome IX, II^e partie, qui a jugé en ce sens. Cet arrêt a décidé que l'article 1715 n'exclut la preuve testimoniale de l'existence d'un bail à ferme dénié par l'une des parties, et qui n'a point été rédigé par écrit, que lorsque ce bail n'a reçu aucune exécution ; d'où il suit, a dit la Cour, que lorsqu'il en a déjà reçu une, la preuve testimoniale ne devrait être écartée qu'autant qu'il y aurait contestation sur *son prix*, auquel cas le propriétaire en serait cru sur son serment, sauf au preneur à demander une expertise, mais que la preuve n'est point écartée quand il ne s'agit que d'établir la *durée* et les autres conditions du bail.

Il paraît résulter des termes généraux de cet arrêt, que, dans le cas où le bail verbal a reçu un commencement d'exécution, la preuve testimoniale est admissible pour établir la *durée* convenue du bail, encore qu'il n'existât aucun commencement de preuve par écrit, et à quelque valeur que s'élevât le prix du bail, soit pour la première année, soit pour toutes les années cumulées. Si telle a été la pensée de la cour de Nîmes, c'est probablement qu'elle a considéré le commencement d'exécution comme équivalant à un commencement de preuve par écrit, comme rendant pareillement vraisemblable le fait allégué, et dont la

preuve se complète ensuite par la déposition des témoins ; et c'est en effet notre avis, sauf toujours ce qui est relatif au prix, qui ne peut être prouvé par témoins, mais seulement de la manière exprimée à l'article 1716, que nous allons expliquer.

56. Mais la contestation peut s'élever sur le commencement même d'exécution, puisque c'est de ce fait que dépend l'admission ou le rejet de la preuve par témoins de l'existence et de la durée du bail. Le locataire, par exemple, prétendra avoir apporté quelques effets dans l'appartement, ou le locateur soutiendra qu'il les avait apportés et qu'il les a ensuite remportés. S'il s'agit d'un fonds, l'une ou l'autre des parties prétendra peut-être qu'il y a eu des actes de culture, etc.

Le commencement d'exécution peut incontestablement être prouvé par témoins : l'article 1715 le décide clairement, puisqu'il dit que la preuve par témoins de l'existence du bail peut avoir lieu quand il a reçu un commencement d'exécution, et cependant le bail est verbal ; car cet article ne suppose pas que les parties, qui n'ont point fait d'écrit quant au louage, en auront fait un pour constater son commencement d'exécution : cette supposition ne serait pas naturelle.

Mais la jurisprudence n'est point uniforme sur le point de savoir si la preuve testimoniale est admissible pour établir le commencement d'exécution et l'existence d'un bail lorsque les loyers cumulés pendant tout le temps de sa durée prétendue excéderaient cent cinquante francs : différens arrêts, cités au recueil de

Jurisprudence générale de M. Dalloz, v^o *Louage*, sect. 1, article 1^{er}, ont décidé la question diversement.

Pour nous, nous pensons que la preuve testimoniale est admissible, quel que soit d'ailleurs le prix allégué, mais seulement avec cet effet de pouvoir établir le commencement d'exécution et ensuite l'existence du bail, ainsi que sa durée, mais non pour établir le prix; que relativement au prix, il y aurait lieu d'appliquer l'article 1716, portant :

« Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail
« verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'exis-
« tera point de quittance, le propriétaire en sera cru
« sur son serment, si mieux n'aime le locataire de-
« mander l'estimation par experts, auquel cas les frais
« de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation
« excède le prix qu'il a déclaré. » Car c'est parfaite-
ment notre cas; le commencement d'exécution est
prouvé ou il ne l'est pas : s'il n'est pas prouvé, l'exis-
tence du bail elle-même ne peut être justifiée que par
le serment que l'une des parties défère à l'autre, ou
par l'aveu, et le prix alors se confond avec l'existence
du bail; il en est inséparable, car il n'y a pas de bail
sans prix : si le commencement d'exécution est prouvé,
et ensuite l'existence du bail, ainsi que sa durée, s'il
y a eu aussi contestation sur ce point, on est dans les
termes mêmes de notre article, et le propriétaire en
est cru sur son serment quant au prix, si mieux n'aime
le locataire demander l'expertise. Au moyen de cette
distinction, nous ne faisons aucune différence entre
le cas où ce serait le propriétaire qui prétendrait avoir

loué verbalement, et qui demanderait à être admis à la preuve par témoins, et le cas où ce serait la personne qui prétendrait avoir pris à loyer de cette manière.

57. Rien n'empêche, au surplus, le propriétaire, dans le cas d'un bail qui a reçu un commencement d'exécution, et lorsqu'il y a contestation sur le prix non constaté par des quittances, de déférer lui-même le serment au locataire : il peut renoncer au droit introduit en sa faveur par l'article 1716, et s'en tenir au Droit commun. Mais alors le locataire pourrait de son côté lui référer le serment, car on serait dans les termes du serment décisoire ; on serait sorti de ceux de l'espèce de serment *in litem* consacré par cet article.

58. Et quelque absolues que soient les expressions finales de ce même article, nous pensons que si, dans le cas où l'expertise aurait été demandée par le locataire, l'estimation, quoique supérieure au prix déclaré par lui, se rapprochait beaucoup plus de cette déclaration que de celle du bailleur, nous pensons, disons-nous, que les frais de l'expertise ne devraient pas rester à la charge du preneur, ou du moins qu'ils devraient être supportés en commun ; car la présomption de vérité et de bonne foi serait plus de son côté que de celui du bailleur. Ne serait-il pas déraisonnable, en effet, de condamner seul le locataire aux frais de l'expertise et aux autres frais du procès, dans le cas, par exemple, où il a déclaré le prix avoir été fixé à 600 fr. et que les experts ont décidé que le loyer de la chose vaut 700 francs, tandis que le locateur a prétendu avoir loué moyennant 1,200 francs et davantage ?

§ II.

Des obligations du bailleur.

SOMMAIRE.

59. *Principales obligations du bailleur résultant de la nature seule du contrat.*
60. *Quelques-unes de ces obligations peuvent être modifiées par des conventions sans altérer pour cela l'essence du contrat.*
61. *Le bailleur doit délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce, sauf convention contraire.*
62. *Il est dû garantie au preneur pour les vices qui empêchent l'usage de la chose, et pour ceux aussi qui lui ont causé quelque perte, quand même le bailleur les aurait ignorés lors du bail.*
63. *Application du principe quant à ces derniers vices, et conciliation avec l'article 1646, au titre de la Vente.*
64. *Suite.*
65. *Le bail est résilié de plein droit par la perte de la chose en entier; la perte de partie donne lieu à une diminution du prix du bail, et peut même, suivant les circonstances, donner lieu à la résiliation.*
66. *Le bailleur ne peut, pendant la durée du bail, changer la forme de la chose louée, sans le consentement du preneur.*
67. *Mais il peut y faire les réparations qui sont devenues urgentes et qui ne pourraient être différées jusqu'à la fin du bail : texte de l'article 1724 sur ce point.*
68. *Le bailleur n'est pas garant des troubles de fait que des tiers apportent à la jouissance du preneur, lorsqu'ils ne prétendent d'ailleurs aucun droit sur la chose.*
69. *Secus lorsque le preneur est troublé par suite d'une action sur la propriété;*
70. *Ou par suite d'une action relative au droit d'usufruit ou à quelque autre droit prétendu sur la chose elle-même.*
71. *L'éviction de partie seulement de la chose peut aussi, suivant les circonstances, donner lieu à la résiliation du bail, à la demande du preneur, qui peut toutefois se contenter d'une diminution du prix.*
72. *Obligation du preneur de dénoncer les troubles et usurpations au bailleur.*

73. *Ce sont les juges de paix qui connaissent des indemnités réclamées par les fermiers ou locataires pour fait de non jouissance, à quelque somme que s'élève la demande quand le droit n'est pas contesté : développemens.*
74. *L'impôt foncier, en l'absence de toute convention contraire, est à la charge du bailleur.*
75. *Secus de l'impôt des portes et fenêtres.*
76. *Le fermier ou locataire non chargé de l'impôt par son bail, ni d'en faire l'avance, n'est point tenu de l'avancer sur le prix du bail : conséquence.*
77. *Observations quant à l'augmentation de l'impôt foncier durant le bail, et aux charges extraordinaires mises sur la propriété, lorsque le bail charge le fermier des impôts, soit simplement, soit des impôts même futurs.*
78. *Transition aux obligations du preneur.*

59. Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière,

- 1° De délivrer au preneur la chose louée;
- 2° D'entretenir cette chose en état de service à l'usage pour lequel elle a été louée;
- 3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. (Art. 1719.)

60. La première de ces obligations est même de l'essence du contrat, car il est impossible de concevoir un louage de choses si un objet n'est pas livré au locataire, pour qu'il en jouisse.

Les deux autres peuvent être modifiées par les conventions des parties. Il peut être convenu, en effet, que le bailleur ne sera point tenu de faire, pendant la durée du bail, les réparations qui pourraient devenir nécessaires pour l'entretien de la chose; que le locataire en jouira tel qu'elle est ou sera, sauf à lui à faire

ces réparations, si cela lui convient. On peut même convenir qu'il sera tenu de les faire à ses dépens, ainsi que celles dont la chose aurait besoin au temps du contrat. Il peut être convenu aussi que le bailleur ne sera point tenu de défendre le preneur contre telle ou telle action qui viendrait à être exercée par un tiers, et que, en cas d'éviction, le preneur n'aura aucuns dommages-intérêts à réclamer pour non jouissance, que le bail sera purement et simplement résilié, etc., etc. Toutes ces conventions sont très-valables, parce qu'elles ne font que déroger plus ou moins à ce qui est simplement de la nature du contrat de louage, et non à ce qui tient à son essence. Il en est d'elles comme des conventions qui modifient la garantie de droit dans les ventes, ou qui l'excluent même tout-à-fait.

64. Le bailleur est tenu aussi, par la nature du contrat, de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce.

Et il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres, toutefois, que les locatives. (Art. 1720.)

Mais, comme il vient d'être dit, les parties ont pu convenir que le bailleur ne serait point tenu de faire les réparations qui pourraient devenir nécessaires pendant la durée du bail; et s'il a été dit qu'il livrerait la chose telle qu'elle se trouvait au moment du contrat, il n'est point obligé de la livrer en bon état de réparations de toute espèce, mais seulement en l'état où elle se trouvait au moment de la convention, bien que des réparations fussent alors nécessaires pour que le

preneur pût en jouir commodément suivant sa destination ; sauf à ce dernier à les faire lui-même , si bon lui semble. Nous verrons plus loin quels peuvent être ses droits , à la fin du bail , à raison des réparations qui n'ont pas été mises à sa charge , et qu'il aurait faites de ses deniers.

On pourrait même convenir , dans ce cas , que le locataire devra prendre les lieux et les maintenir dans l'état où ils se trouvent au moment du bail , ce qui l'empêcherait même d'y faire aucun changement , même à ses frais , sans le consentement ultérieur du bailleur. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Ainsi , les articles 1719 et 1720 ne statuent que comme droit commun , sans préjudice des conventions particulières portées dans le bail. Mais si ces conventions n'existent pas , le bailleur , quoique le preneur ait vu les lieux , est obligé , par la nature même du contrat , à lui livrer la chose en bon état de réparations de toute espèce , ce qui comprend par conséquent les réparations même simplement locatives. Il ne serait pas écouté à dire qu'il a donné à loyer la chose dans l'état où elle se trouvait lors de la convention ; que , par cela même que le preneur l'a vue avant de conclure le louage , et n'a fait aucune réserve au sujet des réparations qu'il pouvait y avoir à faire , il a entendu ne la livrer qu'en cet état : car on lui répondrait que la loi suppose bien que le preneur a vu la chose , puisqu'il n'est pas naturel que l'on prenne à loyer une chose sans l'avoir vue , et néanmoins elle décide que le bail-

leur doit la livrer en bon état de réparations *de toute espèce*, ce qui comprend par conséquent même les réparations dites locatives, dont il est parlé tout aussitôt après, pour les mettre, il est vrai, à la charge du locataire, mais quand elles deviennent nécessaires *pendant la durée du bail* : donc celles de ces réparations qui étaient déjà devenues nécessaires au commencement du bail, restent, de Droit commun, à la charge du bailleur, et ce n'est qu'une convention modificative du principe établi en l'article 1720, qui en exclut l'application.

72. Par suite des mêmes règles, il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail. Et s'il est résulté de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'en indemniser. (Art. 1721.)

Cette décision, au surplus, n'est pas particulière aux baux de maisons ou de biens ruraux ; elle est générale, et s'applique à toute espèce de louage de choses, meubles comme immeubles.

65. Mais cet article 1721, dans sa seconde partie, paraît en opposition avec la disposition de l'article 1646, au titre *de la Vente*. En effet, il décide, d'une manière générale, que le bailleur est tenu d'indemniser le preneur de la perte que celui-ci a éprouvée à raison des vices de la chose louée, lors même qu'il ne les aurait pas connus ; tandis que, dans le cas de vente, si le vendeur a ignoré le vice dont la chose

était infectée, il doit simplement restituer à l'acheteur le prix de la vente et les frais du contrat, mais sans aucuns dommages-intérêts : il ne doit les dommages-intérêts qu'autant qu'il a connu le vice lors de la vente, et n'en a pas averti l'acheteur. (Art. 1645.)

Supposons donc que la chose soit un cheval atteint de la morve, et que le maître de ce cheval l'ait vendu, ignorant le vice dont il était infecté ; il doit simplement restituer le prix de la vente, s'il l'a reçu, et les menus frais auxquels cette vente a pu donner lieu : il ne serait tenu d'aucuns dommages-intérêts envers l'acheteur qui aurait perdu ses autres chevaux par suite du vice contagieux dont était atteint ce cheval. Mais s'il l'a simplement loué, il semble, d'après l'article 1721, qu'il doit au locataire des dommages-intérêts pour la perte que celui-ci aurait faite de ses propres chevaux, qui auraient péri par l'effet de ce vice contagieux.

Mais pourquoi cette différence existerait-elle entre le cas de louage et celui de vente ? On n'en voit pas la raison : aussi doit-on entendre l'article 1721 avec un certain tempérament. Cet article est tiré de la loi 19, § 5, ff. *Locati-conducti*, ainsi conçue : *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest : nec ignorantia ejus erit excusata. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur : hic enim si pecora demortua sunt, vel etiam deteriorata facta, quod interest præstabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes. Et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.*

Ainsi, dans le cas où l'on m'a loué de mauvais ton-

neaux ou des tonneaux gâtés, qui ont fait périr mon vin, le jurisconsulte décide que celui qui me les a loués doit m'indemniser de la perte du vin, quoiqu'il ait ignoré leur mauvaise qualité; mais c'est parce qu'il devait la connaître. Le jurisconsulte suppose que c'était un homme du métier, et c'est l'interprétation de Voët, *ad Pandectas, hoc tit.*, n° 10. Au lieu que, lorsque la chose louée est un pâturage, dans lequel il naît de mauvaises herbes, qui ont fait périr le bétail, ou l'ont considérablement appauvri, le jurisconsulte distingue : Si le locateur, dit-il, savait qu'il naissait dans ce fonds des herbes dangereuses pour les animaux, il doit au preneur des dommages-intérêts pour la perte qu'il a éprouvée; mais dans le cas contraire, il est seulement privé du droit de demander le prix du bail, en d'autres termes, d'en souffrir la résiliation.

Domat analyse de la manière suivante cette loi, et c'est très-probablement en ce sens que les rédacteurs du Code ont entendu le principe qu'ils ont posé dans l'article 1724. Il n'y avait, en effet, aucune raison de changer les anciennes règles sur ce point, et d'établir, quant à ce même point, une différence entre le cas de louage et celui de vente.

« Si celui, dit Domat¹, qui loue une chose pour
 « quelque usage, la donne telle que, par quelque dé-
 « faut, il en arrive quelque dommage au preneur, il
 « en sera tenu. Ainsi, par exemple, si celui qui loue
 « des vaisseaux pour y mettre de l'huile, du vin, ou
 « d'autres liqueurs, en donne qui ne soient pas bien

¹ Voyez aussi Pothier, *du Louage*, n° 116.

« conditionnés, il sera tenu de la perte ou du dom-
« mage qui en arrivera; car celui qui loue une chose
« pour quelque usage doit savoir si elle y est propre,
« et garantir cet usage, dont il prend le loyer. Mais
« si les défauts des choses louées sont un pur effet de
« quelque cas fortuit, que celui qui les donne à louage
« n'ait pu connaître ni présumer, il ne sera pas tenu
« de l'événement de ce cas fortuit, mais seulement
« de remettre le loyer ou le prix du bail. Ainsi, par
« exemple, si, dans un pâturage baillé à ferme, il se
« trouve des herbes qui fassent périr le bétail du fer-
« mier, le propriétaire qui aura ignoré ce défaut, ou
« parce que ces herbes seront survenues de nouveau,
« ou par quelque autre juste cause d'ignorance, ne
« sera pas tenu de la perte de ce bétail; mais il ne
« pourra rien prétendre du prix de son bail¹. »

Il y a donc à considérer, d'après Domat et le jurisconsulte romain, si celui qui a donné la chose à loyer a pu ou non connaître le vice dont elle était infectée, et qui a nui au locataire; et si c'est par exemple un tonnelier qui a loué de mauvais tonneaux, un maquignon qui a loué un cheval vicieux, etc., comme, par état, il devait connaître le vice de sa chose, il en devra répondre. Dans les autres cas, le locateur sera responsable s'il a connu le vice de la chose; mais le point de savoir s'il le connaissait ou non serait laissé à l'appréciation des tribunaux, qui se détermineraient suivant les circonstances du fait, et mettraient, selon

¹ En supposant toutefois que la perte s'élevât au prix du bail : autrement il pourrait réclamer la différence.

ces mêmes circonstances, la preuve à la charge du locateur ou du locataire. Voilà, nous le croyons, ce qu'on peut dire de plus raisonnable pour concilier le principe de l'article 1721 avec celui de l'article 1646 et les autres dispositions relatives aux dommages-intérêts.

Toutefois, notre distinction, ou plutôt celle du Droit romain et de notre ancienne jurisprudence, n'a point été accueillie par la cour royale de Paris, ni par celle de cassation, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Paris. « Attendu, a dit la cour de cassation, que le dispositif de l'arrêt attaqué s'appuie sur les articles 1721 et 1724 du Code civil, et qu'en accordant des dommages-intérêts aux preneurs, à raison des vices de la chose louée, sans distinction du cas où ces vices étaient connus du bailleur, de celui où il les ignorait, la cour royale de Paris s'est bornée à faire à la cause une *application littérale* de la loi citée, à laquelle, au surplus, on ne peut rattacher les articles 1645 et 1646 du Code civil, parce que les dispositions en sont relatives au contrat de vente, et n'ont pas été reproduites pour le contrat de louage, qui renferme, dans l'article 1719, des obligations particulières au bailleur; rejette ¹. »

Oui certainement la cour royale de Paris s'était bornée à faire à la cause une application littérale de l'article 1721, et, d'après cela, il était difficile de combattre avec succès sa décision devant la cour de cassation. Mais devait-elle faire cette application lit-

¹ Arrêt du 30 mai 1837. Devilleneuve, 37, 1, 602.

térale, sans énoncer (non plus que la cour de cassation elle-même) aucun motif sur lequel serait fondée une différence de principe aussi notable entre la vente et le louage, et sans indiquer non plus une raison de quelque valeur qui aurait pu porter les rédacteurs du Code à s'écarter des anciens principes à cet égard ? telle est la question, et la poser dans ces termes, c'est la résoudre, ce nous semble. Ah ! si *la lettre* du Code devait toujours prévaloir, il faudrait renoncer à l'interpréter...

64. Mais *quid* si un bâtiment loué vient à s'écrouler pendant le bail ; le locateur est-il tenu de la perte des meubles et des denrées du locataire ?

Suivant l'article 1386, le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

S'il en est responsable, dans ces cas, vis-à-vis des voisins, auxquels la ruine du bâtiment a causé du dommage, à plus forte raison en est-il responsable à l'égard du locataire envers lequel il s'est obligé par le contrat de louage ; car il était tenu, par la nature même du contrat, de livrer la chose en état de servir à l'usage auquel elle était destinée, et de faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations nécessaires à son entretien.

La loi 55, ff. *Locati*, décide bien, il est vrai, que celui qui a donné des greniers à loyer n'est pas responsable des pertes causées par leur écoulement, s'il n'a pas pris sur lui l'obligation de surveiller ces gre-

niers : *Dominus horreorum , effractis et compilatis horreis , non tenetur , nisi custodiam eorum recepit* ; mais précisément, dans notre Droit, le locateur d'un bâtiment quelconque étant tenu, par la nature même du contrat de louage, de faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations nécessaires à son entretien, il est censé avoir pris sur lui *custodiam rei*, s'il n'y a convention contraire.

65. Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou même la résiliation du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement. (Art. 1722.)

Dès que le preneur ne jouit plus, ou ne jouit plus qu'en partie, quelle qu'en soit la cause, il n'y a plus de bail ; ou le prix en doit être diminué ; car ce n'était qu'en raison de la promesse du bailleur, *de le faire jouir*, qu'il avait promis le prix : il l'avait promis pour une jouissance *successive*. Mais, d'un autre côté, il ne peut réclamer de dédommagemens, attendu que le bailleur n'était pas responsable du cas fortuit qui a fait périr la chose, en tout ou partie.

66. Le bailleur, pendant la durée du bail, ne peut changer la forme de la chose louée (art. 1723), sans le consentement du preneur. En vain alléguerait-il que celui-ci n'en souffrira pas, et qu'il doit toujours être permis à un propriétaire d'améliorer sa chose : c'était à lui à faire ses réserves. Le preneur a loué la

chose en cet état, et s'il s'oppose à ce que la forme en soit changée, c'est probablement parce qu'il y a pour lui convenance ou intérêt à ce que ce changement n'ait pas lieu.

67. Mais il ne faut pas confondre avec un changement de forme, les réparations dont la chose pourrait avoir besoin pendant le cours du bail : le propriétaire ne peut être empêché de les faire. « Si, porte l'article 1724, la chose louée a besoin, durant le bail, de réparations urgentes, et qui ne peuvent être différées jusqu'à la fin du bail, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée.

« Mais si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail est diminué en proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il a été privé.

« Toutefois, si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci peut faire résilier le bail. »

Cette dernière disposition est générale et s'applique par conséquent au cas où les réparations ne dureraient pas plus de quarante jours, comme au cas contraire : elle n'est pas restreinte au dernier cas. Mais ce serait aux tribunaux à juger en fait, d'après un rapport d'experts, si les réparations doivent rendre inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille ; et si ces réparations devaient être faites dans

un très-bref délai, la demande en résiliation du preneur devrait être facilement rejetée, si le propriétaire lui offrait quelques pièces voisines pour y loger et y placer ses meubles pendant que se feraient les réparations.

Et il faut remarquer que lorsque les réparations ont duré moins de quarante jours, il n'est dû aucune indemnité ou diminution de prix au preneur, encore que celui-ci ait été privé, pendant qu'elles se faisaient, d'une partie de la chose louée. Ce n'est que lorsqu'elles ont duré plus de quarante jours qu'il a droit à une diminution du prix, laquelle est fixée en proportion du temps et de la partie dont il a été privé. C'est qu'alors la privation de jouissance est de quelque importance, et qu'on a voulu d'ailleurs obliger par là le bailleur à faire les réparations avec le plus de diligence possible. Au lieu que dans le premier cas, on s'est déterminé par l'adage *de minimis non curat Prætor*.

Mais dans le cas où les réparations ont duré plus de quarante jours, l'indemnité n'est pas bornée au temps de privation de jouissance au-delà des quarante jours, elle est, comme le dit l'article, en proportion *du temps* et de la partie dont le locataire a été privé.

68. Le bailleur est bien tenu de faire jouir le preneur de la chose louée, mais il n'est toutefois pas obligé de le garantir du trouble que des tiers apportent par voie de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose ; sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel. (Art. 1725.)

Ainsi, il ne lui est dû aucune garantie à raison du

vol des fruits ; c'était à lui à les garder. C'est à lui aussi d'empêcher que les voisins ne passent sur les fonds, lorsqu'ils n'y prétendent point d'ailleurs de droit de servitude ; à s'opposer à ce que des tiers ne détournent furtivement les eaux des prés loués, etc., etc.

69. Si, au contraire, le locataire ou le fermier est troublé dans sa jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, il a droit à une décharge ou à une diminution proportionnelle du prix du bail à loyer ou à ferme, pourvu que le trouble et l'empêchement soient dénoncés au propriétaire. (Art. 1726.)

Et l'article 1768 impose au preneur d'un héritage rural, sous peine de dommages-intérêts, l'obligation d'avertir le propriétaire des usurpations qui seraient commises sur les fonds : cet avertissement doit être donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation, suivant la distance des lieux.

Toutefois, le preneur ne perdrait pas son recours en garantie pour privation de jouissance, faute par lui d'avoir dénoncé le trouble dans ce délai, si ce défaut de dénonciation n'avait en réalité causé aucun préjudice au bailleur, parce que le droit du tiers était incontestable et n'a nullement été déterminé par ce retard. L'article 1640 fournirait un puissant argument pour le décider ainsi.

70. Le preneur aurait également droit à une décharge ou à une diminution proportionnelle du prix, dans le cas où l'empêchement procéderait d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, exercé par un tiers. L'exercice même d'une simple servitude par un

voisin pourrait aussi, en certains cas, donner au preneur droit de prétendre à une indemnité, si cette servitude n'était point apparente et ne lui avait pas été déclarée lors du bail : comme serait un droit de passage par la cour de la maison louée.

Et s'il était privé, au contraire, de l'exercice de quelque servitude qu'il a dû croire exister au profit de la chose louée, et dont le bailleur a ensuite été évincé, il y aurait également lieu à une indemnité si le bailleur n'avait pas fait de réserve à ce sujet.

71. Dans le cas d'éviction d'une partie seulement de la chose louée, le preneur pourrait même demander la résiliation du bail, suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant l'importance de l'objet évincé relativement au tout ; car c'est pour lui comme si cet objet était venu à périr par cas fortuit ; or, dans ce cas, l'article 1722 l'autoriserait à demander la résiliation, suivant les circonstances.

Et il y aurait lieu aussi aux dommages-intérêts à son profit à raison des bénéfices qu'il aurait pu faire, ainsi que pour les frais et loyaux coûts du bail, qui se trouveraient ainsi perdus en partie.

Mais si c'est pour cause d'utilité publique, que le preneur est privé de la jouissance de la chose, en tout ou partie, il ne peut réclamer de dommages-intérêts du bailleur ; sauf à lui, s'il y a lieu, à réclamer de l'administration une indemnité pour les pertes que peut lui causer la privation de jouissance.

72. Si ceux qui ont commis les voies de fait contre le fermier ou le locataire, prétendent avoir quelque droit

sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors de cause, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède. (Art. 1727.)

Il doit également dénoncer au bailleur les usurpations commises sur les haies, les arbres, les fossés, ou sur quelque partie de terre, quelque peu importante qu'elle soit, encore que ceux qui les ont commises n'allèguent point avoir des droits de propriété sur ces objets. Il en est de même des passages exercés par les voisins depuis le bail, et des prises d'eau, également exercées depuis que le preneur est entré en jouissance, quoiqu'ils les aient exercées clandestinement.

75. D'après l'article 10 du titre 3 de la loi du 24 août 1790, les actions relatives aux indemnités prétendues par les fermiers ou locataires, pour non jouissance, sont de la compétence des juges de paix, à quelque somme que s'élève le montant de la demande; lorsque le droit à l'indemnité n'est pas contesté. Et suivant l'article 3 du Code de procédure, c'est le juge de paix de la situation des biens qui doit connaître de la demande formée à ce sujet, toujours lorsque le droit n'est pas contesté.

La nouvelle loi *sur les Justices de paix*, du 25 mai 1838 (art. 4), met dans les attributions des juges de paix la connaissance, sans appel, jusqu'à la valeur de

cent francs, et à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance (c'est-à-dire jusqu'à quinze cents francs de principal, art. 1^{er} de la loi du 11 avril 1838), des indemnités réclamées par le fermier ou le locataire pour non jouissance provenant du fait du propriétaire, lorsque le droit à une indemnité n'est pas contesté.

Et l'on doit ici regarder aussi comme *fait du propriétaire*, la privation de jouissance éprouvée par le fermier ou le locataire, et résultant d'une éviction totale ou partielle de la chose, en propriété ou en usufruit; car il y a faute du bailleur d'avoir loué ce qui ne lui appartenait pas : il devait mieux connaître ses droits.

Le droit serait contesté si le défendeur prétendait qu'il n'y a pas eu de bail, ou que le bail est nul, ou qu'il ne comprenait pas tel objet que le fermier ou le locataire prétendrait y avoir été compris, ou qu'il y a dans le bail une clause de non garantie, et sans diminution de prix, pour le cas d'éviction qui est arrivé, etc.; mais il n'est point contesté, lorsque les parties sont d'accord sur la cause même de non jouissance, et ne contestent seulement que sur la valeur de l'indemnité due pour cette cause.

Dans le cas même où le droit à l'indemnité serait contesté, le juge de paix serait compétent pour connaître de la contestation jusqu'à concurrence de cent francs en dernier ressort, et de deux cents francs à charge d'appel, en vertu de l'article 1^{er} de la même

loi, qui le décide ainsi pour *toutes* actions purement personnelles et mobilières.

74. Si, dans le contrat de louage, verbal ou par écrit, il n'y a point de convention qui mette l'impôt foncier à la charge du preneur, il est supporté par le bailleur; car celui-ci *doit faire jouir* le preneur; or, sans le paiement de l'impôt, la jouissance est impossible. Il est vrai que l'impôt foncier est une charge des fruits, et que c'est le fermier qui a les fruits, mais la réponse est simple : le bailleur promet au preneur, par la nature même du contrat de louage, la jouissance de ces mêmes fruits sans aucune charge, autre que celle des frais de culture nécessaires pour les obtenir.

Cette décision est applicable au cas aussi où le bailleur n'est point lui-même propriétaire, mais bien un fermier ou locataire, qui a sous-loué; sauf à lui à se faire faire raison par son bailleur, si l'impôt n'a pas été mis à sa charge par son propre bail.

75. Néanmoins, en l'absence de toute convention contraire, l'impôt des portes et fenêtres est dû par le locataire, d'après l'article 12 de la loi du 4 frimaire an VII; et la chose a été jugée en ce sens par arrêt de cassation, du 26 octobre 1814. Sirey, 15, I, 244.

76. Le fermier ou locataire non tenu par son bail de l'impôt foncier, ni chargé d'en faire l'avance, n'est point tenu de l'avancer; et s'il a été obligé de le payer, pour éviter la saisie des fruits, il a son recours de suite contre le bailleur : il n'est point obligé d'attendre l'échéance d'un terme pour en faire compensation avec les fermages dus pour ce même terme.

Mais ordinairement les baux contiennent la clause que le fermier ou le locataire principal paiera l'impôt foncier en déduction du prix du louage, ou en sus du prix.

77. Lorsque le contrat porte que le fermier sera tenu, outre son prix, de l'impôt foncier, sans autre explication, s'il survient une augmentation de cet impôt, ou une diminution, durant le bail, est-elle à la charge du fermier ou à son profit ?

Cela ne serait pas douteux si l'acte portait que le fermier sera tenu de tous les impôts existans ou qui pourraient exister ; car ce serait là une loi que se seraient faite les parties, et qu'elles devraient par conséquent observer (art. 1134) ¹. Mais dans le cas prévu d'abord, il y a plus de doute. Néanmoins nous pensons que le fermier, en se chargeant d'une manière générale de l'impôt, sans dire de l'impôt existant, est censé s'en être chargé tel qu'il serait lorsqu'il deviendrait exigible. Cela ne peut faire de doute, au surplus, pour les centimes additionnels départementaux ou communaux, parce que ces centimes additionnels ne sont qu'un accessoire de l'impôt principal, dont ils doivent par conséquent suivre le sort.

Mais quant aux charges imposées sur la propriété durant le bail, et qui ne seraient point charges des fruits, par exemple un emprunt forcé, une contribution extraordinaire établie dans des circonstances

¹ A moins que la loi même constitutive de l'augmentation de l'impôt ne la mit spécialement à la charge du propriétaire, nonobstant toute convention à ce contraire dans le bail, ainsi que cela s'est vu quelquefois, notamment par la loi de finances de 1831.

malheureuses où l'État se trouverait engagé, la clause du bail qui mettrait à la charge du fermier les impôts d'une manière générale, sans autre explication, celle-là même qui mettrait à sa charge les impôts actuellement existans et ceux qui pourraient être établis à l'avenir, ne lui feraient point supporter ces charges extraordinaires, puisque l'usufruitier lui-même n'en est pas tenu : il est seulement tenu de tenir compte des intérêts au propriétaire qui les paie, ou si l'usufruitier a fait l'avance de la charge, son capital lui est remboursé à la fin de l'usufruit. (Art. 609.)

Le fermier, selon nous, ne serait même pas tenu des intérêts des sommes payées par le propriétaire à ce sujet, à moins que les termes de l'acte ne dussent faire juger que, sous ce rapport, il a consenti à ce que ses obligations fussent les mêmes que celles d'un usufruitier, ce qui ne devrait pas facilement se présumer.

Au surplus, dans les lois qui créent ces charges extraordinaires, il y a ordinairement des dispositions qui règlent, sous ce rapport, les obligations respectives des bailleurs et des preneurs, ainsi que celles des propriétaires et des usufruitiers, soit en raison de leurs conventions, soit même quelquefois nonobstant ces mêmes conventions.

78. Telles sont les obligations générales du bailleur dans le contrat de louage des maisons et des biens ruraux; elles peuvent, comme nous l'avons dit, se modifier par des conventions particulières au gré des contractans. Voyons maintenant celles du preneur.

§ III.

Des droits et des obligations du preneur.

SOMMAIRE.

79. *Le preneur a droit à tous les fruits, tant naturels qu'industriels, que produit la chose.*
80. *A moins de stipulation contraire, il ne jouit pas de la maison de maître d'une terre, ni des jardins d'agrément.*
81. *S'il jouit de l'alluvion ?*
82. *Selon l'auteur, il a le droit de chasser sur les fonds affermés, si cette faculté ne lui a pas été interdite : renvoi à un volume précédent quant à la discussion plus approfondie de cette question.*
83. *Il a le droit de sous-louer, et même de céder son bail, à moins de convention contraire.*
84. *La clause d'interdiction est toujours de rigueur : espèce jugée par application du principe.*
85. *Autre espèce.*
86. *Mais si la sous-location se trouve résiliée, et si elle n'a eu d'ailleurs aucune exécution avant la demande en résiliation du bail, cette demande doit être rejetée.*
87. *Si l'interdiction de sous-louer empêche un fermier de changer le colon partiaire ? distinction à faire.*
88. *Dans les locations de maisons, l'interdiction de sous-louer n'a souvent lieu que d'une manière restrictive, par rapport à certaines professions ou métiers.*
89. *Le bailleur qui veut user du privilège de l'article 2102 pour être payé même de ce qui est à échoir, renonce tacitement par cela même au bénéfice de la prohibition de sous-louer.*
90. *Sous-louer et céder le bail sont deux opérations différentes, dont les effets sont différents aussi : exemple.*
91. *Autre exemple.*
92. *Si l'interdiction de sous-louer, conçue d'une manière générale, emporte prohibition de sous-louer une partie quelconque ?*
93. *Si l'interdiction de la faculté de céder le bail, sans autre explication, emporte, dans tous les cas, la prohibition de sous-louer même certaines parties de la chose ?*

94. *Le preneur est tenu d'user de la chose suivant sa destination exprimée par le bail, ou présumée d'après les circonstances, et de payer le prix aux termes convenus.*
- 94 bis. *Disposition de la loi du 25 mai 1838, qui présente quelque ambiguïté relativement à la compétence pour les demandes en paiement des loyers ou fermages.*
95. *Application de la règle quant au mode de jouissance du fermier ou locataire.*
96. *Suite.*
97. *Suite.*
98. *Suite.*
99. *Suite.*
100. *Le preneur n'est pas tenu des pertes ou dégradations causées par vétusté ou force majeure.*
101. *S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire.*
102. *Il répond des dégradations ou pertes arrivées pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute.*
103. *Il répond de celles qui ont été causées par les personnes de sa maison ou par les personnes qu'il a reçues chez lui.*
104. *Il répond de l'incendie, sauf les cas exprimés à l'article 1733.*
105. *Il doit aussi indemnité aux voisins qui ont éprouvé un dommage par l'effet de l'incendie ; mais c'est aux voisins à prouver que l'incendie a eu lieu par sa faute.*
106. *Le Droit français est plus sévère que le Droit romain quant à la responsabilité des mattres et des hôtes : développemens.*
107. *L'aubergiste locataire n'est pas responsable, en général, de l'incendie causé par la malice ou la négligence d'un voyageur.*
108. *S'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie, sauf certains cas.*
109. *Quid si le locateur habitait aussi la maison ?*
110. *Celui des locataires qui, par l'effet de la solidarité, a payé toute l'indemnité, a son recours contre les autres.*
111. *Quid à l'égard des effets d'un locataire affranchi de la*
XVII.

responsabilité, dont les effets ont péri dans l'incendie, et qui ne prouve pas que le feu a commencé chez un autre locataire ?

112. *Le principal locataire répond de l'incendie vis-à-vis du propriétaire, sauf son recours contre les sous-locataires.*
113. *Quelle est l'étendue de la responsabilité de deux principaux locataires, ou de deux locataires d'un même appartement ?*
114. *L'architecte est responsable de l'incendie causé par vice de construction et arrivé dans les dix ans de l'achèvement des travaux.*
115. *Si le propriétaire dont la maison a été abattue par les voisins pour intercepter la communication du feu, peut réclamer d'eux une indemnité ? Droit romain sur ce point, et discussion.*

79. Le preneur, par la nature du contrat de louage, a le droit de jouir de la chose suivant sa destination; en conséquence, et sauf clause contraire dans le bail, il a droit à tous les fruits, tant naturels qu'industriels ou civils, qu'elle peut produire; et si des parties de bois du domaine affermé sont comprises dans le bail, il a le droit d'en faire les coupes, en observant l'ordre et la quotité déterminés par le bail, ou, à défaut de clause spéciale à ce sujet, en suivant l'aménagement existant au temps du contrat.

Si c'est une carrière, une minière, ou une tourbière en exploitation, qui est l'objet du louage, le preneur en fait les produits siens en les retirant de la terre, quoique ce ne soit pas là, à proprement parler, des fruits. Mais il ne doit pas donner à l'exploitation une extension exagérée, qui n'aurait point été dans la prévision des contractans et qui n'aurait pour cause qu'un événement nouveau, fortuit, et tout-à-fait im-

prévu lors du contrat. Par exemple, si je louais à un fabricant de chaux, qui n'a en ce moment qu'un seul four, le droit d'extraire de ma carrière la pierre calcaire qui lui sera nécessaire, il ne devrait pas pouvoir, en établissant de nouveaux fours, les entretenir avec la pierre tirée de ma carrière, s'il ne m'avait pas prévenu du dessein où il était de donner plus d'extension à son commerce, et surtout si la cause de cette extension était quelque événement extraordinaire survenu depuis le bail.

80. Quoique le preneur ait, en général, toute l'utilité de la chose, sauf stipulation contraire, néanmoins, lorsqu'il s'agit d'une terre qui, outre la maison du fermier, contient une maison de maître, un jardin d'agrément, des bosquets, le fermier n'en jouit pas, à moins que la jouissance ne lui en ait spécialement été concédée par le bail; car ces objets sont censés réservés par cela même qu'ils ne sont point destinés au produit, et que le produit est l'utilité qu'un fermier est supposé rechercher dans le contrat de louage. C'était l'avis de Pothier, et nous le croyons parfaitement fondé. Le fermier est censé avoir voulu obtenir le droit de jouir seulement de tout ce qui est nécessaire à un ménage rustique, la maison d'exploitation, les granges, celliers, cuvages, écuries, hangars, greniers et autres bâtimens nécessaires à l'exploitation d'un domaine ou d'une ferme, et non des bâtimens et jardins ou bosquets destinés à l'habitation ou à l'agrément du propriétaire, et dont les fermiers précédens n'avaient pas joui; car s'ils en eus-

sent joui, et que le propriétaire ne se les fût pas réservés dans le nouveau bail, on pourrait décider, suivant les circonstances, que les parties ont entendu qu'il en serait pour le nouveau fermier comme pour les précédens.

84. Pothier (n° 278) lui refusait la jouissance des alluvions, à moins de stipulation contraire dans le bail. La raison qu'il en donnait, c'est que l'alluvion n'a pas été louée au fermier; que si l'acheteur profite de celle qui est survenue au fonds depuis la vente jusqu'à la délivrance, c'est parce que la chose était à ses risques, et *quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda*; mais cela, dit-il, ne peut se dire du fermier, qui a droit à une diminution du prix si la chose vient à périr en partie par la violence du fleuve. Et si l'usufruitier, comme l'acheteur, jouit de l'alluvion qui survient durant l'usufruit (art. 596), c'est, d'une part, parce qu'il jouit comme le propriétaire lui-même (art. 578), et, d'autre part, parce que les risques sont à charge en ce qui concerne la jouissance de la chose : tellement que si c'est par vente que l'usufruit a été constitué, l'usufruitier ne peut obtenir aucune diminution du prix pour cause de la perte d'une partie de la chose, et même de la totalité; et il devrait même payer en entier le prix convenu, s'il ne l'avait pas encore fait.

Cependant il faut convenir que cette décision de Pothier, qui laisserait la jouissance des alluvions ordinaires au propriétaire, n'est pas sans difficulté. Dans la pratique, elle ne peut guère être admise.

L'alluvion étant un accroissement insensible et imperceptible qui se fait successivement aux fonds riverains des cours d'eau, à combien de difficultés et de procès ne donnerait pas lieu la prétention des propriétaires de vouloir en jouir à l'exclusion des fermiers ! Comment déterminer l'accroissement avec précision ? Et faudra-t-il que le fermier fournisse sans indemnité le passage par l'intérieur des fonds pour aller cultiver les petites parties de terre produites par alluvion ? Le bailleur, qui pouvait bien songer qu'il en surviendrait probablement, et qui n'a fait aucune réserve à ce sujet, ne doit-il pas être censé avoir entendu que le fermier en jouirait comme du reste ? On peut d'autant mieux le croire, que, généralement, l'alluvion est un objet de peu d'importance, du terrain sablonneux et du gravier ; et le fermier a bien aussi des chances à courir, puisqu'il ne peut obtenir d'indemnité ou diminution du prix pour perte des fruits, qu'autant que la moitié au moins d'une récolte a été enlevée par cas fortuit. L'alluvion et les fonds ne forment qu'un seul et même fonds, et c'est le motif qui fait que l'usufruitier en jouit ; or, sous ce rapport, la raison n'est-elle pas la même quant au fermier ? n'est-ce pas ce fonds qui lui a été loué ? Aussi nous croyons qu'on ne devrait adopter l'opinion de Pothier que dans le cas où le fonds serait affermé à raison de tant la mesure : alors chaque mesure ayant son prix, le fermier ne devrait en effet pouvoir prétendre jouir des nouvelles mesures qu'à la charge de payer un prix, dont les parties convien-

draient, en raison de la quantité du terrain ajouté par l'alluvion, et de sa qualité, et si le fermier n'en voulait pas, on ne pourrait le forcer à faire entrer cet accroissement dans son bail.

82. Le fermier a-t-il le droit de chasser sur les fonds, si cette faculté ne lui a pas été interdite par le bail ? Nous n'en faisons pas le moindre doute, quoiqu'un arrêt de la cour de Paris, du 19 mars 1812, dont nous rapportons l'espèce et le dispositif au tome IV, n° 286, en traitant du droit de chasse, ait jugé le contraire. Mais, dans l'espèce, le fermier avait chassé dans les bois, dont le propriétaire n'avait pas affermé les coupes, et avec un grand nombre de personnes. Quoi qu'il en soit, comme nous avons examiné la question sur toutes ses faces, nous ne croyons pas devoir la discuter ici de nouveau. *Voyez* toutefois aussi les numéros qui précèdent, au même volume.

83. Le preneur, soit d'héritages ruraux, soit de maisons, a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite par le bail ¹.

Elle peut lui être interdite pour le tout ou partie.

Cette clause est toujours de rigueur. (Art. 1717.)

84. Et elle est tellement de rigueur, qu'il a été jugé, par arrêt de cassation ², que le preneur à qui

¹ Cette faculté ne s'applique pas à celui qui cultive moyennant une portion des fruits du fonds (colon partiaire ou métayer), car c'est plutôt un associé qu'un fermier proprement dit (art. 1763). Mais nous reviendrons sur ce point plus bas.

² Du 26 février 1822, rapporté, avec l'espèce, au Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *Louage*, sect. 1. § 1.

la faculté de sous-louer avait été interdite, n'avait pu se dispenser d'exécuter le bail, tout en offrant au bailleur le choix entre la résiliation ou les dommages-intérêts pour la différence entre le prix par lui promis et celui auquel le bailleur relouerait lui-même la chose à un autre, s'il n'aimait mieux que ce fût le locataire qui la relouât. En conséquence, le preneur a été obligé de payer le prix du bail en son entier, aux époques convenues, sans pouvoir maintenir le sous-locataire, quoiqu'il alléguât d'ailleurs de bonnes raisons pour ne pouvoir plus habiter lui-même la maison, tellement que, dans l'esprit de l'arrêt, l'acceptation de fonctions publiques dans une autre ville ne fournirait pas une excuse suffisante au preneur pour que le bailleur fût forcé de se relâcher de la rigueur de la clause. Mais l'on sent qu'il ne peut être contraint à l'habiter lui-même, car ce serait gêner sa liberté naturelle; sauf les dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné, en sus du prix, s'il en résultait un préjudice pour le propriétaire, et surtout si c'était un fonds dont le fermier abandonnerait la culture. En effet, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur mutuel consentement, ou pour les causes que la loi autorise. (Art. 1134.)

Toutefois, si c'était l'appel au service militaire qui fût obstacle à ce que le locataire habitât lui-même la maison, on devrait voir là un cas de force majeure, et le locataire devrait être écouté dans sa demande à fin de résiliation ou à être autorisé à sous-louer, ou

dans son offre de payer la différence de son prix d'avec celui auquel le locateur relouerait lui-même à un autre et de bonne foi, au choix du locateur. Mais nous n'entendons point appliquer cette décision au cas d'enrôlement volontaire, quoique nous regardions le domestique comme suffisamment dégagé par cette cause, ainsi qu'on le verra plus bas.

85. La cour de cassation a aussi jugé, par arrêt de cassation, du 17 mai 1817¹, que l'interdiction de sous-louer en tout ou partie avait donné lieu à la résiliation, sur la demande du bailleur, dans un cas où le fermier d'une assez grande propriété rurale n'avait même sous-loué que quelques objets qu'il ne pouvait guère exploiter par lui-même, des moulins et des tuileries. C'était, a-t-on dit, sa faute de n'avoir pas excepté ces objets de la clause prohibitive de la faculté de sous-louer.

86. Mais la même cour, section des requêtes, a toutefois jugé, par arrêt du 13 décembre 1820², que le bailleur ne doit pas obtenir la résiliation si la sous-location n'a reçu aucune exécution avant la demande, et se trouve elle-même révoquée, anéantie avant cette époque. En effet, c'est alors un acte indifférent pour le bailleur. Ce qu'il a voulu interdire, c'était la jouissance de sa chose par un autre que le locataire; or, dans l'espèce, un autre n'a pas eu et n'aura pas cette jouissance.

87. L'interdiction faite à un fermier de sous-louer

¹ Cité aussi au Répertoire de M. Favard, *loco citato*.

² Pareillement cité au même ouvrage.

ou céder son bail, ne fait point obstacle à ce qu'il change le métayer ou colon partiaire qui se trouverait dans le fonds, si cette faculté ne lui a pas été aussi interdite. Et s'il n'y en avait pas dans le fonds lors de son entrée en-jouissance, il y aurait à examiner, d'après les circonstances de la cause, si le bailleur a dû croire que le preneur se proposait de cultiver par ses mains, ou de faire cultiver par celles d'un colon partiaire : dans le premier cas, le preneur ne pourrait placer un colon ou métayer, sans l'aveu du propriétaire, parce que, dans la pensée des parties, ce serait là *sous-louer*, moyennant une part des fruits. Dans le second cas, il pourrait mettre un colon dans le fonds, et la prohibition de sous-louer et de céder s'entendrait de la prohibition de faire un autre bail à ferme, ou une cession à un tiers du droit résultant de celui qui existe. C'est donc là une question d'interprétation d'intention.

88. Souvent, dans le louage des maisons et des appartemens faits pour un certain temps, l'interdiction de sous-louer ne se fait que d'une manière restrictive : par exemple, il est dit, dans le bail, que le locataire ne pourra louer à des personnes de telle ou telle profession, plus ou moins incommode, à un serrurier, à un charpentier, etc. : dans ces cas, le locataire peut sous-louer à d'autres personnes.

89. Et nonobstant l'interdiction la plus absolue de pouvoir sous-louer ou céder le bail, si le bailleur, usant du privilège établi par l'article 2102, s'est fait payer de tout ce qui était à échoir, nul doute qu'il ne doive

être considéré comme ayant par là renoncé au droit résultant de la prohibition, et que les créanciers du preneur ne puissent, en conséquence, faire leur profit du bail pour tout le temps qui reste à courir, ainsi qu'il est dit à cet article : autrement il faudrait laisser le fonds sans culture, la maison sans être habitée, contre toute raison et l'intérêt général, ou bien le bailleur aurait tout à la fois les fermages ou loyers et les produits, ce qui serait inique. C'est au propriétaire, en pareil cas, à demander la résiliation, si cela lui convient, mais alors à n'exercer son privilège que pour ce qui est échu. La clause d'interdiction aura toujours par là un puissant effet, et le bailleur ne peut raisonnablement vouloir davantage.

90. Sous-louer et céder le bail sont deux opérations différentes, et dont les effets, sous plusieurs rapports, sont différens aussi.

Si, par exemple, fermier d'un héritage rural, par un bail de neuf ans, je vous en fais bail moi-même pour trois ans, ou pour tout le temps de ma jouissance, et que la moitié d'une récolte vienne à périr par cas fortuit, dont vous ne vous êtes pas chargé, je vous devrai une indemnité ou une diminution du prix du bail pour cette année, si vous n'avez pas été indemnisé par les années précédentes ; car je suis un bailleur par rapport à vous.

Au contraire, si je vous ai fait cession de mon bail, je ne vous devrai aucune indemnité pour cette cause ; seulement vous pourrez réclamer de mon bailleur celle que j'aurais pu réclamer moi-même ; et s'il ne m'en

était dû aucune à ce sujet, soit parce que j'ai pris sur moi les cas fortuits, soit parce que j'avais été indemnisé par les années précédentes, vous ne pourriez rien lui demander.

91. Dans le cas de sous-location, j'aurais incontestablement sur les objets apportés par vous dans la ferme et sur la récolte de l'année, le privilège du bailleur, pour être payé du prix de la sous-location; mais je ne l'aurais pas dans le cas de cession, pour être payé du prix de cette cession, du moins le privilège ne pourrait s'exercer sur vos meubles; car je ne serais point un locateur, mais un cédant, un vendeur. Le privilège pourrait tout au plus s'exercer sur les fruits de l'année, par analogie du privilège du vendeur de meubles, et même il est fort douteux qu'il eût lieu, attendu qu'aucune loi ne l'établit positivement pour ce cas, et qu'il est de principe qu'en matière de privilège tout est de rigueur.

92. L'interdiction du droit de sous-louer conçue d'une manière générale, empêche le preneur de pouvoir sous-louer même une partie, sans le consentement du bailleur; et elle l'empêche aussi de pouvoir céder son bail en tout ou partie. En disant que le preneur peut sous-louer et *même* céder son bail, si cette faculté ne lui a pas été interdite, l'article 1717 fait clairement entendre que céder le bail est encore un droit plus étendu pour le preneur que le droit de sous-louer: or, si ce dernier droit lui a été interdit, le premier l'a par cela même été; car celui qui n'a pas le *moins* ne saurait avoir le *plus*. Par cette interdiction,

le bailleur a témoigné qu'il ne voulait pas qu'un autre que le preneur jouît de sa chose.

Du reste, rien n'empêcherait le preneur d'un héritage rural d'associer un tiers aux pertes et aux bénéfices de son bail par une cession qu'il lui ferait d'une quote-part de son droit, et en continuant de cultiver lui-même exclusivement le fonds, sans l'intervention du tiers. Ce serait comme lorsqu'un associé associe à sa part un tiers. (Art. 1861.)

95. Mais l'interdiction de la faculté de céder le bail, sans autre explication, n'emporte pas, dans tous les cas, la prohibition de sous-louer ; cela dépend de l'interprétation de la volonté des parties. Par exemple, si je passe bail à quelqu'un d'une maison occupée par un grand nombre de locataires, sachant bien qu'il n'entend pas l'occuper lui-même, du moins en totalité, et que néanmoins je lui interdise la faculté de céder son bail, afin qu'il reste lui-même à la tête de l'exploitation, l'interdiction de céder n'emportera pas en ce cas celle de sous-louer et de renouveler les baux des divers locataires. Seulement, il ne pourrait pas sous-louer à un seul, parce qu'alors ce serait comme s'il cédait son bail, s'il sous-louait pour le temps qui en resterait encore à courir¹.

Pareillement, si je donne à ferme une terre considérable, qui renferme divers corps de domaines, des moulins, des tuileries, et que j'interdise au fermier la faculté de céder son bail, cette prohibition ne s'étend

¹ Voyez, sur l'un et l'autre point, l'arrêt de la cour de Paris, du 6 mai 1835 ; Devilleneuve, 35, II, 305.

pas jusqu'à l'empêcher de sous-louer ces moulins, ces tuileries, que généralement un fermier ne peut même exploiter lui-même, puisque cela exige une industrie particulière. Il faut donc toujours en revenir à l'interprétation de ce qu'ont vraisemblablement voulu et entendu les parties : c'est une règle générale et juste. (Art. 1156)

94. Le preneur est tenu de deux obligations principales :

1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention.

2° De payer le prix du bail aux termes convenus. (Art. 1728.)

94 bis. Suivant la loi du 25 mai 1838, article 3,
« les juges de paix connaissent, sans appel, jusqu'à la
« valeur de 100 francs, et à charge d'appel, à quelque
« valeur que la demande puisse s'élever, *des actions*
« *en paiement de loyers ou fermages*, des congés, des
« demandes en résiliation de baux, fondées sur le
« seul défaut de paiement des loyers ou fermages;
« des expulsions de lieux et des demandes en validité
« de saisie-gagerie; le tout lorsque les locations ver-
« bales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à
« Paris, 400 francs, et 200 francs partout ailleurs.

« Si le prix du bail consiste en denrées ou presta-
« tions en nature, appréciables d'après les mercu-
« riales, l'évaluation sera faite sur celles du jour de
« l'échéance, lorsqu'il s'agira du paiement du fer-

« mages; dans tous les autres cas, elle aura lieu suivant les mercuriales du mois qui aura précédé la demande. Si le prix du bail consiste en prestations non appréciables d'après les mercuriales, ou s'il s'agit de baux à colons partiaires, le juge de paix déterminera la compétence en prenant pour base du revenu de la propriété le principal de la contribution foncière de l'année courante, multiplié par cinq. »

De ces mots, *le tout lorsque les locations verbales ou par écrit n'excèdent pas annuellement, à Paris, 400 francs, et 200 francs partout ailleurs*, il paraîtrait résulter que, dans le cas d'un bail de 500 francs à Paris, par exemple, ou de 250 francs partout ailleurs, le juge de paix ne serait pas compétent pour connaître, même en premier ressort, d'une demande en paiement de reliquat de loyers, quoique la somme ne fût que de 50 fr. et moins encore; tandis que, d'après l'article 1^{er} de la même loi, il connaît *de toutes actions purement personnelles ou mobilières*, en dernier ressort, jusqu'à la valeur de 100 fr., et, à charge d'appel, jusqu'à la valeur de 200 francs. Mais s'il en devait être ainsi, ce serait une énorme contradiction de vues dans la loi; on aurait, en ce point, grandement restreint la compétence des juges de paix, tandis que cette même loi a eu précisément pour but de l'augmenter. Nous croyons donc, au contraire, que l'article 3 ne fait aucun préjudice à l'article 1^{er} quel que soit le prix annuel du bail. Ces mots *le tout*, etc., doivent s'entendre des autres causes de demandes énoncées dans ce même article. Com-

ment, en effet, admettre que les juges de paix puissent connaître en premier ressort, il est vrai, d'une demande en paiement de plusieurs années de loyers, s'élevant, par exemple, à 1,200 francs, à Paris, si le prix annuel du bail n'excède pas 400 francs, tandis qu'ils ne pourraient connaître, en aucune manière, d'une demande de 25 francs pour restant de loyer, si le prix du bail était de 405 francs par an, ou de 205 francs partout ailleurs? On ne pourrait s'empêcher de rire d'une pareille législation; et cependant ce point a été l'objet d'une controverse parmi les commentateurs de la nouvelle loi *sur les Justices de paix*¹.

95. Puisque le preneur est obligé d'user de la chose suivant sa destination, il ne peut (à moins que les circonstances ne dussent faire présumer qu'il y a été tacitement autorisé) faire d'une boutique une écurie; d'une maison bourgeoise une auberge; d'une auberge une maison bourgeoise, car il ferait par là perdre l'achalandage. Il ne peut arracher les vignes pour les mettre en terres labourables, ni détruire les étangs, etc., etc.

96. Toutefois, il peut défricher des prés pour en renouveler l'assolement, et même généralement planter des terres en vignes; dessécher des marais pour les mettre en culture, en un mot, faire les changemens qui ne peuvent nuire en aucune façon au propriétaire

¹ Ainsi M. Carou, *Jurid. des juges de paix*, tome I, n° 180, est d'avis que le juge de paix n'est pas compétent lorsque le prix annuel du bail est supérieur au taux fixé par la loi, quoique la demande de loyers ne s'élève pas à deux cents francs; tandis que M. Defaux, dans son *Commentaire sur cette loi*, page 68, soutient le contraire.

et auxquels celui-ci ne s'opposerait que par pure malice. Ces changemens sont censés avoir été convenus, par cela même que, loin de nuire à la chose, on le suppose, ils ne sont propres qu'à l'améliorer.

Et Domat dit, en se fondant sur les lois 55 et 64, ff. *Locati*, et 16, au Code, *de Evictionibus*, que si le fermier a planté une vigne sans y être assujetti par une clause du bail, et que cette plantation ait donné une plus value au fond, il a droit, à la fin du bail, à une indemnité, qui se calcule sur la plus value du fond, déduction faite des produits qu'il a perçus en sus de ceux qu'il aurait eus s'il eût laissé les choses dans le même état.

Il est toutefois toujours plus prudent pour le fermier de ne faire de plantations que d'un commun accord avec le propriétaire, et de régler les indemnités qui lui seront dues à la fin du bail, afin que le bailleur ne puisse dire ensuite que ces plantations n'ayant pas été faites de son aveu, elles ne lui conviennent point, et qu'il aime mieux que les choses soient rétablies dans leur premier état; car alors il serait bien difficile d'accorder au fermier autre chose que le droit d'enlever ce qu'il aurait mis dans le fond, et à la charge encore de rétablir les lieux tels qu'ils étaient d'abord.

97. Mais quoique le preneur doive jouir de la chose suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, néanmoins rien n'empêche un locataire, si cela ne lui a pas été formellement interdit par le bail, de faire de légers changemens dans la distribution intérieure de

la maison, de l'appartement, ou autre bâtiment loué, pourvu que ces changemens ne nuisent en rien à la chose, et à la charge par lui de remettre les lieux dans leur premier état à la fin du bail, si le bailleur l'exige. C'est ce qui se voit tous les jours dans les maisons de ville, où l'on déplace des alcôves, des cloisons, où l'on change de place des portes d'intérieur, etc.

98. Et comme le preneur n'est tenu d'user de la chose que suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle *presumée d'après les circonstances*, à défaut de convention, il suit de là deux choses :

1° Que, régulièrement, il doit, à défaut de convention à ce sujet, user de la chose suivant sa destination ;

2° Que si sa profession, bien connue du locateur au moment du bail, exigeait un usage de la chose différent de celui auquel elle avait été destinée, il pourrait la faire servir à cet état, à la charge de la rendre comme il l'a prise. Par exemple, si je loue à un serrurier, à un menuisier, à un marchand, une maison qui servait d'hôtellerie, ou une maison bourgeoise, pour l'habiter lui-même, je suis censé avoir consenti à ce qu'il pût changer l'usage de la maison, à moins de stipulation contraire. Mais si c'est à un homme qui exerçait la profession d'aubergiste que j'ai loué la maison, quand bien même il serait venu à changer de profession pendant la durée du bail, il ne pourrait changer la destination de la maison sans mon consentement ¹.

¹ Voyez l'arrêt de la cour de Paris, du 5 décembre 1814, Sirey, 1815, II, 84.

99. Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, et ¹ dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail (art. 1729), et avec dommages-intérêts pour le préjudice causé et pour l'inexécution du bail pour le temps qu'il y avait à courir, suivant les circonstances.

400. S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure. (Art. 1730.)

404. S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire. (Art. 1731.)

Cette preuve pourrait être faite par témoins, comme preuve d'un simple fait, d'un fait nu, puisque l'article suppose qu'il n'a pas été fait d'écrit pour constater l'état des lieux, et qu'il admet cependant le preneur à prouver qu'ils n'étaient pas en bon état lorsqu'il les a reçus. Ce serait un point, au surplus, laissé à la sagesse des tribunaux, dans le cas où la somme réclamée pour dégradations ou défaut de réparations locatives de la part du preneur, excéderait cent cinquante francs. Celui-ci peut aussi déférer le serment au bail-

¹ Le texte dit : ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur ; mais il faut évidemment la conjonctive *et* dont il puisse, etc. ; car si c'est suivant la destination de la chose que le preneur en use, il n'y a pas à examiner s'il en résulte ou non un dommage pour le bailleur. Ce dommage n'est même pas supposable.

leur, et le faire interroger sur faits et articles relativement à l'état des lieux au commencement du bail.

402. Le preneur répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute. (Art. 1732.)

403. Et il répond aussi des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison et des sous-locataires (art. 1735), sauf son recours tel que de droit contre ces derniers, et même contre ses domestiques, s'il y a lieu.

Et par *personnes de sa maison*, l'on entend non-seulement sa femme, ses enfans, les parens qu'il a reçus chez lui, et ses domestiques des deux sexes, mais encore ses pensionnaires, ses hôtes, les ouvriers qu'il fait travailler, comme les moissonneurs, les vendeurs, les terrassiers, etc.

404. Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par un cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. (Art. 1733.)

Comme débiteur de la chose envers celui qui la lui a confiée, il doit, pour sa libération, justifier du cas fortuit qui s'oppose, dit-il, à ce qu'il la restitue, ou la restitue dans l'état où il l'a reçue.

Il y a d'ailleurs une sorte de présomption que c'est par sa faute ou par celle des personnes de sa maison que l'incendie a eu lieu, *quia*, comme dit la loi ro-

maine, *plerumque incendia sunt culpa inhabitantium*.
L. 3, § 1, ff. de *Officio præfecti vigilum*.

C'est d'ailleurs une disposition d'intérêt général, pour obliger les locataires à plus de soin et de surveillance.

Ainsi, quant à l'incendie, le locataire répond de toute espèce de faute, même de la plus légère, puisqu'il ne cesse d'en répondre, d'après le Code, qu'autant qu'il prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par un vice de construction, ou que le feu a été communiqué du dehors.

Il est même vrai de dire qu'en fait le cas fortuit peut être supporté par lui dans plus d'une circonstance, parce qu'il lui serait impossible d'en justifier ; par exemple, parce que le feu a été mis du dehors, par un crime, ce qui malheureusement n'est que trop fréquent : l'impuissance où sera bien souvent le locataire de prouver ce fait, laisse la perte à sa charge, quoiqu'il n'ait d'ailleurs réellement commis aucune faute quelconque dans la garde de la chose.

105. Le locataire doit aussi indemnité aux voisins qui ont éprouvé un dommage par suite de l'incendie. (Art. 1382 et 1383.)

Mais comme il n'a point contracté avec eux, on rentre à leur égard dans la règle générale, que celui qui prétend avoir à exercer un droit, une action contre un autre, doit en prouver l'existence (art. 1315); or, le droit du voisin à une indemnité n'est pas uniquement fondé sur le préjudice qu'il dit avoir souffert; il ne peut avoir son principe que dans la faute

du locataire, par suite de laquelle il prétend avoir éprouvé ce préjudice. C'est l'action *in factum* de l'article 1382; c'est donc à lui à prouver la faute qu'il impute au locataire. Jusque-là, son action n'a pas de base. Il ne lui suffit pas de prouver que l'incendie a commencé dans la maison ou dans l'appartement occupé par le locataire, il faut, de plus, qu'il prouve qu'il a eu lieu par le fait du locataire ou des personnes dont il doit répondre; car il peut avoir eu lieu par quelque crime secret, ou même par quelque accident, que le locataire ne pourrait prouver. L'impuissance dans laquelle est celui-ci de prouver ce crime ou cet accident, le rend bien responsable vis-à-vis du bailleur ¹, mais c'est parce qu'entre eux il y a un contrat, une obligation de restituer la chose, et qu'en excipant de l'incendie arrivé par cas fortuit, le locataire devient demandeur : *reus excipiendo fit actor*; or, tout demandeur doit prouver le fait qu'il allègue. Mais vis-à-vis du voisin, il n'y a point d'obligation de restituer, et c'est le voisin qui est demandeur.

Cœpola s'exprime ainsi : *Incendium quod oritur in domo proximâ, trahitur ad levissimam culpam inhabitantium, de quâ vicinus non tenetur*, parce que chacun est présumé diligent à conserver son bien, ses effets, et que d'ailleurs *nec afflictio danda est afflicto*.

¹ Et seulement encore quant à la perte de l'édifice, mais non quant à celle des meubles ou des marchandises qui y étaient renfermées et appartenant au propriétaire; car le locataire n'avait contracté aucun engagement quant à ces objets. Pour qu'il fût tenu de leur perte occasionnée par l'incendie, il faudrait donc que l'on prouvât contre lui que cet événement est arrivé par son fait ou sa faute, ou par le fait ou la faute des personnes dont il était civilement responsable.

C'est aussi la décision d'Henrys, et la chose a été ainsi jugée par arrêts de 1628 et 1633, cités par Rousseau de Lacombe, au mot *incendie*.

Elle a été pareillement jugée en ce sens, sous le Code, par arrêt de la cour de Caen, du 27 août 1819¹. Cette cour a jugé que le propriétaire d'une maison brûlée par suite de l'incendie qui avait éclaté dans la maison voisine, ne pouvait réclamer de dommages-intérêts contre le voisin qu'à la charge de prouver que l'incendie avait eu lieu par l'imprudence ou la négligence de celui-ci, ou par le fait des personnes dont il était responsable. *Voyez* aussi dans le recueil de Sirey, tome XXV, part. II, page 206, et tome XXVII, part. II, page 5 et 179, des arrêts conformes. Enfin la cour de cassation a jugé de la même manière, par arrêt du 18 décembre 1827, même recueil, t. XXVIII, part. I, pag. 44. Il en existe encore plusieurs autres, et de cassation, en sorte que l'on peut regarder la jurisprudence comme maintenant fixée sur ce point.

406. Quant à la responsabilité du locataire pour le fait de ses domestiques et des autres personnes qu'il a reçues chez lui, le Droit romain ne la consacrait, dans toute son étendue, qu'autant qu'il y avait eu de sa part quelque faute à les avoir reçus : *Mihi ita placet ut culpam etiam eorum quos induxit* (hôtes, sous-locataires, etc.) *præstet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admisit, quod tales habuerit, vel suos (servos), vel hospites*. L. 11, ff. *Locati*.

¹ Sirey, 1819, II, 257.

On trouve la même décision dans la loi 27, § 11, ff. *ad legem Aquiliam* : *Quùm coloni servi vilam excussissent, colonum vel ex locato, vel lege Aquiliâ teneri, ità ut colonus possit servum dedere... Sed hæc ità si culpâ colonus careat; cæterùm si noxios servos habuit, eum teneri cur tales habuit.*

Ainsi, dans le cas où il n'était point en faute, parce que l'esclave, qui avait causé l'incendie, n'était point connu du maître pour un homme qui méritait d'être sévèrement surveillé, le locataire était quitte par l'abandon qu'il faisait de l'esclave, sur l'action *noxale*. Dans le cas, au contraire, où il y avait eu faute de sa part d'avoir gardé chez lui un homme dangereux, par sa mauvaise conduite, ou par ses habitudes d'ivrognerie, et par le fait duquel l'incendie avait eu lieu, il était responsable de tout le préjudice causé par cet événement.

Mais, dans notre Droit, on a rejeté cette distinction, comme nous l'enseignent Domat, Liv. I, tit. IV, sect. II, n° 5, et Pothier, traité *du Contrat de louage*, n° 193. « Nous sommes, dit ce dernier, plus rigoureux en ce point que les jurisconsultes romains. « Ceux-ci ne rendaient le locataire responsable des « fautes de ses esclaves ou de ses hôtes, que dans le « cas auquel il aurait été en faute d'avoir eu à son « service des esclaves mauvais, de la part desquels il « y avait lieu de craindre l'accident qui est arrivé, « ou d'avoir reçu chez lui des autres gens de pareil « caractère; autrement il n'en était pas tenu en « son nom.

« Cette distinction des jurisconsultes romains, si
 « le locataire avait dû connaître ou non les mauvaises
 « mœurs ou l'étourderie de ses esclaves ou de ses
 « hôtes qui ont causé le dommage, était fort embar-
 « rassante dans la pratique. Notre jurisprudence, qui
 « rend les locataires responsables indistinctement des
 « fautes de leurs domestiques et de toutes les per-
 « sonnes qu'ils ont dans leur maison, est bien plus
 « simple et bien meilleure dans la pratique : elle
 « oblige les locataires à veiller avec tout le soin pos-
 « sible sur leurs domestiques. Elle est quelquefois
 « dure ; car il peut arriver quelquefois qu'un maître,
 « quelque vigilant qu'il soit sur la conduite de ses
 « domestiques, n'ait pu ni prévoir ni empêcher la
 « faute de son domestique qui a causé le dommage,
 « et il faut avouer qu'il est dur en ce cas de l'en
 « rendre responsable. Mais cette jurisprudence, qui,
 « pour obliger les pères de famille à veiller avec
 « tout le soin possible sur leurs domestiques, les
 « rend responsables de leurs fautes, est nécessaire
 « pour la conservation de la sûreté publique, et
 « cette considération doit l'emporter sur les incon-
 « vénients. »

407. Toutefois, si le feu était mis dans une hôtel-
 lerie par la malice ou la négligence d'un voyageur,
 l'aubergiste-locataire qui n'aurait lui-même commis
 aucune négligence ou imprudence ne devrait pas,
 suivant nous, en être tenu, parce qu'il était obligé par
 état de recevoir le voyageur ; l'incendie est alors un
 véritable cas fortuit dans les rapports de l'aubergiste

et du propriétaire ; car *is qui utitur re ad usum destinatum, non est in culpâ, et sic non tenetur*¹.

Il en serait autrement si les circonstances de la cause démontraient qu'il eût dû ne pas le recevoir chez lui, ou du moins le surveiller d'une manière plus particulière ; et dans le cas où il n'était point en faute, ce serait toujours à lui de prouver que le feu a été mis par le fait ou la faute du voyageur.

Pothier (n° 194.), après avoir exposé, en faveur de l'aubergiste, les raisons qui nous ont déterminé, conclut néanmoins contre lui indistinctement ; « car, « dit-il, comme il ne connaît pas les gens qui logent « chez lui, il doit, pour prévenir les accidens, tenir « pendant la nuit sa cuisine fermée, et il doit veiller « par lui-même ou par ses gens, jusqu'à ce que tous « les voyageurs qui sont logés dans son auberge « soient au lit, et qu'il ne paraisse plus de lumière « dans les chambres. C'est pourquoi, s'il est arrivé « un incendie, quoiqu'il paraisse que le feu a pris de « nuit, par une chambre où le voyageur était logé, « et par conséquent par la faute de ce voyageur, « l'aubergiste ne laissera pas d'être tenu du dommage « causé par cet incendie, parce que s'il eût veillé « comme il le devait, il aurait prévenu et empêché « l'incendie dans son commencement, et que c'est sa « faute de n'avoir pas veillé. »

Nous accorderons volontiers à Pothier que toutes les fois qu'il y aura quelque faute ou négligence à re-

¹ La loi unic. § fin., ff. *Furt. adv. naut.* porte : *Non præstat (nauta) factum viatorum.*

procher à l'aubergiste, il sera tenu de l'incendie vis-à-vis du propriétaire de l'hôtellerie, sauf son recours contre le voyageur par la faute directe duquel il est arrivé; mais nous ne pensons pas, avec Pothier, que l'aubergiste soit toujours en faute en pareil cas : le voyageur a pu se lever la nuit pour faire préparer son cheval, afin de partir de bonne heure, ou pour autre motif, et après avoir allumé du feu au foyer de sa chambre, ou ailleurs, il a pu mettre le feu par négligence, soit dans la pièce où il couchait, soit dans une autre pièce qu'il a été obligé de traverser, soit dans l'écurie, soit partout ailleurs, et l'incendie a pu faire des progrès si rapides, que tous les efforts de l'aubergiste et des secours de ses gens et des personnes du dehors n'ont pu l'arrêter; or, en pareil cas, comme il n'y a aucune faute à reprocher à l'aubergiste, il serait injuste de le rendre responsable de l'incendie. Et que déciderait-on si le voyageur, qui n'était d'ailleurs point connu pour un malfaiteur, qui était muni d'un passe-port en règle, avait mis méchamment le feu, soit dans la vue de piller durant l'incendie, soit par esprit de vengeance et d'animosité envers l'aubergiste, et qu'il eût à cet effet pris toutes les mesures que les criminels prennent en pareil cas pour n'être pas découvert? Est-ce qu'un juge équitable croirait devoir condamner l'aubergiste à réparer le tort causé par le crime d'autrui? Nous doutons qu'il s'en trouvât, du moins ce ne serait pas nous. La solution de cette question épineuse doit donc être ramenée à un point de fait, comme beaucoup de questions de ce genre.

108. Les rédacteurs du Code ont encore, et par les mêmes motifs d'intérêt général, étendu la responsabilité dont il s'agit.

En effet, s'il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l'incendie,

A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu;

Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. (Art. 1734.)

Au lieu que Pothier (*ibid.*) décidait que quand il y a plusieurs locataires, occupant même toute la maison, et que l'on ne peut savoir par où le feu a commencé, le locateur n'a point d'action contre eux, faute de pouvoir établir le fait par rapport à aucun d'eux, et parce qu'il ne peut y avoir lieu contre aucun d'eux de présomption de faute qui puisse servir de fondement contre lui à une demande de dommages-intérêts; et il paraît que c'était la jurisprudence la plus suivie.

Mais les rédacteurs du Code se sont déterminés par l'intérêt général; la disposition a pour objet d'obliger les locataires à se surveiller réciproquement. Il faut toutefois convenir que cela n'est pas toujours facile, et que cette surveillance, si elle était exercée avec quelque peu d'exactitude, deviendrait fort gênante, dégénérerait souvent en inquisition curieuse et indiscrete, et ne manquerait pas de faire naître de nombreuses altercations entre les locataires, sans par-

ler de celles qui naissent naturellement d'un voisinage trop rapproché. Quoi qu'il en soit, la responsabilité existe pour tous les locataires.

109. Mais cette disposition, qui rend les divers locataires solidairement responsables de l'incendie, sauf les limitations que nous venons d'exprimer, est-elle applicable aussi au cas où le propriétaire habitait la maison incendiée?

On peut supposer que le propriétaire ne prouve, non plus qu'aucun des locataires, que le feu n'a pu commencer chez lui, ni qu'il a commencé chez tel ou tel des locataires, en un mot, qu'on ne sait par où le feu a commencé, ce que suppose le Code; dans ce cas, le propriétaire peut-il demander que la perte soit répartie entre tous les locataires et lui?

On peut aussi supposer qu'il prouve que le feu n'a pu commencer chez lui, par exemple parce qu'il était à la campagne, avec toutes les personnes de sa maison, et depuis plusieurs jours, au moment où l'incendie a eu lieu; dans cette hypothèse, peut-il demander que les locataires qui ne prouveraient pas que le feu n'a pu commencer chez eux, ni qu'il a commencé chez tel autre des habitants, soient tenus, et solidairement, de la perte de la maison?

Dans le premier cas, nous déciderions sans difficulté que le propriétaire est mal fondé dans sa prétention; nous appliquerions la décision qui avait prévalu dans l'ancien Droit, pour le cas où la maison était habitée par plusieurs locataires, et où le propriétaire n'avait d'action que contre celui chez lequel il était

prouvé que l'incendie avait commencé ; car c'est peut-être par la faute du propriétaire lui-même, ou des personnes de sa maison, qu'il a eu lieu ; or, dans ce cas, il serait vraiment déplorable que les locataires, qui ont peut-être perdu leur mobilier dans le sinistre, fussent encore obligés de supporter leur part dans la perte de la maison. Le propriétaire, qui habitait la maison, devait veiller à la garde de sa chose.

Dans le second cas, où il prouve que l'incendie n'a pu commencer dans son habitation, et qu'aucun des locataires ne peut prouver qu'il n'a pu commencer chez lui, ni qu'il a commencé chez son voisin, il y a plus de difficulté. Dans nos précédentes éditions, nous décidions que le propriétaire n'a pas d'action, parce que, disions-nous, habitant la maison, il a dû et pu veiller à la conservation de sa chose, et ne pouvant attribuer l'incendie à aucun des locataires en particulier, on devait considérer le sinistre comme étant le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Mais en y réfléchissant davantage, nous regardons maintenant cette décision comme n'étant point en harmonie avec les principes du Code civil ; car, au moyen de la preuve que fait le propriétaire, que l'incendie n'a pu commencer chez lui, c'est comme s'il n'eût pas habité lui-même la maison, ou comme si un autre eût occupé la partie habitée par lui et eût fait la même preuve ; or, dans ce cas, les autres locataires eussent bien été responsables : donc ils doivent pareillement l'être dans le cas en question. Le propriétaire, en

prouvant que l'incendie n'a pu commencer chez lui, prouve par cela même qu'il a exercé toute la surveillance qu'il pouvait immédiatement exercer pour la conservation de sa chose, et les locataires qui ne font point cette preuve, et qui ne prouvent pas non plus que le feu a commencé chez l'un d'eux, n'établissent pas qu'ils ont fait tout ce qu'ils devaient faire pour la conservation de l'objet qui leur avait été confié, quand du reste ils ne prouvent point non plus que l'incendie est provenu d'un cas fortuit ou force majeure, ou d'un vice de construction, ou que le feu a été communiqué d'une maison voisine ¹.

440. Celui des locataires qui, par l'effet de la solidarité, a été obligé de payer le dommage pour la totalité, a son recours contre ceux qui étaient responsables comme lui, pour leur en faire supporter leur part; et son action contre eux se divise.

Chacun d'eux, au surplus, est responsable *pro parte virili*, et non pas en proportion du montant de sa location comparé au montant de la location des autres : cette différence entre les prix des locations est tout-à-fait indifférente, ainsi que celle de l'étendue des divers logemens.

Et il faudrait regarder comme un seul et même locataire ceux qui auraient loué en commun le même appartement, le même magasin, etc.; car l'étendue de la responsabilité ne se détermine pas par le nombre des personnes de chaque ménage : le Code ne dit rien

¹ Voyez l'arrêt de la cour de Lyon, du 17 janvier 1834. Devilleneuve, 34, II, 241.

de semblable; il se détermine par le nombre de baux ou de locations.

444. D'après ce que nous avons dit sur le cas où l'incendie s'est étendu à une ou plusieurs maisons voisines, celui des locataires affranchi de la responsabilité, à raison de ce qu'il a prouvé que le feu n'a pu commencer chez lui, ne pourrait réclamer, de l'autre locataire ou des autres locataires, responsables envers le propriétaire, d'indemnité pour la perte de ses effets, qu'autant qu'il prouverait que le feu a été mis par leur faute ou négligence, ou par la faute ou négligence des personnes dont ils étaient responsables; car par rapport à lui, ils ne sont point obligés, ainsi qu'ils le sont par rapport au locateur : ils sont à son égard de simples voisins ¹.

442. Le principal locataire répond bien de l'incendie vis-à-vis du propriétaire, à moins, comme le porte l'article 1733, qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ; mais lorsqu'il ne peut faire cette preuve, il a son recours contre les sous-locataires, vis-à-vis desquels il est considéré comme propriétaire ; sauf à tel ou tel d'entre eux à s'affranchir de la responsabilité respective par les preuves autorisées par l'article 1734.

Le propriétaire a, au surplus, action directement contre le sous-locataire ou les sous-locataires respon-

¹ Voyez en ce sens l'arrêt de cassation, du 11 avril 1831. Devilleneuve, 31, 1, 196.

sables, pour la réparation du tort causé par l'incendie.

443. S'il y avait deux principaux locataires, pour un seul et même prix, ou deux locataires d'un même appartement, l'action n'aurait lieu, selon nous, contre chacun d'eux, que pour moitié seulement, à moins qu'ils ne se fussent obligés solidairement. L'article 1733, en disant, *s'il y a plusieurs locataires*, entend évidemment parler de locataires par des contrats distincts et séparés, ayant des habitations différentes. Le contexte de l'article ne laisse aucun doute à cet égard. Lorsque ce sont des locataires par le même bail, ils sont sans doute responsables de l'incendie, mais leur obligation à ce sujet se régit par le droit commun, comme leurs autres obligations résultant du bail. On ne voit même pas pourquoi il en serait autrement que pour les réparations locatives, les loyers, et les autres obligations résultant de l'inexécution du bail.

444. Lorsque le feu a pris par un vice de construction, l'architecte ou l'entrepreneur en est responsable, pourvu que l'incendie ait eu lieu dans les dix ans du jour de l'achèvement des travaux (art. 1792 et 2270 analysés). Mais c'est au propriétaire ou au locataire à justifier que l'incendie a bien réellement eu lieu par une telle cause.

445. Quand une maison a été abattue pour éviter les progrès de l'incendie, les propriétaires des édifices conservés par ce moyen doivent-ils une indemnité au propriétaire de la maison abattue ?

Ulpien, dans la loi 3, § 7, ff. *de Incendio, ruinâ*,

naufragio, etc., décide, contre le sentiment de Labéon, et conformément à celui de Celse, que le propriétaire du bâtiment abattu n'a ni l'action *de dolo*, ni l'action de la loi *Aquila*, ni enfin l'action *injuriarum*, en un mot qu'il n'en a pas. La loi 49, § 1, ff. *ad Legem Aquilianam*, porte la même décision, même pour le cas où le feu aurait été éteint avant de parvenir à la maison abattue.

Toutefois, la loi 7, § 4, ff. *Quod vi aut clam*, distingue entre le cas où la maison a été abattue ou coupée de l'ordre d'un magistrat municipal, pour arrêter les progrès de l'incendie, et le cas où ce sont des propriétaires plus éloignés qui l'ont abattue d'eux-mêmes, sans y être autorisés par le magistrat.

Dans le premier cas, il n'y a pas d'action contre ceux qui ont été préservés par ce moyen; dans le second, il y a action contre ceux qui ont abattu la maison, ou par les ordres desquels elle a été abattue, à moins toutefois qu'elle n'eût également été détruite par l'incendie. Rousseau de Lacombe, v^o *Incendie*, n^o 14, regarde ces décisions comme applicables aussi dans notre Droit.

Cependant elles ne nous paraissent pas toutes parfaitement en harmonie avec les principes sur le jet des marchandises à la mer dans un gros temps pour alléger le vaisseau : la perte, dans ce cas, se répartit contributoirement; or, pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque ma maison a été abattue, même de l'ordre du magistrat, pour arrêter l'incendie, et que, par ce moyen, les maisons voisines ont été préservées?

Dira-t-on que ma maison aurait également été brûlée, et qu'ainsi l'on ne m'a pas fait de tort? Mais à cela nous répondons que, dans le cas du jet à la mer, on pourrait également dire à celui dont les marchandises ont été jetées, qu'elles auraient péri avec le navire, si l'on n'avait pas conservé le navire par ce moyen, et néanmoins ceux dont les marchandises ont été conservées lui doivent une indemnité.

Nous ne nous dissimulons toutefois pas qu'il y a de la difficulté à répartir cette indemnité entre ceux dont les maisons ont été conservées, au moyen de la démolition de celle qui a été abattue; car si l'on suppose que le feu ait pris à la maison n° 1^{er}, qui a été dévorée par les flammes, que l'on ait abattu la maison n° 2, qui était attenante, pour préserver les maisons qui faisaient suite, le propriétaire du n° 4, duquel on réclamerait une partie de l'indemnité, dira qu'il courrait moins de danger que le propriétaire du n° 3, puisqu'on se serait peut-être rendu maître du feu avant qu'il parvînt jusqu'à lui; et ce langage aurait encore plus de force dans la bouche du propriétaire n° 5, et ainsi de suite. On devrait néanmoins, selon nous, ne tenir aucun compte de ce système de défense si la maison démolie l'avait été par la coopération ou de l'ordre des propriétaires de ces maisons plus éloignées du foyer de l'incendie; et dans le cas où la démolition aurait été effectuée de l'ordre d'un magistrat municipal, ou de propre mouvement par les personnes qui sont venues pour porter secours, autres que des propriétaires, il y aurait à prendre en considération

toutes les circonstances du fait : d'abord, pour juger s'il y a lieu ou non à indemnité, et ensuite quant à la répartition de cette même indemnité. Le propriétaire de la maison démolie devrait contribuer aussi à la perte; ensuite les propriétaires des maisons les plus voisines de l'incendie devraient contribuer dans des proportions un peu plus fortes que les propriétaires plus éloignés, et ce serait un point laissé à la sagesse du juge, qui réglerait cette part contributoire; enfin on devrait aussi avoir égard à la valeur respective des bâtimens conservés, ainsi qu'à celle de la maison détruite. *Voyez*, au surplus, sur ce cas et autres analogues, que le Code n'a point réglés ni prévus, *Menchius, de Arbitr. casu* 34, lib. 2, cent. 1; *Cravetta, Cons.* 409, num. 6; M. Proudhon, *traité de l'Usufruit*, tom. III, n° 1594, qui accorde l'indemnité; et M. Toulhier, tom. XI, n° 180 et 181, qui la refuse.

§ IV.

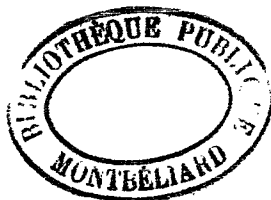
Comment finit le contrat de louage des choses, et dispositions relatives à la fin ou résiliation du contrat.

SOMMAIRE.

- 116. *Le louage finit de plein droit par l'expiration du temps pour lequel il a été convenu, soit qu'il ait été fait sans écrit ou par écrit.*
- 117. *On a suivi l'usage des lieux relativement à la durée des locations des bâtimens faites sans fixation de temps, et en quel sens.*
- 118. *Ce qu'on entend par tacite réconduction, et quand elle a lieu.*
- 119. *Dans les locations faites pour un temps déterminé, un congé signifié à l'avance n'est pas nécessaire pour empêcher la tacite réconduction; il suffit au preneur de*

- sortir des lieux au temps convenu, et au bailleur de lui donner un avertissement, même après l'expiration du temps fixé pour la sortie, mais dans un court délai.*
120. *Quand un congé a été signifié, il n'y a plus lieu, même pour celui qui l'a fait signifier, à invoquer la tacite réconduction, soit que le bail ait été fait ou non pour un temps déterminé.*
121. *La preuve par témoins d'un congé donné verbalement, ainsi que son acceptation par l'autre partie, est inadmissible, quelque modique que soit le prix du bail.*
122. *Mais si le congé donné verbalement ou par lettre a été accepté, même verbalement, le serment peut être déféré par l'une des parties à l'autre, et chacune d'elles peut faire interroger l'autre sur faits et articles.*
123. *Effet de la clause qu'aucune des parties ne pourra invoquer la tacite réconduction.*
124. *L'engagement de la caution donnée pour sûreté de l'exécution du bail, ne s'étend pas aux obligations résultant de la tacite réconduction.*
125. *Il en est de même de l'hypothèque donnée par le preneur.*
126. *Secus du privilège accordé par la loi au bailleur.*
127. *Le bail finit aussi de plein droit par l'arrivée de l'événement prévu : développemens.*
128. *Des baux de trois, six à neuf années.*
129. *Le contrat de louage finit pareillement par la perte de la chose, quelle qu'en soit la cause.*
130. *Et la résiliation peut en être demandée pour défaut, par le preneur ou le bailleur, de remplir leurs engagements : divers exemples.*
131. *La consolidation opère aussi l'extinction du bail.*
132. *Le mutuel consentement des parties en opère la résolution.*
133. *Le bail n'est point résolu par la mort du bailleur ou du preneur, sauf clause contraire.*
134. *En général, il ne l'est pas par la résolution ou la cessation du droit du bailleur sur la chose louée : développemens.*
135. *Si le propriétaire est obligé d'entretenir les baux ordinaires passés par le simple possesseur même de bonne foi ?*
136. *Dans les cas où le propriétaire qui est rentré en jouissance est obligé d'entretenir le bail, le preneur ne peut lui opposer qu'un bail ayant date certaine.*

137. *Si l'acquéreur de l'immeuble loué peut expulser le preneur?*
Distinction à faire d'après l'article 1743, et qui était inconnue dans l'ancien Droit.
138. *Si le droit du preneur est devenu par là un droit réel?*
139. *Quid si le preneur qui a un bail avec date certaine n'est point encore entré en jouissance au moment de la vente?*
140. *Cas où le bail contient la clause que, en cas de vente, l'acquéreur pourra expulser le preneur.*
141. *Les décisions précédentes s'appliquent aussi au cas où le bail serait un simple bail à culture ou à portion de fruits.*
142. *Quid si c'est simplement l'usufruit qui a été vendu?*
143. *Décisions sur le cas où le propriétaire a passé bail de la même chose à différentes personnes.*
144. *Si l'acquéreur peut expulser de suite le preneur qui n'a pas un bail avec date certaine, lorsqu'il n'est pas soumis par le contrat de vente à entretenir le bail?*
145. *Quid si l'acquéreur a laissé le preneur en jouissance, quand il pouvait l'expulser?*
146. *Si le donataire peut expulser le preneur qui n'a pas un bail avec date certaine, lorsque l'acte de donation ne porte pas qu'il exécutera le bail?*
147. *Si le preneur qui pourrait être expulsé par l'acquéreur est obligé de continuer sa jouissance, lorsque le droit résultant du bail n'a pas été expressément cédé à l'acquéreur par son vendeur?*
148. *Quid si la réserve portée dans le bail que, en cas de vente, l'acquéreur pourra expulser le preneur, n'a pas été mentionnée dans l'acte de vente?*
149. *Comment se règle l'indemnité due au preneur expulsé en vertu de la réserve portée dans le bail.*
150. *L'acquéreur qui veut user de la faculté d'expulser le preneur doit l'avertir au temps d'avance usité pour les congés; et un an au moins à l'avance s'il s'agit de biens ruraux.*
151. *Le preneur ne peut être expulsé avant d'être payé de l'indemnité qui lui est due.*
152. *Mais si le bail n'a pas de date certaine, l'acquéreur qui expulse le preneur n'est nullement tenu de l'indemnité qui pourrait être due à ce dernier par le bailleur.*
153. *L'acquéreur à réméré ne peut user de la faculté d'expulser*



le preneur avant l'expiration du délai fixé pour l'exercice du réméré.

154. *Discussion sur le sens de l'article 1751 à ce sujet.*

155. *Du cas de saisie des immeubles loués ou affermés.*

156. *Suite.*

116. Le louage finit, premièrement, par l'expiration du temps pour lequel il a été convenu; et il cesse alors de plein droit, soit qu'il ait été fait sans écrit, soit qu'il ait été fait par écrit.

Il est vrai que l'article 1736 porte que « si le bail « a été fait *sans écrit*, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés « par l'usage des lieux; » mais c'est qu'on entend ici par bail fait *sans écrit*, un bail fait sans terme fixe, sans durée spécialement convenue, parce qu'ordinairement les baux faits de cette manière n'ont pas une durée déterminée, les parties s'étant bornées à dire que l'appartement loué, l'était à tant par an, sans fixer spécialement la durée de la jouissance du locataire; et c'est ainsi que se font à Paris la plupart des locations d'appartemens dont le prix n'est pas élevé; il n'est pas ordinaire que, pour ces locations, l'on passe un bail par écrit. Mais rien n'empêche que je ne vous loue verbalement ma maison ou tel appartement pour trois ans; et bien certainement, dans ce cas, le bail finit de plein droit à l'expiration du temps convenu, sans qu'il soit besoin de donner congé un certain temps d'avance. Seulement, la partie qui prétendrait que le bail fait sans écrit a été fait pour un temps limité, actuellement expiré, devrait prouver son alléga-



tion, autrement le bail serait réputé fait sans fixation de durée, et elle n'eût pu le faire cesser qu'en donnant un congé à l'avance, suivant l'usage des lieux. Mais cette partie pourrait déférer le serment à l'autre, et la faire interroger sur faits et articles, et même prouver par témoins que le bail verbal a été fait pour avoir telle durée, encore qu'il n'existât aucun commencement de preuve par écrit; car ce ne serait point là vouloir prouver par témoins l'existence d'un bail qui n'aurait encore reçu aucun commencement d'exécution, contre le vœu de l'article 1715, mais seulement la durée convenue d'un bail qui n'est pas contesté.

Peu importe aussi que l'article 1737 dise que « le bail cesse de plein droit à l'expiration du temps convenu, *lorsqu'il a été fait par écrit*, sans qu'il soit nécessaire de donner congé; » il n'y a pas non plus à conclure de ces mots, *lorsqu'il a été fait par écrit*, qu'il n'y a que les baux faits par écrit qui aient une durée fixe : comme, en sens inverse, tous les baux faits par écrit ne se sont pas faits avec une durée déterminée. Je puis très-bien, en effet, vous louer ma maison ou tel appartement par écrit, à tant par an, sans fixer de durée à votre jouissance, mais pour mieux assurer l'existence de nos conventions touchant la chose louée et le prix; et, dans ce cas, bien certainement l'une des parties ne pourrait faire cesser le bail qu'en donnant un congé, et en le donnant à l'avance, suivant l'usage des lieux. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point.

Nous retrouvons aussi ces expressions, *baux faits sans écrit*, *baux faits par écrit*, dans les articles 1774, 1775 et 1776; mais elles y sont sans conséquence, puisque l'effet est le même, soit que le bail dont il s'y agit (c'est-à-dire, d'héritages ruraux) ait été fait par écrit ou sans écrit, ainsi qu'il résulte de ces articles eux-mêmes. Et en les rapprochant de l'article 1736, l'on voit clairement que les rédacteurs du Code n'ont pas été rigoureusement fidèles à la division qu'ils ont faite de ce titre, puisque ce dernier article, placé sous la section, *des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux*, ne s'applique qu'aux baux de maisons, en entendant même les baux faits sans écrit dont il parle, de baux faits sans fixation de durée.

Ainsi, l'écriture est une circonstance indifférente par elle-même quant à la durée du bail (art. 1714), et à sa fin de plein droit; elle n'a effet que quant à la *preuve* que le bail a ou n'a pas une durée déterminée par les parties, et cela, soit qu'il s'agisse de baux de maisons ou de baux d'héritages ruraux. Il y a seulement cette différence, que la durée de ces derniers, lorsqu'elle n'a pas été déterminée par les parties, est censée avoir été convenue pour le temps nécessaire au preneur pour recueillir tous les fruits de l'héritage affermé (art. 1774), et que le bail cesse de plein droit à l'expiration de ce temps, sans qu'il soit besoin de donner un congé à l'avance (art. 1775); au lieu que lorsqu'il s'agit de baux de maisons faits sans terme de durée, écrits ou non, ils ne cessent qu'au

moyen d'un congé donné un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux.

447. Malgré le désir des rédacteurs du Code, de tracer des règles uniformes pour toute la France, ils ont cru devoir, pour ne point blesser les habitudes des peuples, s'en référer aux usages des lieux pour la durée des locations de bâtimens faits sans détermination de temps par les parties; non pas toutefois en ce sens, que le locataire et le locateur soient présumés avoir entendu louer seulement pour trois mois, ou six mois, ou une année, de manière qu'on dût voir une tacite réconduction à chaque nouveau terme; car il serait absurde de supposer qu'un bourgeois de Paris, par exemple, qui loue un appartement, sans fixer la durée du louage, pense devoir en sortir au bout du premier terme, et mener ainsi une vie nomade, qui le ruinerait en déménagemens; mais en ce sens que chacune des parties pourra faire cesser le bail en donnant congé à l'autre au temps d'avance réglé par l'usage des lieux, suivant la nature du bâtiment loué.

Cela est surtout important à remarquer en ce qui concerne la caution du locataire, laquelle n'est point obligée aux effets de la tacite réconduction, comme nous allons bientôt le voir; tandis que celui qui cautionne un bail verbal, ou fait sans fixation de durée, n'est pas seulement censé le cautionner pour le premier terme, mais bien pour tout le temps pendant lequel le locataire jouira de la chose en vertu de ce même bail.

448. « Si, porte l'article 1738, à l'expiration des

« baux écrits (c'est-à-dire des baux faits avec fixation de temps), le preneur reste et est laissé en possession ¹, il s'opère un nouveau bail, dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit (faites sans terme). »

C'est ce qu'on appelle *tacite réconduction*, ou nouveau contrat de louage convenu tacitement. Nous en parlerons plus loin et quant aux baux de maisons et quant aux baux d'héritages ruraux, parce que les effets de cette tacite réconduction ne sont pas en tout point les mêmes pour les deux espèces de baux : c'est l'article 1759 qui régit celle des maisons, et les articles 1774, 1775 et 1776 combinés, régissent celle des héritages ruraux.

119. Dans ce cas de baux faits avec détermination de leur durée, il n'est pas nécessaire, il est vrai, de donner un congé à l'avance pour que la jouissance cesse à l'expiration du temps convenu ; elle cesse de plein droit (art. 1737) ; mais pour empêcher qu'il ne s'effectue une tacite réconduction, le bailleur doit donner un *avertissement* au preneur, s'il a quelque raison de supposer que celui-ci voudrait continuer sa jouissance. Mais quant au preneur, il n'a pas besoin de donner d'avertissement ; il n'a qu'à sortir de suite, et il témoigne par là sa volonté de ne point faire une tacite réconduction.

Cet avertissement s'appelle aussi *congé* dans la pratique, mais il diffère des congés ordinaires donnés en

¹ *En jouissance* : le preneur ne possède pas ; c'est le bailleur qui possède par son ministère.

matière de baux de maisons faits sans fixation de durée, en ce qu'il n'a pas besoin d'être donné un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux : il peut même être utilement donné depuis l'expiration du temps pour lequel le bail a été fait; seulement il ne faut pas qu'il se soit écoulé depuis cette époque un temps assez long pour faire supposer que le bailleur a consenti tacitement à la réconduction, en laissant le preneur paisiblement en jouissance. Le Code n'a point déterminé ce temps; il se borne à dire : « Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail, dont l'effet est réglé par l'article relatif à la tacite réconduction. » Or, il peut arriver, et il arrive même fréquemment, qu'un locataire, sans avoir l'intention de continuer à jouir de la chose, et sans que le propriétaire entende non plus continuer le bail, ne sorte cependant pas de suite, à cause de quelque circonstance qui s'est opposée à ce qu'il vidât les lieux au jour où il devait les vider, suivant l'usage du pays; et le propriétaire, par bien-séance ou indulgence, l'y a laissé plusieurs jours depuis l'expiration du bail. Si, dans ce cas, l'une des parties prétend ensuite qu'il y a eu tacite réconduction, tandis que l'autre le nie, les tribunaux devront se décider d'après les circonstances du fait. Ils s'attacheront surtout à l'usage des lieux, suivant lequel le locataire qui est resté tant de jours dans la maison ou l'appartement depuis l'expiration du temps fixé pour la durée du bail, sans opposition de la part du propriétaire, est censé avoir fait une tacite réconduction.

Pothier¹ dit que la tacite réconduction, en ce cas, s'opère si, depuis l'expiration du bail, le locataire occupe pendant huit jours, et sans contradiction, la maison louée.

Il en est bien ainsi à Orléans, mais il est possible que le délai ne soit pas le même partout, et c'est même à croire. Et ces mots : *depuis l'expiration du bail*, ne devraient pas non plus être pris à la lettre, car si le bail a commencé, par exemple, le 1^{er} janvier 1840, et qu'il ait été fait pour trois ans, il a bien fini le 1^{er} janvier 1843; mais l'usage, à Paris et dans bien d'autres villes, n'est pas que le locataire sorte le 1^{er} janvier, ou le premier jour d'un autre terme, il lui est accordé, au contraire, à Paris, jusqu'au 14 du mois, si la location est au-dessus de 400 francs, et jusqu'au 8, si elle est au-dessous. Or, il est clair que ce délai de faveur ou d'usage ne doit être d'aucune considération pour juger si l'intention des parties a été ou non d'opérer une tacite réconduction. Ce serait donc en raison d'un délai postérieur à celui-ci, et pendant lequel le locataire aurait continué d'occuper les lieux sans opposition de la part du propriétaire, que devrait se décider la question de savoir si elle s'est opérée ou non.

420. Lorsqu'il y a un congé signifié, le preneur, quoiqu'il ait continué sa jouissance, ne peut invoquer la tacite réconduction. (Art. 1739.)

Ce congé détruit la supposition d'un consentement de la part de celui qui l'a signifié à ce qu'il y ait tacite

¹ *Contrat de louage*, n° 349 et 359; et *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XIX, n° 75.

réconduction ; or, la tacite réconduction est fondée sur la supposition d'un mutuel consentement, puisque c'est un nouveau louage, et que le louage ne s'opère que par un consentement mutuel.

Et cela s'applique, soit que le bail ait été fait par écrit ou sans écrit, c'est-à-dire, comme nous l'avons expliqué plus haut, soit que le bail ait été fait pour un temps déterminé entre les parties, soit qu'il n'y ait pas eu de durée spécialement fixée par elles.

Celui-là même qui a fait signifier le congé ne peut pas le tenir pour non avenu, à l'effet de pouvoir invoquer la tacite réconduction ; car il a par là témoigné sa volonté de ne pas continuer le bail ; il a détruit la présomption du mutuel consentement d'où résulte la tacite réconduction ; et l'autre partie comptant sur l'effet de ce congé, a dû se croire dispensée d'en signifier un, ce qu'elle aurait peut-être fait sans cela.

121. Mais il faut un congé signifié pour empêcher la continuation d'un bail fait sans fixation de durée¹ : la preuve par témoins d'un congé donné verbalement, et même de son acceptation, ne pourrait avoir lieu, encore que le prix du bail n'excédât pas cent cinquante francs : l'article 1715 serait applicable, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par arrêt de cassa-

¹ Continuation que le Code appelle tacite réconduction, quoiqu'il soit plus vrai de dire qu'il n'y a de tacite réconduction que lorsqu'il y a prolongation de jouissance par le fermier ou le locataire qui avait un bail avec une durée convenue, soit que le bail fût verbal ou par écrit ; autrement il faudrait dire qu'il y a tacite réconduction à chaque terme, dans les baux faits sans fixation de durée, et par conséquent que la caution fournie par le locataire n'est pas engagée pour le second terme, ce qui serait absurde au dernier point.

tion, du 12 mars 1816¹. Mais quand le bail a une durée déterminée, un congé n'est point nécessaire pour prévenir la tacite réconduction (art. 1737); et cela, comme nous l'avons déjà dit, soit que le bail fût verbal ou par écrit.

422. Si un congé donné verbalement avait été accepté, il y aurait lieu pour chacune des parties à déférer à l'autre le serment sur ce fait, ainsi qu'à la faire interroger sur faits et articles.

Mais si le congé donné verbalement ou par lettre n'avait pas été accepté, il ne signifierait rien : il n'y aurait pas lieu à faire interroger aucune des parties sur le fait, ni à lui déférer le serment, d'après la règle *frustra probatur quod probatum non relevat*. Dès que le congé n'était point accepté, il fallait qu'il fût *signifié*. Si nous décidons le contraire dans le cas où il a été accepté, c'est parce que cette acceptation forme une convention, et que les conventions sont la loi des parties, lorsqu'elles n'ont rien de contraire à la loi générale ni aux bonnes mœurs (art. 1134). Or, les conventions peuvent être établies par l'effet du serment déferé, et par l'aveu de la partie, dans les cas mêmes où la preuve testimoniale n'est pas admissible.

Il est au surplus indifférent, quant à la validité du congé non signifié, mais accepté, que le congé et l'acceptation aient eu lieu l'un et l'autre par lettres, ou le congé par lettre et l'acceptation verbalement, ou bien le congé verbalement et l'acceptation par lettre : le serment pourra toujours être déferé sur le congé ou

¹ Sirey, 1816, I, 167; et Dalloz, tom. IX, v° *Louage*, sect. I, § 1.

l'acceptation verbale, et la partie être interrogée sur le fait.

123. Et si, pour éviter les surprises, il avait été convenu dans un bail fait avec une durée déterminée, qu'il n'y aurait pas lieu d'invoquer la tacite réconduction quoique aucun congé ne fût signifié à l'expiration du bail, cette clause tiendrait lieu d'un avertissement-congé, et empêcherait la tacite réconduction de s'opérer, quand bien même le preneur serait resté quelque temps dans les lieux depuis l'expiration du bail.

124. La caution donnée pour le bail ne s'étend pas aux obligations résultant de la prolongation (art. 1740); et cela, soit qu'il y ait eu tacite réconduction, soit que le preneur, après un congé signifié, ait simplement resté de fait en jouissance. (*Ibid.*)

125. Quant à l'hypothèque que le preneur aurait donnée pour sûreté de l'exécution de son bail fait pour un temps déterminé, elle ne s'étendrait point non plus à ce qui serait dû à raison de la tacite réconduction, attendu que l'hypothèque conventionnelle, telle que celle qui peut avoir lieu pour sûreté de l'exécution d'un bail, ne peut s'établir tacitement : il faut une convention expresse et exprimée dans les formes voulues par la loi sur les hypothèques.

126. Mais le privilège du locateur s'établissant tacitement, par la seule disposition même de la loi, il s'étendrait aux obligations résultant de la tacite réconduction.

127. Le bail finit, secondement, par l'événement

de la condition résolutoire que les parties y ont insérée ; mais il ne finit que pour l'avenir : l'accomplissement de cette condition n'a pas pour effet, comme dans les cas ordinaires de condition résolutoire (art. 1183), de remettre les choses dans le même état que s'il n'y avait pas eu de contrat ; elle opère seulement la résiliation pour l'avenir, et le preneur doit continuer sa jouissance jusqu'à l'expiration du terme dans le courant duquel l'événement est arrivé, et jusqu'à la fin de l'année, si c'est un pré ou une vigne, ou autre fonds dont les fruits se recueillent en une année ; et encore, à moins de stipulation contraire.

428. On peut rapporter à ce cas celui où les parties ayant fait un bail de neuf ans, par exemple, il a été convenu qu'il serait loisible à chacune d'elles de résilier au bout de trois ans, ou de six ans, en se prévenant un certain temps d'avance : c'est là une condition résolutoire potestative. La clause peut même n'être insérée que dans l'intérêt de l'une des parties seulement, le bailleur ou le preneur, n'importe.

Si l'avertissement est donné verbalement, et que la partie à laquelle il est donné ne veuille pas l'agréer de cette manière, il faut le faire signifier ; cela est même toujours plus prudent.

429. Le bail finit aussi, troisièmement, par la perte de la chose louée. (Art. 1744.)

Si elle n'a péri qu'en partie, on applique l'article 1722, et le dernier alinéa de l'article 1724.

Le bail finit également par la perte de la chose, quoique ce fût par la faute du locataire qu'elle eût

péri, sauf les dommages-intérêts du bailleur ; car il est impossible de concevoir un louage de choses sans un objet.

150. Le bail finit, quatrième, par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements. (Art. 1184 et 1741.)

Mais c'est là une cause de résiliation, et non d'extinction de plein droit.

A ce cas se rapporte celui où le bailleur, par quelque circonstance, ne peut pas mettre le preneur en jouissance à l'époque convenue par le bail, ou l'y maintenir, par exemple, parce qu'il vient à en être évincé.

A ce cas se rapporte aussi celui où le preneur, au mépris de l'interdiction portée dans le bail, a sous-loué ou cédé son bail à un autre ;

Celui où il commet des dégradations notables ;

Et enfin celui où il ne paie pas le prix du bail aux époques convenues. Alors s'applique l'article 1184, portant que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les conventions synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Le contrat n'est point, au surplus, résolu de plein droit ; la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au preneur un délai modéré, suivant les circonstances.

En effet, aucune disposition du titre *du Louage* ne prescrit au tribunal de prononcer de suite la résiliation du bail pour défaut de paiement du loyer ou des fermages au jour fixé. Mais si le bailleur était en dan-

ger de perdre tout ou partie du prix pour le temps à courir, parce que les objets sur lesquels porterait son privilège paraîtraient insuffisans pour garantir le paiement de ce qui est échu et de ce qui serait à écheoir, alors la résiliation devrait être prononcée de suite.

451. Le contrat de louage finit aussi, cinquièmement, et en tout ou partie, par la consolidation, c'est-à-dire, lorsque le preneur devient propriétaire, en tout ou partie, de la chose louée : par exemple, lorsqu'il devient héritier du bailleur, ou que celui-ci lui vend, donne ou lègue la chose louée. Et il en est de même si c'est le bailleur qui est devenu héritier du preneur.

452. Il cesse, sixièmement, par le mutuel consentement des parties ; sauf les droits des tiers, par exemple, le droit d'un sous-locataire ayant un bail qui avait acquis date certaine au moment de la convention de résiliation.

453. Mais le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur, ni par celle du preneur (art. 1742), à moins, bien entendu, de convention contraire. (Art. 1122 et 1134.)

454. Il ne l'est généralement pas non plus par la résolution ou cessation du droit du bailleur sur la chose louée.

Ainsi, les baux faits par le mari des biens de la femme, en conformité des dispositions des articles 1429 et 1430, ne cessent pas par la dissolution du mariage.

Ceux faits par l'usufruitier, qui s'est conformé aux

mêmes dispositions, ne cessent pas non plus par l'extinction de l'usufruit. (Art. 595.)

Et il en est de même de ceux qui ont été passés par un grevé de restitution. Pothier (n° 302) disait le contraire, mais alors le propriétaire n'était point obligé d'entretenir les baux faits par l'usufruitier, quoique n'excédant pas neuf ans (le même, n° 312) : or, le droit ayant été formellement changé quant aux baux faits par l'usufruitier, et la raison étant absolument la même quant à ceux faits par le grevé de restitution, on doit décider que ces derniers ne sont pas non plus résolus par l'ouverture de la substitution.

Les baux faits sans fraude par l'acquéreur à réméré doivent pareillement être exécutés par le vendeur qui a usé de la faculté de rachat (art. 1673) ; et l'on doit entendre ici par baux faits sans fraude, ceux qui n'excèdent pas neuf ans, et ceux qui n'ont pas été renouvelés plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit d'héritages ruraux, et plus de deux ans, s'il s'agit de maisons ; en admettant d'ailleurs qu'il n'y ait pas eu de pot-de-vin, car s'il y en a eu, le preneur sera obligé de payer le prix augmenté d'une partie proportionnelle du pot-de-vin, sauf à lui son recours contre son bailleur.

Et ces décisions s'appliquent aussi aux baux faits par l'acheteur dont l'acquisition a été résolue pour cause de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix ¹.

¹ Voyez ce qui a été dit sur ces deux cas, au titre de la Vente, tome précédent, n° 426 et 465.

Les baux ordinaires faits par le donataire dont le droit a été résolu par l'effet de la révocation pour surveillance d'enfans, ou par l'effet de la stipulation du droit de retour, doivent pareillement être entretenus par le donateur. Il en est de même de ceux faits par un donataire dont la donation a été révoquée pour inexécution des conditions, si le preneur était de bonne foi ; et à plus forte raison de ceux faits par le donataire dont la donation a été révoquée pour cause d'ingratitude : seulement, si le bail était postérieur à l'inscription de la demande en révocation en marge de l'acte de transcription de la donation, il y aurait à considérer la bonne ou mauvaise foi du preneur. On doit aussi maintenir les baux ordinaires faits par le donataire soumis à l'action en réduction pour fournir les réserves ¹.

Et dans le cas de résolution de vente pour défaut de paiement du prix, soit qu'il y eût ou non le pacte *commissoire* dans le contrat, le vendeur doit aussi exécuter les baux ordinaires que l'acheteur a passés à des tiers de bonne foi, antérieurement à la résiliation de la vente, par argument de ce qui est décidé à l'égard de ceux qui ont été consentis par l'acquéreur à réméré ².

Les baux ordinaires passés par les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, doivent pareillement être exécutés par l'absent de retour ; ces baux sont des actes d'administration.

¹ Voyez aussi ces divers cas, au titre des *Donations et Testaments*, tome VIII, *passim*.

² *Vide*, tome précédent, ce qui a été dit sur ce cas.

455. Nous ne déciderions toutefois pas la même chose à l'égard des baux passés par le simple possesseur du fonds d'autrui, et qui a été évincé, quand même les preneurs seraient de bonne foi, c'est-à-dire, quand même ils auraient ignoré, au temps du bail, le vice du titre du bailleur, et quoique celui-ci fût lui-même de bonne foi ; car il n'avait aucune qualité pour engager d'une manière quelconque la chose d'autrui : il gagnait seulement les fruits tant qu'il était de bonne foi. Le propriétaire n'est donc point obligé d'exécuter le bail pour l'avenir : aucune disposition du Code ne l'y oblige. Il est vrai qu'aujourd'hui le propriétaire, dans le cas d'usufruit, est tenu d'entretenir, à la fin de l'usufruit, les baux ordinaires faits par l'usufruitier ; mais l'analogie n'est point parfaite. L'usufruitier avait un titre qui l'autorisait à passer le bail, et pour que sa jouissance ne fût pas gênée, pour qu'il pût trouver plus facilement un fermier, louer à de meilleures conditions, et dans l'intérêt aussi de l'agriculture, on a décidé que le bail ne finirait pas avec l'usufruit, ainsi que cela avait lieu dans l'ancien Droit ; mais le simple possesseur n'avait pas de titre émané du maître de la chose qui l'autorisât à passer des baux, et tant pis pour lui de ne s'être pas mieux informé du droit de celui qui lui a transmis l'objet : s'il est exposé envers le preneur à des dédommagemens, c'est sa faute. Il est vrai que le preneur est digne lui-même d'intérêt ; mais le bailleur n'a pu lui transmettre plus de droits qu'il n'en avait, et bien certainement le preneur lui-même ne serait point obligé de conti-

nuer l'exécution du bail, car il n'a pas traité avec le propriétaire, et celui avec lequel il a traité n'aurait pas d'intérêt à cette continuation. Enfin le Code ne contient aucune disposition qui oblige le propriétaire qui rentre dans sa chose par suite d'une pure action en revendication, à maintenir les baux faits par le possesseur évincé, ainsi qu'il le décide pour le cas d'usufruit. Les articles 1726 et 1727 supposent même le contraire.

M. Delvincourt, tome III, pag. 427, était toutefois d'un sentiment opposé : il pensait que les baux n'excédant pas neuf ans, faits par un possesseur de bonne foi, doivent être entretenus par le propriétaire ; et il le décidait même ainsi quant aux baux de cette durée passés par un possesseur de mauvaise foi, pourvu que le preneur fût lui-même de bonne foi. La raison donnée par ce jurisconsulte, c'est que les rédacteurs du Code ont considéré les baux qui n'excèdent pas neuf ans comme de simples actes d'administration. Mais on *peut répondre* qu'il faut encore avoir qualité pour faire ces actes d'administration : or, le simple possesseur ne l'a pas. On ne peut l'assimiler à un usufruitier, ni à un mari quant aux biens de sa femme ; car ceux-ci jouissaient en vertu d'un titre émané du maître de la chose, et qui les autorisait suffisamment à passer des baux ordinaires ; au lieu que le simple possesseur, même de bonne foi, n'avait aucun titre émané du maître de la chose. Il n'y a donc, selon nous, aucune similitude : la faveur de la loi n'avait pas le même motif.

156. Dans les cas ci-dessus, où le propriétaire est tenu d'entretenir les baux faits par celui dont le droit sur la chose est fini, le preneur ne peut, en général, lui opposer qu'un bail ayant acquis une date certaine au moment où le droit du bailleur a cessé ; car, par rapport au preneur, le propriétaire étant un tiers, l'article 1328 est par conséquent applicable.

157. Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique, ou dont la date est certaine au jour de la vente, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail. (Art. 1743.)

Au contraire, d'après la célèbre loi *Emptorem*, 9, Cod., de *Locato-conducto*, dont la disposition était suivie dans notre ancienne jurisprudence, l'acquéreur de l'héritage affermé pouvait expulser le fermier, à moins que le contrat de vente ne portât le contraire¹. La raison de cette décision était fondée sur ce que, par le bail, le preneur n'avait acquis aucun droit dans la chose : il avait seulement acquis une action contre le bailleur et son héritier, pour qu'ils le fissent jouir du fonds affermé, et cette action était toute personnelle ; or, l'acquéreur, successeur seulement à la chose, et

¹ M. Mouricault, dans un passage que nous allons citer, dit que, dans notre ancienne jurisprudence, l'acquéreur pouvait expulser le fermier, quand bien même l'acte de vente le chargeait d'exécuter le bail, à la différence de ce qui était décidé pour ce cas par la loi *Emptorem* ; que cette clause le soumettait seulement à la charge d'indemniser le fermier qu'il expulsait. Nous ne croyons pas que cela soit exact, du moins, si c'est ce qui se pratiquait dans quelques parlements, ce n'était pas le droit généralement suivi ; car l'acquéreur ne pouvait aller contre sa propre obligation. Mais ce point est aujourd'hui peu important.

non à la personne, n'était point tenu d'exécuter les obligations de son vendeur.

Et s'il était obligé de souffrir la jouissance du preneur, quand le contrat de vente portait la clause qu'il entretiendrait le bail, c'est parce qu'il y avait alors de sa part un engagement qui le rendait passible de l'exception de dol dans le cas où il voulait y contrevenir. A la vérité, cet engagement n'avait pas été pris avec le preneur : il l'avait été avec le vendeur ; mais comme ce dernier avait intérêt à ce qu'il fût exécuté, afin d'éviter le recours en garantie qu'aurait eu contre lui le preneur, si celui-ci eût été expulsé, la convention était valable, attendu qu'on peut valablement stipuler pour autrui lorsqu'on y a soi-même intérêt ; et le preneur pouvait invoquer la clause, parce qu'elle avait été mise aussi dans le sien. Les rédacteurs du Code, au contraire, n'ont pas voulu que l'acquéreur pût expulser le preneur qui aurait un bail authentique, ou même un bail sous seing-privé, mais ayant acquis date certaine au moment de la vente, à moins que le bailleur, pour être moins gêné dans la vente qu'il se proposait de faire de la chose louée, n'eût stipulé le contraire dans le bail.

158. Mais de ce que l'acquéreur ne peut, aujourd'hui, expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine au jour de la vente, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail, doit-on inférer que le contrat de louage a changé de nature, que, de simple droit personnel qu'il était jadis, il est devenu pour le preneur

un droit réel, un droit réel immobilier par conséquent, un droit qui serait, sous ce rapport, semblable au droit d'usufruit sur immeubles ?

La solution de cette question, comme on le voit au premier coup-d'œil, est d'une haute importance ; car, indépendamment du droit de suite, qui est le caractère propre de tout droit réel, et dont nous nous occuperons bientôt, elle peut conduire à des résultats bien différents en matière de communauté entre époux, de société universelle de gains, etc., etc.

Nous avons toujours pensé que le contrat de louage ne confère encore aujourd'hui au preneur qu'un simple droit personnel, une créance, un simple droit mobilier, et nullement un droit quelconque dans la chose même. Cette opinion est aussi celle de la plupart des interprètes du Code, tels que MM. Delvincourt, Proudhon, Toullier et Duvergier ; mais elle a été, dans ces derniers temps, vivement combattue par M. Troplong, dans son *Commentaire sur le titre du Louage*, aux articles 1709 et 1743.

Dans deux discussions fort étendues, cet auteur combat successivement tous les adversaires de son opinion, et nous accuse spécialement d'avoir fait produire des effets trop magnifiques à l'article 1709, dans la définition que cet article donne du contrat de louage, définition que M. Troplong range sans façon parmi les idées surannées, à cause de l'article 1743 ; bien mieux, il nous attribue, nous dirions presque l'honneur d'avoir fait produire à cette définition des effets magiques. Hélas ! nous ne nous serions pas douté d'avoir

un pareil talent ! Il s'est livré, dans ses discussions, à toute la verve de sa chaleureuse polémique, et a suppléé à la solidité des raisonnemens, nous le croyons, par des efforts inouïs de style dans un livre de Droit. Nous ne pouvons nous livrer à l'examen du mérite de ses assertions et de ses déductions, cela nous conduirait trop loin, beaucoup trop loin. Nous aimons mieux exposer le plus rapidement et le plus simplement qu'il nous sera possible les raisons qui nous ont déterminé à ne point voir un changement de nature du droit des preneurs dans l'article 1743 du Code civil.

D'ailleurs, une remarquable dissertation d'un de nos honorables confrères à la faculté de Droit de Paris, M. Ferry ¹, sur cette importante question, a détruit complètement, nous le pensons du moins, le système que M. Troplong a édifié avec tant d'efforts. Ce n'est pas, au surplus, que nous adoptions pleinement toutes les vues de M. Ferry sur le point controversé ², et nous aurions plus d'une objection à faire à ce sujet, mais cela nous entraînerait aussi trop loin.

Personne n'ignore que le principal motif qui a dicté la disposition de l'article 1743, et de l'abrogation de la célèbre loi *Emptorem*, a été le désir de favoriser les

¹ *De la nature du droit du fermier ou du locataire de maisons : Extrait de la Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique ; 1841 et 1842.*

² M. Ferry, en effet, nous a paru reconnaître que le preneur, bien qu'il ne soit point encore entré en jouissance, peut, sinon en vertu d'un droit réel, mais par l'effet d'une subrogation *passive* de l'acquéreur aux obligations de son vendeur, forcer ce même acquéreur à le faire ou laisser jouir de l'héritage ; et c'est ce que nous n'admettons pas. Cette subrogation nous paraît trop divinatoire, surtout lorsque l'acquéreur ignorait l'existence du bail en achetant le fonds.

progrès de l'agriculture, du commerce et de l'industrie. Un fermier menacé de se voir expulsé d'un moment à l'autre, parce que son bailleur viendrait à vendre l'héritage affermé, ne se livrerait qu'avec inquiétude, et par conséquent qu'avec retenue, à des améliorations utiles. Un fabricant devrait redouter aussi une expulsion en pareille circonstance ; et l'achalandage d'un marchand, d'un détaillant, acquis le plus souvent avec tant de peine et de soin, et qui n'est ordinairement que l'œuvre du temps, serait exposé à toutes les conséquences du caprice, des besoins ou de la mauvaise foi du bailleur. C'est cet état de choses qu'on a voulu faire cesser : toute la discussion élevée au sein du conseil d'Etat sur notre article 1743 fait foi de cette vérité, qui ne peut être contestée que par ceux qui n'aurait point lu cette même discussion. Nous ne la rapporterons pas ici, on peut y recourir ; nous citerons toutefois un passage de M. Mouricault dans son rapport au tribunal, qui nous paraît susceptible de quelques observations.

« Mais le bail ne sera plus résolu par la seule volonté de l'acquéreur de la chose louée, ce ne sera plus du moins une faculté accordée de droit au nouvel acquéreur ; il faudra, pour qu'elle lui ait été transmise, qu'elle ait été expressément réservée par le bail.

« Cette faculté prenait sa source dans les lois romaines ; mais elles ne l'attribuaient qu'à celui qui, par son titre d'acquisition, n'avait pas été chargé de l'entretien du bail. Chez nous, cette stipulation même

« ne le privait pas de cette facu'té ¹; elle ne le sou-
 « mettait à autre chose qu'à indemniser le locataire
 « en l'expulsant; elle n'avait pas plus d'effet que la
 « stipulation directe, qui l'aurait chargé de payer
 « l'indemnité en acquit du vendeur. A l'appui de cette
 « jurisprudence, on disait que le droit du locataire
 « n'est qu'un droit de créance personnelle; que la tra-
 « dition qu'il reçoit ne lui transfère aucun droit dans
 « la chose, pas même celui de possession, puisque le
 « bailleur reste propriétaire et même possède par son
 « locataire; que l'acquéreur, au contraire, reçoit une
 « pleine transmission de propriété.

« *Mais qu'importe cette considération?* n'est-il donc
 « pas de principe qu'on ne peut transmettre à autrui
 « plus de droits qu'on n'en a soi-même? Le vendeur
 « qui, par un bail constaté, s'est dessaisi pour un temps
 « convenu de la jouissance de la chose, et qui a pro-
 « mis de garantir cette jouissance au preneur, et dont
 « l'obligation principale, en effet, *est de faire jouir le*
 « *preneur*, peut-il donc vendre ou léguer à un tiers la
 « propriété dégagée de cette obligation? On croyait,
 « en attribuant au nouvel acquéreur le droit d'ex-
 « pulsion, favoriser les ventes, *et l'on décourageait les*
 « *établissements d'agriculture, d'usines et de manufactures,*
 « en violant les principes. Il vaut mieux y revenir,
 « et conserver à chacun ce qui lui appartient, ce que
 « la convention lui promet et doit lui assurer. » (Fe-
 net, tome XIV, page 330.)

La maxime que *personne ne peut conférer à autrui plus*

¹ Voyez la note placée au numéro précédent.

de droits qu'il n'en a lui-même, invoquée ici par M. Mouricault, et qui l'a été aussi, il faut en convenir, par quelques-uns des conseillers d'état qui ont pris part à la discussion élevée au sujet de cet article 1743, cette maxime, disons-nous, n'a certes pas une application bien directe à la question, et l'on ne s'attendait pas à la voir venir à la suite de la première partie du passage qui vient d'être rapporté.

En effet, si le bailleur n'a, par le bail, conféré au preneur aucun droit dans la chose louée, comme le reconnaît M. Mouricault lui-même, en disant : *qu'importe ces considérations*, etc., il a donc pu, depuis, en conférer de pleins et entiers à un acheteur, et en le faisant, il n'en aura pas conféré plus qu'il n'en avait lui-même. Cette maxime n'est pas nouvelle ; elle nous vient du Droit romain : *Nemo plus juris in alium conferre potest, quàm ipse habet* ; et à qui persuadera-t-on cependant que les jurisconsultes romains pensaient la violer en établissant le Droit reconnu par la loi *Emptorem*? Voulez-vous savoir pourquoi le bailleur ne pouvait expulser le fermier, quand cependant l'acquéreur le pouvait lorsqu'il n'avait pas été chargé par le contrat de vente d'exécuter le bail ? C'est que le bailleur serait contrevenu à son propre engagement, et l'exception *doli mali* l'eût rendu non recevable. Mais l'acquéreur n'avait point, à cet égard, d'engagement personnel à remplir, et comme il n'était point le successeur à la personne du bailleur, mais seulement successeur quant à la chose par lui acquise, cette exception ne pouvait, ni en Droit ni en bonne logique, lui être op-

posée; aussi quand il s'était obligé par son contrat à entretenir le bail, elle faisait rejeter sa demande à fin d'expulsion du fermier. Voilà des principes incontestables. Nous ne comprendrions l'application de cette maxime à la cause, qu'autant qu'il serait établi que, par le bail, le bailleur a conféré au preneur un droit dans la chose, pour parler le langage employé par M. Mouricault, un droit réel, à l'instar du droit d'usufruit, etc.; mais jamais on n'a prétendu cela dans le Droit romain, ni dans notre ancienne jurisprudence: c'est l'article 1743 qui a fait surgir une pareille prétention, et chez M. Troplong; car M. Mouricault lui-même n'a pas osé aller jusque-là.

On a dit, au conseil d'Etat, et ceci vaut mieux, qu'il ne devait pas dépendre du bailleur, en vendant son héritage, de mettre le preneur à la discrétion de l'acquéreur, de reconnaître dans celui-ci le droit d'expulser celui-là, parce que les entreprises agricoles, industrielles et commerciales en souffriraient un notable dommage; soit, nous applaudissons nous-même à la nouvelle loi, pourvu qu'on ne lui donne pas une extension qui dépasserait le but, qui ne serait plus en rapport avec ses motifs, et c'est sur quoi nous allons bientôt nous expliquer; car c'est là véritablement le point de la difficulté que présente notre article. Quant au droit réel, au droit réel immobilier, nous ne saurions le voir dans le contrat de louage. Il serait par trop bizarre que ceux-là mêmes qui n'ont qu'une simple jouissance de la chose d'autrui, et même souvent qu'une simple administration de cette chose, pussent

en en passant bail, conférer au preneur un droit dans une chose qui n'est pas à eux : une simple jouissance temporaire, passe encore, mais le droit réel, de quelque nature qu'il soit, ne peut être conféré que par le propriétaire de la chose, à moins que la loi, dans quelques cas d'exceptions fort rares, au surplus, n'en ait disposé autrement.

Maintenant, les rédacteurs du Code ont ils entendu transformer le simple droit personnel du fermier, en un droit réel, par l'article 1743 : voilà toute la question. Or, nous ne craignons pas de répondre aussi affirmativement non, que M. Troplong répond affirmativement, oui : tous les articles du titre *du Louage* qui définissent la nature de ce contrat et qui expliquent les obligations et les droits, soit du bailleur, soit du preneur, ne laissent aucun nuage sur cette vérité, qu'on s'efforcerait en vain d'obscurcir. Nous nous contenterons de citer le n° 1709, qui donne la définition de ce contrat, que M. Troplong rejette comme trop incommode, parmi les idées surannées, et dont il nous reproche sévèrement de faire trop de compte¹ en présence de l'article 1743, de ce précieux article qui, dit-il, a transformé si heureusement l'ancien droit personnel du preneur, en droit réel, droit réel immobilier, comme de raison. « Le louage des choses est
« un contrat par lequel l'une des parties *s'oblige à faire*
« *jouir l'autre* d'une chose pendant un certain temps,
« moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à

¹ Nous lui faisons produire des effets *trop magnifiques, des effets magiques, etc., etc.*

« lui payer. » D'où nous concluons que, par la nature de ce contrat, le preneur ne jouit que parce que le bailleur est obligé de le faire jouir, ce qui est au plus haut degré le caractère du droit personnel, si bien que lorsque la chose vient à périr, comme le bailleur ne remplit plus son obligation, le bail est résilié, parce que les obligations sont corrélatives. Au lieu que le droit d'usufruit, par exemple, est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (art. 578). L'usufruitier n'a pas besoin qu'on le fasse jouir; il jouit de lui-même, en vertu de son droit propre : seulement, s'il est évincé et qu'on lui doive la garantie, il a l'action de garantie, mais cette action ne naît pas du droit d'usufruit, elle dérive du contrat par lequel l'usufruit a été établi, soit de la nature même de ce contrat, soit des stipulations particulières qui y seraient intervenues. L'usufruit est une espèce de servitude, une servitude personnelle, pour parler le langage de la doctrine, et il est de la nature des servitudes, non pas que quelqu'un *fasse*, mais que quelqu'un *souffre* qu'un autre fasse : *natura enim servitutum est, non ut quis faciat, sed ut quis patiatur* : L. 15, ff. *de Servit.* Aussi, dans le cas d'usufruit, le propriétaire n'est-il point obligé d'entretenir la chose pour qu'elle puisse servir à l'usage auquel elle a été destinée, tandis que c'est tout le contraire en matière de louage; et si dans le cas d'usufruit établi moyennant un prix qui serait encore dû, la chose venait à périr, même sans aucune faute de la part de l'usufrui-

tier, celui-ci ne devrait pas moins payer le prix promis, parce qu'il serait vrai de dire que c'est aussi sa chose qui a péri, le droit qu'il avait sur cette chose. Au lieu que si c'était une chose simplement louée, le preneur n'aurait plus rien à payer pour l'avenir. Nous ne pousserons pas plus loin ce parallèle, que l'on pourrait étendre des autres droits réels au droit de bail : cela suffit amplement pour démontrer que ces divers droits ne sont point de même nature quant au point en question, la réalité.

Comment d'ailleurs, si les rédacteurs du Code avaient entendu opérer une telle métamorphose, n'auraient-ils pas rangé le droit de bail parmi les droits réels immobiliers, parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent? surtout en autorisant les baux à longues années, ainsi qu'ils l'ont fait implicitement quand il s'agit de biens de personnes capables de disposer et d'aliéner? Cependant il n'en est rien, quelque élasticité qu'on veuille prêter à l'article 526. Ils n'ont pas non plus, il est vrai, et c'est une objection que nous fait M. Troplong, ils n'ont pas davantage parlé, dans cet article, des droits d'usage et d'habitation, qui sont cependant des droits réels immobiliers : non, ils n'en ont pas parlé, mais cela était-il bien nécessaire? Ne sait-on pas que ces droits sont de même nature que le droit d'usufruit, et que les différences de détail ne permettraient pas de se méprendre sur le sens et la portée de cette omission? Au lieu que pour le droit de bail, il fallait nettement le ranger parmi les droits réels immobiliers si telle était la volonté de le

rendre droit réel, puisque c'était une innovation législative de la plus haute importance; il fallait, pour que la loi fût d'accord avec elle-même dans ses principes généraux, positivement aussi autoriser l'hypothèque et l'expropriation forcée d'un bail de vingt-sept, de dix-huit et même de neuf ans, puisqu'on autorisait l'hypothèque et l'expropriation d'un droit d'usufruit d'une durée de neuf ans et même au-dessous. Mais, silence absolu du Code aussi sur ce point : comment l'interpréter? par l'intention de ceux qui ont présidé à sa rédaction de ne point innover en cette matière, sauf la disposition particulière de l'article 1743. Telle est du moins notre opinion.

Cela une fois établi, il nous reste à examiner quelle est la portée de ce même article.

Eh bien! dussions-nous nous attirer de plus sévères censures encore de la part de M. Troplong, nous prendrions ce texte *à la lettre*, ni plus ni moins. Il défend à l'acquéreur *d'expulser* le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou avec date certaine lors de la vente, à moins que le bailleur n'ait réservé ce droit d'expulsion par le bail. Or, on n'expulse pas ceux qui ne sont pas encore entrés : il n'est donc point applicable au preneur qui n'est point encore entré en jouissance, quand l'acquéreur lui-même, au contraire, y a été mis; car autrement, ce serait celui-ci qui serait expulsé par celui-là, c'est-à-dire; un renversement de toutes les idées reçues : le simple droit personnel, et contre tout autre que l'acquéreur, l'emporterait sur le droit réel, le droit de propriété de ce-

lui-ci. L'acquéreur n'a peut être acheté que pour cultiver par lui-même, faire des plantations, des embellissemens, pour établir son commerce, le siège de son industrie dans la maison acquise, etc., il est donc sous ce rapport au moins aussi digne de faveur qu'un preneur qui n'a encore donné aucune exécution à son bail, qui n'a fait encore aucune dépense d'emménagement, et il a sur lui l'avantage du droit de propriété, plein, absolu, c'est-à-dire à l'égard de tous, tandis que le preneur n'a en sa faveur qu'un simple droit de bail, une créance sur celui avec lequel il a traité; ce qui écarte l'application, à la cause, de la règle que personne ne peut conférer plus de droits qu'elle n'en a elle-même; car l'acquéreur ne prétend pas en avoir sur la chose plus que n'en avait son vendeur; mais comme celui-ci avait encore la propriété entière, nonobstant le bail, et cela est incontestable, il a pu la transmettre entière à un autre; sauf l'action personnelle du preneur contre son *obligé*, son débiteur.

On conçoit très-bien que les rédacteurs du Code aient voulu avoir égard à un bail en train d'exécution : nous en avons donné les raisons : l'intérêt de l'agriculture, du commerce et de l'industrie le commandaient même impérieusement; aussi ont-ils interdit d'*expulser* un preneur porteur d'un bail avec date certaine antérieure à la vente. Mais ces motifs n'avaient plus la même force à l'égard d'un preneur qui n'est point encore entré en jouissance, et qui a d'ailleurs son recours tel que de droit contre son bailleur.

Toutefois nous modifierions notre décision dans les deux cas suivans :

1° Lorsque l'acte de vente porterait que l'acheteur exécutera le bail, dans lequel le bailleur ne s'était point réservé la faculté d'expulsion, cas dont ne parle pas le Code, et qui était littéralement prévu dans la loi *Emptorem* : cette clause pourrait être invoquée par le preneur, comme condition d'une stipulation faite par le vendeur dans son propre intérêt, en vertu de l'article 1121 ;

2° Lors même que pareille clause n'existerait pas dans le contrat de vente, si l'acquéreur connaissait, soit par le vendeur lui-même, soit par tout autre, l'existence du bail au temps de la vente, sa mauvaise foi devrait le rendre non recevable dans sa prétention d'empêcher le preneur d'entrer en jouissance.

Hors ces deux cas, nous ne pensons pas que l'article 1743 puisse être invoqué par un preneur qui n'est point encore entré en jouissance au moment de la vente¹.

Néanmoins, on a jugé le contraire à la cour de Dijon par arrêt du 21 avril 1827², dans l'espèce suivante :

Le propriétaire d'un domaine le vendit, avec charge pour l'acquéreur d'entretenir un bail courant, qui avait encore deux années de durée; il avait alors passé bail authentique de ce domaine à une autre personne, pour neuf années, qui ne devaient commencer à courir qu'à l'expiration du premier bail, et il n'avait point

¹ C'était aussi l'opinion de M. Delvincourt.

² Sirey, 27, II, 116.

prévenu l'acquéreur de l'existence de ce second bail. L'acquéreur s'opposa ensuite à l'entrée en jouissance du preneur à l'époque fixée par le bail; mais ce fût vainement.

« La cour, considérant que le bail consenti par
« Belourguey à Degand est authentique et ne contient
« pas la réserve de la part du bailleur d'expulser le
« fermier en cas de vente; que dès-lors, aux termes
« de l'article 1743 du Code civil, Chassary, ac-
« quéreur du domaine amodié, ne peut expulser De-
« gand;

« Vainement pour échapper à cette conséquence,
« Chassary soutient que l'article 1743, se servant du
« mot *expulser*, il en résulte que cet article n'est ap-
« plicable qu'au fermier qui est en jouissance, et que
« Degand n'étant pas encore en jouissance au moment
« de la vente, ne peut profiter du bénéfice de cet ar-
« ticle. S'il fallait interpréter ainsi cet article, il en
« résulterait que le propriétaire, qui, par un bail
« ayant date certaine, s'est dessaisi pour un temps
« conyenu de la jouissance de sa chose, et qui a pro-
« mis de garantir au preneur cette jouissance, pour-
« rait, par une vente postérieure, céder sa propriété
« dégagée de cette jouissance, et ainsi transmettre
« un droit qu'il n'avait pas lui-même, ce qui choque
« les premières règles du Droit¹.

¹ Si ce raisonnement était fondé, les premières règles du Droit auraient été choquées jusqu'au Code civil; mais c'est bien plutôt l'effet que la cour a fait produire au simple contrat de louage, qui est contraire aux véritables règles du Droit, et il est surtout faux de dire, suivant la pureté de ces mêmes règles, que la chose était *engagée* à la jouissance du preneur.

« Mais, disons-le, l'article 1743, introductif d'un
 « droit nouveau subversif des principes établis par la
 « loi *Emptorem*, qui est virtuellement abrogée, est
 « conçue en termes tous généraux ; et s'il devait être
 « restreint au fermier dont la jouissance est commen-
 « cée, il serait bien extraordinaire que, soit dans les
 « discussions au conseil d'Etat, soit dans les discours
 « de l'orateur du gouvernement et de celui du tribu-
 « nat, il n'eût pas été une seule fois question de cette
 « restriction, et que les orateurs se fussent toujours
 « exprimés en termes généraux¹ ; il serait bien ex-
 « traordinaire que les nombreux commentateurs du
 « Code ne s'en fussent pas occupés, ou en eussent
 « parlé en termes qui ne peuvent laisser de doutes
 « sur le changement total opéré dans la législation
 « par cet article 1743², par exemple, M. Merlin
 « (*Questions de Droit* ; au mot *tiers*) met l'appella-
 « tion au néant ; ordonne que ce dont est appel sor-
 « tira son plein et entier effet. »

Au surplus, nous pensons bien que si le fermier ou le locataire en jouissance au moment de la vente, a renouvelé son bail par acte authentique, ou par acte sous seing-privé ayant date certaine à cette époque, nous croyons bien, disons-nous, qu'il ne peut

¹ Oui, mais en parlant de l'*expulsion*. La possession, d'un si grand effet encore aujourd'hui en beaucoup de cas, a bien pu être de quelque considération sur l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 1743.

² M. Delvincourt, un de ceux qui ont les premiers écrit sur le Code civil, dit au contraire positivement que cet article ne s'applique qu'au preneur entré en jouissance, qu'on ne peut *expulser* ; s'il a un bail avec date certaine, et non au fermier ou locataire qui n'est point en jouissance. Quant à M. Merlin, il ne discute point la question, du moins, s'il la discute dans quelque partie de ses ouvrages, nous ne nous en sommes pas aperçu.

être expulsé, s'il n'y a pas de réserve contraire dans le nouveau bail, quoique l'exécution de ce nouveau bail ne fût point encore commencée; car ce serait là une *expulsion* prohibée par l'article 1743.

140. De plus, si le contrat de vente contient la clause que l'acquéreur exécutera tel bail, dont l'exécution ne serait pas encore commencée, et qui n'aurait même pas non plus de date certaine, il n'est pas douteux que cette clause ne doive être exécutée par l'acquéreur. Celui-ci ne pourrait alléguer qu'elle n'a point été stipulée par le preneur, car le vendeur l'a utilement stipulée pour ce dernier, puisqu'elle était la condition d'une stipulation qu'il faisait pour lui-même, ce qui l'a rendue valable et obligatoire pour l'acquéreur, aux termes de l'article 1121.

144. Tout ce que nous venons de dire s'applique aussi au cas où le bail serait un bail à culture. Le colon partiaire ou métayer qui a un bail avec date certaine, et qui est en jouissance au moment de la vente, ne peut être expulsé par l'acquéreur, à moins que le bailleur n'en eût fait la réserve dans le contrat de bail. Mais il peut l'être si son bail n'a pas de date certaine, ou même si, ayant date certaine, l'exécution n'en est point encore commencée, suivant ce qui vient d'être dit; à moins, dans l'un ou l'autre cas, que le contrat de vente ne portât que l'acquéreur exécutera le bail, ou qu'il n'en eût connaissance au temps de son contrat. En un mot, l'article 1743 est applicable à ces baux comme à ceux à ferme ou à loyer; il y a absolument même raison.

142. *Quid* si c'est simplement l'usufruit de l'immeuble loué ou affermé, qui a été vendu ?

Dans le Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, l'usufruitier, comme ayant un droit réel, n'était point obligé de souffrir la jouissance du preneur, sauf le recours de celui-ci contre son bailleur ; à moins toutefois que, par l'acte constitutif de l'usufruit, l'usufruitier n'eût été chargé d'entretenir le bail ¹.

Dans le Droit actuel, la question doit se décider comme dans le cas de vente de l'immeuble lui-même : en conséquence, l'acquéreur de l'usufruit ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique, ou ayant acquis date certaine au jour de la constitution de l'usufruit, à moins de réserves faites à ce sujet par le bailleur dans le bail ; mais il peut expulser celui dont le bail n'a pas de date certaine à cette époque ; et, comme nous venons de le dire au sujet de l'acquéreur de l'immeuble lui-même, empêcher l'entrée en jouissance de celui qui aurait même un bail avec date certaine et dont il ignorait l'existence ; sauf, dans l'un et l'autre cas, stipulation contraire dans l'acte d'établissement de l'usufruit.

143. Pothier (n° 290) disait que, si le bailleur a passé bail du même héritage à diverses personnes, le second preneur ne peut expulser le premier, à moins que le second bail ne fût à vie ; auquel cas, dit-il, la question est douteuse, parce que l'on n'est pas d'ac-

¹ L. 59, ff. de *Usufructu*, et L. *Emptorem*, 9, Cod. de *Locato et conducto*, citée plus haut.

cord sur le point de savoir si un bail à vie est ou non un droit d'usufruit, des arrêts ayant jugé la question en sens contraires.

Suivant nous, elle doit être décidée par les termes de l'acte et l'intention des parties.

En supposant que ce soient deux contrats de louage, le preneur qui sera le premier en jouissance devra être préféré, quand même son bail serait postérieur en date, pourvu qu'il fût de bonne foi, par argument de l'article 1141.

Si aucun des deux n'était encore entré en jouissance au moment de la contestation, l'on devrait préférer celui dont le bail aurait date certaine.

Si les deux baux avaient date certaine, on devrait préférer le plus ancien.

S'ils n'avaient ni l'un ni l'autre date certaine, on devrait préférer le preneur qui aurait formé le premier sa demande, car il aurait par là donné à son bail une date à compter de cette époque.

444. L'acquéreur peut bien, d'après l'article 1743, expulser le preneur qui n'a pas un bail authentique ou sous signature privée ayant acquis date certaine au moment de la vente, à moins qu'il ne se soit soumis à entretenir le bail, mais il ne peut toutefois l'expulser de suite. Il n'a pas besoin, il est vrai, de faire prononcer la résiliation d'un bail qu'il n'est pas tenu de reconnaître, mais la jouissance actuelle du preneur atteste au moins un bail verbal fait entre lui et le précédent propriétaire : d'où il suit que l'acquéreur doit observer les règles prescrites pour l'expulsion des lo-

cataires qui jouissent sans bail écrit, c'est-à-dire sans bail ayant une durée fixée par les parties. C'était la décision de Pothier (n° 297) et de Louët (lettre 5, n° 11) pour tous les cas où l'acquéreur de l'immeuble avait le droit d'expulser le fermier ou le locataire.

D'après cela, le locataire, si c'est un appartement, doit jouir de tout le terme d'usage dans lequel il se trouve au moment où l'acquéreur lui notifie son intention de l'expulser ; et ce dernier doit lui signifier un congé d'avance, suivant l'usage des lieux et l'espèce d'appartement dont il s'agirait, s'il veut l'empêcher de jouir pendant un autre terme. Mais la notification et le congé peuvent avoir lieu par le même acte.

Si c'est une vigne ou un pré, le preneur doit jouir pendant l'année dans laquelle il se trouve au moment où l'acquéreur lui signifie sa volonté de l'expulser.

Si c'est une terre labourable divisée en plusieurs soles, le preneur doit pouvoir jouir pendant le temps nécessaire pour qu'il ait perçu la récolte de chaque sole quand il sortira. En un mot, il est censé avoir un bail verbal, et l'article 1774 lui est applicable. Mais, dans le cas d'héritages ruraux, l'acquéreur n'est pas obligé de lui signifier un congé d'avance, pour l'empêcher de continuer sa jouissance ; car ces baux, même faits sans écrit, c'est-à-dire sans fixation de durée, cessent de plein droit à l'expiration du temps pour lequel ils sont censés faits (art. 1775), et ils sont censés faits pour le temps nécessaire au preneur pour percevoir tous les fruits de l'héritage affermé. Il

suffit donc que l'acquéreur notifie sa volonté à l'expiration du temps où doit cesser la jouissance du fermier, d'après la distinction ci-dessus.

Il serait par trop intolérable que l'acquéreur d'une maison pût en expulser les nombreux locataires au milieu d'un terme, et les mettre ainsi sur le pavé : cela n'a jamais lieu à Paris. L'acquéreur n'expulse les locataires qu'à la fin du terme courant, et en leur donnant congé d'avance, pour qu'ils puissent se procurer un autre logement. Il serait aussi par trop dur que l'acquéreur d'un fonds pût expulser au milieu de l'année le fermier ou le colon partiaire, lorsque la plus grande partie des travaux seraient déjà faits ¹.

445. Puisque, suivant nous, on doit regarder comme étant des baux faits sans écrit, c'est-à-dire sans fixation de durée, ceux qui n'ont pas de date certaine au moment de la vente du fonds ou de la maison, il suit de là que le silence de l'acquéreur et l'exécution qu'il fait du bail, en recevant les loyers ou fermages, ne doivent être considérés que comme une approbation d'un bail fait sans écrit ou sans fixation de durée, à moins qu'il n'eût déclaré vouloir entretenir le bail pour toute sa durée ; par conséquent, il peut encore faire cesser la jouissance du preneur pour l'avenir, en observant ce qui vient d'être dit touchant la distinction à faire entre les baux de maisons et ceux d'héritages ruraux.

¹ Il existe bien un arrêt de la cour de Turin, du 21 juin 1810 (Sirey, 1811, II, 235), qui paraît contraire à ces principes : il a jugé que l'acquéreur avait pu expulser un colon partiaire dans le courant de l'année ; mais cet arrêt ne peut faire jurisprudence.

Despeisses décidait toutefois le contraire. Suivant lui, l'acquéreur qui a laissé le preneur jouir un an ou deux, et qui en a reçu les loyers ou fermages, sans protestations ni réserves, est censé avoir approuvé le bail pour tout ce qui en reste à courir. Caroccius était du sentiment opposé, et c'est celui que Pothier a suivi. (N° 300.)

Le successeur à titre particulier, dit-il, en laissant jouir le locataire ou fermier, est bien censé avoir consenti qu'il jouît de l'héritage aux mêmes conditions que celles portées par le bail de son auteur, pendant le temps que dure cette tacite réconduction; mais il n'y a pas nécessité d'inférer de là qu'il a consenti qu'il en jouît pendant tout le temps qui restait à courir de ce bail. Le défaut de protestation dans les quittances qu'il a données ne doit pas non plus le faire déchoir du droit qu'il avait d'expulser le fermier, parce qu'on n'est pas censé avoir voulu renoncer à un droit faute d'avoir protesté qu'on entendait le conserver. Telle est, dit Pothier, la décision d'un arrêt du 5 mai 1714, rapporté au tome V du *Journal des Audiences*.

En parlant des baux faits par le mari des biens de sa femme pour plus de neuf années, nous avons bien dit ¹ que si la femme ou ses héritiers veulent empêcher que le preneur, qui n'est point encore, à la dissolution du mariage, entré dans la seconde période de neuf ans, continue sa jouissance, ils doivent lui signifier leur volonté à cet égard, avant qu'il ne commence cette seconde période; que s'ils souffraient qu'il jouît

¹ Tome XIV, n° 313.

au-delà du temps où il eût pu être expulsé, sans faire de protestation, ils seraient censés avoir approuvé le bail, et qu'ils ne pourraient plus ensuite empêcher le preneur de jouir pendant tout le temps convenu; mais la raison n'est pas la même dans le cas actuel; car ce qui résulte de la tolérance de l'acquéreur, c'est son adhésion à la continuation d'un bail réputé fait sans détermination de durée, ce qui rend applicables les règles sur la tacite réconduction, et voilà tout. Au lieu que l'approbation de la femme, ou de ses héritiers, à l'exécution d'un bail de dix-huit ans passé par le mari, et dont la seconde période a commencé après la dissolution du mariage, ne peut être envisagée autrement que comme une approbation pour cette même seconde période, pour le temps, en un mot, qui a été déterminé par le bail.

Au surplus, sur le cas en question, les circonstances de la cause influeraient nécessairement sur la décision : elles pourraient démontrer que l'acquéreur a réellement consenti à ce que le preneur jouît de la chose pendant tout le temps convenu avec le bailleur, et aux mêmes conditions.

446. Pothier (n° 296) décidait que le donataire de l'immeuble affermé ou loué ne devait pas pouvoir expulser le preneur, parce qu'autrement, disait-il, ce serait exposer le donateur à une action en garantie de la part du preneur, et le bienfait tournerait ainsi contre le bienfaiteur.

La question ne peut se présenter aujourd'hui qu'à l'égard des baux qui n'auraient pas de date certaine

au jour de la donation, et par conséquent dans le cas seulement d'une donation entre-vifs, puisque, si l'immeuble a été légué, le bail a acquis date certaine par la mort du bailleur qui a fait le legs.

M. Delvincourt a suivi l'opinion de Pothier, en la modifiant toutefois pour le cas où les circonstances de la cause donneraient lieu de penser que le bail n'aurait été fait que depuis la donation.

Mais la décision de ces auteurs nous paraît souffrir beaucoup de difficulté dans le cas où l'acte de donation ne ferait pas mention du bail; car pourquoi le donateur n'a-t-il pas fait de réserve à cet égard, ou même une simple déclaration de l'existence du bail, dans l'acte de donation? La loi 32, ff. *Locati*, suppose que celui qui avait donné à ferme un fonds pour plusieurs années est venu à mourir avant la fin du bail, en léguant ce fonds à Titius, et le jurisconsulte Julien dit d'abord, d'après Cassius, que si le colon ne veut pas continuer sa jouissance, il ne peut y être forcé : il ne peut y être forcé par le légataire, parce qu'il n'a pas traité avec lui; il ne peut pas non plus y être forcé par l'héritier, parce que celui-ci n'y a pas d'intérêt. Ensuite il décide que si c'est, au contraire, le légataire qui ne veut pas que la jouissance du colon continue, il peut s'y opposer, sauf au colon son action contre l'héritier du bailleur; qu'il en est de ce cas comme de celui où quelqu'un, après avoir vendu une chose, en a fait le legs à une autre personne avant de l'avoir livrée : dans ce cas, dit-il, l'héritier est obligé et envers l'acheteur et envers le légataire.

Ainsi, la considération que l'héritier était exposé à l'action en recours du preneur, expulsé par le légataire, n'a pas arrêté le jurisconsulte ; et cependant que ce soit contre l'héritier du bailleur, ou contre le bailleur lui-même, que ce recours ait lieu, la raison donnée par Pothier devrait avoir la même force, puisque l'intérêt de notre héritier se confond avec le nôtre ; aussi, en règle générale, nous stipulons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes. (Art. 1122.)

La décision de Pothier souffrirait encore plus de difficulté si la donation emportait garantie, parce qu'elle aurait été faite par contrat de mariage ; car, dans ce cas, le donataire, empêché de jouir par une cause quelconque, a son recours contre le donateur, et la raison donnée par cet auteur, que le donateur ne doit pas être exposé aux effets d'une action en garantie de la part du preneur, cette raison, disons-nous, perd alors presque toute sa force.

Au surplus, nous pensons que, dans le cas même où la donation n'emporterait pas garantie, le donataire n'est point obligé d'entretenir les baux qui n'ont pas une date certaine, si l'acte de donation n'en fait pas mention. Le silence du donateur donne lieu de penser, ou que ces baux ont été faits depuis la donation, ou que le donateur a compté prendre des arrangemens avec le fermier ou locataire. Et peu importerait que ceux-ci fussent déjà en jouissance au temps de la donation ; ils n'y étaient peut-être que par suite d'un bail verbal d'une courte durée, tandis que le bail écrit opposé maintenant par eux pourrait être pour plu-

sieurs années et n'avoir été fait que depuis la donation.

447. Dans l'ancien Droit, soit que le bail eût ou non date certaine, comme l'acquéreur n'était pas tenu de maintenir en jouissance le preneur (à moins qu'il ne s'y fût obligé par l'acte de vente), de même le preneur, de son côté, n'était point forcé d'exécuter le bail ; car, comme le dit la loi 32, ff. *Locati*, précitée, dans le cas du legs pur et simple de la chose affermée, l'héritier du bailleur n'a pas d'intérêt à la continuation de la jouissance du preneur, puisqu'il doit délivrer la chose au légataire, et celui-ci, comme successeur particulier à la chose, et non à la personne du défunt, n'a point d'action contre le preneur à raison du contrat de louage intervenu entre ce dernier et le testateur ; et il n'en a pas davantage de son chef, puisqu'il n'a pas traité avec lui.

Pour que le preneur, dit Pothier (n° 298), pût être obligé à continuer le bail, il faudrait que le vendeur ou donateur du fonds eût fait, dans l'acte de vente ou de donation, cession à l'acheteur ou au donataire, du droit qu'il avait contre le preneur à ce sujet ; mais cette cession n'existant pas, l'acquéreur ne doit pas plus pouvoir invoquer le bail contre le preneur, que le preneur ne doit pouvoir l'invoquer contre l'acquéreur.

On pourrait peut-être soutenir que la question, aujourd'hui, doit se décider d'après la distinction établie par l'article 1743, entre les baux qui ont une date certaine au temps de la vente, et ceux qui

n'en ont pas. Le preneur qui a un bail avec date certaine ne doit pas plus pouvoir se refuser à l'exécuter pour toute sa durée, que l'acquéreur ne peut lui-même s'y refuser. L'obligation doit accompagner le droit pour l'un comme pour l'autre.

Par la même raison, si le bail n'avait pas de date certaine, mais que l'acquéreur eût été chargé, par son contrat, de l'exécuter, le preneur ne devrait pas non plus pouvoir se refuser à l'exécuter de son côté; car le vendeur, en chargeant l'acquéreur d'entretenir le bail, lui aurait par cela même fait cession du droit qu'il avait contre le preneur à ce sujet.

Il ne peut donc y avoir de difficulté, selon nous, aujourd'hui, que sur le cas d'un bail sans date certaine, et lorsque l'acquéreur n'a pas été chargé par son contrat de l'entretenir : dans ce cas, on peut prétendre, et c'était l'avis de Despeisses, que l'acquéreur peut bien expulser le preneur, mais que le preneur ne peut pas sortir avant la fin du bail sans le consentement de l'acquéreur; que la faculté de résilier le bail est toute dans l'intérêt de ce dernier, et non dans celui du preneur, qui s'est personnellement obligé; que l'acquéreur peut dire qu'il reconnaît la certitude de la date du bail, et que le preneur ne peut pas, lui, la méconnaître, puisque ce bail est son ouvrage. L'opinion de Despeisses trouverait un grave appui dans la disposition de l'article 684 (nouveau) du Code de procédure, suivant lequel, en cas de saisie de l'immeuble affermé ou loué, « les baux qui n'auront pas acquis une date certaine avant le commandement

« pourront être annulés, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent. » Ainsi, c'est une faculté qu'a l'adjudicataire, comme les créanciers : le même droit n'est point attribué au fermier ou locataire.

Mais c'est là une disposition particulière portée pour le cas de saisie immobilière : on n'en trouve point de semblable dans le Code civil sur le cas de vente volontaire. Au sujet de ces ventes, on reste donc dans le Droit commun; or, disait Pothier, qui était de notre sentiment; et qui donnait même une décision générale, le preneur n'a point traité avec l'acquéreur; il ne le connaît pas; il n'est donc point obligé envers lui, si le vendeur n'a pas cédé à cet acquéreur les droits et actions qu'il avait contre le preneur. Pothier ne reconnaissait pas de cession ou de subrogation tacite en pareil cas. Et si nous décidons nous-même le contraire pour le cas où le bail a date certaine, et même aussi dans celui où le bail n'ayant pas de date certaine, l'acquéreur s'est obligé à l'entretenir, c'est qu'alors la raison n'est pas la même : l'acquéreur, forcé, dans l'un et l'autre cas, d'entretenir le bail, doit avoir un droit corrélatif. Au lieu que, dans celui maintenant en question, comme il n'est pas tenu d'entretenir le bail, le preneur, réciproquement, ne doit pas être forcé non plus de continuer sa jouissance, s'il ne s'est pas particulièrement obligé envers l'acquéreur à la continuer, ou à moins, comme le disait Pothier, que le vendeur n'eût fait cession à l'acheteur de son droit quant au bail. Au surplus, le preneur ne pourrait toujours pas sortir dans le courant d'un

terme : il faudrait appliquer ce qui a été dit plus haut sur le cas où c'est l'acquéreur qui veut, au contraire, expulser le preneur.

148. D'après l'article 1743, l'acquéreur peut bien expulser le preneur qui a même un bail authentique, lorsque le bailleur en a fait la réserve dans le bail; mais cette réserve demeure sans effet, si le contrat de vente porte, au contraire, que l'acquéreur entretiendra le bail; et elle demeurerait pareillement sans effet, si elle n'avait pas été rappelée dans le contrat de vente, car le vendeur a pu vouloir que le preneur continuât sa jouissance, nonobstant la réserve qu'il avait faite dans le contrat de bail, afin de n'être tenu à aucun dédommagement envers lui : seulement, s'il n'a pas fait mention du bail dans l'acte de vente, il pourra être tenu à des dommages-intérêts envers l'acquéreur, si celui-ci éprouve quelque préjudice de l'obligation où il sera de souffrir la jouissance du preneur qui a bail authentique ou avec date certaine. Et s'il en a fait mention, sans déclaration de la réserve du droit de pouvoir expulser le preneur en cas de vente, il ne devrait aucuns dommages-intérêts à l'acquéreur, parce que, d'après l'article 1626, il n'est pas dû de garantie à l'acheteur à raison des charges déclarées dans le contrat de vente. Mais s'il a été fait, dans l'acte de vente, mention du bail et de la réserve, sans déclaration que l'acquéreur entretiendrait le bail, l'acquéreur peut expulser le preneur.

149. Lorsque le preneur est expulsé en vertu de la réserve portée dans le bail, si l'indemnité a été

fixée par une clause du bail, on suit la convention. S'il n'a été fait aucune stipulation à cet égard, le bailleur est tenu d'indemniser le preneur de la manière suivante. (Art. 1744.)

S'il s'agit d'une maison, appartement ou boutique, le bailleur paie, à titre de dommages-intérêts, au locataire expulsé, une somme égale au prix du loyer pendant le temps qui, suivant l'usage des lieux, est accordé entre le congé et la sortie. (Art. 1745.)

De là, si le congé doit être donné six semaines, trois mois ou six mois avant la sortie du locataire, ce qui se détermine à Paris d'après la destination des bâtimens et le prix de la location, ainsi que nous le dirons bientôt, l'indemnité est de six semaines, de trois mois ou six mois du loyer convenu.

Dans les bourgs, villages et petites villes, les locations verbales se font ordinairement à l'année, et le congé se donne, en général, trois mois avant l'époque des sorties : par conséquent l'indemnité serait seulement de trois mois du loyer, et non pas d'une année.

S'il s'agit de biens ruraux, l'indemnité que le bailleur doit payer au fermier est du tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir. (Art. 1746.)

L'indemnité se règle par experts, s'il s'agit de manufactures, usines ou autres établissemens qui exigent de grandes avances. (Art. 1747.)

450. L'acquéreur qui veut user de la faculté réservée par le bail, d'expulser le fermier ou le locataire en cas de vente, est, en outre, tenu d'avertir le locataire au temps d'avance usité dans le lieu pour les

congés ; et il doit avertir le fermier de biens ruraux au moins un an à l'avance. (Art. 1748.)

151. Les fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages-intérêts ci-dessus expliqués. (Art. 1749.)

152. Mais si le bail n'est pas fait par acte authentique, ou n'a point de date certaine, l'acquéreur qui expulse le fermier ou le locataire n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts (art. 1750), sauf le recours du preneur contre le bailleur.

153. Suivant l'article 1751, l'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il soit devenu propriétaire incommutable.

154. Cette disposition doit-elle être entendue du cas où le preneur n'a pas un bail avec date certaine ? ou bien seulement du cas où le bail a date certaine, mais qu'il contient la réserve que, en cas de vente, l'acquéreur pourra expulser le preneur ?

Elle ne distingue point ; par conséquent elle s'applique à tous les cas où un acquéreur ordinaire aurait pu expulser le preneur. Dans ces mêmes cas, l'acquéreur à réméré sera obligé d'attendre que la propriété soit incommutablement fixée dans sa main pour pouvoir expulser le preneur, afin de ne pas exposer le bailleur, son vendeur, à un recours en garantie de la part du preneur, tandis que la propriété, d'un moment à l'autre, peut revenir dans la main de ce bailleur. Toutefois, rien n'empêche l'acquéreur à réméré de

donner congé au locataire qui ne jouit qu'en vertu d'un bail verbal, c'est-à-dire sans fixation de temps ; car, comme chacun des contractans peut faire cesser un tel bail quand bon lui semble, en donnant le congé d'avance, l'acquéreur à réméré, qui a les droits de son vendeur, le peut par conséquent comme lui, et comme le peut, de son côté, le locataire. Il n'expose pas par là le vendeur à une action en garantie, comme dans le cas où le bail a une durée déterminée, et, d'après cela, le motif de l'article 1751 cesse d'être applicable. Peu importe qu'il puisse arriver par là que le vendeur soit privé d'un bon locataire, au cas où il rentrerait dans son fonds : c'était à lui de stipuler dans l'acte de vente que l'acquéreur ne pourrait donner congé au locataire en jouissance : s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a entendu que l'acquéreur pourrait faire à cet égard ce qu'il aurait pu faire lui-même.

Et l'on doit décider aussi, dans le cas du bail d'un héritage rural fait sans fixation de durée, que l'acquéreur à réméré peut expulser le preneur après l'expiration du temps nécessaire à celui-ci pour qu'il ait perçu tous les fruits de la chose ; et il n'est pas obligé de lui donner un congé d'avance, comme lorsqu'il s'agit de maisons, car ces baux cessent de plein droit à l'expiration du temps pour lequel ils sont faits. (Art. 1775.)

455. Lorsqu'il y a saisie de l'immeuble loué ou affermé, c'est l'article 684 (nouveau) du Code de procédure qui règle les droits des créanciers et ceux du preneur ; et il porte que : « les baux qui n'auront pas

« acquis date certaine avant le commandement, pour-
« ront être annulés, si les créanciers ou l'adjudica-
« taire le demandent. »

L'ancien article 691 du même Code, qui contenait semblable disposition, portait, de plus :

« Si le bail a une date certaine, les créanciers pour-
« ront saisir et arrêter les loyers ou fermages ; et,
« dans ce cas, il en sera des loyers ou fermages échus
« depuis la dénonciation faite au saisi, comme des
« fruits mentionnés en l'article 689. » C'est-à-dire
qu'ils sont immobilisés pour être distribués avec le
prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque.

Cette disposition a été remplacée par la suivante, de la loi du 2 juin 1841, et qui forme maintenant l'article 685 : « Les loyers et fermages seront immobilisés
« à partir de la transcription de la saisie, pour être
« distribués avec le prix de l'immeuble par ordre
« d'hypothèque. Un simple acte d'opposition à la re-
« quête du poursuivant ou de tout autre créancier
« vaudra saisie-arrêt entre les mains des fermiers et
« locataires, qui ne pourront se libérer qu'en exécu-
« tion de mandemens de collocation, ou par le verse-
« ment des loyers ou fermages à la caisse des consi-
« gnations; ce versement aura lieu à leur réquisition,
« ou à la simple sommation des créanciers, à défaut
« d'opposition, les paiemens faits au débiteur seront
« valables, et celui-ci sera comptable, comme sé-
« questre judiciaire¹, des sommes qu'il aura reçues. »

¹ Et par conséquent par corps (art. 2060, Cod. civ.), sans pouvoir être admis au bénéfice de cession. (Art. 905, Cod. de procéd.)

On suppose généralement ici que les baux sont de la durée ordinaire de neuf ans ou au-dessous : les créanciers, même hypothécaires, qui ont fait saisir, ne pourraient s'opposer à l'exécution de ceux qui ont date certaine avant le commandement, quoique postérieurs aux inscriptions hypothécaires, car le débiteur, en consentant des baux ordinaires, n'a fait qu'un acte d'administration.

Et il faudrait décider la même chose à l'égard des baux renouvelés, et ayant aussi date certaine avant le commandement, quoique leur exécution n'eût point encore commencé à cette époque, s'ils n'avaient pas été renouvelés plus de trois ans avant l'expiration des baux courans, s'il s'agissait d'héritages ruraux, et plus de deux ans, s'il s'agissait de bâtimens, par argument de l'article 1430.

Enfin, par analogie aussi de ce qu'il est décidé à l'égard des baux de plus de neuf ans, que le mari seul a passé des biens de sa femme, dont il a la jouissance (art. 1429), il faudrait pareillement décider que les créanciers, même hypothécaires, seraient obligés de souffrir la jouissance du preneur qui aurait un bail de dix-huit ou de vingt-sept ans, si la seconde ou troisième période se trouvait commencée au jour du commandement, et en supposant que ce bail eût acquis date certaine à cette époque. Mais, dans le cas où le preneur ne serait point encore entré dans la seconde ou troisième période de neuf ans au jour du commandement, les créanciers ayant hypothèque antérieure à la date du bail ne seraient obligés de souffrir la jouis-

sance du preneur que pour le temps qui resterait à courir de la période de neuf ans dans laquelle il se trouverait alors.

156. Nous disons *les créanciers ayant hypothèque antérieure à la date du bail* ; car, pour les créanciers qui n'auraient qu'une hypothèque postérieure, ou qui n'auraient pas du tout d'hypothèque ni de privilège spécial sur l'immeuble, il est certain qu'ils ne pourraient s'opposer à la jouissance du preneur, quelle que fût d'ailleurs la durée de son bail. Dès que le débiteur pouvait même transporter la propriété de l'immeuble au preneur, sans que ces mêmes créanciers eussent eu le droit de suite contre lui, il a bien pu lui en concéder la jouissance pour tout le temps que bon lui a semblé. Cela est incontestable, du moins quant à ce qui concerne ceux qui n'avaient point d'hypothèque ni de privilège sur l'immeuble au temps du bail, et qui ont néanmoins fait saisir : seulement ceux qui avaient hypothèque à cette époque, mais qui ne l'avaient point encore fait inscrire, pourraient prétendre qu'ayant, en vertu de l'article 834 du Code de procédure, le droit de s'inscrire sur un nouvel acquéreur pendant la quinzaine de la transcription, leurs inscriptions prises depuis le bail doivent avoir effet contre le preneur, comme elles auraient effet contre un acquéreur, et en conséquence, qu'ils peuvent n'exécuter le bail que pour la période de neuf ans dans laquelle se trouverait le preneur au jour du commandement. Tel serait en effet notre avis.

Les points ci-dessus nous paraissent incontestables ;

seulement il peut s'élever quelque difficulté au sujet des baux de dix-huit ou vingt-sept ans, passés depuis des inscriptions prises sur l'immeuble saisi, et ayant acquis date certaine avant le commandement : les créanciers hypothécaires qui ont fait saisir l'immeuble sont-ils tenus de les maintenir pour toute leur durée, ou seulement pour la période de neuf ans dans laquelle on se trouverait au moment de la saisie ?

Nous croyons qu'ils ne sont tenus de les maintenir que pour cette période; autrement un débiteur, après avoir consenti des hypothèques sur ses biens, pourrait grandement nuire aux créanciers hypothécaires, en passant des baux de trente, quarante, cinquante ans et davantage encore, la loi ne limitant pas la durée des baux faits par le propriétaire en état de capacité. Il diminuerait peut-être par là d'un quart, d'un tiers, et quelquefois davantage la valeur vénale de l'immeuble. Cela n'a pas besoin d'être démontré : la chose est assez évidente d'elle-même. Ce n'est pas là un acte d'administration ordinaire, que des créanciers n'aient pas le droit de critiquer; c'est un acte qui participe de la nature des actes de disposition; voilà pourquoi ils sont interdits à ceux qui n'ont simplement que la jouissance ou l'administration des biens d'autrui.

Mais, comme nous venons de le dire, les créanciers qui n'auraient reçu des hypothèques que postérieurement à l'époque où le bail aurait acquis date certaine, et encore mieux ceux qui n'en auraient pas, seraient obligés de respecter le bail dans toute son étendue; et l'adjudicataire lui-même, si les créanciers hypothé-

caires antérieurs n'avaient élevé à ce sujet aucune réclamation, serait tenu lui-même de l'exécuter en son entier, car il aurait acheté en conséquence : l'article 684 (nouveau) du Code de procédure ne serait point applicable à ce cas.

SECTION IV.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A LOYER.

SOMMAIRE.

157. *Le locataire doit garnir la maison de meubles suffisans pour répondre du paiement du loyer.*
158. *Le propriétaire a directement action contre le sous-locataire : dans quelles mesures.*
159. *Il peut faire prononcer aussi contre lui la résiliation du bail pour défaut de paiement du prix promis par le locataire principal.*
160. *Les meubles du sous-locataire sont affectés du privilège de l'article 2102-1°.*
161. *L'action du propriétaire contre le sous-locataire n'admet pas les autres créanciers du locataire principal à concourir sur son produit.*
162. *Disposition de l'article 1753, mal placée.*
163. *En cas de saisie de l'immeuble loué ou affermé, distinction à faire en raison de la qualité du créancier qui a fait saisir, relativement aux paiemens faits par anticipation.*
164. *Le locataire est tenu des réparations locatives ou de menu entretien, sauf clause contraire : les principales de ces réparations.*
165. *Il n'en est pas tenu lorsqu'elles sont l'effet de la vétusté ou d'une force majeure.*
166. *Il n'est pas tenu du curement des puits et des fosses d'aisances, sauf clause contraire.*
167. *De la durée présumée du bail des meubles fournis pour garnir une maison ou un appartement.*
168. *La location d'un appartement à raison de tant par an n'est pas nécessairement la même chose qu'un bail pour une année : développemens.*

156 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

169. *Epoques ordinaires des entrées et des sorties à Paris, pour les locations de maisons, boutiques ou appartemens : les congés doivent être donnés en conséquence.*
170. *Dans quel cas s'opère la tacite réconduction en fait de baux de maisons, et à quelles conditions elle a eu lieu.*
171. *Différens cas où elle ne peut s'opérer, à cause de la qualité de l'une ou de l'autre des parties.*
172. *Indemnité due au bailleur par le preneur en cas de résiliation par la faute de ce dernier.*
173. *Le bailleur ne peut résilier le bail en déclarant qu'il veut occuper les lieux par lui-même, sauf réserve contraire : abrogation de la célèbre loi Aëd.*
174. *Le bailleur qui veut user de la faculté réservée doit signifier un congé à l'avance, suivant l'usage des lieux.*
175. *Le preneur ne peut non plus, sans le consentement du bailleur, quitter la maison louée avant l'expiration du temps convenu, quelles que soient d'ailleurs les circonstances dans lesquelles il pourrait se trouver.*

457. Le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisans peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer. (Art. 1752.)

Le privilège du locateur sur les meubles garnissant la maison est une condition tacite de la location : or, pour qu'il puisse s'exercer avec utilité, il faut un objet sur lequel il soit assis.

En cas de contestation sur ce point, le tribunal ordonne un rapport d'experts ; mais il n'est pas nécessaire que les meubles soient de la valeur du montant des loyers pour tout le temps pour lequel la location a été faite ; il suffit qu'ils soient d'une valeur propre à répondre du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, avec les frais de saisie et de vente ;

car le bailleur non payé aura toujours la ressource de faire résilier le bail.

Il est bien vrai que l'article 2102 lui donne, lorsque le bail a une date certaine, le privilège pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir ; mais le cas est bien différent : c'est qu'alors le locataire ne remplit réellement plus ses obligations et ne les remplira plus à l'avenir, étant tombé en faillite ou en déconfiture, au lieu qu'ici le bailleur a seulement la crainte qu'il ne les remplisse pas ; et si cela a lieu en effet, il pourra l'expulser, et il aura une sûreté suffisante pour ce qui lui sera dû : il ne laissera pas accumuler les loyers. Il faut toutefois que le mobilier puisse aussi répondre du terme suivant, parce que le locataire pourra être condamné à en payer le loyer à titre de dommages-intérêts. (Art. 1760.)

Le tribunal, au surplus, se déterminera d'après les circonstances du fait : tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il n'a pu entrer dans l'esprit de la loi de vouloir qu'un locataire pour un assez grand nombre d'années dût avoir, pour ne pouvoir être expulsé, un mobilier assez considérable pour répondre du paiement des loyers pendant tout le temps de la location : cela eût fait naître une foule de contestations, la plupart du temps fondées sur des craintes chimériques, et aurait nui à la tranquillité des personnes et au bien du commerce.

Il faut, au reste, assimiler au locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, celui qui fait disparaître les meubles qu'il avait d'abord apportés,

lorsqu'il n'en reste plus assez pour répondre du paiement du loyer.

Quant aux sûretés que peut fournir le locataire pour éviter d'être expulsé faute de garnir la maison de meubles suffisans, c'est une hypothèque, un gage ou une caution.

458. Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, sans qu'il puisse opposer de paiemens faits par anticipation. (Art. 1753.)

Les paiemens faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. (*Ibid.*)

459. Mais si, par l'effet des paiemens faits, en conformité de l'usage des lieux, mais en exécution d'une stipulation portée au bail du sous-locataire, le propriétaire non payé du locataire principal ne l'est pas non plus du sous-locataire, il peut, suivant nous, faire prononcer la résiliation du bail principal (art. 1741), et, par suite, celle de la sous-location ; car, quoiqu'en matière de baux, la règle *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*, ne soit pas aujourd'hui d'une vérité absolue, tant s'en faut, néanmoins, dans le cas dont il s'agit, elle devrait recevoir son application, parce qu'il ne serait pas juste que le propriétaire perdît ses loyers par le fait de celui dont le sous-locataire tire son droit.

460. Les meubles du sous-locataire sont affectés

du privilège de l'article 2102-1^o, pour tout ce dont il peut être tenu envers le propriétaire ; car celui-ci a le droit de son propre locataire, bailleur par rapport au sous-locataire.

464. Et il faut remarquer que l'action du propriétaire contre le sous-locataire, à raison du prix de la sous-location, est une action qui lui compète directement, et non pas seulement en vertu du principe général de l'article 1166, que les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne : d'où il suit qu'il en perçoit le produit, jusqu'à concurrence de ce qui peut lui être dû, à l'exclusion des autres créanciers du principal locataire qui auraient aussi fait des saisies ou oppositions entre les mains du sous-locataire. Le prix de la sous-location n'étant qu'en raison de la chose du bailleur, il est juste que celui-ci le touche de préférence aux créanciers particuliers du locataire principal.

462. L'article 1753 est bien placé, il est vrai, sous la section *des règles particulières aux baux à loyer*, ou de maisons, mais ses dispositions sont toutefois communes aussi aux baux d'héritages ruraux, et c'était à la section précédente qu'il eût dû être placé ; car l'article 820 du Code de procédure porte : « Les effets des « sous-fermiers et sous-locataires garnissant les lieux « par eux occupés, et les fruits des terres qu'ils sous- « louent, peuvent être saisis-gagés pour les loyers et « fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils « tiennent. Mais ceux-ci obtiendront main-levée, en

« justifiant qu'ils ont payé sans fraude, et sans qu'ils
 « puissent opposer des paiemens faits par anticipa-
 « tion. »

Mais l'on vient de voir que les paiemens faits en exécution d'une stipulation portée dans le contrat du sous-locataire, ou en conformité de l'usage des lieux, ne doivent pas être considérés comme faits par anticipation.

163. En cas de saisie de l'immeuble affermé ou loué, il est besoin, quant aux paiemens faits par anticipation par le fermier ou le locataire, en exécution d'une clause du bail, de distinguer quels sont les créanciers qui ont fait saisir.

Si ce sont des créanciers non-hypothécaires, ou ayant hypothèque postérieure à la date certaine du bail, le preneur peut leur opposer non-seulement les paiemens qu'il a faits d'avance en conformité de l'usage des lieux, mais encore ceux qu'il a faits d'avance en exécution d'une clause portée en son bail ; sauf, si le bail n'avait pas acquis date certaine avant le commandement fait au débiteur saisi, le droit, pour les créanciers ou l'adjudicataire, d'en demander la nullité, conformément à l'article 684 (nouveau) du Code de procédure. Dès que le débiteur eût pu, lors du bail, vendre l'immeuble au locataire ou fermier, sans que les créanciers eussent pu ensuite en faire la saisie, il a bien pu, en lui en faisant simplement la location, recevoir de lui les loyers par anticipation. La délégation de fruits qu'il aurait faite, ou l'antichrèse qu'il aurait consentie, eût bien dû être respectée par ces

créanciers, qui n'avaient pas encore, nous le supposons, de droit sur l'immeuble au moment où cette délégation ou cette antichrèse aurait été consentie : donc ils ne peuvent méconnaître les paiemens des loyers ou fermages faits d'avance en exécution d'une clause du bail dont la date est certaine, et antérieure aux hypothèques.

Mais si les créanciers saisissans ont hypothèque antérieure à la date du bail, le preneur ne peut leur opposer les paiemens qu'il aurait faits d'avance, qu'autant qu'ils l'auraient été en conformité de l'usage des lieux, et non les paiemens extraordinaires faits par anticipation, en exécution seulement d'une clause de son bail : autrement il dépendrait d'un débiteur de préjudicier à ses créanciers hypothécaires, en louant l'héritage hypothéqué pour un grand nombre d'années, et en se faisant faire à l'avance le paiement des loyers ou fermages : il éluderait de la sorte l'article 685 (nouveau) du Code de procédure, qui veut que les créanciers puissent saisir les loyers ou fermages, et que les loyers ou fermages échus depuis la transcription de la saisie soient immobilisés, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque. L'article 2091 du Code civil s'opposerait aussi à une telle prétention.

Et si nous décidons le contraire à l'égard des paiemens faits d'avance en conformité de l'usage des lieux, c'est qu'il n'y a aucun soupçon de fraude quant à de semblables paiemens, et qu'il était même de l'intérêt des créanciers que le débiteur usât de cette précau-

tion ; car ils avaient intérêt au maintien de sa solvabilité, à ce qu'il administrât ses biens en bon père de famille, et par conséquent à ce qu'il exigeât d'avance les paiemens des fermages ou loyers selon la coutume :

164. Le locataire est tenu des réparations locatives ou de menu entretien, sauf clause contraire.

Ces réparations sont celles désignées comme telles par l'usage des lieux, et, entre autres, les réparations à faire,

Aux âtres, contre-cœurs, chambranles et tablettes des cheminées ;

Au recrépiment du bas des murailles des appartemens et autres lieux d'habitation, à la hauteur d'un mètre ;

Aux pavés et carreaux des chambres, lorsqu'il y en a seulement quelques-uns de cassés ;

Aux vitres, à moins qu'elles ne soient cassées par la grêle ou autres accidens extraordinaires de force majeure, dont le locataire ne peut être tenu ;

Aux portes, croisées, planches de cloison ou de fermeture de boutique, gonds, targettes et serrures. (Art. 1754.)

On suppose que toutes ces réparations sont devenues nécessaires par le fait ou la faute du locataire ou des personnes de sa maison ; et il serait même tenu de faire remplacer les vitres cassées par la grêle, s'il y avait des contrevents, qu'il eût négligé de fermer au moment de l'orage, dans le cas où, étant chez lui, il pouvait le faire aisément.

165. Du reste, aucune des réparations réputées locatives n'est à la charge du locataire, quand elle n'est occasionnée que par vétusté ou force majeure. (Article 1755.)

Mais c'est au locataire à prouver le cas de vétusté ou de force majeure, puisqu'il l'invoque comme moyen de libération d'une obligation que le Droit commun mettait à sa charge.

166. Le curement des puits et celui des fosses d'aisance sont à la charge du bailleur, s'il n'y a clause contraire. (Art. 1756.)

167. Le bail des meubles fournis pour garnir une maison entière, un corps de logis entier, une boutique, ou tous autres appartemens, est censé fait pour la durée ordinaire des baux de maisons, corps de logis, boutiques ou autres appartemens, selon l'usage des lieux (art. 1757), sauf convention contraire.

Le bail d'un appartement meublé est censé fait à l'année quand il a été fait à tant par an ;

Au mois, quand il a été fait à tant par mois ;

Au jour, s'il a été fait à tant par jour.

Et si rien ne constate que le bail ait été fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite selon l'usage des lieux. (Art. 1758.)

168. Mais la location d'un appartement moyennant telle somme par an, dans les lieux où les locations ne se font pas ordinairement pour une année, n'est pas pour cela censée faite pour un an, quand même il y aurait un bail écrit, si ce bail ne contenait aucune fixation de temps. A Paris, par exemple, le

bail d'un appartement à tant par an n'est pas censé fait pour un an, de manière que le locataire ne puisse sortir avant la fin de l'année, tout en donnant congé au temps d'avance réglé par l'usage, et que le bailleur ne puisse non plus le faire sortir avant l'expiration de l'année, tout en lui donnant aussi congé. Au contraire, le bail est censé fait sans fixation de durée, et chacune des parties peut, en conséquence, le faire cesser en donnant congé d'avance, et en observant à cet égard l'usage des lieux, conformément à l'article 1736.

Au lieu que si, de ce qu'un bail est fait à tant par an, il était censé fait pour un an, et seulement pour ce temps, le locataire ne pourrait sortir ni être expulsé avant l'expiration de l'année, et il n'y aurait pas besoin d'un congé signifié à l'avance pour qu'il pût quitter les lieux ou en être expulsé à la fin de l'année; car, d'après l'article 1737, les baux faits par écrit, c'est-à-dire, comme nous l'avons expliqué précédemment, les baux faits avec fixation de leur durée, cessent de plein droit à l'expiration du temps fixé, sans qu'il soit nécessaire de donner congé : seulement, si l'une ou l'autre des parties ne veut pas qu'il s'opère une tacite réconduction, elle prend ses mesures à cet égard, savoir : le locataire, en déménageant au terme ; et le locateur, en lui signifiant un *avertissement*, et cet avertissement n'a pas besoin d'être donné un certain temps d'avance.

La fixation du prix d'un bail à tant par an n'a pas pour objet de déterminer la durée du bail, mais seu-

lement la somme que devra payer le locataire en raison du temps pendant lequel il jouira de la chose; et ce paiement se fait par quartier, de trois mois en trois mois, ou par moitié, de six mois en six mois, ou en une seule fois, suivant la convention, et, à défaut de convention, suivant l'usage des lieux et la nature du bâtiment loué. Ainsi, par exemple, le loyer des boutiques, à Paris, se paie communément de six mois en six mois, et le loyer des appartemens, de trois mois en trois mois.

169. Il y a généralement à Paris quatre époques pour les entrées et les sorties : en janvier, avril, juillet et octobre; et pour les petites locations d'appartemens, il y a, en outre, l'entrée et la sortie au demi-terme. Mais dans les bourgs et petites villes, les locations se font ordinairement à l'année, et les époques d'entrées et de sorties sont la Saint-Jean d'été ou la Saint-Martin d'hiver.

A Paris, le locataire d'une maison, d'un corps de logis entier, ou d'une boutique ou magasin, qui n'a point de bail avec un temps déterminé, ne peut sortir ni être expulsé qu'en vertu d'un congé donné six mois à l'avance; et l'usage actuel est que le locataire d'un appartement au-dessus de 400 fr. ne peut sortir ni être expulsé que d'après un congé signifié trois mois avant l'une des époques ordinaires de sortie; et le locataire d'un appartement n'excédant pas 400 fr., qu'en vertu d'un congé donné six semaines avant l'une de ces époques, ou celle du demi-terme.

Les locataires de la première et de la seconde classe

ont, pour déménager, jusqu'au 14 du mois de la sortie, et ceux de la troisième classe ont jusqu'au 8 de ce mois, ou huit jours après l'expiration du demi-terme, lors même que les uns ou les autres seraient entrés le premier du mois ; et ils ne doivent point pour cela de supplément de prix, sauf convention contraire.

Et l'on a, comme de raison, fait concorder l'époque des congés avec celles des sorties : en conséquence, pour les locations des deux premières classes ci-dessus, il suffit que le congé soit signifié avant le 15 de l'un des mois où s'opère la sortie ; et pour celle de la troisième classe, il suffit qu'il soit donné avant le 8 de l'un de ces mois, ou avant le huitième jour qui suit le demi-terme.

470. Si le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance après l'expiration *du temps déterminé* par le bail (écrit ou non), sans opposition de la part du bailleur, il est censé les occuper aux mêmes conditions pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne peut plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux. (Art. 1759 analysé.)

C'est la tacite réconduction ; mais elle n'a effet qu'entre les parties, et non par rapport à la caution donnée pour le bail primitif. (Art. 1740.)

Elle suppose un nouveau consentement de la part des parties, non pas pour un bail de la durée du premier, mais pour un bail d'une durée indéterminée, et qu'il sera loisible à chacune d'elles de faire cesser, en donnant un congé d'avance, suivant l'usage des lieux.

Le prix est censé le même, et les autres conditions de la location primitive sont censées convenues dans la nouvelle, pour le temps qu'elle durera.

Par conséquent si, dans le bail primitif, il y avait un pot-de-vin ou droit d'entrée, ce pot-de-vin serait censé répété dans la tacite réconduction, pour être payé dans la proportion du temps pendant lequel elle produira ses effets.

474. De ce que la tacite réconduction suppose un nouveau consentement, il s'ensuit qu'elle n'a pas lieu dans les baux qui ne peuvent être faits que d'après certaines formalités, comme les baux de biens nationaux ou d'établissements publics ; car ces formalités n'étant point observées, il n'y a point de bail.

Il faudrait en dire autant du cas où un tuteur, à qui le subrogé-tuteur avait passé bail des biens du mineur, en vertu d'une autorisation du conseil de famille, a continué d'en jouir sans un nouveau bail en forme : le tuteur serait obligé de rendre compte des revenus de la chose, comme dans le cas où il gère sans bail.

Par la même raison, si, au moment où le bail expire, le locateur tombe en démence, on ne peut pas dire que le locataire qui continue sa jouissance le fait en vertu de la tacite réconduction, puisqu'il n'y a pas de consentement de la part du propriétaire¹ ; il faudrait pour cela qu'il fût pourvu d'un tuteur : alors on supposerait en effet que le tuteur, qui eût pu passer un nouveau bail, a tacitement consenti au nouveau.

¹ L. 14, ff. *Locati*.

Mais, dans notre espèce, il n'y a pas moyen de supposer le consentement sous-entendu dans les tacites réconductions. Il y aurait donc lieu à une évaluation de la jouissance du locataire.

Mais si la jouissance de celui-ci avait déjà commencé en vertu de la tacite réconduction, au moment où le bailleur est venu à tomber en démente, nous croyons qu'elle se régirait comme dans les cas ordinaires, et qu'elle ne cesserait pas par le fait seul de la démente du bailleur; car nous ne voyons pas dans la tacite réconduction des maisons autant de baux qu'il y aura de termes ou d'années pendant lesquels le locataire jouira de cette manière; il n'y a, suivant nous, qu'un seul bail, que chacune des parties peut, il est vrai, faire cesser au moyen d'un congé donné à l'avance, et suivant l'usage des lieux: c'est absolument un bail fait sans écrit, c'est-à-dire sans fixation d'un temps pour sa durée (art. 1738); et l'article 1759, en disant que le locataire sera censé occuper la maison ou l'appartement aux mêmes conditions *pour le terme fixé par l'usage des lieux*, ne veut pas dire autre chose. Or, si ce bail a été valablement consenti, il doit produire son effet tant qu'il n'est pas résilié.

Si la tacite réconduction n'était réellement censée faite d'abord que pour un terme, avec renouvellement pour le terme suivant, et ainsi de suite jusqu'au congé, il ne devrait pas y avoir besoin de congé pour sortir ou être expulsé à l'expiration du premier terme ou d'un terme subséquent; car les baux faits avec

fixation de leur durée, quelque courte qu'elle soit, cessent de plein droit à l'expiration du temps convenu, sans qu'il soit besoin de donner congé (art. 1737). Mais il n'en est pas ainsi.

Dans les baux d'héritages ruraux, il est vrai, la tacite réconduction se répète successivement; mais c'est parce que les baux de cette espèce, faits sans écrit, ou sans fixation de temps, ne sont censés faits que pour le temps nécessaire au preneur pour percevoir tous les fruits du fonds, et parce qu'ils cessent de plein droit à l'expiration de ce temps; mais on ne peut dire cela des baux de maisons faits sans fixation de durée, et s'il y avait dans ces baux autant de locations que de termes pendant lesquels jouira le locataire, il faudrait dire que la caution donnée par celui-ci, quoique indéfiniment et sans réserve, n'est cependant censée donnée que pour le premier terme seulement, car elle ne s'étend pas à la tacite réconduction (art. 1740), et le second terme ne serait qu'une tacite réconduction. Or, cela ne serait-il pas contre l'intention vraisemblable des parties, dans le cas d'une location faite à tant par an, sans fixation de la durée du bail? Pour nous ce n'est pas douteux.

Si, à l'expiration du bail écrit d'une maison ou d'un appartement, le bailleur était venu à mourir, laissant des enfans mineurs non pourvus de tuteur, la tacite réconduction ne pourrait pas non plus s'opérer : le locataire n'aurait eu qu'une jouissance de fait, et qui s'estimerait à dire d'experts, en cas de contes-

tation sur le prix. Mais si c'était dans le courant d'un bail verbal, ou sans fixation de temps, que le bailleur fût venu à mourir, on ne suivrait pas moins les règles ordinaires; le prix de la jouissance du locataire ne serait pas moins le même, et ce dernier ne pourrait être expulsé ni sortir qu'en vertu d'un congé donné à l'avance, et en suivant l'usage des lieux.

Tout ce que nous venons de dire, et avec les mêmes distinctions, s'applique pareillement aux cas où c'est le locataire qui est tombé en démence ou qui est mort laissant des héritiers mineurs.

472. En cas de résiliation du bail par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages-intérêts qui ont pu résulter de l'abus. (Art. 1760.)

Et ce temps nécessaire à la relocation varie en raison de l'espèce d'édifice loué et de l'usage des lieux. Par exemple, à Paris, aujourd'hui c'est six semaines pour un appartement n'excédant pas quatre cents francs, trois mois pour les appartemens au-dessus de cette somme, et six mois pour les maisons, corps de logis entiers et boutiques.

Si donc le locataire d'un appartement au-dessus de quatre cents francs, à Paris, était expulsé dans le courant d'un terme, pour abus de jouissance ou dégradations, *putà* le premier mars, il ne devrait pas seulement le prix pour tout le terme courant, qui comprend le mois de mars, il le devrait aussi pour le trimestre d'avril à juillet; car le locateur ne pourrait

trouver, dans le courant de mars, un locataire pour occuper le logement en avril, du moins ordinairement.

473. Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison, s'il n'y a convention contraire. (Art. 1761.)

Tandis que, d'après la loi *Æde*, 3, Cod., de *Locato conducto*, suivie dans notre ancienne jurisprudence, le propriétaire d'une maison, qui en avait fait bail, pouvait expulser le locataire avant l'expiration du temps convenu, dans le cas où il prouvait que, par suite de quelque circonstance, elle lui était devenue nécessaire pour son propre usage, ou bien lorsqu'il voulait y faire de grandes réparations ou des changements importants, et enfin dans le cas où le locataire abusait de la chose : *Æde quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet* : NISI PROPRIIS USIBUS DOMINUS EAM NECESSARIAM ESSE PROBAVERIT, aut CORRIGERE DOMUM MALUERIT, aut TU MALÈ IN RE LOCATA VERSATA ES.

Cette dérogation aux principes qui régissent les contrats, dans les deux premiers cas, était fondée sur une prétendue cause d'utilité générale. Le Code a sagement fait de l'abroger.

L'allégation d'une convention contraire intervenue, soit lors du bail, soit depuis, ne pourrait même se justifier par la seule preuve testimoniale : l'article 1341 s'y opposerait.

Il en serait autrement s'il y avait un commence-

ment de preuve par écrit, par exemple une lettre du preneur. (Art. 1347 rapproché de l'article 1341.)

Le serment pourrait aussi être déféré au locataire, et le bailleur pourrait le faire interroger sur le fait de la convention.

174. S'il a été convenu dans le contrat de louage que le bailleur pourrait venir occuper la maison, il est tenu de signifier d'avance un congé aux époques déterminées par l'usage des lieux. (Art. 1762.)

175. De son côté, le locataire ne peut quitter la maison avant l'expiration du temps convenu, sans le consentement du bailleur; s'il le fait, il ne doit pas moins le prix du bail, lors même qu'il alléguerait de justes motifs pour aller transporter son domicile dans une autre ville, ou qu'il aurait obtenu un emploi du gouvernement emportant résidence ailleurs; sauf à lui à sous-louer, si encore cette faculté ne lui a pas été interdite.

Toutefois, nous croyons, comme nous l'avons dit plus haut, que, dans le cas même où cette interdiction existerait, si le locataire était appelé au service militaire, le bailleur devrait se relâcher de la clause, ou consentir à la résiliation du bail, ou accepter une indemnité qui se réglerait en raison de la différence entre le prix du bail et le prix auquel le bailleur relouerait lui-même, et de bonne foi, la maison à une autre personne, le tout à son choix; car il y aurait là force majeure.

SECTION V.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES AUX BAUX A FERME.

SOMMAIRE.

176. *Le colon partiaire ne peut se substituer une autre personne dans la culture, sans le consentement du bailleur.*
177. *Le bailleur a le privilège de l'article 2102 pour la somme que le colon partiaire doit lui payer annuellement pour loyer et charges de culture.*
178. *Le bail à culture, quoique renfermant un contrat de société, ne finit pas par la mort du colon, à moins de clause contraire.*
179. *Le preneur doit garantir la contenance portée au contrat : règles à suivre pour la diminution ou l'augmentation du prix, à raison de moindre ou plus grande contenance.*
180. *Quelle est la durée de l'action pour cette cause : changement d'opinion de l'auteur.*
181. *L'action est de la compétence du juge de paix ; dispositions, à cet égard, de la loi du 25 mai 1838, sur les justices de paix.*
182. *Obligations générales du preneur d'un héritage rural, d'après l'article 1766.*
183. *Interprétation de cet article.*
184. *De l'effet des clauses pénales insérées dans le bail contre le preneur.*
185. *Effet de la clause par laquelle le bailleur se réserve la faculté d'expulser le preneur, même hors le cas de vente du fonds.*
186. *Explication de la loi 51, ff. Locati, qui devrait être suivie aussi dans notre Droit.*
187. *Effet de la clause portant que le bailleur recevra chaque année une certaine quantité de grain du fonds, à tel prix, en déduction du prix de ferme.*
188. *Le preneur doit engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail.*
189. *Il doit avertir le bailleur des usurpations et empiétements commis sur les fonds.*
190. *Il a droit à une indemnité si la moitié au moins d'une récolte lui est enlevée par cas fortuit.*

174 LIVRE III. — MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

191. *Application de la règle au cas où le bail n'est que d'une année.*
192. *Si l'on a égard à la cherté ou à la vilité du prix des denrées ? opinions des auteurs, et discussion.*
193. *Pour qu'il ait droit à une diminution du prix, il n'est pas nécessaire que le cas fortuit qui l'a privé au moins de moitié d'une récolte soit un cas fortuit extraordinaire : opinion de Pothier rejetée par le Code.*
194. *Autre opinion de M. Delvincourt, combattue.*
195. *Quels sont les cas fortuits ordinaires.*
196. *Comment on procède lorsque le bail comprend plusieurs espèces de fonds pour un seul et même prix.*
197. *Si divers fonds sont affermés pour des prix distincts et séparés, on procède à l'égard de chacun d'eux sans relation aux autres.*
198. *Le droit à une remise a lieu aussi dans le cas où le prix consiste en une certaine quantité des fruits du fonds affermé.*
199. *On prend pour base une récolte ordinaire du fonds, et l'on en retranche la portion du colon partiaire, s'il y en a un, et les semences.*
200. *Texte de l'article 1769 sur le cas où le bail est fait pour plusieurs années.*
201. *Application de cet article.*
202. *Si l'on doit, pour savoir si le fermier a été ou non indemnisé par les autres années, prendre en considération le prix des denrées dans ces années ?*
203. *Le fermier doit avoir soin de faire constater la perte.*
204. *Quel est l'effet de la remise que le propriétaire a faite de gré à gré au fermier pour privation de récolte lorsque ce dernier vient ensuite à en faire d'abondantes.*
205. *Les fruits une fois détachés de la terre sont aux risques du fermier.*
206. *Quand le preneur est un colon partiaire, la perte arrivée sur les fruits, détachés ou non de la terre, et sans la faute du colon, est supportée en commun.*
207. *Secus quand la perte est arrivée après le partage, quoique les fruits fussent encore dans les granges lors de la perte.*
208. *Si l'article 1771, dans sa première partie, s'entend aussi bien du fermier proprement dit, que du colon partiaire ?*

209. *Le fermier n'a point d'indemnité à prétendre quand la cause du dommage était existante et connue au temps où le bail a été passé.*
210. *C'est aussi le juge de paix qui connaît de la demande d'une remise pour perte d'une récolte, pourvu que le droit ne soit pas contesté quand la demande excède le taux de sa compétence.*
211. *Le fermier peut être chargé des cas fortuits, mais il faut, pour qu'il en soit tenu, que la clause soit expresse ; et cela ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, à moins que la clause ne parlât aussi des cas extraordinaires, ou des cas fortuits prévus ou imprévus.*
212. *Résumé de la théorie sur les cas fortuits.*
213. *Si la clause qui charge le fermier des cas fortuits, le charge, par cela même, de la perte des bâtimens arrivés par le feu du ciel ou autre accident de force majeure ?*
214. *Le bail d'un héritage rural fait sans durée fixée par les parties, est censé fait pour le temps nécessaire au preneur pour recueillir tous les fruits de l'héritage affermé.*
215. *Et il cesse de plein droit à l'expiration de ce temps, sans qu'il y soit besoin de donner congé.*
216. *Quelle est la durée de la tacite réconduction dans ces baux.*
217. *A quoi est obligé le fermier sortant envers le fermier entrant, et le fermier entrant envers le fermier sortant.*
218. *Disposition relative aux pailles et engrais existans lors de la sortie du fermier.*
219. *Des constructions faites par le fermier, qui n'était point assujéti par le bail à les faire.*
220. *Des plantations par lui faites dans le même cas.*
221. *Enfin des réparations nécessaires dont il n'était pas tenu, et faites par lui.*

176. Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail (art. 1763), ou depuis.

En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux

dommages-intérêts résultant de l'inexécution du bail.
(Art. 1764.)

Ces articles, dont la justice est évidente, puisque le colon partiaire est un associé, dont l'industrie a été prise en considération par le bailleur, se trouvent placées, dans le Code, sous la rubrique *des règles communes aux baux à ferme*, et cependant le bail fait sous la condition d'un partage de fruits n'est qu'improprement un bail à ferme : c'est un bail à culture; c'est même une société, comme disent les lois romaines.

177. Le colon ou métayer ne paie pas un prix en argent, si ce n'est ordinairement une somme pour son logement dans les bâtimens du domaine, et pour sa part dans les impôts, ce qu'on appelle *charges de culture*; et cette somme, il est tenu de la payer sans diminution, encore que la récolte eût manqué tout-à-fait par cas fortuit; car, ainsi qu'il vient d'être dit, il la promet pour son logement et pour sa part dans les impôts. La perte de la récolte est supportée par lui et par le bailleur, comme une perte arrivée dans une société ordinaire est supportée par les divers associés.

Toutefois, le bailleur a, pour la somme promise par le colon, le privilège de l'article 2102-1^o, et sur les objets qui y sont énoncés; il l'a aussi pour les avances qu'il a faites au colon, en vertu d'une clause du bail, car alors c'est une dette qui concerne l'exécution du bail. Mais l'a-t-il pour les avances qu'il lui a faites en argent ou en denrées, durant le bail, sans s'y être soumis par le bail. Dans quelques-unes de nos précédentes éditions, nous avons pensé, au titre

du Louage, que le privilège n'existait pas pour cette sorte de créance du bailleur sur le colon; mais nous avons abandonné cette opinion, au titre des *Privilèges et Hypothèques*, tome XIX, n° 97, où nous développons les motifs qui nous ont fait changer de sentiment sur ce point.

178. Il est assez d'usage, dans ces baux, de stipuler que le bail sera résolu par la mort du colon ou métayer, ou bien avec cette condition, *s'il ne laisse pas une veuve ou des enfans en état de continuer la culture*. Si cette convention existe sans cette condition, ou si la condition ayant été mise, elle ne s'est point réalisée, les représentans du colon ou métayer achèvent l'année dans laquelle est arrivé son décès; et s'il y a des travaux de faits pour l'année suivante, le propriétaire leur en paie la valeur.

Si la première de ces clauses n'existe pas, le bailleur ne peut empêcher les représentans du colon de continuer la culture pendant le temps convenu, s'ils remplissent d'ailleurs les conditions du bail.

Et toutefois, si ce sont des mineurs, ils obtiennent eux-mêmes facilement, *humanitatis causâ*, la résiliation du bail, sans même devoir pour cela de dommages-intérêts au bailleur.

179. L'obligation du bailleur étant de procurer au preneur la jouissance de toute la chose louée, mais rien de plus, il suit de là que si, dans un bail à ferme, on donne aux fonds une contenance moindre ou plus grande que celle qu'ils ont réellement, il y a lieu à augmentation ou à diminution de prix.

Néanmoins, comme il n'eût pas été raisonnable d'être plus rigoureux en cette matière qu'en matière de vente, il n'y a lieu à cette augmentation ou à cette diminution de prix que dans les cas et suivant les règles exprimées au titre *de la Vente* (art. 1765) : « Si, « dans un bail à ferme, porte cet article, on donne « aux fonds une contenance moindre ou plus grande « que celle qu'ils ont réellement, il n'y a lieu à aug- « mentation ou diminution de prix pour le fermier, « que dans les cas et suivant les règles exprimés au « titre *de la Vente*. »

Or, les articles du titre *de la Vente*, 1617 et suivans, veulent, en général, que l'excédant de contenance ou la moindre mesure soit au moins d'un vingtième, pour qu'il y ait lieu à l'action en augmentation ou en diminution de prix.

Cependant, comme nous l'avons expliqué sur le cas de vente, au tome précédent, si les fonds étaient loués à raison de tant de mesure, il ne serait pas nécessaire, pour qu'il y eût lieu à augmentation ou à diminution du prix, que l'excédant de contenance ou la moindre mesure fût au moins d'un vingtième : tout ce qui se trouverait en sus de la contenance déclarée aurait son prix comme le reste, et il n'y aurait que la contenance réelle qui serait payée : autrement le preneur jouirait de l'excédant *sine causâ*, ou paierait au-delà de ce dont il jouit, ce qui ne serait pas juste.

Et s'il y a plus de contenance dans un des fonds et moins dans l'autre, on prend en considération la valeur de leurs produits respectifs; il se fait compensation

jusqu'à due concurrence, et l'action, soit en augmentation, soit en diminution de prix, n'a lieu qu'autant qu'il y aurait excédant ou diminution de jouissance d'au moins un vingtième; à moins encore que les fonds ne fussent affermés à raison de tant la mesure, auquel cas tout ce qu'il y aurait en plus ou en moins dans chacun des fonds devrait être payé, ou retranché du prix énoncé dans le contrat.

480. Il nous avait semblé, dans nos précédentes éditions, que l'article 1765, en se référant aux cas et aux règles du titre *de la Vente*, ne le faisait que relativement à l'augmentation ou à la diminution de prix, à raison du plus ou moins de contenance, et non à raison aussi du délai dans lequel l'action devait être intentée; et, d'après cela, nous en soumettions, tout en hésitant toutefois, la durée au Droit commun. Mais en y réfléchissant plus mûrement, nous avons reconnu que telle n'avait probablement pas été la pensée des rédacteurs du Code; ces mots de l'article : *Que dans les cas et suivant les règles exprimés au titre de la Vente*, embrassent tout, et les cas où il y a lieu à l'action, et la durée de l'action elle-même.

481. La loi du 25 mai 1838, sur les *Justices de paix*, suivant en cela celle du 24 août 1790, et l'article 3, n° 4, du Code de procédure, met dans les attributions des juges de paix l'action du preneur pour non jouissance provenant du fait du propriétaire. Ainsi, les juges de paix connaissent, sans appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des

tribunaux de première instance, des indemnités réclamées par le fermier ou le locataire pour non jouissance provenant du fait du propriétaire, lorsque le droit à une indemnité ne sera pas contesté (art. 4); et l'analogie conduit à décider la même chose relativement à l'action du bailleur pour augmentation de prix à raison d'excédant de contenance.

Si le droit à une indemnité est contesté, le juge de paix est bien compétent pour en connaître en dernier ressort jusqu'à concurrence de cent francs, et à la charge de l'appel, jusqu'à deux cents francs, en vertu du Droit commun, ou de l'article 1^{er} de la même loi; mais si l'indemnité réclamée, soit par le preneur, soit par le propriétaire, excède cette dernière somme, le juge de paix n'est plus compétent, et il doit le déclarer; alors la demande doit être portée au tribunal de première instance.

Le juge de paix compétent est celui de la situation des biens affermés ou loués, en vertu de l'article 3 du Code de procédure.

482. Le preneur d'un héritage rural, outre son obligation de payer le prix ou fermage aux époques convenues, doit le garnir de bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation, ne pas abandonner la culture, cultiver en bon père de famille, ne point employer la chose à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, et généralement exécuter toutes les clauses du bail; sinon, le bailleur peut, suivant les circonstances, en faire prononcer la résiliation; et en cas de résiliation par la faute du preneur, celui-ci

est tenu des dommages-intérêts du bailleur. (Art. 1766.)

183. Il faut toutefois, pour que la résiliation puisse être prononcée avec justice, que l'inexécution de telle ou telle clause du bail ait réellement causé quelque préjudice au bailleur : c'est ce que suppose l'article lui-même, en disant, « *ET qu'il en résulte un dommage pour le bailleur*, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. » Si donc il n'y a point de préjudice, il n'y a pas lieu à la résiliation, ni même simplement à des dommages-intérêts.

Il n'y aurait pas lieu par conséquent à prononcer la résiliation du bail, ni des dommages-intérêts, à raison des changemens que le fermier apporterait dans la culture des fonds, qui ne nuiraient en rien au bailleur, par exemple, en défrichant de vieux prés pour en renouveler l'assolement, et leur faire produire du grain pendant quelques années ; seulement il devrait les rendre, à la fin du bail, tout aussi bien assolés qu'ils l'étaient lors du défrichement, à peine de dommages-intérêts. En un mot, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire à cet égard, et ils ne doivent prononcer la résiliation qu'autant qu'il y en aurait de justes motifs : or, ces motifs n'existent pas lorsque les changemens faits par le preneur dans le mode de culture n'ont causé aucun préjudice au bailleur, ou que le préjudice est de bien peu d'importance, sauf, dans ce dernier cas, à condamner le preneur en des dommages-intérêts pour le réparer.

184. S'il y a dans le bail une clause pénale pour

le cas où il viendrait à être résilié par la faute du preneur, on suit la convention : le juge, en prononçant la résiliation, ne pourrait accorder une somme plus forte ni moindre (art. 1152), sans préjudice toutefois des dommages-intérêts pour les destructions et détériorations notables que le preneur aurait commises, et dont la réparation serait due en vertu du Droit commun.

Une telle clause, au surplus, n'emporterait pas implicitement la faculté, pour le preneur, d'abandonner la culture moyennant la peine convenue : la clause pénale ne porte aucune atteinte à l'obligation principale ; le créancier peut négliger la première, et poursuivre l'exécution de la seconde (art. 1228). En conséquence, le bailleur pourrait demander le paiement des fermages pour tout le bail, et aux époques convenues, quand bien même le preneur aurait cru devoir abandonner la culture ; et il pourrait aussi, par la même raison, obtenir les dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'abandon de la culture, ou pour la mauvaise exécution du bail sous d'autres rapports. Il faudrait, pour que la clause emportât la faculté, pour le preneur, de résilier lui-même à volonté le bail moyennant la peine, qu'elle fût conçue dans des termes qui indiqueraient clairement que c'est aussi dans son intérêt qu'elle a été stipulée : comme s'il était dit, par exemple, que, *en cas de résiliation par la faute du preneur, ou par sa volonté, il paiera telle somme à titre de peine*. Dans ce cas, il pourrait résilier, moyennant la peine, et le bailleur pourrait aussi demander la résiliation si le preneur y donnait lieu par sa faute ;

et il aurait droit aussi à la peine convenue si le preneur laissait prononcer la résiliation par le juge, au lieu de déclarer qu'il la veut lui-même.

185. Le bailleur peut aussi se réserver la faculté d'expulser le preneur quand il le voudra, même hors le cas de vente du fonds ; et s'il a promis une somme ou une peine ce cas échéant, il la doit en totalité¹, à quelque époque qu'il use de la faculté réservée, à moins de clause contraire, et sauf à compenser la peine, en tout ou partie, avec ce que le fermier pourrait lui devoir de son côté, pour fermages échus, dommages-intérêts, ou autre cause.

Mais il ne devrait pas la peine s'il expulsait le preneur en vertu du Droit commun, par exemple, parce que ce dernier aurait commis sur les fonds des détériorations importantes, ou n'aurait pas rempli les clauses du bail, notamment, parce qu'il aurait demeuré plusieurs années sans payer les fermages. C'est ce que décide le jurisconsulte Paul, dans la loi 54, § 1, ff. *Locati*, où il suppose que le bailleur s'était obligé à payer 10 écus à titre de peine s'il expulsait le colon avant l'expiration du temps fixé par le bail, et le colon la même peine, s'il sortait du fonds avant ce temps. Et comme ce dernier avait cessé pendant deux ans continus de payer le prix du bail, et que, pour cette cause, le bailleur l'avait expulsé, le jurisconsulte, interrogé sur la question de savoir si le bailleur doit la peine, répond qu'il ne la doit pas.

186. S'il avait été convenu que, en cas où le fer-

¹ L. 15, Cod. de *Locato conducto*,

mier ne cultiverait pas comme il doit le faire, ou ne remplirait pas, sous quelque autre rapport, les clauses du bail, il serait loisible au bailleur de relouer le fonds à une autre personne, et qu'il l'ait effectivement reloué, et à un prix moins élevé qu'au premier colon, la loi 51, au même titre, dit que celui-ci doit payer la différence; que si, au contraire, la relocation a été faite à un prix plus avantageux, et qu'il n'ait pas été dit dans le premier bail que l'excédant de prix, s'il y en avait dans la relocation, profiterait au colon, l'on doit examiner ce qu'ont entendu les parties par la clause, pour savoir à qui doit profiter cet excédant; que, dans leur silence à cet égard, il n'appartient pas au colon, attendu que la clause paraît n'avoir été insérée que dans l'intérêt du locateur, comme faculté de résilier, et non pas comme un mandat que le colon aurait donné au locateur pour relouer à son profit, de lui colon. Ces décisions nous paraissent fort justes, et elles devraient être suivies aussi dans notre Droit, si le cas se présentait.

187. Lorsqu'il a été convenu que le bailleur recevrait chaque année une certaine quantité de grain ou de vin du fonds, à tel prix, en déduction du prix de ferme, il importe de bien voir si c'est une simple faculté que s'est réservée le bailleur ou le preneur, de prendre ou livrer ce grain ou ce vin, ou s'il y a obligation pour lui de le prendre ou de le livrer; car la denrée peut valoir plus comme elle peut valoir moins, suivant les temps. Lorsque ce n'est qu'une simple faculté que s'est réservée le bailleur ou le preneur, ce-

lui qui se l'est réservée peut n'en pas user, et demander ou payer tout le fermage en argent; et il peut varier chaque année, parce qu'il y a autant de prix qu'il y a d'années de jouissance. Dans le cas où c'est une obligation pour le bailleur de recevoir le grain ou le vin, ou pour le preneur de le livrer, elle doit s'exécuter. Les termes de l'acte détermineront ordinairement la nature de la clause que les parties ont entendu faire; mais, dans le doute, on devra y voir une obligation positive et réciproque, parce qu'il est de la nature de ce contrat d'en produire de semblables¹.

488. Pour assurer l'effet du privilège du bailleur sur les fruits de l'année (art. 2102), le preneur est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail (art. 1767); car s'ils étaient engrangés dans un local appartenant à un autre propriétaire, celui-ci aurait lui-même son privilège sur ces fruits pour le prix de sa location, et primerait le bailleur.

Cela s'applique aussi au colon partiaire.

489. Comme la chose affermée et confiée aux soins du fermier ou du colon partiaire, la loi veut que le preneur d'un bien rural soit tenu, sous peine de dommages-intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations qui peuvent être commises sur les fonds.

Cet avertissement doit être donné dans le même délai que celui qui est réglé en cas d'assignation, suivant la distance des lieux (art. 1768). On a déterminé un délai fort court, afin que l'éloignement du bailleur ou quelque autre circonstance ne lui fit pas

¹ Voyez à cet égard la loi 19, § 3, ff. *Locati*.

perdre la possession annale, perte qui pourrait entraîner celle de la propriété elle-même, dans le cas où il aurait égaré ses titres, ou n'en aurait pas. D'ailleurs il vaut mieux pour lui posséder que d'être obligé d'agir ensuite au pétitoire, après avoir perdu la possession annale.

L'avertissement est ordinairement donné en la forme des exploits ; mais lorsque le bailleur demeure sur les lieux, le fermier avertit le propriétaire verbalement, ou par lettre : il est toutefois plus prudent pour lui d'en retirer une reconnaissance, pour mettre sa responsabilité à couvert.

Au surplus, si le retard à donner l'avertissement n'a, de fait, causé aucun préjudice au bailleur, le preneur ne saurait être condamné pour cela aux dommages-intérêts.

Si quelque assignation était mal à propos donnée au fermier, ou bien que, donnée au propriétaire, si l'exploit avait été *posé* chez le fermier, comme l'on dit en termes de palais, le fermier devrait s'empresser de la transmettre au propriétaire.

490. Par la nature du contrat de louage des choses, le bailleur doit procurer au preneur une jouissance continue de la chose louée, pour avoir le prix du bail ; c'est pour cette jouissance que le preneur s'est obligé à payer des fermages ; d'où il suit que, lorsqu'elle a été rendue vaine par des cas fortuits ou de force majeure, pendant une ou plusieurs années, sans que le fermier ait été indemnisé par la surabondance des années précédentes, et sans qu'il le soit non plus par

celle des années suivantes, il a paru juste de le décharger du prix du bail pour le temps pendant lequel il a été privé des fruits, à moins qu'il n'ait pris sur lui les cas fortuits. Et si les récoltes sur lesquelles il devait raisonnablement compter ont été considérablement diminuées par les mêmes causes, le prix de ferme doit être diminué dans la même proportion. Tel est le principe général dont on est parti.

Mais comme le fermier court la chance de faire des récoltes très-abondantes, pour lesquelles il ne devrait aucune augmentation de prix¹, il n'a pas paru raisonnable de lui accorder une remise pour toute privation quelconque de jouissance pour cette cause ; cela d'ailleurs eût donné lieu à une multitude de difficultés, et aurait affaibli l'intérêt qu'a le fermier à cultiver parfaitement le fonds. On a pris pour base la privation de moitié au moins d'une récolte, arrivée en une même année ; c'est cette lésion de moitié qui fonde sa réclamation. Toute perte inférieure à cette quotité est à sa charge. Dans cette limite, le contrat est tout-à-fait aléatoire.

Les parties peuvent, au reste, convenir d'une autre base ; le fermier peut même prendre sur lui les cas fortuits, comme nous le dirons bientôt ; et lorsque la perte arrive sur les fruits déjà détachés de la terre, il n'a droit à aucune remise (art. 1771), parce qu'alors la perte a lieu sur une chose qui lui appartient déjà d'une manière absolue, et que *res perit domino*. Il faut

¹ *Immodicum lucrum colono non offertur*, disent les lois romaines. L. 25, § 6, ff. *Locati*.

draît le décider ainsi, encore que la perte des fruits détachés de la terre fût le résultat d'une inondation extraordinaire, ou d'un incendie des meules de blé encore dans les champs, et causé par quelque crime secret ou connu.

Du reste, il ne faut pas confondre cette privation de jouissance avec celle qui résulterait d'une éviction d'une partie quelconque du fonds; quelle que faible que fût cette éviction, le fermier aurait droit à une indemnité, encore que le fonds ne lui point été affermé à tant la mesure, mais bien pour un seul et même prix; car le bailleur doit le faire jouir de tout ce qui a été compris dans le bail.

194. Voyons les règles tracées par le Code au sujet des indemnités ou remises qui peuvent être dues au fermier : il distingue, avec raison, entre le cas où le bail n'est que d'une année, et le cas où il a été fait pour un temps plus long.

Si le bail n'est que d'une année, porte l'article 1770, et que la perte soit de la totalité des fruits, ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix ¹.

Il ne peut prétendre à aucune remise si la perte est moindre de moitié.

Il ne peut non plus en obtenir, quelle que soit la perte, lorsque la cause du dommage existait et était connue à l'époque où le bail a été passé (art. 1771);

¹ Ainsi, ce n'est pas seulement pour ce qui excède la perte de moitié, que la remise lui est accordée, c'est pour toute la perte : en sorte que si elle est des trois quarts de la récolte, il a droit à une remise des trois quarts du prix du bail.

car il y a lieu de croire que le prix du bail a été fixé en conséquence.

192. La vilité du prix des denrées ne doit être, non plus, d'aucune considération pour faire obtenir une remise au fermier, encore que la récolte fût très-médiocre ; car la valeur des denrées est une chose extrinsèque, et variable en raison des circonstances. C'est à la *quotité* des fruits, et non à leur valeur, que le Code s'est attaché, et avec raison. Cela est démontré par le texte même de l'article 1769.

Si, comme nous venons de le dire, la perte des fruits eux-mêmes, lorsqu'elle est arrivée après qu'ils ont été séparés de la terre, est supportée par le fermier, à plus forte raison l'abaissement du prix de ces mêmes fruits doit-il le concerner.

Pothier le décide bien ainsi, mais, en rapportant l'opinion de Brunemann, *ad legem* 15, ff. *Locati*, qui dit que, pour que le fermier ait droit à une remise, il faut le concours des deux circonstances suivantes : 1^o que ce qui a échappé à l'accident arrivé sur les fruits pendant soit au-dessous de la moitié de la quantité qu'on a coutume d'en percevoir dans les années ordinaires ; et 2^o que la valeur de ce qui reste soit au-dessous de la moitié du prix de la ferme ¹ ; Pothier, disons-nous, pense que la décision de la question résolue par Brunemann est laissée à l'arbitrage du juge : en sorte qu'il

¹ Rousseau de Lacombe, *v^o Bail*, sect. VIII, n^o 5, dit aussi, comme Brunemann, qu'il faut, pour que le fermier obtienne une diminution, que les fruits qu'il a perçus ne *vallent pas la moitié des fermages* ; et que, pour le connaître, il faut mêler toutes les années, lorsque le bail est fait pour plusieurs années. Nous expliquerons bientôt ce dernier point.

résulterait du sentiment de Pothier, que le juge pourrait avoir égard au prix des denrées dans un cas et non dans l'autre.

Pour nous, nous pensons qu'on ne devrait suivre, sous le Code, ni la décision de Brunemann, ni même celle de Pothier. Si l'on ne doit prendre en aucune considération la vilité du prix des denrées pour accorder une remise au fermier, si l'on doit s'attacher uniquement au point de savoir s'il a eu ou non au moins la moitié d'une récolte ordinaire¹, par la même raison on ne doit avoir aucun égard au prix élevé de ces mêmes denrées pour refuser une remise au fermier qui a été privé, par cas fortuits, de la moitié au moins d'une récolte : autrement la loi aurait deux poids et deux mesures². Si le fermier a couru la mau-

¹ Nous disons d'une récolte *ordinaire*, ce qui, en cas de contestation, serait établi par un rapport d'experts; et c'est une récolte ordinaire du fonds affermé, suivant sa qualité.

² Tel était l'avis d'Immola, rapporté par Brunemann à l'endroit cité; et c'est aussi ce que décide le Droit canon.

Brunemann fait cette espèce : Le fonds de Tusculum, qui rapporte communément, tous frais de culture et de semences déduits, quinze muids de blé, dont le prix ordinaire est supposé être de 10 écus le muid, a été affermé moyennant 150 écus. Une année, à cause de cas fortuits, il n'a produit que sept muids; mais le blé étant fort cher cette année, le muid a pu se vendre 25 écus. Suivant Immola, il n'y a pas moins lieu à une remise proportionnelle du prix de ferme, attendu que le fermier n'a pas eu la moitié d'une récolte ordinaire, quoiqu'il ait eu ou pu avoir en argent plus que la moitié de la valeur d'une récolte ordinaire, bien mieux, plus que le prix de ferme.

Barthole voulait, au contraire, qu'on n'eût égard qu'à la valeur des fruits : par conséquent, dans l'espèce ci-dessus, si le fonds avait donné dix muids, mais que, à raison de ce qu'il y avait beaucoup de blé vieux dans le pays, ou de ce qu'il en est arrivé des pays voisins, où la récolte a été très-abondante, le blé ne valût que 5 écus, le fermier, qui n'aurait ainsi qu'une récolte valant seulement 50 écus (bien moins que la moitié du prix de ferme) aurait droit à une diminution de prix, quoique, dans l'espèce, il ait eu plus de la moitié des fruits d'une récolte ordinaire.

vaie chance quant à la vilité du prix de la denrée produite par le fonds affermé, il doit avoir aussi couru la bonne chance quant à l'élévation de ce prix, d'après cette règle de droit et de raison, *quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda*, règle dont l'application est surtout réclamée dans les contrats synallagmatiques.

Dans un bail de deux ans, par exemple, il pourrait arriver que le fermier, qui n'a pas même eu la moitié d'une récolte ordinaire la première année, mais lors que le prix des denrées a été élevé, n'eût aussi à la seconde année qu'une bien faible récolte, un peu au-dessus néanmoins de la moitié d'une récolte ordinaire, et que le prix de la denrée fût très-bas : ces variations arrivent journellement; et cependant, n'ayant dans ce cas aucune remise à prétendre, le bon prix des denrées l'en aurait privé dans la première année, et sa vilité ne lui aurait servi de rien dans la seconde : ce qui ne nous paraît ni juste ni conforme aux principes de la matière. Le bailleur s'était tacitement obligé à lui procurer une jouissance de fruits s'élevant au moins à la moitié d'une récolte ordinaire, à peine d'une réduction du prix du bail :

Brunemann rejette cette opinion, comme la précédente : il veut que le fermier, pour pouvoir réclamer une remise, soit privé de la moitié d'une récolte ordinaire, et que la valeur de ce qui lui reste ne s'élève pas à la moitié du prix du bail : par exemple, il n'accorde pas l'indemnité si, dans l'espèce ci-dessus, le fonds a produit sept muids, que le fermier a pu vendre à 12 écus le muid, parce qu'alors, dit-il, ce fermier n'est pas lésé de moitié.

C'est aussi l'avis de Clapérius, qu'il cite; et c'est ce que nous n'admettons pas, du moins sous le Code civil, qui ne nous paraît prendre en considération que la quantité des fruits, et nullement leur valeur, qui est une chose extrinsèque au contrat.

or, c'est ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce, on le suppose.

Le prix de la denrée ne vient pas toujours de la chose, il vient souvent de circonstances tout-à-fait étrangères; et, de même que le bailleur eût pu dire qu'il ne l'avait pris en aucune considération, si c'eût été pour cause de vilité de ce prix que le fermier lui eût demandé une remise, de même il ne doit avoir aucun égard à son élévation, dans le cas où la remise lui est demandée pour privation de fruits, dans la mesure déterminée par la loi.

495. Nous ne saurions non plus nous ranger à une autre décision de Pothier, qui dit (n° 163) que,
 « pour qu'il y ait lieu à une remise au profit du fer-
 « mier, il faut que l'accident qui a causé une perte
 « *considérable* des fruits soit un *accident extraordinaire*,
 « et non pas de ces accidens ordinaires et fréquens
 « auxquels un fermier doit s'attendre; que, par exem-
 « ple, le fermier d'une vigne ne doit pas demander
 « une remise de sa ferme pour la perte causée par la
 « *gelée*, la *coulure* ou la *grêle*, à moins que ce ne fût
 « une gelée ou une grêle extraordinaire qui eût causé
 « *la perte totale des fruits*. »

La décision de Pothier ne serait suivie sous le Code qu'autant que le fermier aurait pris sur lui les cas fortuits, et, dans cette hypothèse, sa restriction ne serait point adoptée : la perte même de toute la récolte ne donnerait pas au fermier droit de prétendre à une remise quelconque. Mais lorsqu'il n'a pas pris sur lui les cas fortuits, et c'est ce que suppose Pothier, la perte

de moitié au moins de la récolte, par l'effet de la gelée, de la grêle ou de la coulure, l'autoriserait à demander une remise proportionnelle. Cela résulte évidemment de la combinaison des articles 1769, 1772 et 1773.

En effet, le premier de ces articles accorde l'indemnité pour perte de moitié au moins d'une récolte, lorsqu'elle est arrivée par *cas fortuits*, en général; le second porte que le fermier peut être chargé des cas fortuits par une stipulation expresse; et le troisième dit que cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure : donc, lorsque le fermier ne s'est pas chargé des cas fortuits, il n'est point déchu du droit de demander une remise pour privation de moitié au moins de la récolte causée par des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, gelée ou coulure : cela nous paraît de toute évidence sous le Code.

194. On doit, par la même raison, rejeter la décision de M. Delvincourt, qui dit que le fermier de terres voisines d'une rivière sujette à des débordemens, ne doit pas obtenir d'indemnité pour la perte, même entière, de la récolte, attendu que, connaissant le danger auquel le fonds était exposé, il est censé avoir promis un prix en conséquence.

Dans sa seconde partie, l'article 1773 parle des cas fortuits extraordinaires, et il dit que la stipulation par laquelle le fermier a pris sur lui les cas fortuits « ne s'entend point des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une *inondation*,

« auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus. » Donc, lorsqu'il n'a pas même été simplement chargé des cas fortuits ordinaires, il n'est pas tenu de ces mêmes cas fortuits : or, l'inondation à laquelle le pays est ordinairement sujet est un cas fortuit ordinaire, une force majeure que le fermier n'a pu empêcher, comme la grêle, la gelée ou la coulure. Si le bailleur avait entendu l'en charger, il eût dû en faire la matière d'une clause du contrat : son silence à cet égard est une preuve du contraire.

Sans doute le fermier a dû prendre en considération, dans la fixation du prix, le danger auquel les fruits étaient exposés, parce qu'il savait qu'il n'aurait pas d'indemnité à prétendre pour privation de moins de moitié d'une récolte, et que les débordemens de la rivière pourraient bien lui en enlever une partie quelconque; mais il n'est pas plus censé pour cela avoir renoncé au bénéfice du Droit commun pour le cas où la moitié au moins de la récolte serait enlevée par cette cause, qu'il n'est censé y avoir renoncé pour le cas où cette perte arriverait par la grêle, la gelée, ou tout autre force majeure. L'article 1772 veut, pour que le preneur soit chargé des cas fortuits, qu'il s'en soit chargé par une *stipulation expresse* de son bail.

193. Les cas fortuits ordinaires sont fort nombreux, le Code ne donne à ce sujet que quelques exemples, tels que, dit-il, grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. Mais bien d'autres causes encore peuvent priver le

fermier des fruits sur lesquels il devait compter, sans parler des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, les inondations auxquels le pays n'est point sujet, les tremblemens de terre ou excavations totales, etc.

En effet, la trop grande abondance des pluies a pu empêcher de travailler les terres, de les ensemercer; les blés ont pu périr l'hiver par l'effet de la trop grande humidité, être détruits par les mulots, les sauterelles, les limaçons et autres ¹ insectes; les vents trop violens ont pu les renverser avant la floraison, ce qui a privé les épis de leurs grains, etc ².

Mais quelle que soit la cause de la stérilité, si elle ne provient pas de la faute du fermier, celui-ci a droit à une remise, s'il est privé au moins de la moitié de la récolte, lorsqu'il n'a pas d'ailleurs pris sur lui les cas fortuits. Les mots *récolte enlevée*, de l'article 1769, ne doivent pas seulement être entendus des cas où les fruits seraient déjà forts au moment où ils viendraient à périr : ils s'entendent aussi des cas où la force majeure aurait lieu avant même leur naissance; par exemple, par l'effet d'une gelée d'hiver qui aurait fait périr les vignes, les oliviers, ou par l'effet de pluies tellement abondantes qu'il n'aurait pas été possible de

¹ Nous avons vu des champs entiers ravagés par les mulots, tellement qu'on n'a pas recueilli le quart de la semence, et l'on nous a rapporté que ce fléau avait exercé d'immenses désastres dans le département de la Moselle, en 1837 ou 1838.

² Les lois romaines font mention de récoltes ravagées par des troupes de geais, d'étourneaux, etc.; mais, dans notre Droit, le fermier n'aurait aucune indemnité à prétendre pour une perte arrivée par une telle cause, parce qu'il peut la prévenir en gardant ses fruits. *Vide* la loi 15, ff. *Locati*.

semier les terres en leur temps. Voët *ad Pandectas*, tit. *Locati*, n° 24, donne ces exemples, et autres analogues, de cas fortuits, et il les assimile, avec raison, à la grêle qui détruit une récolte déjà avancée. C'est en effet la même chose pour le fermier : il n'est pas moins privé de jouissance dans un cas que dans l'autre. Mais si c'est par l'effet d'une mauvaise culture qu'il n'a rien ou presque rien recueilli, s'il a négligé de mettre les engrais nécessaires, s'il a, dans un bail de plusieurs années, ensemencé des terres trop lasses, s'il n'a pas sarclé les blés, qui ont été étouffés par les mauvaises herbes, s'il a semé de mauvais grains, etc., etc., il n'a droit à aucune remise.

196. Si le bail comprend plusieurs espèces de fonds, affermés pour un seul et même prix, comme un corps de métairie, qui renferme ordinairement des terres, des prés et des vignes ¹, et que la récolte en vin, par exemple, ait été détruite par une grêle qui est survenue après la moisson, la perte doit s'estimer eu égard à la totalité des produits du domaine ; et si elle est au moins de moitié, il y a lieu à une remise proportionnelle sur le prix de la ferme. Dans le cas contraire, le prix doit être payé en entier, lors même que le bailleur aurait sous-loué la vigne et aurait été obligé de faire à son propre fermier remise de tout ou partie du prix du bail de celui-ci.

Mais cette estimation peut présenter quelque difficulté dans la pratique, surtout à raison de ce que,

¹ On sent très-bien que nous ne parlons des vignes qu'en supposant un bail de fonds situés dans les régions de la France où se cultive la vigne.

suivant nous, on ne doit pas s'attacher à la valeur qu'ont les fruits conservés, pour évaluer la perte, mais bien seulement à la quantité de fruits perdus. On devrait faire une ventilation par experts, si les parties ne s'accordaient à la faire elles-mêmes; et s'il était décidé que la vigne a dû entrer pour la moitié au moins dans le prix du bail, d'après leur intention probable, et qu'elle n'eût rien produit du tout, ou fort peu de chose, tandis que les terres et les prés n'ont donné qu'une récolte ordinaire, il y aurait lieu à une remise proportionnelle du prix, puisque le fermier, on le suppose, n'aurait pas eu plus de la moitié d'une récolte ordinaire de tous les fruits cumulés. Que si les autres fonds avaient donné plus qu'une récolte ordinaire, et que, réunis à ce qu'a produit la vigne, leurs fruits fissent plus de la moitié d'une récolte ordinaire, la demande en indemnité serait rejetée.

197. Si divers fonds sont affermés par la même personne à la même personne, pour des prix distincts et séparés, quoique par le même acte, on procède pour chaque fonds comme s'il n'y en avait qu'un seul, puisqu'il y a autant de baux que de fonds; et d'après cela, quand bien même le fermier aurait fait sur l'un d'eux une récolte extrêmement abondante, il n'aurait pas moins droit, à moins de convention contraire, à une remise proportionnelle, pour privation de la moitié au moins de la récolte d'un autre fonds; car ce cas ne serait point semblable à celui d'un bail de plusieurs années, durant lequel le fermier a éprouvé la perte d'une ou plusieurs récoltes : alors il se fait compen-

sation des mauvaises années avec les bonnes ; au lieu qu'on ne peut raisonnablement compenser les avantages et les pertes d'un contrat, avec les avantages et les pertes d'un autre contrat.

498. Le droit à une diminution du prix de la ferme, pour privation, par cas fortuits, de moitié au moins de la récolte, a lieu, soit que le prix consiste en une certaine quantité des fruits du fonds, comme vingt hectolitres de froment, six pièces de vin, soit qu'il consiste en numéraire. L. 8, Cod. *Locato conducto*.

Mais le colon partiaire, comme associé, supporte sa part dans la perte, quelle qu'elle soit, L. 25, § 9, ff. *Locati* ; et il n'en doit pas moins, ainsi que nous l'avons dit plus haut, payer la somme convenue pour charges de culture, loyer ou impôt. Mais ordinairement, par humanité, le propriétaire lui fait remise de tout ou partie de ces charges dans les années où la récolte a manqué tout-à-fait ou presque entièrement.

499. Pour savoir s'il y a lieu à une remise, il faut, comme nous l'avons dit, prendre pour base une récolte ordinaire du fonds affermé, et il faut déduire des fruits obtenus, la portion du métayer ou colon partiaire, s'il y en a un. Il faut pareillement retrancher les semences, puisqu'elles doivent être rendues à la terre¹, et que si c'est le fermier qui les a fournies, on

¹ Les lois romaines décidaient que le fermier à qui les semences avaient été fournies par le bailleur, devait les rendre, quoiqu'il n'eût rien recueilli du tout ; seulement, dans ce cas, il était affranchi de toute obligation quant au prix du bail. L. 15, § 2, ff. *Locati*.

Il n'est pas douteux qu'il n'en dût être ainsi, dans notre Droit, dans le cas où le fermier aurait pris sur lui les cas fortuits, puisqu'il devrait même le prix du bail ; mais, dans le cas contraire, la perte de toute la récolte

ne peut pas dire que c'est pour lui un fruit, un produit réel.

Voilà pour les baux d'une année.

200. L'article 1769 s'exprime ainsi sur ceux de plusieurs années :

« Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes.

« S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance.

« Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte. »

201. Ainsi, quand bien même le fermier éprouverait, dans le courant de son bail, et sur toutes les années réunies, la perte de la moitié d'une récolte, bien mieux, la perte même de la valeur d'une récolte entière, et davantage encore, il n'aurait pas droit à une indemnité ou remise du prix, si la moitié au moins d'une récolte en telle ou telle année, n'avait pas été enlevée par cas fortuit. Il faut, pour qu'il y ait droit, que ce

entraînerait aussi la perte, pour le propriétaire, des semences qu'il avait fournies, puisque c'était sa chose, un accessoire de l'immeuble (art. 524). M. Troplong, en nous combattant, décide le contraire; mais nous ne croyons pas utile de réfuter ses raisonnemens : on peut y recourir, pour en apprécier la force et la solidité.

soit dans une même année qu'il éprouve la perte d'une récolte, ou au moins de la moitié d'une récolte, et par cas fortuits.

Et pour qu'il fût mal fondé à réclamer une indemnité pour privation d'une récolte, ou de moitié au moins d'une récolte, il ne serait pas nécessaire qu'il eût eu en plus dans une année ce qui lui a manqué dans une autre, il suffit que l'excédant des récoltes ordinaires réunies l'ait suffisamment indemnisé.

Mais si, parmi les récoltes précédentes, ou celles qui ont suivi, il y en a eu de mauvaises, quoique au-dessus de la moitié d'une récolte ordinaire, on les prend aussi en considération pour établir la balance; car l'article veut qu'il se fasse une compensation de toutes les années de jouissance; or, cela n'aurait pas lieu si l'on retranchait les mauvaises années, sur le motif que le fermier ne pouvait élever aucune réclamation à leur égard, parce que les récoltes n'ont pas été inférieures à la moitié des récoltes ordinaires: il les fait valoir comme on fait valoir contre lui les bonnes années. Nous allons voir tout à l'heure comment on doit procéder pour opérer cette compensation.

De plus, quand bien même, de la balance ainsi faite, il résulterait que le fermier n'a pas été privé de la moitié au moins d'une récolte, mais seulement d'un tiers ou d'un quart, ce ne serait pas une raison pour qu'il ne pût prétendre à aucune remise: seulement la remise serait en proportion de la partie de récolte dont, en définitive, il se trouverait avoir été privé.

En effet, il a été dans le cas prévu par la loi pour obtenir une remise, puisqu'il a éprouvé dans une année la perte de moitié au moins d'une récolte, on le suppose, et qu'il n'a pas été indemnisé de la quantité de fruits pour la perte de laquelle cette remise lui était accordée.

Le second alinéa de l'article 1769, en disant, « s'il « n'est pas indemnisé (par les récoltes précédentes), « l'estimation ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, « auquel temps il se fait une compensation de toutes « les années de jouissance, » ne demande point une décision contraire ; car cela veut simplement dire que les dédommagemens qu'a eus le fermier dans les autres années doivent entrer en compensation avec la perte qu'il a essuyée, et c'est ce qui a lieu en effet dans notre espèce. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'aura droit à une remise qu'autant que, d'après cette compensation, il se trouvera avoir éprouvé la perte de la moitié au moins d'une récolte sur toutes les années. Cette seconde partie de l'article est, sous ce rapport, indépendante de la première : celle-ci exige bien, pour qu'il y ait lieu à une remise, que la perte soit au moins de la moitié d'une récolte dans une année ; mais celle-là se borne à établir une compensation avec les dédommagemens qu'a eus le fermier dans les années précédentes ou dans celles qui ont suivi : or, toute compensation ne se fait que jusqu'à due concurrence.

S'il en était autrement, le plus léger excédant de récolte dans l'une des années qui ont précédé ou suivi

la mauvaise, pourrait suffire pour priver de toute remise le fermier qui aurait perdu en une année plus de la moitié d'une récolte, et telle n'a pas été vraisemblablement la pensée des rédacteurs du Code. Si la perte de la valeur d'une récolte entière, et même davantage, répartie sur toute la durée du bail, n'a été pour eux d'aucune considération ; s'ils ne se sont attachés qu'à la perte de la moitié au moins d'une récolte dans une année, par la même raison ils n'ont pas dû vouloir, pour que le fermier obtînt une remise quelconque, que cette perte fût de cette quotité, calculée sur toutes les années du bail, déduction faite des dédommagemens obtenus par le fermier. Tout ce qu'on peut dire au fermier qui réclame une remise pour privation de moitié au moins d'une récolte dans une année, c'est qu'il doit imputer sur cette remise tous les dédommagemens qu'il a eus précédemment ou qu'il a eus depuis : or, c'est ce qu'il offre de faire.

Cette compensation, au surplus, ne pourra pas toujours se faire avec beaucoup de facilité et d'exactitude, parce que ni le preneur ni le bailleur n'auront eu probablement la précaution de faire constater la quantité de fruits produits dans les années antérieures à celles où a eu lieu la mauvaise récolte. On constatera bien les suivantes en pareil cas, mais il sera rare que les précédentes l'aient été. Quoi qu'il en soit, le bailleur, défendeur à la demande en réduction du prix, devra être admis à prouver par tous les moyens de droit, même par témoins sans commencement de preuve par écrit, quelles ont été les récoltes qu'il prétendra

avoir indemnisé le fermier ; car ce n'est là qu'un simple fait, dont il n'a même pas dépendu de lui d'avoir une preuve écrite.

202. Ce n'est pas tout : que doit-on prendre en considération pour juger si le fermier a été ou non indemnisé par les autres années, en totalité ou en partie ? Car des récoltes, même abondantes, ont pu ne donner qu'une somme inférieure au prix du bail, à raison de la vilité du prix des denrées, et, au contraire, des récoltes médiocres ont pu procurer d'importans bénéfices au fermier.

Le Code ne s'explique pas positivement sur ce point : il se borne à dire que le fermier n'a point d'indemnité à prétendre s'il a été indemnisé *par les récoltes précédentes* ; que s'il ne l'a pas été, on attend la fin du bail, auquel temps il se fait une *compensation de toutes les années de jouissance*.

On a vu plus haut, sur le cas d'un bail fait seulement pour une année, que, parmi les docteurs, les uns ne se sont attachés en aucune façon au prix des denrées, mais uniquement à la quantité de fruits produits par le fonds ; que d'autres, au contraire, n'avaient égard qu'à la valeur des fruits que le fermier a retirés ; enfin qu'une troisième classe, tout en n'admettant pas que le fermier puisse réclamer une remise lorsque la perte est de moins de moitié de la récolte, quelque vil que fût le prix de ce qu'il a obtenu, veulent cependant que l'on ait égard, au contraire, à la cherté des denrées pour écarter sa demande en indemnité, de manière que si ce qu'il a eu de fruits vaut au

moins la moitié du prix du bail, il n'a pas droit, selon eux, à une remise.

Voici comment s'exprime Pothier sur ce point :

« Quand la stérilité extraordinaire d'une année doit-
 « elle être censée compensée par la fertilité des autres
 « années du bail ? Les docteurs ont eu différentes opi-
 « nions sur cette question. Bruneman, *ad leg.* 15, ff.
 « *Locati*, dit qu'il y en a eu jusqu'à huit, qui sont rap-
 « portées par Nicolas de Claperis. J'estime que, pour
 « connaître si le fermier est dédommagé de la perte
 « qu'il a soufferte dans l'année de stérilité, par la fer-
 « tilité des autres années du bail, il faut dès-lors es-
 « timer à combien il y avait lieu d'espérer vraisembla-
 « blement que monterait le produit des autres années ;
 « compter ensuite à quoi il a monté effectivement. Si
 « la somme dont le produit effectif excède celui qu'il
 « y avait lieu d'espérer, est égale au montant de la
 « perte que le fermier a soufferte dans l'année de sté-
 « rilité, il est dédommagé par l'abondance des autres
 « années. Par exemple, dans la supposition d'un bail
 « fait pour neuf ans, d'une métairie dont le produit
 « ordinaire que le fermier, lors du bail, avait lieu d'es-
 « pérer, était de 100 pistoles, année commune, si les
 « autres huit années, qui ne devaient vraisemblable-
 « ment produire que 8,000 livres, en ont produit
 « 9,000, le fermier a eu un produit inespéré de 1,000
 « livres, égal à la perte qu'il a eue en l'année de sté-
 « rilité, profit qui, par conséquent, le dédommage de
 « cette perte, et doit le faire déchoir du droit de pré-
 « tendre aucune remise. »

Très-bien, si ces 9,000 livres ont été le résultat d'une surabondance de fruits; mais *quid* s'ils ont été le résultat d'une augmentation dans les prix ordinaires des denrées produites par le fonds? C'est sur quoi Pothier ne s'explique pas positivement, et cependant c'est là réellement le point de la difficulté.

Il paraît bien, il est vrai, que cet auteur a considéré le prix des denrées, mais c'est le prix au commencement du bail, puisqu'il part de la supposition que la métairie devait vraisemblablement alors produire 100 pistoles par an : or, rien n'est plus variable que le prix des denrées, et nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de suivre ces nombreuses variations, parce que, ainsi que nous l'avons dit, c'est une chose extrinsèque au contrat; il y a bien plutôt lieu de s'attacher à la quantité des fruits obtenus. La valeur des fruits a dû augmenter ou diminuer pour le preneur, puisque les fruits eux-mêmes, depuis leur séparation du sol, étaient à ses risques. Le preneur a pu vendre à bas prix, pour les avoir gardées trop long-temps, des denrées qu'il auraient vendues avantageusement s'il les eût vendues de suite; et, en sens inverse, il a pu vendre fort avantageusement, en les gardant long-temps, celles qu'il n'eût vendues qu'à bas prix s'il s'en fût défait dans l'année : or, comment constater les prix auxquels il a vendu, quand on aura déjà tant de peine à établir la quantité des fruits perçus pendant les autres années du bail, surtout pour les années antérieures à celle où la stérilité a eu lieu? Dira-t-on qu'on prendra le prix commun des denrées de chaque année d'après les mer-

curiales de l'année, ou d'après une estimation par experts, à défaut de mercuriales ? Mais il est possible qu'il n'ait pas vendu à ce prix, parce qu'il aura gardé les denrées, au lieu de les vendre dans l'année, et, dans ce cas, serait-il juste qu'on les lui comptât dans la compensation à faire de toutes les années de jouissance, pour un prix supérieur à celui qu'il en a réellement retiré, quand cependant, d'un autre côté, on n'a aucun égard, même suivant Pothier, à la vilité du prix des denrées, pour lui accorder une remise, encore bien que la récolte eût été fort médiocre ?

Le Code, il est vrai, ne tranche pas formellement la question ; mais cependant, ne parlant que des fruits ou récoltes, et nullement de leur valeur, il laisse bien entendre que l'indemnité des années précédentes dont il parle, est une indemnité en fruits, et que la compensation, à la fin du bail, de toutes les années de jouissance, dans le cas où le fermier n'a pas été indemnisé par les années antérieures, est pareillement une compensation de récoltes ou de fruits, et non de la valeur de ces mêmes récoltes ou fruits.

205. Le fermier qui éprouve la perte d'une récolte ou de la moitié au moins, doit faire constater le dommage contradictoirement avec le bailleur, ou lui dûment appelé ; et généralement il doit le faire avant de lever les fruits, afin de prévenir les allégations du bailleur qu'on a pu en détourner. Cette constatation, quand elle ne se fait pas de gré à gré, a lieu par un procès-verbal du juge de paix, assisté de son greffier,

et à la réquisition de l'une ou l'autre des parties, ordinairement à celle du preneur.

204. Si le locateur, sans attendre la fin du bail, a fait au fermier une remise pour perte de tout ou partie d'une récolte, et que les années suivantes aient été assez abondantes pour que le fermier fût indemnisé, les lois romaines¹ décidaient que celui-ci devait faire raison au bailleur de ce qui lui avait été remis; qu'il en serait ainsi quand bien même il aurait été dit dans l'acte de remise que le bailleur lui en avait fait *don*, attendu que cette expression ne devrait s'entendre que d'une remise ordinaire pour cause de stérilité, personne ne devant être présumé vouloir donner sa chose ou abandonner ses droits; mais qu'il en serait autrement de la remise faite après des années d'abondance; que, dans ce cas, on ne devrait pas compter ces mêmes années dans la compensation qu'il y a à faire de toutes les années de jouissance pour juger si le fermier a été indemnisé de l'année de stérilité.

La première de ces décisions ne devrait souffrir aucune difficulté dans notre Droit: le bailleur, qui savait que le juge pouvait dispenser provisoirement le fermier de payer une partie du bail, en raison de la perte essuyée par lui, a dû naturellement lui faire la remise sans l'intervention du magistrat, quoiqu'il soit d'ailleurs plus prudent, comme l'observe Pothier, de faire des réserves dans l'acte de remise; si l'intention du bailleur n'est pas de lui faire une remise pure et simple.

¹ L. 15, § 4, ff. *Locati*.

Quant à la seconde décision de la loi romaine, elle souffrirait grande difficulté chez nous : l'expression de *donation*, de *don*, insérée dans l'acte de remise, donnerait à cette remise le caractère d'une remise pure et simple, s'il n'y avait pas dans l'acte quelques termes qui en modifieraient l'effet.

Enfin la troisième serait incontestablement suivie sous le Code, puisque le bailleur, qui pouvait, à raison des récoltes abondantes déjà obtenues par le fermier, se dispenser de lui faire une remise, n'a évidemment voulu avoir aucun égard à ces mêmes années en lui *en faisant une sans réserve*.

205. Nous avons dit que le fermier ne peut obtenir de remise lorsque la perte des fruits est arrivée après qu'ils ont été séparés de la terre (art. 1771), quoique non enlevés du champ.

Quelques docteurs, cités par Brunemann, voulaient toutefois, pour que le fermier ne pût obtenir de remise, que la perte fût arrivée après que les fruits étaient déjà engrangés ; ils lui en accordaient une lorsque les fruits périssaient dans le champ, quoique coupés, et sans aucune faute qui lui fût imputable. Et il faut convenir que cette opinion, si elle n'avait pas pour elle la pureté des principes (attendu que, par la perception ou la coupe, les fruits sont devenus la chose du fermier, et que *res perit domino*), était du moins assez équitable ; car on a vu souvent les blés périr dans le champ après la coupe, faute d'avoir pu être fermés, à cause des pluies continuelles. Mais le Code a tranché la question : dès que les fruits sont déta-

chés de la terre, quoique non enlevés, ils sont meubles (art. 520), et, comme tels, ils appartiennent au fermier; le propriétaire n'a plus sur eux qu'un simple droit de gage (art. 2102), pour être payé du prix de la ferme; par conséquent, ils sont aux risques du fermier dès ce moment, quelle que soit d'ailleurs la cause qui les fasse périr, sauf son action contre les tiers, s'il y a lieu.

206. Si toutefois le preneur est un colon partiaire, comme alors les fruits sont communs, la perte de ces fruits, quoique arrivée après qu'ils ont été détachés de la terre, est supportée par le bailleur et le colon, dans la proportion de la part de chacun d'eux, à moins que le colon ne fût en demeure de délivrer au bailleur la proportion qui lui en revenait, auquel cas il lui en devrait la valeur, à titre de dommages-intérêts. (Art. 1771.)

Et même, dans ce cas, si les fruits eussent dû également périr dans la main du bailleur, s'ils lui avaient été délivrés, la perte devrait être supportée par lui, en vertu du principe établi en l'article 1302.

207. Mais quand les fruits ont été partagés entre le maître et le métayer, si le feu, par quelque accident de force majeure, vient à consumer la grange dans laquelle étaient ceux de l'un ou de l'autre, la perte est supportée en entier par celui à qui ils appartenaient.

208. L'article 1771, en disant que, lorsque le bail donne au propriétaire une *quotité* de fruits en nature, la perte des fruits, même détachés de la terre, est

supportée par le propriétaire, quant à sa part, à moins que le *fermier* ne fût en demeure de les lui délivrer, doit-il être entendu seulement du cas où le preneur est un métayer ou colon partiaire, ou bien s'il s'applique aussi au cas où ce serait un fermier qui donnerait pour fermage une certaine *quantité* des fruits du fonds, par exemple, cinquante hectolitres de blé par an ?

Nous tenons pour le dernier sens, car le preneur serait un débiteur *generis limitati*, et la perte de toutes les choses comprises dans une classe limitée libère le débiteur, comme il le serait s'il s'agissait d'un corps certain et déterminé qui serait venu à périr sans sa faute : seulement, tant qu'il resterait quelques fruits, le preneur serait obligé de les livrer au bailleur.

Cette opinion est d'autant plus vraisemblable, que l'article parle d'un *fermier*, et celui qui cultive sous la condition d'un partage des fruits n'est réellement pas un fermier. A la vérité il est dit aussi *quotité de la récolte*, et cinquante hectolitres de grain, par exemple, ne forment point une *quotité*, mais une *quantité*. Mais l'on s'est probablement servi de cette expression pour comprendre aussi le cas du colon partiaire, qui y est évidemment compris, et qui sera le plus fréquent.

Il en serait autrement si le fermier pouvait payer avec du blé pris ailleurs : celui provenant du fonds serait alors considéré *tantum unde potius solveretur*, et non comme limitant la chose due : par conséquent sa perte entière, arrivée depuis sa séparation de la terre, ne libérerait pas le fermier.

209. Le fermier ne peut pareillement demander une remise lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé (même art. 1771). Le prix du bail a été fixé en conséquence.

On ne devrait point, par la même raison, prendre en considération cette même récolte dans la compensation de toutes les années de jouissance, si le bail était fait pour plusieurs années, et qu'une récolte ultérieure fût venue à manquer.

De ce que le fermier ne peut demander une remise lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque du bail, on doit décider, par le même motif, qu'il n'en peut prétendre à raison de la mauvaise qualité des fonds, qui ne lui a permis d'avoir que des récoltes infiniment médiocres : c'est sa faute de les avoir loués sans les mieux connaître. Ainsi, dans le cas où ce serait une vigne très-vieille, qui ne produirait presque plus, il n'aurait pas droit à une remise pour cette cause : *Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur*, dit la loi 15, § 5, ff. *Locati*. Et pour juger s'il lui en est dû une à raison de la perte, par cas fortuits, de la moitié au moins d'une récolte, il faudrait ne considérer qu'une récolte ordinaire de cette même vigne, et non pas une récolte ordinaire d'une vigne meilleure.

210. C'est aussi le juge de paix qui connaît de la demande d'une remise pour perte de récoltes, pourvu que le droit ne soit pas contesté, que le bailleur, par exemple, ne prétende pas que le fermier s'est chargé

des cas fortuits, ou qu'il a pleinement été indemnisé par les récoltes précédentes, ou que c'est par sa faute qu'il y a eu stérilité; car, dans ces cas, l'affaire, comme très-contentieuse de sa nature, serait hors des attributions du juge de paix, et appartiendrait à la juridiction civile ordinaire, si toutefois le montant de la demande excédait 200 francs ¹.

211. Nous avons dit aussi plus haut que le fermier peut être chargé des cas fortuits par une clause de son bail; mais il faut pour qu'il ne puisse réclamer une remise pour privation de moitié au moins d'une récolte enlevée par cette cause, que la clause soit expresse. C'est la disposition formelle de l'article 1772, combiné avec l'article 1769. Ainsi, il n'y aurait pas lieu de décider, par vraisemblance et conjecture, d'après les circonstances de la cause, que le preneur s'est chargé des cas fortuits; il faut une *stipulation expresse* à cet égard dans le contrat.

Et cette stipulation ne s'entend même que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure.

Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet. Le fermier n'en serait tenu qu'en vertu d'une stipulation qui le chargerait expressément de tous les cas fortuits prévus ou imprévus. (1773.)

Si cette stipulation n'existait pas, le fermier, lors

¹ D'après l'article 1^{er} de la nouvelle loi sur les Justices de paix, dont nous avons déjà eu plusieurs fois occasion de faire l'application en cette matière. Voyez *suprà*, n^{os} 73, 94 et 181.

même qu'il se serait chargé de cas fortuits, pourrait être déchargé du prix de son bail, s'il avait été obligé d'abandonner la culture pour fuir l'ennemi dans une guerre d'invasion, ou pour échapper aux dangers d'une guerre civile ; car, dans l'état actuel de la société française, ce sont là heureusement des cas fortuits extraordinaires.

Mais s'il avait abandonné la culture pour se soustraire à une contrainte par corps pour dettes, il ne pourrait réclamer de remise, quand bien même il n'aurait pas pris sur lui les cas fortuits. Il serait même, suivant les circonstances, passible de dommages-intérêts, par application de l'article 1766.

S'il avait abandonné la culture pour éviter une prise de corps pour crime ou délit, les auteurs¹ distinguent : s'il a été convaincu du crime pour lequel il a été décrété, il ne peut obtenir de remise, et il peut même être condamné à des dommages-intérêts envers le bailleur, si le fonds a souffert de son absence ; mais s'il a été absous, ou même si l'affaire n'a pas été poursuivie, il est dans le cas de ceux qui ont quitté par une force majeure, et il doit obtenir une remise du prix du bail.

242. Ainsi, le Code a maintenu, quant aux accidens qui peuvent nuire aux fruits, les trois principales distinctions qu'ont faites les docteurs, notamment Brunemann, sur la loi 15, ff. *Locati*, et que Pothier a reproduites et adoptées, en général, dans son traité du Louage (n° 178) :

¹ Vide Pothier, n° 172.

1° Entre les accidens qui n'ont pas enlevé au moins la moitié d'une récolte dans une année, et ceux qui ont au contraire produit ce résultat : les premiers ne donnent droit à aucune remise au profit du fermier ; *secus* des seconds ;

2° Entre les cas fortuits ordinaires qui ont enlevé au moins la moitié d'une récolte, lesquels, de Droit commun, donnent lieu à une remise, mais n'y donnent pas lieu lorsque le fermier s'en est chargé par une clause expresse de son bail ;

Et 3°, entre les cas fortuits ordinaires et les cas fortuits extraordinaires : la clause pure et simple par laquelle le preneur se charge des cas fortuits lui fait bien supporter les premiers, mais non les seconds : pour qu'il soit aussi chargé de ceux-ci, il faut une stipulation qui mette à sa charge tous les cas fortuits prévus et imprévus.

213. Mais quel est l'effet de cette clause ? S'applique-t-elle seulement aux fruits, ou si elle s'applique aussi aux bâtimens qui viendraient à être consumés par le feu du ciel, ou à être détruits par les ravages de la guerre, le brigandage à main armée, et aux portions de terre qui seraient enlevées par la violence d'un fleuve, etc. ?

D'abord, il n'est pas douteux que le bailleur ne puisse, par une stipulation expresse, mettre la perte ou la détérioration de la chose elle-même aux risques du preneur, quelle qu'en fût la cause¹, et si cela a eu

¹ Le Code permet de mettre les cas fortuits à la charge d'un emprunteur à usage (art. 1883) ; or, il doit pouvoir en être de même dans le contrat de louage.

lieu, on suivra la convention. Les lois romaines¹ le décidaient positivement : seulement, comme il ne peut plus y avoir de louage lorsqu'il n'y a plus de chose qui en soit l'objet, le bail serait fini si la chose était venue à périr en totalité; et le preneur en paierait la valeur, par quelque cause qu'elle eût péri.

Mais, en l'absence d'une clause aussi spéciale, nous ne croyons pas que le preneur, lors même qu'il se serait chargé des cas fortuits prévus et imprévus, dût répondre de la perte des bâtimens qui auraient été détruits par force majeure, ou des parties de terrain que la violence d'un fleuve aurait emportées. Dans les articles 1769 et suivans, il n'est question que des récoltes, et c'est relativement à ces mêmes récoltes, que les articles 1772 et 1773 parlent des cas fortuits; il n'y est fait aucune mention de la perte de la chose elle-même; c'est dans des articles antérieurs (1722 et 1741) qu'il en est question : or, les stipulations relatives aux cas fortuits sont de droit étroit; elles ne doivent pas s'appliquer à autre chose qu'à l'objet pour lequel elles ont été faites. Un fermier a bien pu vouloir, en effet, se charger de tous les cas fortuits relativement aux fruits, même de ceux qui n'ont lieu que très-extraordinairement, sans songer pour cela à répondre de la perte d'une chose sur laquelle il n'avait aucun droit : pour lui, l'objet du contrat, c'était les fruits à percevoir, et non la conservation de la chose d'autrui; il a pris sur lui les cas fortuits quant à ces

¹ *Si quis fundum locaverit, ut ETIAM SI QUID VI MAJORE ACCIDISSET, HOC EI PRESTARETUR, pacto standum est*, L. 9, § 2; ff. *Locati*.

fruits, mais il n'y a pas à inférer de là qu'il a entendu faire un contrat d'assurance relativement à la chose elle-même.

Il est vrai qu'au nombre des cas fortuits ordinaires, dont le fermier est chargé en vertu d'une clause du bail, l'article 1773 met le *feu du ciel*, et ce ne peut être que bien rarement qu'une récolte sur pied périclite par cet accident¹; d'où il semblerait que le fermier est tenu de la perte des bâtimens arrivée par cette cause, puisqu'il eût été inutile d'en parler quant aux fruits déjà coupés, la perte de ces fruits étant à la charge du fermier, de quelque manière qu'elle soit arrivée, et soit qu'il soit ou non affranchi des cas fortuits. Mais nous répondons que le feu du ciel est donné là comme exemple d'un cas fortuit ordinaire, et rien de plus : cet article, ni aucun autre, n'applique cet accident aux bâtimens, pour en faire supporter la perte au fermier; ce n'est toujours que relativement aux fruits qu'il en parle, par sa combinaison avec les articles précédens; et si effectivement le feu du ciel ne causera que bien rarement du dommage aux fruits sur pied, tant mieux pour le fermier : il y aura assez d'autres causes de perte pour lui. Il n'est d'ailleurs pas impossible que cet accident fasse périr une coupe de bois comprise dans le bail, une moisson sur le point d'être faite. Ajoutez que les rédacteurs du Code ont pris cet exemple de cas fortuit, avec les autres, dans les auteurs, et que parmi ceux-ci plusieurs pensaient

¹ Nous disons *une récolte sur pied*, puisque la perte des fruits détachés de la terre concerne le preneur, qu'il ait ou non pris sur lui les cas fortuits.

que, tant que les fruits n'étaient pas engrangés, leur perte donnait au fermier le droit d'obtenir une remise; en sorte qu'il eût dû l'obtenir, suivant eux, si le feu du ciel avait consumé les meules de grains encore dans les champs.

Dans le sens de l'objection, le fermier simplement chargé des cas fortuits ordinaires serait responsable de la perte des bâtimens détruits par le feu du ciel, tandis qu'il aurait cependant lui-même une indemnité pour la perte des fruits pendans, causée par un cas fortuit extraordinaire : or, il n'est pas vraisemblable que telle ait été l'intention des parties.

244. Le bail sans écrit (c'est-à-dire sans durée fixée par les parties) est censé fait pour le temps nécessaire au preneur pour recueillir tous les fruits de l'héritage affermé.

Ainsi, le bail à ferme d'un pré, d'une vigne ou de tout autre fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours d'une année, est censé fait pour un an.

Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles. (Art 1774.)

S'il y a tout à la fois des prés ou vignes, et des terres divisées par soles ou saisons, le tout loué pour un seul et même prix, le bail est censé fait, aussi bien quant aux vignes ou aux prés que quant aux terres, pour autant d'années qu'il y a de soles. Autrement, il faudrait scinder le bail et quant aux objets afferlés, et quant au prix : ce qui est inadmissible.

215. Le bail des héritages ruraux, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait d'après ce qui précède. (Art. 1775.)

Par conséquent il n'est pas nécessaire, pour que la jouissance du preneur cesse, de donner un congé un certain temps d'avance, comme lorsqu'il s'agit de baux de maisons faits sans fixation de leur durée; et c'est par ce motif que nous avons fait observer précédemment que c'était à tort que les rédacteurs du Code avaient placé l'article 1736 sous la section ayant pour titre : *des règles communes aux baux de maisons et d'héritages ruraux*. Il suffit au fermier, s'il ne veut pas continuer sa jouissance, de sortir purement et simplement du fonds à l'époque où il doit en sortir; et si c'est le bailleur qui ne veut pas qu'il s'opère une tacite réconduction, il lui suffit de manifester sa volonté à cet égard avant que le fermier ait fait des actes de culture desquels on pourrait inférer cette tacite réconduction.

216. Si, à l'expiration des baux d'héritages ruraux¹, le preneur reste et est laissé en jouissance², il s'opère un nouveau bail, dont l'effet est le même que celui des baux faits sans détermination de durée. (Art. 1776 analysé.)

Mais la caution donnée pour le bail primitif n'est

¹ L'article dit : *des baux écrits*; mais la décision serait la même quoique les baux ne fussent pas écrits : cela résulte évidemment des articles 1774 et 1775 combinés.

² Le texte dit : *en possession*; mais le fermier ne possède pas, il détient seulement, il possède pour autrui. (Art. 2236.)

point obligée aux effets du nouveau (art. 1740), quand bien même ce bail primitif aurait été fait sans écrit, sans fixation spéciale de durée, et que la caution n'aurait pas restreint son engagement aux effets seulement d'un bail pour le temps nécessaire au fermier pour recueillir tous les fruits du fonds. Cela serait sous-entendu.

247. Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture, les logemens convenables et autres facilités pour les années suivantes, et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les logemens convenables, et autres facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes restant à faire.

Dans l'un et l'autre cas, on doit se conformer à l'usage des lieux. (Art. 1777.)

248. Le fermier sortant doit aussi laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance; et quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire peut les retenir suivant l'estimation. (Art. 1778.)

Cette dernière disposition s'appuie sur l'intérêt de l'agriculture.

Quant aux foins, dont il n'est pas parlé ici, le fermier doit laisser celui de l'année, s'il a trouvé celui de l'année où il est entré en jouissance; et c'est ce qui a lieu ordinairement quand le fermier entre à la Saint-Martin d'hiver. Pour le foin qu'on appelle de *réserve*, c'est-à-dire, qui n'est pas destiné à la nourriture des animaux employés à la culture de la métairie, mais

bien à être vendu, ou à la nourriture du cheval à l'usage personnel du fermier, ce dernier a le droit de l'emporter, à moins, par analogie de ce qui est décidé pour les pailles et engrais, que le propriétaire ne préfère le retenir suivant l'estimation.

219. Si le fermier a fait quelques constructions dans le fonds, dont il n'était pas chargé par son bail, comme une écurie, un hangar, il a le droit d'enlever ce qu'il a placé, en rétablissant les lieux dans leur premier état¹, à moins que le propriétaire n'aimât mieux lui payer ses déboursés, ou même simplement ce que vaudraient lesdites constructions dans l'état actuel des choses, par argument de la disposition finale de l'article 555. *Voyez* Pothier, n° 130 et suivant.

220. Et si le fermier a planté une vigne ou un verger qu'il n'était point tenu de planter par son bail, il a droit à une indemnité, qui se règle en raison de la plus value éprouvée par le fonds, mais diminuée de la différence entre les jouissances qu'il a eues pour cette cause, et celles qu'il aurait eues sans cela. Du moins telle est la décision de Domat et de plusieurs autres auteurs. On n'applique pas à ce cas les règles sur l'usufruit, qui refusent à l'usufruitier des indemnités pour les *améliorations* qu'il prétendrait avoir faites sur le fonds (art. 599). Mais, comme nous l'avons dit plus haut, il sera toujours plus prudent pour le fermier de ne faire de plantations qu'en vertu d'une convention avec le propriétaire, pour régler l'indemnité qui lui sera due, afin de prévenir les allégations

¹ L. 19, § 4, ff. *Locati*.

de celui-ci, à la fin du bail, que ces plantations ne lui conviennent pas, et l'offre par lui faite de les laisser supprimer ; car, en pareil cas, il serait bien difficile aux tribunaux de condamner le propriétaire à des indemnités envers le fermier.

224. Enfin, quant aux réparations nécessaires faites par le preneur, par exemple, lorsqu'un bâtiment menaçait ruine, le propriétaire, quoiqu'il n'eût pas été averti de faire la réparation, doit rembourser au fermier ce qu'elle a coûté et dû coûter : autrement il s'enrichirait à ses dépens, puisqu'il eût dû faire la dépense, si le fermier ne l'avait pas faite. Mais il sera aussi toujours plus prudent au fermier d'avertir le propriétaire, quelque urgente que soit la réparation, lorsque la chose sera possible.

Passons maintenant au louage d'ouvrage, qui présente d'assez graves difficultés en plus d'un point.

CHAPITRE III.

DU LOUAGE D'OUVRAGE.

Notions préliminaires.

SOMMAIRE.

222. *Nature du contrat de louage d'ouvrage.*

223. *La chose à faire doit être licite.*

224. *Il faut un prix : développemens.*

225. *Trois classes de louage d'ouvrage d'après le Code.*

222. Le contrat de louage d'ouvrage est, comme le louage des choses, un contrat synallagmatique, par conséquent commutatif ou intéressé de part et d'autre, puisque l'une des parties s'oblige à faire l'ouvrage, et

l'autre à payer le prix du travail. Mais dans le louage des choses, *res utenda tradatur*; dans celui d'ouvrage, *res facienda est*. Dans le premier de ces contrats, celui qui livre la chose et reçoit le prix du louage, s'appelle *locateur*, *locator rei*, et celui qui reçoit la chose pour en jouir, et qui paie le prix, se nomme *locataire* ou *conductor*. Au lieu que, dans le louage d'ouvrage, celui pour qui l'ouvrage se fait et qui paie le prix, s'appelle *locateur*, *locator operæ*; et celui qui se charge de faire l'ouvrage et reçoit le salaire, se nomme, suivant la nature de l'ouvrage, tantôt serviteur ou domestique, voiturier, ouvrier, ou entrepreneur, et généralement, en Droit, *conductor operis*. Toutefois, dans plusieurs textes des lois romaines, les dénominations de *locator*, de *conductor*, sont interverties.

225. Il est clair que, pour qu'il y ait louage d'ouvrage, il faut qu'un ouvrage soit à faire, et non pas déjà fait; et il faut aussi que la chose qu'il s'agit de faire ne soit pas contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, ni impossible de sa nature; autrement le contrat serait nul de soi. Mais l'impuissance personnelle de celui qui s'est chargé de faire l'ouvrage, quand d'ailleurs la chose n'est pas impossible *natura*, n'empêche pas que le contrat ne soit très-valable, sauf les dommages-intérêts dus par celui qui s'est mal à propos chargé de quelque chose au-delà de ses forces ou de ses moyens.

224. Il faut aussi qu'il y ait un prix, autrement ce serait un mandat; et ce serait aussi un mandat si le prix convenu n'était, à dessein, qu'excessivement vil

relativement à la valeur de l'ouvrage, ou si un prix raisonnable en apparence avait été convenu, mais avec déclaration de la part de celui qui doit faire l'ouvrage, qu'il ne l'exigerait pas. Du reste, la remise après coup n'empêcherait pas qu'il n'y eût louage.

Il n'est pas de rigueur que le prix soit expressément convenu entre les parties; il suffit qu'il le soit tacitement; comme lorsque je remets du drap à un tailleur pour me faire un habit, je suis censé lui avoir promis le prix commun de la façon d'un habit. Et si le travail n'avait pas un prix commun, nous serions censés être convenus d'un prix à dire d'experts, dans le cas où nous ne tomberions pas ensuite d'accord sur le salaire. Dans le Droit romain, lorsque quelqu'un avait remis à un dégraisseur des habits pour les nettoyer, en lui disant qu'il lui paierait le prix de son travail suivant ce dont ils conviendraient ensuite, après que l'ouvrage serait fait, ce n'était point un louage, mais un contrat *innommé*, qui donnait lieu seulement à l'action générale *præscriptis verbis*, *vel in factum*, et non à l'action de louage¹; et il en était de même lorsqu'on était convenu qu'une chose serait faite moyennant un prix consistant en une autre chose que du numéraire, ou pour qu'un autre travail fût fait en retour². Mais, chez nous, cette distinction n'aurait que peu ou point d'importance, parce que la distinction des actions n'en a pas par elle-même: l'affaire se réglerait aussi, en général, par les principes du louage.

¹ § ult. Inst. de Locato et cond.

² Tit. de Præscrip. verb., ff.

Pothier, qui dit cependant, dans plusieurs endroits de ses ouvrages, que nous n'avons point eu égard, dans notre Droit, à la distinction des lois romaines, entre les contrats *nommés* et les contrats *innommés*, dit toutefois, dans son traité du *Contrat de louage*, n° 400, « que le prix du contrat de louage d'ouvrage doit « consister en une certaine somme d'argent; que si « je donne un ouvrage à faire à quelqu'un qui se « charge de le faire moyennant que je lui donnerai « une certaine chose autre que de l'argent, ou à la « charge que je ferai de mon côté quelque chose pour « lui, ces contrats ne sont pas des contrats de louage, « mais des contrats innommés, *facio ut des, facio ut « facias.* »

Cela est vrai en principe; mais, dans notre Droit, la distinction, encore une fois, n'a que peu ou point d'importance. (Art. 1107.)

225. Les rédacteurs du Code ont divisé en trois classes les contrats de louage d'ouvrage :

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un pour un certain temps, ou pour une entreprise déterminée;

2° Celui des voituriers tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° Enfin, celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. (Art. 1779.)

Nous suivrons cette division.

SECTION PREMIÈRE.

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET DES OUVRIERS.

SOMMAIRE.

226. *On ne peut louer ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée : développemens.*
227. *Personnes, en général, qui louent leurs services à temps.*
228. *Le prix n'est payé qu'en proportion du temps des services ou du travail.*
229. *Distinction à faire entre le louage de services à tant par an, et le louage de services pour une année.*
230. *Ancien règlement au sujet des domestiques.*
231. *Dommages-intérêts qui peuvent être dus en cas d'inexécution du louage de service des domestiques.*
232. *Différens cas.*
233. *Suite.*
234. *Suite.*
235. *Cas où c'est le maître qui a renvoyé le serviteur sans motif légitime.*
236. *Sur quoi le maître en est cru sur son affirmation : texte de l'article 1781.*
237. *Cet article n'est pas applicable aux cas de louage d'ouvrage à prix fait, ou marché.*
238. *Ce sont les juges de paix qui connaissent des contestations relatives au paiement des salaires des gages des domestiques, et de l'exécution de ces sortes d'engagemens.*
239. *S'il en est de même de la demande en restitution des effets apportés chez le maître par le domestique.*

226. Le principe sacré de la liberté des personnes ne permettant pas que l'on puisse engager ses services indéfiniment, la loi veut qu'on ne puisse les engager qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée (art. 1780) : d'où il suit que la convention par laquelle une personne s'engagerait pour toute sa vie au service d'une autre, moyennant une somme une fois

payée, ou à tant par an, serait une convention nulle et de nul effet, comme contraire à la liberté naturelle des personnes et à la loi. L'inexécution d'un semblable engagement, par l'une ou l'autre des parties, ne donnerait lieu à aucuns dommages-intérêts ; seulement, le temps de service écoulé jusqu'au moment où l'engagement serait rompu devrait être payé.

Et comme on ne doit pas pouvoir faire indirectement ce que la loi défend de faire ouvertement, il suit aussi qu'on devrait regarder comme non obligatoire le contrat par lequel quelqu'un s'obligerait de demeurer au service d'une autre personne pendant un temps, qui, vu l'âge de l'individu au moment du contrat, devrait probablement absorber le reste de sa vie, ou à peu près : autrement rien ne serait plus facile que d'éluder la loi, et de convenir ainsi d'une sorte d'esclavage.

Mais comme le Code ne s'est pas expliqué sur la durée du temps pendant lequel on pourrait engager ses services d'une manière obligatoire pour l'une et l'autre des parties, qu'il s'est borné à dire *qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée*, ce serait aux tribunaux, en cas d'inexécution d'un contrat portant engagement pour un long temps, à voir s'il a été fait de bonne foi, si le maître n'a pas abusé de la position du serviteur ; car bien certainement un contrat portant engagement de plusieurs années ne serait point nul, il n'aurait rien de contraire au vœu de la loi. Par exemple, ayant formé un établissement d'industrie, je loue les services de

quelqu'un pendant cinq ans, pour qu'il en prenne la direction : il n'y a là rien qui blesse l'esprit de la loi ; le contrat est donc parfaitement obligatoire, et il devrait être exécuté de part et d'autre, à peine de dommages-intérêts, à moins que quelque circonstance particulière ne vint à en opérer la résolution.

Quant au louage d'ouvrage pour une entreprise déterminée, on pourrait en donner une foule d'exemples. Mais comme il y a des entreprises qui peuvent durer un très-long temps, et même plusieurs générations (telle que l'exploitation d'une mine), l'engagement des services pour la durée de telles entreprises équivaldrait à un engagement à vie, et ne serait, par conséquent de ce qui vient d'être dit, qu'imparfaitement obligatoire, comme contraire au vœu de la loi : il y aurait lieu à en prononcer la résiliation, si la personne engagée la demandait, et même à la prononcer sur la demande du maître, attendu que si le contrat n'était pas obligatoire pour l'un, il ne devrait pas l'être non plus pour l'autre. Le Code n'a pu avoir en vue, par *entreprises déterminées*, que celles qui ne doivent pas être d'une durée telle que la vie de la personne dont les services ont été engagés serait absorbée en tout ou en très-grande partie dans l'opération. Les tribunaux auraient encore nécessairement, dans ce cas, un pouvoir d'appréciation, suivant la nature et les circonstances de l'affaire : ils l'ont dans tous ceux où la loi est muette, obscure ou insuffisante. (Art. 4.)

227. Les contrats de louage de services les plus ordinaires sont ceux que l'on fait avec les personnes

de l'un ou l'autre sexe qui s'engagent en qualité de serviteurs ou domestiques, ou de commis de banque ou de boutique, de contre-maîtres de fabrique, etc., etc., et qui louent leurs services ou leur travail à tant par an, ou par mois, ou pour quelque autre temps limité¹.

C'est aussi un contrat de louage de services, celui que l'on fait avec les ouvriers pour travailler à tant par jour, et que, pour cette raison, on appelle *journaliers* ou *gens de journée* : tels sont les moissonneurs, les vendangeurs, les terrassiers, les maçons, ou autres personnes de même qualité, qu'on emploie à la journée. La plupart des ouvriers des villes et des fabriques travaillent même de cette manière.

Que si, au contraire, je conviens avec un maçon qu'il me construira un mur moyennant telle somme, si je donne à un ouvrier un terrain à défricher, une vigne à travailler pour l'année, une moisson à faire, à raison de tel prix pour tout l'ouvrage, ce n'est plus, à proprement parler, un louage de services, c'est un marché, ou prix-fait, qui a ses règles particulières.

228. Comme dans le louage de services, même à la journée, le prix n'est censé convenu qu'en raison du temps pendant lequel les services seront rendus, il

¹ On comprend aussi sous le nom de *domestiques* tous ceux qui font partie de la maison, qui sont soumis au maître, comme recevant de lui des gages ou un salaire : tels que les intendants, les majordomes, les maîtres d'hôtels, même les bibliothécaires et les secrétaires ; bien mieux, les gouverneurs et précepteurs demeurant dans la maison. Arrêt du parlement de Paris, du 12 mai 1739, rapporté dans Denizart, v^o *Domestique*. Voyez le traité de la Compétence des juges de paix, par M. Henrion de Pensey, chap. XXX.

suît de là que si l'ouvrier se retire du travail avant la fin de la journée, à raison de quelque incommodité qui lui est survenue, ou pour quelque autre cause, le maître n'est tenu de lui payer le prix convenu qu'en proportion du temps pendant lequel il a travaillé; et il en est ainsi quand bien même c'est par l'effet de quelque force majeure qui lui est étrangère, que l'ouvrier a cessé son travail avant la fin de la journée, par exemple, lorsque la pluie est survenue vers le milieu du jour, et qu'elle a empêché de continuer la moisson ou la vendange, ou de lever les foins. En pareil cas, l'usage est de payer aux ouvriers seulement la moitié du prix de la journée. Mais si le maître a pris une trop grande quantité d'ouvriers, de sorte que l'ouvrage a été terminé avant la fin du jour, il ne doit pas moins payer la journée entière, parce que c'est sa faute d'avoir loué un trop grand nombre de bras; sauf à lui à les employer le reste du jour à quelque autre travail auquel ils seraient également propres.

229. Il ne faut pas confondre, au surplus, le louage de services à tant par an, avec le louage de services pour une année. En général, les domestiques attachés à la personne, comme laquais, valets de chambre, cuisinières, etc., ne sont pas censés loués pour une année, quoiqu'ils le soient ordinairement à tant par an. A Paris, par exemple, les domestiques des deux sexes se louent bien à tant par an, mais l'usage n'est pas de les louer précisément pour une année; on ne les loue à tant par an que pour la fixation des gages; en sorte qu'ils peuvent sortir, comme on peut les ren-

voyer, dans le courant de l'année : seulement ils doivent prévenir le maître un certain nombre de jours à l'avance, pour qu'il puisse se procurer un autre serviteur; et réciproquement le maître doit prévenir le domestique, pour qu'il cherche une autre place. L'usage est même, lorsqu'il y a des motifs un peu graves, de renvoyer de suite le serviteur, en lui payant ses gages aussi pour le temps qui s'écoule entre l'avertissement et la sortie; et le maître est même dispensé de payer ce surcroît de gages, lorsque les motifs du renvoi sont très-graves, par exemple, l'infidélité du domestique. Ces avertissemens se donnent, au surplus, verbalement.

Mais les domestiques attachés à la culture des terres, et généralement à ce qui tient à l'exploitation des fonds ou aux travaux de la campagne, sont censés loués pour un an¹, à moins de convention contraire : cela est fondé sur la nécessité de faire les travaux d'agriculture dans un temps et dans un ordre déterminé, qui, pour l'ordinaire, est d'un an; et ils ne peuvent sortir, ni on ne peut les renvoyer avant la fin de l'année, à moins qu'il n'y ait quelque motif grave.

L'usage est que le maître qui veut renvoyer le domestique à la fin de l'année, le prévienne un certain temps d'avance, suivant l'usage des lieux, et réciproquement, sinon il s'opère une tacite réconduction pour une nouvelle année. Mais cet avertissement ou congé se donne généralement de vive voix.

¹ Lorsque le domestique entre à l'époque ordinaire des entrées, qui est déterminée par l'usage des lieux; et pour le restant de l'année, s'il est entré dans le courant de l'année.

250. L'article 1^{er} du titre XVII de l'ordonnance de Charles IX, du 4 février 1567, renouvelé par la déclaration de Henri III, du 21 novembre 1577, défendait aux domestiques engagés à temps de quitter le service de leurs maîtres, sans le consentement de ceux-ci, avant l'expiration de leur engagement, à peine d'amende de vingt livres parisis envers le fisc. Et il était défendu à toute personne de prendre à son service un domestique sortant d'une autre maison s'il n'était porteur d'un congé.

Ce règlement, comme l'observe M. Henrion de Pensey, dans son traité de la *Compétence des juges de paix*, chap. 30, ne disait pas que l'obligation du maître, de garder le serviteur pendant toute l'année, à moins de motifs légitimes de renvoi, serait réciproque : mais on l'a toujours entendu ainsi ; car tous les maîtres ayant alors le nombre de serviteurs qui leur est nécessaire, le domestique renvoyé arbitrairement ne saurait où se placer jusqu'à la fin de l'année.

Quant à l'amende que prononçait ce règlement, comme c'était une disposition pénale, que nous ne voyons pas renouvelée dans les lois aujourd'hui en vigueur, il faut tenir qu'elle est abrogée, et qu'il y a lieu seulement aux dommages-intérêts au profit de la partie envers laquelle le contrat n'a pas été exécuté.

La disposition relative à la défense faite à toute personne de prendre un domestique sortant d'une autre maison, et non muni de congé, n'a plus de force non plus aujourd'hui.

251. Si c'est le domestique qui a quitté sans motif

légitime, les dommages-intérêts du maître sont, en général, de ce qu'il lui en a coûté de plus pour se faire servir depuis que le domestique a quitté sa maison, et de ce qui lui en coûtera de plus jusqu'à l'expiration du temps convenu; et ils s'imputent sur les gages, si le maître en doit encore. Le maître peut, au surplus, assigner le domestique pour qu'il retourne à son service, et demander que, faute par lui de le faire dans les vingt-quatre heures du jour du jugement qui interviendra, il soit condamné, par ledit jugement, aux dommages-intérêts. Pothier, n° 169.

252. Si le serviteur a été mis en prison, ou a été obligé de fuir pour éviter une prise de corps pour crime ou délit, il faut distinguer, dit Pothier. S'il a été déclaré convaincu du délit, c'est en ce cas par son fait qu'il a été obligé d'abandonner le service de son maître, et il doit par conséquent être tenu des dommages-intérêts de celui-ci, s'il a souffert un préjudice; mais s'il a été absous, ou si l'affaire n'a pas eu de suite, il est dans le cas de ceux qui ont quitté par une force majeure, et il n'est tenu d'aucuns dommages-intérêts; seulement il ne peut réclamer de gages pour le temps pendant lequel il n'a pas servi.

Si le domestique est appelé au service militaire, il est clair que le contrat est résilié purement et simplement, et le maître paie les gages jusqu'au moment où le domestique sort de chez lui. Mais Pothier tenait le serviteur passible de dommages-intérêts, non-seulement lorsqu'il quitte le maître pour se marier, ou assister ses père et mère, mais encore lorsqu'il s'enrôle

volontairement, parce que c'est par son fait, dit-il, que le contrat n'est pas exécuté. Nous serions bien de cet avis s'il s'agissait d'un enrôlement pour remplacement, à prix d'argent, d'un homme tombé à la milice, mais quant au cas d'enrôlement volontaire, il nous semble qu'il serait bien difficile aujourd'hui de faire condamner le domestique à des dommages-intérêts, puisqu'il est permis, *favore militiæ*, à un fils âgé de dix-huit ans révolus¹, de quitter la maison paternelle pour cette cause, sans le consentement de son père (art. 374); car comment un simple contrat de louage de services serait-il considéré comme plus fort que la puissance paternelle elle-même? Et le mariage étant pareillement très-favorable, il ne devrait pas y avoir lieu, suivant nous, à condamner un domestique à des dommages-intérêts envers son maître pour l'avoir quitté pour cette cause; la crainte de les subir pourrait dans beaucoup de cas faire manquer le mariage, contre le vœu de la loi : c'est là un motif légitime pour le domestique de quitter son service; la condition résolutoire doit être réputée tacitement convenue pour ce cas. Nous en disons autant de celui où le domestique quitterait le maître pour aller soigner ses père et mère qui seraient devenus infirmes et qui auraient un véritable besoin de son assistance, ou bien si le père du domestique était venu à mourir laissant une veuve infirme et des enfans en bas âge, qui ne pourraient pas continuer la culture du morceau de bien qu'il leur a

¹ Aujourd'hui vingt ans, d'après la nouvelle loi sur le recrutement, *Voyez* tome III, n° 352, note.

laissé. Le contrat dont il s'agit est essentiellement un contrat *bonæ fidei*; les conventions qu'il renferme ne doivent donc pas être entendues avec rigueur. Au surplus, Pothier lui-même convient que, dans ces deux derniers cas, le juge ne devrait accorder que des dommages-intérêts modérés; qu'ils devraient être estimés moins rigoureusement que lorsque le domestique quitte le maître sans sujet, par libertinage, par paresse, ou par l'espoir de gagner davantage ailleurs.

255. « Un domestique, dit M. Henrion de Pensey, dans son traité de la *Compétence des juges de paix*, chap. 30, qui, après avoir loué ses services pour un temps déterminé, refuserait d'entrer chez celui qui l'a loué, serait tenu envers lui des dommages-intérêts, comme s'il le quittait avant l'époque convenue.

« Mais pour que la convention soit regardée comme parfaite, il faut, d'après un usage qui paraît général, que le domestique ait reçu des arrhes; autrement il est autorisé à dire (et le maître a la même faculté) que l'engagement, simplement projeté, n'était pas encore obligatoire. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé. En 1726, le nommé Martin s'était engagé au service d'un sieur Guyot, pour l'espace d'une année, à commencer à la Saint-Jean, et ne s'étant pas présenté au jour convenu, le sieur Guyot le fit assigner. Martin répondit qu'il n'avait pas reçu d'arrhes: le premier juge l'avait condamné aux dommages-intérêts; mais le parlement mit les parties hors de cour, en affirmant par Martin qu'il n'avait pas reçu d'arrhes, dépens compensés. Arrêt du 13 septembre 1728.

« Dans certains pays, la tradition des arrhes ne consomme l'engagement qu'après le laps de vingt-quatre heures. Pendant ce délai, il est libre au domestique de les rendre. »

Généralement les arrhes, dans ces sortes d'engagement, ne sont que des arrhes symboliques ou *denier à Dieu*, et elles ne sont point regardées comme la peine de la faculté de se dédire. Il en serait autrement si elles étaient de quelque importance : alors celui qui les aurait données et qui ne voudrait pas exécuter l'engagement les perdrait ; si c'était l'autre partie, elle devrait les restituer au double, comme dans les promesses de vente.

Au reste, nous croyons bien que les rédacteurs du Code ont entendu qu'on devrait aussi en ce point, comme en tant d'autres de la matière du contrat de *Louage*, observer les usages des lieux, lorsque ces usages seraient constants.

254. Les légères interruptions du travail ou des services d'un domestique loué à l'année ne donnent pas lieu au maître de faire une réduction sur le prix des gages, quand elles n'ont été causées que par maladie ou indisposition du domestique ; le maître devait s'y attendre, parce que c'est là un cas ordinaire. Mais si l'interruption de service a été de quelque durée, le maître est en droit de faire une réduction proportionnelle sur le prix des gages ; car il n'a entendu s'obliger à les payer que pour les services qui lui seraient réellement rendus : c'était une jouissance continue de ces mêmes services qui lui était promise, par la nature

même du contrat. Telle est aussi la décision de Pothier (n° 168), qui a soin toutefois de faire observer, comme de raison, que les personnes riches se gardent ordinairement, par bienséance et humanité, d'user de ce droit.

255. Si c'est le maître qui a renvoyé arbitrairement le domestique, ou qui, par de mauvais traitemens ou autre cause injuste, a mis celui-ci dans la nécessité de sortir, Pothier dit que le maître doit lui payer ses gages en entier aussi pour le temps qui reste à courir, sans parler des autres dommages-intérêts qui pourraient être dus au domestique pour le tort que le maître lui aurait fait dans sa personne ; mais que si la cause pour laquelle le domestique est sorti est légère, le juge peut ordonner au maître de le reprendre, ou le condamner à lui payer, à titre de dommages-intérêts, les gages pour le temps qui restait à courir au moment de la sortie, sous la déduction néanmoins de ce que le domestique pourrait encore vraisemblablement gagner en travaillant ailleurs jusqu'à l'expiration du temps convenu.

Nous pensons que, même dans le premier cas, le juge devrait aussi avoir égard à ce que le domestique pourrait gagner en travaillant ailleurs.

La question de savoir si le maître en doit être cru sur son affirmation quant aux sujets de plaintes qu'il alléguerait avoir contre son domestique, ou s'il doit en justifier, est un point laissé à la sagesse du juge, qui doit se déterminer par les circonstances de la cause et par la dignité et la bonne réputation du maître,

Tel était aussi l'avis de Pothier, que M. Henrion de Pensey a suivi.

256. Aussi, par des motifs de convenance faciles à sentir, et pour prévenir une multitude de petits procès, le Code veut que le maître en soit cru sur son affirmation,

Pour la quotité ¹ des gages ;

Pour le paiement du salaire de l'année ;

Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante.

(Art. 1781.)

Toutefois, si le serviteur produisait un écrit du maître qui fixerait le montant des gages, cet écrit ferait foi. C'est dans la supposition qu'il n'y en a pas, que le Code décide que le maître en est cru sur son affirmation, et exclut ainsi, par dérogation aux principes généraux, la preuve testimoniale, encore que la somme demandée fût au-dessous de cent cinquante francs.

Le juge ne pourrait, quelque peu de confiance qu'il eût dans la bonne foi du maître, déférer le serment au serviteur.

Mais l'affirmation du maître doit être faite avec serment, si le serviteur l'exige ², parce que le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est déféré (art. 1358 et 1360). Par cela

¹ C'est-à-dire pour leur *montant*, car il n'y a pas ici de *quotité* : une quotité est une partie aliquote d'un tout.

² Voyez le Répertoire de M. Merlin, v° *Domestique*, § 4.

même, le maître pourrait le référer ou le déférer au serviteur.

Quant aux effets que le domestique réclamerait, l'article n'en parlant pas, on reste à cet égard dans les termes du droit commun, et par conséquent le serviteur pourrait prouver, jusqu'à la valeur de cent cinquante francs, qu'il a apporté tels effets dans la maison du maître, et qu'il est sorti sans les emporter. Le juge pourrait aussi lui déférer le serment supplétoire, si la demande n'était pas totalement dénuée de preuve. Nous allons revenir sur la restitution des effets du domestique, en ce qui concerne la compétence.

237. L'article 1781 n'est pas non plus applicable aux cas de louage d'ouvrage à prix fait, ou marchés; il s'applique seulement au louage des domestiques ou ouvriers, qui ont loué leur travail pour un certain temps, ou pour une entreprise déterminée, comme le démontre l'intitulé de la section sous laquelle il est placé. Ainsi, celui qui a pris un ouvrage à faire moyennant un certain prix, pourrait prouver par témoins et la convention et la confection de l'ouvrage, si la somme réclamée ne s'élevait pas au-delà de cent cinquante francs; et le juge pourrait tout aussi bien lui déférer le serment qu'à l'autre partie, dans le cas où la demande ne serait pas totalement dénuée de preuve.

Celui qui a donné l'ouvrage à faire ne serait pas nécessairement cru sur son serment quant aux à-comptes qu'il prétendrait avoir donnés. En un mot, les motifs de décence n'existent pas comme dans le cas où il

s'agit d'une contestation élevée entre un maître et son domestique.

258. D'après la loi du 24 août 1790, tit. III, article 10, ce sont les juges de paix qui connaissent des contestations relatives « au paiement des salaires des « gens de travail, des gages des domestiques, et de « l'exécution des engagements respectifs des maîtres « et de leurs domestiques ou gens de travail, à quel- « que somme que s'élève la demande ; » seulement, les juges de paix ne jugeaient qu'en premier ressort au-delà de 50 francs ; aujourd'hui, d'après l'article 5 de la loi du 25 mai 1838, ils jugent en dernier ressort jusqu'à concurrence de 100 francs ; mais ils connaissent pareillement de la valeur de la demande, à quelque somme qu'elle puisse monter.

M. Henrion de Pensey, dans son traité de la *Compétence des juges de paix*, chap. XXX, fait observer que, par ces mots *gens de travail*, les auteurs de la loi de 1790 n'ont point entendu parler des entrepreneurs de travaux, ni même des ouvriers qui ont fait un ouvrage à prix fait ou d'après un marché ; qu'on a entendu uniquement les journaliers, tels que les terrassiers, les moissonneurs, les vendangeurs, les faucheurs, et en général tous ceux dont l'engagement peut commencer et finir dans la même journée ; que c'est uniquement à ces sortes d'ouvriers que s'applique la disposition de la loi du 24 août, qui place dans les attributions spéciales des juges de paix les contestations relatives aux salaires et aux engagements des gens de travail.

L'observation de M. Henrion de Pensey a été recueillie en partie par les rédacteurs de la loi de 1838 ; car cette loi met seulement, par son article 5, dans les attributions spéciales des juges de paix, à quelque somme que s'élevât la demande, la connaissance des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail *au jour*, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient ; des maîtres et des domestiques ou gens de services à gages ; des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis ; sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et réglemens relatifs à la juridiction des prud'hommes. Ainsi, les contestations relatives aux marchés, devis ou prix faits ne sont point comprises dans cette disposition. Mais d'un autre côté, M. Henrion de Pensey limitait la compétence spéciale des juges de paix, en ce qui concernait les engagements respectifs des gens de travail et de ceux qui les emploient, aux engagements des gens de travail travaillant à la journée, tandis que la nouvelle loi l'a étendue aux engagements des gens de travail qui travaillent au mois et même à l'année, quoiqu'ils ne fussent point domestiques. Seulement, le juge de paix ne juge en dernier ressort que jusqu'à concurrence de 100 francs.

Au surplus c'est, nous le croyons, sans préjudice de la disposition de l'article 1^{er} de la même loi, qui établit la compétence générale et de droit commun des juges de paix en *toutes* actions purement personnelles ou mobilières jusqu'à concurrence de 100 francs en dernier ressort, et jusqu'à concurrence de 200 francs, à la charge de l'appel : en conséquence, ils connaissent

aussi, dans ces limites, des contestations élevées au sujet des marchés, devis ou prix-faits.

239. Le juge de paix, comme on vient de le dire, est bien le seul juge compétent pour connaître des contestations mentionnées dans l'article 5 de la nouvelle loi, à quelque somme que la cause puisse monter; mais s'est présentée, sous la loi de 1790, la question de savoir s'il était également compétent pour connaître de la demande formée par un domestique contre le maître, pour restitution des effets qu'il prétendait avoir apportés, et n'avoir pas emportés lors de sa sortie, dans un cas où ces effets excédaient la valeur de 100 francs?

M. Henrion de Pensy (chap. XXX), qui cite un passage des conclusions de M. le procureur-général à la cour de cassation, qui fut d'avis de la négative, et un arrêt de rejet du 22 frimaire an ix, qui a jugé conformément à ces conclusions, croyait qu'en effet le juge de paix n'était pas compétent pour connaître de cette demande. L'arrêt est simplement fondé sur ces motifs : « Attendu que l'article 10, du titre III, de la loi du 24 août 1790, ne donne aux juges de paix de compétence pour prononcer sur les engagements respectifs des maîtres et des domestiques, qu'autant que ce qui est réclamé à titre de semblables engagements, tient nécessairement aux rapports de la domesticité ¹. »

¹ Dans l'espèce, il s'agissait d'une domestique, qui, après la mort du maître, était sortie de la maison sans emporter ses effets, et demandait aux héritiers la restitution d'effets et de quelques deniers à elle appartenant, montant le tout à la valeur, disait-elle, de 197 francs.

Mais il nous semble que la restitution des effets qu'un domestique a apportés chez son maître tient au contraire essentiellement au rapport de la domesticité; car il n'a pu entrer chez le maître et y demeurer sans les effets à son usage personnel : le maître doit être censé s'obliger à remettre au domestique, lors de la sortie de celui-ci, les effets qui lui appartiendront, et satis lesquels le domestique ne pouvait rester à son service. On ne peut même pas supposer qu'un domestique voulût s'engager sans cette condition : il y a donc obligation de la part du maître; c'est donc là un rapport de la domesticité.

Ce qui probablement a déterminé cet arrêt (de simple rejet, au surplus), c'est cette assertion de M. le procureur-général, dans ses conclusions : « Une chose « bien certaine, a-t-il dit, c'est qu'en employant ces « termes, *engagemens respectifs des maîtres et des do-* « *mestiques*, l'Assemblée constituante n'a entendu « attribuer aux juges de paix que la connaissance « des différends qui pourraient s'élever entre un « maître et son domestique, à raison du temps pour « lequel l'un aurait loué les services de l'autre. » Mais où est la preuve de cette assertion ? Pourquoi l'Assemblée constituante aurait-elle voulu exclure des attributions qu'elle conférerait aux juges de paix, la connaissance des petits débats qui peuvent s'élever journellement au sujet de la restitution des hardes du domestique ? C'était bien assurément cet objet que l'on devait mettre dans les attributions des juges de paix d'une manière spéciale. D'ailleurs, on ne peut contes-

ter sérieusement que l'apport, chez le maître, des effets du domestique, soit un rapport de la domesticité ; c'en est un comme l'apport des effets du voyageur dans une hôtellerie est un dépôt nécessaire.

La nouvelle loi n'est pas plus explicite sur ce point ; elle parle, comme celle de 1790, *des contestations relatives aux engagements des maîtres et des domestiques*, et a seulement substitué aux *gens de travail*, les *gens de service à gages*.

Quoi qu'il en soit, il ne doit pas s'élever de difficulté sérieuse, quant à la compétence du juge de paix, dans les cas où les objets réclamés n'excéderaient pas la valeur de 200 francs, et que le domestique la déterminerait lui-même dans sa demande, en laissant au défendeur le choix de la payer à la place des effets demandés. Le juge de paix est alors juge en vertu du droit commun, qui met dans ses attributions les demandes personnelles ou mobilières, jusqu'à concurrence de 200 francs, pour être jugées par lui en dernier ressort jusqu'à la somme de 100 francs, et au-dessus de cette somme, à la charge de l'appel.

SECTION II.

DES VOITURIERS PAR TERRE OU PAR EAU.

SOMMAIRE.

240. *Quels sont ceux qui sont compris sous le nom de voituriers ?*
241. *Les voituriers sont considérés comme dépositaires nécessaires quant à la garde et à la conservation des choses qui leur sont confiées.*
242. *Mais non quant à la preuve de la remise même desdits effets.*

244 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

243. *Quid en cas de perte des effets ?*

244. *Analyse des articles 1783 et 1784.*

245. *Suite.*

246. *Obligations des entrepreneurs de voitures publiques d'après les articles 1785 et 1786.*

247. *Compétence en cette matière.*

240. En général, le Code civil (art. 1779) comprend sous le nom de *voituriers* tous ceux qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises, tant par terre que par eau, par conséquent, les entrepreneurs ou directeurs de messageries, barques, coches ou voitures publiques quelconques, les entrepreneurs ou commissionnaires de roulage, et les *voituriers particuliers*.

241. Les *voituriers* par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *du Dépôt et du Séquestre*. (Art. 1782.)

Et les articles 1952 et 1953, qui règlent les obligations des aubergistes, portent que les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; que le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt *nécessaire*, et que les aubergistes sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers, allant et venant dans l'hôtellerie; mais ils ne sont pas responsables

des vols faits à force armée ou autre force majeure.
(Art. 1954.)

242. Toutefois, en disant que les voituriers par terre ou par eau sont assujettis, pour *la garde et la conservation* des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (qui en sont responsables comme d'un dépôt nécessaire), l'article 1782 ne signifie pas absolument qu'un voiturier doit être considéré comme une personne à qui l'on prétend avoir confié un dépôt en cas de nécessité; car, en cas de dépôt nécessaire, la preuve du fait du dépôt lui-même peut avoir lieu par témoins, encore que la valeur des objets réclamés excédât 150 francs; et il en est de même des dépôts faits par un voyageur en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (art. 1348); au lieu que la preuve de la remise d'effets à un voiturier pour les transporter quelque part, est assujettie aux règles du droit commun, suivant ce que nous avons démontré en traitant de la preuve testimoniale, au tome XIII, n° 314, où nous citons l'opinion conforme de Jousse, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1667. C'est relativement à la *garde* et à la *conservation* des choses qui leur sont confiées, que l'article 1782 assimile les voituriers aux aubergistes; mais la question de *remise* ou *réception* des objets eux-mêmes est bien différente. En effet, pour qu'un voiturier soit tenu, quant à la garde et conservation des objets de quelqu'un, aux mêmes obligations que celles des aubergistes, et, par suite, aux obligations résul-

tant d'un dépôt nécessaire, il y a un premier point à établir, savoir : la remise des objets; or, la loi ne dit pas, comme en matière de dépôt nécessaire, que la preuve pourra s'en faire par témoins même au-delà de 150 francs. Dans le cas d'un dépôt fait par suite de tumulte, naufrage, pillage ou incendie, le propriétaire des effets n'a pu se procurer une preuve écrite du dépôt, et, par analogie de motifs, on a établi le même droit pour les dépôts faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie; mais rien n'empêche un particulier de retirer un reçu du voiturier auquel il confie des effets à transporter, et si celui-ci ne sait pas écrire, c'est au propriétaire, comme dit Jousse, à faire faire un acte devant notaire.

243. Mais si la remise des effets est avouée, ou prouvée suivant les règles du droit commun, alors la preuve par témoins touchant la valeur des effets perdus peut être reçue même au-delà de 150 francs, parce que le voiturier n'ayant pas rempli ses obligations relativement à la garde et à la conservation des effets qui lui avaient été confiés, il ne s'agit plus que de déterminer le montant de l'indemnité due au propriétaire desdits effets.

S'il y avait impossibilité de déterminer la valeur des objets perdus, le serment pourrait être déféré au demandeur sur cette valeur, sauf au juge à déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle il en serait cru sur son serment; le tout conformément à l'article 1369.

La question s'est présentée déjà plusieurs fois au

sujet d'effets perdus ou égarés dans les messageries. Voici une espèce que l'on trouve dans le recueil de Sirey, année 1809, partie II, page 394.

Le baron Dumontet, allant de Strasbourg à Nancy, par les *Vélocifères*, fit enregistrer au bureau une malle qui devait l'accompagner.

Arrivé à Nancy, la malle ne se trouva pas : on pensa qu'elle était restée à Strasbourg ; le voyageur exigea un certificat constatant son absence.

Après des recherches inutiles à Strasbourg, et une tentative tout aussi inutile de conciliation, le sieur Dumontet fit assigner le sieur Fadate, directeur des *Vélocifères*, en paiement de 2,556 francs, à quoi il évaluait les objets perdus.

Le sieur Fadate appela en garantie le conducteur de la voiture, et soutint toutefois que les objets n'ayant pas été évalués lors du chargement, il ne pouvait être tenu qu'à une indemnité de cent cinquante francs, aux termes de l'article 62 de la loi du 23 juillet 1793.

Le sieur Dumontet répondit que cette loi avait été abolie par [celle du 9 vendémiaire an vi, et il s'appuyait, à cet effet, d'un arrêt de la cour de cassation, du 13 vendémiaire an x, qui a en effet jugé en ce sens.

Sur ces dires respectifs, jugement, ainsi conçu :

« Attendu qu'en fait il est justifié que la malle dont il s'agit a été portée sur la feuille des *Vélocifères* de Strasbourg, que cette malle n'est point arrivée à Nancy, lieu de sa destination, et qu'elle n'a point été remise au propriétaire ;

« Qu'en principe, les voyageurs ne sont point obligés, lors de l'enregistrement sur les registres de messageries, d'énoncer en détail tous les objets que leurs malles ou autres paquets peuvent contenir ; qu'aux termes des articles 1783 et 1784 du Code civil, les voituriers par terre et par eau répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture, et deviennent également responsables de la perte et de l'avarie des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues ou avariées par cas fortuit ou force majeure ; que, d'après l'article 1782 dudit Code, les voituriers par terre et par eau sont assujettis aux mêmes obligations que les aubergistes ;

« Il s'ensuit que, conformément à l'article 1952 du même Code, ils sont considérés comme dépositaires des effets apportés par les voyageurs, et que le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire, lequel, aux termes de l'article 2060 du Code, entraîne la contrainte par corps ;

« Attendu que le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge (art. 1369 du Code), que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur, et qu'en ce cas, le juge doit même déterminer la somme à laquelle le demandeur en sera cru sur son serment ;

« Attendu, en fait, que le baron Dumontet a déclaré que les objets renfermés dans sa malle étaient

de la valeur de 2,556 francs, et qu'il est d'ailleurs impossible de le constater différemment;

« Le tribunal condamne le sieur Fadate, et par corps, à payer au sieur Dumontet la somme de 1,900 francs, à laquelle le tribunal détermine d'office la valeur des effets contenus dans ladite malle, en affirmant par le sieur Dumontet que les effets énoncés en sa déclaration sont les mêmes que ceux que renfermait ladite malle; et condamne Fadate aux dépens;

« Et attendu que tout conducteur devient responsable des dommages qu'il a pu causer par sa faute ou par sa négligence, le tribunal condamne Robert Hocquet, même par corps, à garantir et indemniser le sieur Fadate des condamnations prononcées contre lui, en principal, intérêts et frais. »

Sur l'appel, confirmation pure et simple du jugement, et par les mêmes motifs. Arrêt de la cour de Paris, du 19 avril 1809.

La cour de cassation, dans une autre affaire, a jugé de la même manière, par arrêt de cassation ¹ d'un jugement du tribunal de Caen, qui avait appliqué à la cause l'article 62 de la loi du 23 juillet 1793, lequel bornait à 150 francs le montant de l'indemnité réclamée, quelle que fût la valeur de la perte. La cour a pensé que cet article avait été inséré dans la loi en faveur du gouvernement, qui exploitait alors les messageries par des régisseurs, et qu'aujourd'hui, que la même chose n'existe plus, c'est l'article 1784 du Code civil qui est applicable : or, cet article veut, d'une

¹ Du 6 février 1809. Sirey, 9, 1, 173.

manière générale, que les voituriers, tant par terre que par eau, soient responsables de la perte ou des avaries de choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues ou avariées par cas fortuit ou force majeure.

244. Les voituriers par terre ou par eau répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture. (Art. 1783.)

Mais il faut pour cela que les objets *leur* aient été remis, à eux ou à leurs préposés pour les recevoir. Il ne suffirait pas de dire, en cas de perte, que la chose a été remise sur le port ou dans l'entrepôt ; car tant que la remise n'a pas été faite à quelque personne de l'établissement, préposée à cet effet, l'attention n'a point été appelée à surveiller la chose, qui a pu être détournée par les allans et venans, sans qu'on s'en aperçut. Il pourrait aussi se commettre une infinité de fraudes.

245. Les entrepreneurs de voitures publiques ne sont même pas responsables de la perte des paquets remis directement aux conducteurs de leurs voitures. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par arrêt du 29 mars 1814, rapporté au répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Louage*, section II, § 2.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un paquet remis au conducteur de la diligence dans la cour même de l'établissement. L'entrepreneur avait été condamné par le tribunal de Montargis à payer la valeur du paquet ;

mais le jugement a été cassé, pour fausse application des articles 1384 et 1785, et avec raison. Il ne serait pas juste, en effet, qu'un entrepreneur fût garant de la perte d'objets dont le prix de transport pourrait facilement lui être soustrait, faute d'être portés sur la feuille du conducteur.

Un arrêt de rejet du 5 mars 1811 avait précédemment décidé que les maîtres de voitures ne doivent répondre que des paquets qui leur sont confiés, et non de ceux qui sont remis à leurs domestiques à gages ¹. (*Journal des Audiences*, 1811, pag. 1.)

Cependant, il a été jugé en cassation ² qu'il était dû une indemnité au voyageur dont le sac de nuit avait été perdu par le fait du conducteur, quoique le sac n'eût pas été inscrit sur les registres : mais, dans l'espèce, il avait été porté en note sur la feuille du conducteur. Le tribunal civil de l'Isère ayant accordé l'indemnité de 150 francs déterminée par l'article 62 de la loi du 23 juillet 1793, cette décision fut déférée à la cour de cassation, qui rejeta le pourvoi par les motifs suivans : « Considérant que si, d'après les lois
« du 23 et 24 juillet et 11 août 1793, les directeurs
« des messageries publiques ne doivent répondre que
« des effets, ballots et paquets inscrits sur les regis-
« tres sous désignation spécifique et estimation, on
« ne peut pas en conclure que la loi du 19 janvier

¹ A moins, bien entendu, que ce ne fût à un domestique préposé pour recevoir les objets, ainsi qu'il y en a dans toutes les entreprises un peu considérables.

² Arrêt du 19 frimaire an VII, pareillement cité au Répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Voiturier*.

« 1793, qui permet à chaque voyageur de transporter avec lui un sac de nuit du poids de 15 livres, sans rien payer, se trouve abrogée, ni que les directeurs ne soient pas tenus d'une indemnité envers le voyageur dont le sac de nuit a été perdu par le fait du cocher leur préposé ;

« Considérant que, dans l'usage, on n'inscrit pas sur les registres les sacs de nuit qui sont pour les besoins journaliers des voyageurs ; que simplement il en est fait note sur la feuille de route, etc. : la cour rejette. »

246. Les entrepreneurs de voitures publiques, par terre et par eau, et ceux des roulages publics, doivent tenir registre de l'argent, des effets et des paquets dont ils se chargent. (Art. 1785.)

Les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics, les maîtres de barques et navires, sont, en outre, assujettis à des réglemens particuliers, qui font la loi entre eux et les autres citoyens. (Art. 1786.)

Voyez, à cet égard, le décret du 28 août 1808, et l'ordonnance du 4 février 1820, ainsi que les dispositions du titre VI du Code de commerce, qui sont rendues applicables, par l'article 107 de ce Code, aux maîtres de bateaux, entrepreneurs de diligences et voitures publiques.

247. Quant à la compétence, en cette matière, la loi des 25 mai et 6 juin 1838, attribue, par son article 2, aux juges de paix, la connaissance des contestations élevées entre les voyageurs et les voituriers ou

bateliers, pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs, savoir : jusqu'à concurrence de cent francs sans appel, et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance, c'est-à-dire, jusqu'à 1500 francs (loi du 11 avril 1838). Dans ces limites, les juges de paix sont seuls compétents ; c'est une compétence spéciale, que le voyageur qui a perdu ses effets ne peut décliner en portant sa demande au tribunal de commerce.

Mais au-dessus de cette somme, c'est le tribunal de commerce qui est compétent, en vertu de l'article 632 du Code de commerce, portant que les tribunaux de commerce connaissent de l'inexécution des engagements des voituriers et entrepreneurs de diligences ou voitures publiques. Cependant, il a été jugé qu'un entrepreneur de diligence, poursuivi devant le tribunal civil pour perte d'un sac de nuit, n'avait pu décliner la juridiction civile, « Attendu que la remise d'un sac de nuit à une diligence ne peut être raisonnablement regardée comme un acte de commerce, et dès lors que la disposition de l'article 632 du Code de commerce, qui répute acte de commerce toute entreprise de transport par terre ou par eau, n'était point applicable à la cause ¹. »

Ces deux décisions peuvent très-bien se concilier ; car si le transport des personnes et de leurs effets est un acte de commerce par rapport à l'entrepreneur de

¹ Arrêt du 20 mars 1811, rapporté, avec l'espèce, au Répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Voiturier*, n° 10.

messageries, ce n'en est certainement pas un quant au voyageur lui-même, fût-il commerçant de profession. Or, rien n'empêche celui-ci de considérer son action comme civile, et non comme commerciale, et de la porter, en conséquence, au tribunal civil.

SECTION III.

DES DEVIS ET MARCHÉS.

SOMMAIRE.

- 24 . *Différence entre le louage de services et celui d'ouvrage à prix fait, ou à tant la pièce ou la mesure.*
- 249. *Effet du louage d'ouvrage dans les cas où l'ouvrier fournit seulement son travail, et dans celui où il fournit aussi la matière.*
- 250. *Si c'est réellement un louage dans ce dernier cas, ou bien une vente ? discussion et différence du Droit actuel d'avec l'ancien sur ce point.*
- 251. *Limitation que souffre l'article 1790.*
- 252. *L'ouvrier est responsable de sa faute ou de son inhabileté dans l'emploi de la matière qui lui a été fournie, et qui a péri dans sa main.*
- 253. *L'approbation du travail par le maître décharge l'ouvrier.*
- 254. *Dans les louages d'ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut se faire par parties successivement, et elle est censée faite pour les parties payées.*
- 255. *Responsabilité des architectes ou entrepreneurs.*
- 256. *Disposition de l'article 1793.*
- 257. *Faculté qu'a le propriétaire de résilier le contrat de louage, et conditions auxquelles il le peut.*
- 258. *Le louage d'ouvrage se dissout par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur.*
- 259. *Obligations du maître dans ce cas.*
- 260. *L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.*
- 261. *Action des maçons ou autres ouvriers contre celui pour qui l'ouvrage se fait.*

262. *Cette action est directe : conséquence.*

263. *Les sous-entrepreneurs sont des entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.*

248. Quoique l'espèce de louage dont il est traité dans cette section se confonde dans le même genre avec le louage des domestiques et des ouvriers, néanmoins il y a cette importante différence, que ceux qui s'engagent pour un temps ou pour une entreprise déterminée, louant simplement leur travail pour la durée de ce temps, ils doivent en être payés, quel que soit ensuite le sort de l'ouvrage qu'ils ont fait, pourvu qu'ils aient travaillé convenablement : au lieu que, dans un louage d'ouvrage à prix fait, d'après un marché convenu, le prix n'est point en raison du temps qui sera employé à faire l'ouvrage ; il est promis pour la confection même de cet ouvrage, lequel, tant qu'il n'est pas reçu, est, en général, aux risques de l'ouvrier, comme nous le dirons bientôt.

Dans ce dernier cas, le prix de l'ouvrage est convenu comme à *forfait*, soit à raison de tout l'ouvrage, soit pour chaque pièce ou mesure, s'il se fait à tant la pièce ou la mesure. Mais l'on sent que le règlement que font les parties à ce sujet peut être plus ou moins précis, et il arrive même souvent, comme lorsqu'il s'agit, par exemple, de réparer un appartement, que l'on ne désigne pas en détail les travaux à faire, qu'on se borne à dire à l'ouvrier de faire ceux qui seront nécessaires : dans ce cas, le prix est censé convenu suivant l'usage, s'il en existe, et à défaut d'usage, suivant l'estimation qu'en feront ultérieurement les

parties, ou, en cas de dissentiment, d'après le dire d'experts.

Dans ces sortes de louage, on distingue entre le cas où l'ouvrage est fait pour un seul et même prix, *per aversionem*, et le cas où il est fait à tant la pièce ou la mesure : les articles 1787, 1788, 1789 et 1790 statuent sur le premier cas, et l'article 1791 sur le second. Nous verrons plus bas en quoi consiste l'importance de la distinction.

249. D'après l'article 1787, lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi sa matière.

Dans le premier cas, si la chose vient à périr même avant d'être livrée au maître, et sans la faute de l'ouvrier, elle périt pour celui à qui elle appartient, suivant la règle *res perit domino*. L'ouvrier n'est tenu que de sa faute ; mais il n'a pas de prix à réclamer pour son travail, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose, ou qu'elle n'eût péri par le vice de la matière. (Art. 1789 et 1790.)

Dans le second cas, si la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que celui qui a commandé l'ouvrage ne fût en demeure de recevoir la chose. (Art. 1788.)

250. Il semble toutefois, d'après l'article 1711, qu'il n'y a louage d'ouvrage que dans les cas où c'est celui pour lequel l'ouvrage se fait qui fournit la matière : « Les *devis*, *marché* ou *prix fait*, porte cet

« article, sont aussi un louage, lorsque la matière est
« fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait. »

En rédigeant cet article 1711, on avait en vue les principes du Droit romain, suivis aussi dans notre ancienne jurisprudence; et en disant d'une manière générale, dans l'article 1787, que l'on peut aussi convenir que l'ouvrier fournira la matière, on avait, jusqu'à un certain point, perdu de vue ces mêmes principes¹. Ainsi, dans l'ancien Droit, si j'avais chargé un orfèvre de me faire un certain nombre de couverts d'argent, sans lui fournir moi-même la matière, c'était plutôt une vente qu'un louage². Cassius disait que c'était un louage quant au travail, et une vente quant à la matière. Gaius³ voyait seulement une vente en pareil cas. C'est le sentiment que Justinien a adopté, comme le plus naturel, vu que les parties n'ont probablement pas entendu faire deux opérations. L'on ne devait pas voir un louage dans cette convention; car, qu'importe que je convienne du prix d'une paire de flambeaux déjà confectionnés, qu'on devra me livrer dans huit jours, ou qu'il s'agisse d'une paire de flambeaux que l'on fera demain, pour me les livrer à la

¹ On pourrait peut-être tenter de concilier les deux textes, en disant que, dans l'article 1787, on suppose que l'ouvrier fournit, non pas la matière principale, mais quelque matière accessoire ou supplémentaire, et que c'est pour cela que, dans l'article suivant, on appelle *maître* celui qui a commandé l'ouvrage; car si ce dernier n'a rien fourni, on ne voit pas trop comment la qualification de *maître* peut lui convenir. Cela est vrai; mais c'est une impropriété d'expression, car l'article 1787 est général.

² § 4, Inst., de Locat., et LL. 20 et 65, ff. de Contrah. empt.

³ L. 2, § 1, ff. Locati.

même époque? Le contrat était donc un contrat de vente dans les deux cas.

Que si, au contraire, c'eût été moi, dans l'espèce ci-dessus, qui eusse fourni la matière, c'eût été un simple contrat de louage d'ouvrage ¹.

C'eût été aussi un contrat de louage dans les cas où l'ouvrier n'aurait fourni que quelques accessoires, comme lorsqu'on remet du drap à un tailleur pour faire des vêtemens, et qu'on le charge de fournir la doublure et les autres accessoires.

C'en était pareillement un lorsque le propriétaire d'un terrain chargeait un architecte ou entrepreneur de bâtimens d'y construire une maison, ou tout autre édifice, avec ses matériaux ²; car le sol était considéré comme la chose principale, et le propriétaire acquérait la propriété des matériaux au fur et à mesure qu'ils étaient employés, suivant le principe *quod solo inædificatum est, solo cedit* ³.

Et quant à la perte du bâtiment, survenue avant son achèvement, l'on distinguait. Si c'était par vice de construction qu'elle fût arrivée, l'entrepreneur perdait son travail et les matériaux qui avaient péri dans la ruine, si c'était lui qui les eût fournis. Si c'était par quelque accident extraordinaire, nullement imputable à l'entrepreneur, que les constructions eussent péri,

¹ Mêmes lois ci-dessus citées.

M. Troplong s'efforce longuement de combattre les distinctions que nous faisons d'après des textes si positifs : on peut voir ce qu'il a écrit à ce sujet dans son commentaire du *Contrat de louage*, et comparer les deux doctrines.

² L. 59, ff. *Locati*.

³ L. 39, ff. *de Rei vindic.*

par exemple, par un tremblement de terre, la perte des travaux faits et des matériaux employés étaient supportée par le maître du terrain, pourvu que l'ouvrage eût été fait comme il devait l'être ¹. C'est la disposition formelle de la loi 59, ff. *Locati*, ainsi conçue : *Marcius domum faciendam à Flacco conduxerat : deinde operis parte effectâ, terræ motu concussum erat ædificium : Massurius-Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

Au contraire, si l'entrepreneur eût construit la maison sur son propre terrain, la perte, quoique arrivée par force majeure, eût été supportée par lui, si elle eût eu lieu avant que celui qui avait fait marché avec lui eût été en demeure de prendre livraison de la maison ; car, dans ce cas, c'eût été une vente et non un louage ; et cette vente n'eût pas été une vente pure et simple, une vente ordinaire, dans laquelle la perte de la chose, depuis le contrat, est aux risques de l'acheteur, à moins de convention contraire, ou à moins que le vendeur ne fût en demeure de faire la délivrance : c'eût été la vente d'une chose qui n'existait pas encore, une vente conditionnelle de sa nature, et dans laquelle la chose, jusqu'à l'accomplissement de la condition, c'est-à-dire, dans l'espèce, jusqu'à la consommation et perfection de l'ouvrage, est aux risques du vendeur. L'objet du contrat, dans ce cas, étant *opus consummatum et perfectum*, dès que cet ouvrage est venu à périr avant son achèvement, la perte est supportée par celui qui l'avait entrepris.

¹ L. 37, ff. *Locati*.

Telle est aussi la décision de Pothier, dans son traité *du Contrat de louage*.

Mais sous le Code, nous ne ferions pas cette distinction : même dans le cas où le bâtiment est construit sur le terrain de celui qui l'a commandé, s'il vient à périr avant d'être achevé, quoique par un cas de pure force majeure, la perte des travaux faits et des matériaux fournis par l'entrepreneur est supportée par ce dernier, aux termes des articles 1788, 1789 et 1790 combinés.

Peu importe, quant aux matériaux déjà employés, dans le cas où l'entrepreneur les aurait fournis, que le maître du sol en soit devenu propriétaire par le fait seul de leur emploi, d'après la règle *quod solo inædificatum est, solo cedit*, et qu'il soit de principe que *res perit domino* : on répondrait que ce principe n'est pas sans souffrir quelques exceptions, et que le maître du sol n'a entendu payer le prix de ces matériaux, que sous la condition qu'ils lui seraient utiles, sous la condition qu'on lui livrerait un ouvrage achevé, complet : c'était pour un tel ouvrage qu'il avait promis le prix ; il ne l'avait pas promis proportionnellement, mais pour avoir un ouvrage complet et achevé.

Et ce n'était pas seulement dans le louage de constructions à faire sur le sol du locateur, que, dans le Droit romain, la perte arrivée par pure force majeure était supportée, même quant au travail, par le locateur ; c'était aussi dans les autres louages d'ouvrage ; au lieu que, d'après le Code, l'ouvrier à qui la matière est fournie n'a point de salaire à réclamer,

quelle que soit la cause qui a fait périr la chose, à moins que le maître n'ait été en demeure d'en prendre livraison, ou que la chose ne soit venue à périr par le vice de la matière. (Art. 1790.)

Cette différence entre les deux législations résulte clairement du rapprochement de cet article 1790 avec les lois 36 et 37, ff. *Locati*.

Dans la loi 56, le jurisconsulte *Florentinus* distingue d'abord entre le cas où l'ouvrage a été donné à faire en bloc, pour un seul et même prix, *per aversionem*, et le cas où il a été donné à faire à la pièce ou à la mesure, c'est-à-dire à tant la pièce ou la mesure, et il décide, dans le premier cas, que les risques, jusqu'à ce que l'ouvrage soit approuvé, sont à la charge du conducteur, c'est-à-dire de celui qui a pris l'ouvrage à faire; mais, dans le second, que les risques ne sont à la charge de l'ouvrier que pour ce qui n'a pas été mesuré, reçu; et que, dans l'un et l'autre cas, les risques sont à la charge du locateur, s'il a été en demeure de recevoir l'ouvrage. *Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod verò ita conductum sit, ut in pedes, mensurasve præstetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus ad-mensum non sit; et in utrâque causâ nociturum locatori si per eum steterit, quominus opus approbetur, vel ad-metiatur.*

Mais le jurisconsulte, en mettant les risques à la charge du conducteur tant que l'ouvrage convenu *per aversionem* n'a pas été approuvé par le locateur, ou que l'ouvrage convenu au pied ou à la mesure n'a pas

été mesuré, n'entend parler que des risques ordinaires ; car il ajoute de suite : *Si tamen vi majore opus prius interciderit quàm approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit : non enim ampliùs præstari locatori oporteat, quàm quod sua cura atque opera consecutus esset.*

Le jurisconsulte *Javolenus* dit également, dans la loi suivante, que si l'ouvrage vient à périr par quelque accident de force majeure, avant d'avoir été approuvé par celui qui l'a donné à faire, la perte en est supportée par ce dernier, si toutefois l'ouvrage était tel qu'il dût être reçu : *Si priusquàm locatori opus probaretur, vi aliquà consumptum est, detrimentum ad locatorem ità pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* Et il est bien clair que c'est même quant au prix de la main d'œuvre, que la perte est à la charge de celui qui a donné l'ouvrage à faire, puisque ce ne peut être que sous ce rapport qu'il y a lieu à la question de savoir si l'ouvrage a été fait comme il devait l'être.

La loi 59 au même titre, citée plus haut, est aussi de *Javolenus*, qui met, comme on l'a vu, la perte à la charge du locateur, dans le cas où l'édifice est venu à périr avant d'être achevé, pourvu qu'elle soit l'effet d'une force majeure ; tandis qu'il paraîtrait, d'après les lois 36 et 37, que c'est dans le cas où la chose est venue à périr après la confection entière de l'ouvrage, que l'ouvrier a droit au prix de sa main d'œuvre, en supposant encore que la perte ait eu lieu par quelque accident de force majeure. Quoi qu'il en soit, le Code

civil met évidemment la perte de la main d'œuvre au compte de l'ouvrier dans tous les cas où elle est arrivée avant que celui qui a commandé l'ouvrage l'ait reçu, à moins qu'il ne fût en demeure de le recevoir, ou que la chose ne fût venue à périr par le vice de la matière.

Et dans le cas même où le maître aurait été sommé de recevoir l'ouvrage, si cet ouvrage était mal fait, la perte concernerait l'ouvrier, qui devrait par conséquent le prix de la matière qui lui a été fournie. Mais nous croyons, avec les docteurs sur la loi 37, que ce serait alors au maître à prouver que l'ouvrage était mal fait.

251. Dans cette hypothèse où l'ouvrier fournit simplement son travail, si la chose est venue à périr par le vice de la matière, l'ouvrier a bien droit, d'après l'article 1790, au prix de sa main d'œuvre, mais cela n'est toutefois pas vrai dans tous les cas : cela n'aurait pas lieu s'il y avait faute de la part de l'ouvrier, qui, ayant pu facilement connaître le vice de la matière, n'en aurait pas averti le maître, afin de gagner sur le marché. Celui qui a donné l'ouvrage à faire a entendu ne payer qu'un travail qui lui serait utile. La bonne foi qui doit régner dans les contrats réclame nécessairement une telle solution : elle donnerait au maître une exception pour faire déclarer l'ouvrier non recevable à demander un salaire en pareil cas. Mais s'il a averti le maître, ou si celui-ci connaissait déjà les vices de la matière, alors l'article serait applicable, et le prix du travail serait dû,

quoique la chose fût venue à périr avant d'avoir été vérifiée et livrée.

252. Toujours dans ce cas où la matière a été fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait, si l'ouvrier est en faute, s'il n'a pas mis l'habileté des hommes de son art, il peut être tenu de payer le prix de la matière, ou des indemnités pour la détérioration qu'elle a soufferte dans sa main; car, *is qui proficitur artem, peritiam quoque profiteri censetur*. Et s'il n'a pas fait d'observations au maître sur les vices de la chose, elle est présumée ne les avoir pas eus, jusqu'à preuve du contraire par l'ouvrier.

Bien mieux, l'ouvrier qui a pris sur lui le danger que la matière courait d'être mise en œuvre, est passible de dommages-intérêts si elle vient à périr entre ses mains par cette cause, car il est à croire qu'il a stipulé un prix en conséquence ¹.

253. Lorsque la chose est positivement agréée par le maître, elle cesse d'être à la charge de l'ouvrier avant même d'être livrée, à moins de réserve contraire lors de la vérification. L'approbation de la chose tient lieu de tradition (art. 1606 par argument). Le Code, dans l'article 1788 ne parle de la livraison de la chose que comme d'un moyen qui fait connaître l'ouvrage au maître, et de la preuve qu'il l'a agréé; mais ce moyen n'est pas le seul : l'article 1791 en est bien d'ailleurs la preuve évidente.

Du reste, le fait qu'une chose que j'aurais commandée aurait été apportée chez moi et laissée par

¹ L. 13, § 5, ff. *Locati*,

l'ouvrier avant que je l'eusse vérifiée, même d'après ma recommandation, parce que je n'avais pas alors le temps de la vérifier, ne suffirait généralement point pour qu'on dût regarder l'ouvrage comme approuvé et reçu dans le sens de la loi; surtout quand il s'agirait d'objets d'un grand poids, que l'ouvrier ne pourrait remporter sans des embarras et des dépenses.

254. S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, comme vingt tonneaux à faire, il y a en quelque sorte autant de contrats de louage qu'il y a de pièces ou de mesures à faire¹; et, d'après cela, la vérification peut s'en faire par parties; elle est même censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait. (Art. 1791.)

Cela s'applique au cas où l'ouvrier fournit la matière, comme au cas où il ne fournit que son travail : l'article ne distingue pas.

Mais il ne faut pas regarder comme parties payées, les simples *à-comptes* que le maître donnerait à l'ouvrier dans le courant du travail, sans même avoir vu l'ouvrage, comme cela arrive quelquefois : l'article doit être entendu des cas où les paiemens ont eu lieu en raison et en proportion de l'ouvrage déjà fait, et non en considération de l'entreprise elle-même, ce qui est, au surplus, un point à déterminer d'après les circonstances du fait. Mais il est clair que les paiemens par anticipation ne peuvent jamais être regar-

¹ *Vide* L. 29, ff. de *Verb. oblig.*

dés comme une approbation d'une partie quelconque de l'ouvrage.

255. Si l'édifice construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, ou même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans. (Art. 1792.)

Et l'article 2270 porte aussi que l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés, après dix ans, de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou *dirigés*. En sorte que quand bien même il ne s'agirait pas d'un ouvrage à prix fait, mais bien seulement d'un ouvrage que l'architecte aurait dirigé, celui-ci ne serait pas moins responsable dans les cas prévus au premier de ces articles.

Ces dix ans sont un temps d'épreuve de la solidité du bâtiment, et non pas une durée de l'action à quelque époque que fût survenue la destruction de l'édifice pendant les dix ans : autrement il faudrait dire que s'il venait à être détruit, par l'une de ces causes, quelques jours seulement avant l'expiration des dix ans, le propriétaire n'aurait que ces quelques jours pour intenter son action ; ce qui serait contraire à tous les principes.

Ainsi les dix ans sont un temps d'épreuve de la solidité du bâtiment, et uniquement cela : d'où il faut conclure que si l'édifice périt dans les dix ans par le vice du sol ou par le vice de la construction, l'action en garantie a été ouverte, et puisque sa durée n'est déterminée par aucune disposition particulière, elle est de trente ans, conformément à la règle générale

de l'article 2232. Et comme, en matière de garantie, la prescription ne commence à courir que du jour où l'action est ouverte (art. 2257), c'est à partir du moment où la destruction de l'édifice aura eu lieu, que la prescription aura commencé son cours.

Cette action en garantie ou en indemnité a lieu, soit que l'architecte ou l'entrepreneur ait construit sur le sol de celui qui lui a donné l'ouvrage à faire, soit qu'il ait construit sur son propre terrain, et, dans l'un ou l'autre cas, avec ses matériaux ou avec des matériaux fournis par le maître, n'importe : l'article ne distingue pas. D'ailleurs l'article 2270, précité, rend évidemment responsables les architectes ou entrepreneurs qui ont simplement *dirigé* les gros ouvrages, comme ceux qui les ont faits avec leurs matériaux.

Mais l'on ne doit pas assimiler, sous le rapport de cette garantie, à un architecte ou entrepreneur qui s'est chargé de faire un édifice, ou d'en diriger la construction, l'architecte ou entrepreneur de profession qui vendrait une maison déjà construite, ainsi que cela se voit journellement : ce cas est un cas de vente ordinaire, qui se régit par conséquent par les règles de la vente, à moins que, des circonstances de la cause, il ne résultât que la qualité de l'architecte a été particulièrement prise en considération dans le contrat par l'acheteur.

Les dix ans dont parlent les articles 1792 et 2270 commencent à courir du jour de la livraison ou remise de l'édifice, ou du jour où le maître a été mis en demeure d'en prendre livraison : jusque

là l'ouvrage est présumé n'être point complètement achevé.

L'architecte ou l'entrepreneur répond bien de la destruction arrivée pendant les dix ans par le vice du sol, comme par vice de construction, parce que c'est sa faute d'avoir bâti sur un sol peu solide, dont il devait, avant de construire, bien sonder la solidité; mais si, ayant quelque inquiétude à cet égard, il l'a communiquée au propriétaire, et s'est affranchi par une clause particulière de toute responsabilité à ce sujet, il est clair qu'il n'est plus tenu de la ruine de l'édifice arrivée par cette cause : il ne répond plus que de sa faute dans la construction.

Et il faudrait décider la même chose à l'égard des matériaux de mauvaise qualité que le maître lui aurait fournis, et qu'il a voulu faire servir malgré leur défectuosité. Au reste, en pareil cas, l'architecte ou entrepreneur agira toujours prudemment, en retirant une déclaration écrite du propriétaire, de vouloir employer de tels matériaux nonobstant leurs défauts; car celui-ci serait facilement présumé avoir ignoré ces vices, tandis que l'architecte ou entrepreneur serait, au contraire, à raison de son état, facilement présumé les avoir connus, et la destruction de l'édifice survenue par cette cause serait généralement regardée comme arrivée par vice de construction.

256. L'expérience ayant démontré que les propriétaires qui donnent un édifice à construire étaient souvent entraînés, par l'avidité des entrepreneurs, dans de bien plus grandes dépenses que celles qu'ils se

proposaient de faire d'abord, la loi les a protégés contre de tels abus : elle décide que, lorsqu'un architecte ou entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changemens ou augmentations faits sur ce plan, si ces changemens ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. (Art. 1793.)

En sorte qu'il ne servirait de rien à l'architecte ou entrepreneur de dire que le propriétaire ayant vu ces changemens s'opérer, il a tacitement consenti à ce qu'ils fussent faits, et à en payer le prix. Un propriétaire pourrait être souvent trompé par les allégations de l'entrepreneur, que ces changemens seront de peu d'importance quant au prix, et qu'ils amélioreront néanmoins considérablement le plan primitif.

Mais l'article n'exige pas que le *prix* des changemens et augmentations ait été convenu par écrit, ainsi qu'il le veut pour les changemens eux-mêmes; d'où il suit que la convention sur le prix pourrait être établie par l'aveu du propriétaire, ou son refus de prêter le serment qui lui serait déféré par l'entrepreneur ou architecte.

A plus forte raison, l'architecte ou entrepreneur ne peut-il demander une augmentation du prix convenu, sous le prétexte d'un renchérissement dans le prix de la main d'œuvre ou des matériaux qu'il s'est obligé de fournir.

Mais quels que soient les dangers auxquels un propriétaire s'expose en traitant de la construction d'un édifice sans arrêter un plan des constructions à faire, la disposition de l'article cesse d'être applicable, si, en effet, il n'a donné à l'architecte ou entrepreneur que des instructions vagues et indéterminées, comme cela arrive souvent, de manière qu'une construction en amène une autre : alors les changemens ou nouveaux travaux doivent être payés dans la proportion du prix convenu pour ceux qui avaient été indiqués d'abord, et le règlement, dans cette proportion, s'en fait par experts, si les parties ne s'accordent pas à ce sujet. Car l'article 1793 ne statue que sur le cas d'un marché convenu à forfait, d'après un plan arrêté entre les parties.

257. Comme l'intérêt est la mesure des actions, et qu'on ne pouvait raisonnablement contraindre un propriétaire à continuer des travaux qui ont pu lui devenir inutiles, ou dont, par quelque dérangement survenu dans sa fortune, il se trouverait ensuite hors d'état de payer le prix, la loi autorise le maître à résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage fût déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise. (Art. 1794.)

Ses héritiers ont le même droit, et s'ils ne sont pas d'accord, Pothier (n° 446) dit que le juge doit nommer des arbitres qui prononceront sur le *quid utilis*, et qu'on devra suivre leur avis. Cette décision est assez

raisonnable, quoique ce ne soit pas celle que l'on ait suivie en matière de réméré ou de rescision de la vente pour cause de lésion, où l'acheteur est renvoyé de la demande si les héritiers du vendeur ne s'accordent pas (art. 1670 et 1685). Mais nous ajouterons que certaines circonstances tirées de la position particulière de quelques-uns des héritiers qui demanderaient la résiliation du contrat de louage, comme leur défaut de moyens, l'éloignement de leur domicile, pourraient être prises en considération, nonobstant l'avis des experts sur l'utilité de continuer les constructions.

Du reste, la disposition de l'article n'est pas moins applicable quoique le prix du louage eût déjà été payé en tout ou partie. Si cela est, il se fera compensation, jusqu'à due concurrence, avec ce qui pourrait être dû à l'architecte ou entrepreneur, et le surplus, s'il y en a, sera restitué.

Et quoique l'article parle d'un marché à *forfait*, sa disposition serait applicable aussi au cas d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, à tant la pièce ou la mesure : la raison est absolument la même.

Mais elle ne s'applique pas à l'ouvrier ; il doit exécuter le marché suivant sa teneur, à peine de dommages-intérêts, et il doit l'exécuter dans le temps convenu. S'il n'y a pas de temps expressément fixé, il doit l'exécuter dans le délai que les parties ont vraisemblablement jugé nécessaire pour faire l'ouvrage : en sorte que s'il s'agit, par exemple, d'un certain nombre de tonneaux à faire par un tonnelier, pour

enfutailler la récolte de l'année de celui qui les a commandés, le tonnelier doit les livrer avant les vendanges, ou du moins avant le moment où l'on met le vin dans les fûts; autrement le propriétaire serait autorisé à refuser ceux qui lui seraient offerts après, et à se faire payer une indemnité à raison de ce qu'il aurait été obligé de payer plus cher d'autres tonneaux ailleurs pour mettre son vin.

258. Comme, dans le contrat de louage d'ouvrage, c'est généralement le fait personnel de celui par lequel l'ouvrage doit être exécuté qui est l'objet du contrat, les rédacteurs du Code ont établi, d'une manière générale, que le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, architecte ou entrepreneur. (Art. 1795.)

La place qu'occupe cet article indique clairement qu'il s'applique à tous devis ou marchés à prix fait, et à tous louages à tant la pièce ou la mesure, et qu'ainsi la distinction que l'on faisait, dans l'ancien Droit, entre les ouvrages ordinaires et ceux dans lesquels le talent particulier du conducteur a été pris en considération dans le contrat, n'a pas été maintenue par le Code.

Pothier, en effet, ne regardait pas comme dissous, par la mort de l'ouvrier, le contrat de louage qui avait pour objet la façon d'une armoire, la construction d'un bâtiment, ou toute autre entreprise qui pouvait être aussi bien exécutée par une autre personne, que par celle avec laquelle on avait traité; notamment il ne regardait pas le contrat fait avec un *architecte*

comme dissous par la mort de l'architecte : or, l'article 1795 décide positivement, et de la manière la plus générale, que le contrat de louage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. Les rédacteurs du Code ont probablement considéré qu'un ouvrier, un architecte ou un entrepreneur, n'a pas entendu laisser à ses héritiers l'exécution d'une obligation pour laquelle, la plupart du temps, ils ne seraient pas propres, surtout s'ils étaient mineurs, et que l'autre partie n'a probablement pas entendu non plus que ces mêmes héritiers feraient l'ouvrage, en cas de mort de l'ouvrier.

Le louage des services pour un certain temps ou pour une entreprise déterminée, est pareillement dissous par la mort du serviteur ou domestique ; mais le louage pour le transport de marchandises n'est généralement pas dissous par la mort de celui qui s'est chargé de ce transport, parce que c'est simplement le fait du transport, et nullement l'industrie particulière de la personne, qui a été pris en considération dans le contrat.

Par la même raison, si ce n'est point en considération de la profession de la personne avec qui l'on a traité, que le contrat a eu lieu, la mort de cette personne n'en opère point la résiliation. Par exemple, si je conviens avec Paul, qui n'est ni architecte ni entrepreneur, qu'il me fera construire une maison sur tel terrain, d'après un plan arrêté entre nous, moyennant l'abandon que je lui fais d'un certain fonds, la mort de Paul n'opère pas la résiliation de notre contrat :

c'est là une obligation particulière de faire faire quelque chose, plutôt qu'un contrat de louage proprement dit.

Au surplus, la distinction de Pothier aurait encore son application sous un autre point de vue, savoir : que s'il s'agissait d'un ouvrage pour lequel le talent particulier de la personne qui s'en est chargée a probablement été pris en considération, le débiteur ne pourrait pas faire exécuter le travail par un autre sans le consentement du créancier ; au lieu que s'il s'agit d'un ouvrage que le créancier n'a point intérêt à faire exécuter par le débiteur lui-même, celui-ci peut le faire exécuter par un autre, et un autre peut l'exécuter de lui-même, nonobstant le refus du créancier. (Art. 1237.)

Puisque le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, il suit de là que les héritiers de ceux-ci, dans le cas où le marché leur paraîtrait avantageux, ne pourraient l'exécuter ou en continuer l'exécution malgré le maître. La résiliation doit avoir un effet réciproque, d'autant mieux que la loi, en la prononçant d'une manière générale, a dû prendre en considération aussi bien l'intérêt du locateur, que celui des héritiers de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur.

Du reste, cette résiliation n'empêche pas que, dans le cas où l'ouvrier, architecte ou entrepreneur aurait été en demeure de remplir son engagement au temps de sa mort, ses héritiers ne soient tenus des mêmes dommages-intérêts que ceux auxquels il aurait pu

être condamné lui-même : l'action, quant à ces dommages-intérêts, était *transitoria ad heredes*. Mais comme il s'agirait de simples dommages-intérêts, chacun d'eux n'en serait tenu que pour sa part héréditaire, et ne pourrait être actionné que pour cela, sauf encore les effets du bénéfice d'inventaire.

Au lieu que lorsque le contrat n'est point dissous par la mort de celui qui s'est obligé à faire la chose, comme dans l'exemple que nous venons de donner, l'obligation passe aux héritiers du débiteur avec sa nature primitive; et comme elle était d'un fait, elle était indivisible, dans le cas où l'ouvrage aurait été considéré comme un seul tout, telle que la construction d'une maison, d'une salle de bains. En conséquence, chacun des héritiers du débiteur peut-être poursuivi pour le tout, et condamné pour le tout, sauf à celui ou à ceux qui seraient actionnés, à mettre en cause leurs cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui la condamnation aux dommages-intérêts, conformément à l'article 1225, et à l'analyse que nous en avons donnée au tome XI, n° 302 et suivans.

259. Dans le cas de résiliation du contrat par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, le propriétaire est tenu de payer, en proportion du prix porté dans la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, mais lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles. (Art. 1796.)

Il est possible, en effet, que les travaux soient si peu avancés, que la résiliation du contrat les rende

inutiles au propriétaire, qui ne voudrait pas les continuer en traitant avec un autre entrepreneur. Et quant à la fixation de la valeur de ces travaux et de ces matériaux, en *proportion du prix porté dans la convention*, elle ne sera pas toujours facile à déterminer d'après cette proportion dans un marché à prix fait; mais les experts qui seront nommés pour faire l'estimation, en cas de dissentiment des parties intéressées, prendront en considération ce que peuvent valoir ces travaux et ces matériaux, d'après le prix qui avait été convenu pour tout l'ouvrage. Telle est la pensée de l'article.

260. L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie (art. 1797); par conséquent il répond du fait de sous-entrepreneurs avec lesquels il a traité pour telle ou telle partie de l'ouvrage, comme la charpente, la serrurerie, etc.

261. Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou à d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée (art. 1798). En effet, il n'a point traité avec eux : le contrat ne produit que des obligations personnelles aux contractans.

262. Mais cette action est toutefois directe, ainsi que le Code en donne plusieurs exemples; ce n'est pas seulement l'action générale de l'article 1166 : d'où il suit que les sous-entrepreneurs ne seraient point

obligés d'admettre, sur son produit, le concours des autres créanciers de l'entrepreneur principal. Ce dernier n'ayant de créance sur celui qui a fait faire les travaux qu'en raison de ces mêmes travaux, exécutés par les sous-entrepreneurs ou ouvriers, il est juste que ces derniers aient à eux seuls le produit de cette même créance. Autre chose serait des créances que l'entrepreneur principal aurait pour d'autres causes sur celui qui a donné l'ouvrage à faire : alors tous les créanciers quelconques de cet entrepreneur pourraient en saisir et arrêter le montant, et ils participeraient à leur produit par contribution. Du reste, entre les divers ouvriers, il n'y a point de préférence sur la créance qu'a l'entrepreneur principal à raison des travaux qu'il a exécutés, sauf les délégations ou cessions qu'il aurait faites à tel ou tel d'entre eux, et pour lesquelles ils seraient valablement saisis, à l'égard des autres, par la signification du transport au débiteur, ou par son acceptation dans un acte authentique, conformément à l'article 1690.

Celui pour qui les travaux ont été faits ne pourrait pas seulement opposer aux ouvriers ou sous-entrepreneurs les paiemens par lui faits à l'entrepreneur principal qui seraient constatés par acte ayant acquis date certaine de l'une des manières exprimées à l'article 1328; il pourrait aussi leur opposer tout paiement réel et fait de bonne foi : ils ne sont à son égard que de simples créanciers saisissans : c'est par saisie-arrêt qu'ils procèdent contre lui ; or, nous avons démontré, au tome XIII, n° 133, que le tiers saisi peut opposer

278 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

les paiemens par lui faits de bonne foi, quoique non constatés par un acte ayant date certaine au moment de la saisie.

265. Les maçons, charpentiers, serruriers, et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. (Art. 1799.)

CHAPITRE IV.

DU BAIL A CHEPTTEL.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

- 264. *Définition du bail à cheptel.*
- 265. *Observation à ce sujet.*
- 266. *Des diverses sortes de cheptels.*
- 267. *Anciennes coutumes dont les dispositions régissaient plus particulièrement cette matière.*
- 268. *Quels animaux on peut donner à cheptel.*
- 268 bis. *En quelle forme peut avoir lieu ce contrat aujourd'hui.*

264. Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles. (Art. 1800.)

La loi n'approuve toutefois pas toutes les conditions dont les parties conviendraient dans ce contrat, comme on le verra successivement.

265. Lorsque le cheptel est livré à un autre qu'au fermier du bailleur, c'est plutôt un contrat de société

qu'un contrat de louage : l'un fournit ses bestiaux, l'autre leur nourriture, leur logement et ses soins. Cela est encore bien plus sensible dans le cheptel à moitié, ou chacune des parties fournit la moitié des animaux. Mais quand il est livré au fermier, alors il est considéré comme partie de la chose affermée, et ne fait avec elle l'objet que d'un seul et même contrat, qui est celui de louage.

Quant au cheptel livré au colon partiaire ou métayer, il fait bien aussi partie du bail, mais le bail à métairie est réellement plutôt un contrat de société qu'un véritable contrat de louage.

266. Quoi qu'il en soit, les rédacteurs du Code ont placé sous le titre du contrat de louage, les règles relatives aux diverses espèces de cheptels, et suivant l'article 1801, il y a :

Le cheptel simple, ou ordinaire ;

Le cheptel à moitié ;

Le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire ;

Enfin une quatrième espèce de contrat improprement appelé cheptel.

267. C'est généralement dans les dispositions des Coutumes du Berri, du Nivernais et du Bourbonnais, que les rédacteurs du Code ont puisé les règles de cette matière, surtout celles relatives au cheptel simple.

268. On peut donner à cheptel tout espèce d'animaux susceptibles de croître ou de profit pour l'agriculture ou le commerce ¹. (Art. 1802.)

¹ Tels que chevaux, juments, poulains et pouliches, bœufs, vaches,

La Thaumassière, sur la Coutume de Berri (tit. XVII), dit que, dans les cheptels de porcs donnés à d'autre qu'au métayer, il faut que le preneur ait une plus grande part dans le profit que le bailleur, ou qu'il soit indemnisé autrement, attendu, dit-il, que ces animaux coûtent beaucoup à nourrir, et qu'autrement le cheptel serait onéreux pour le preneur. Mais cette distinction ne serait pas admise sous le Code, qui ne la fait pas.

A défaut de conventions particulières, les contrats de cheptel se règlent par les principes que nous allons développer. (Art. 1803.)

268 bis. La convention de cheptel peut être faite par acte authentique ou signature privée, et même verbalement, puisque le Code, n'ayant point rappelé les dispositions des anciens réglemens qui exigeaient un acte authentique, avec publicité par la lecture de l'acte au prône ou à la porte de l'église, un jour de dimanche, a voulu par cela même s'en référer au droit commun. En conséquence, s'il est fait un acte privé, cet acte doit être fait en deux originaux, avec la mention du nombre d'originaux qui auront été faits, conformément à l'article 1325; et s'il n'est point fait d'acte, la preuve testimoniale ne sera reçue que conformément aux règles sur ce genre de preuve.

taureaux, génisses et veaux, moutons, brebis et agneaux, chèvres et chevreaux, porcs et truies, même des troupeaux d'oies et de dindes, etc.

SECTION II.
DU CHEPTEL SIMPLE.

SOMMAIRE.

269. *Définition du cheptel simple.*
270. *L'estimation donnée au cheptel n'en confère point la propriété au preneur : son objet.*
- 270 bis. *Le preneur qui en fait le détournement frauduleux commet le délit d'abus de confiance.*
271. *Le preneur doit apporter à la conservation et à l'augmentation du cheptel tous les soins d'un bon père de famille.*
272. *Il ne répond pas du cas fortuit, à moins qu'il n'ait été amené par sa faute.*
273. *Quoique déchargé par le cas fortuit, il doit rendre compte des peaux des bêtes qui sont mortes, si ces peaux ont pu être conservées.*
274. *La perte totale du cheptel arrivée par cas fortuit est supportée par le bailleur; la perte partielle est supportée en commun.*
275. *Diverses clauses interdites dans ce cheptel : texte de l'article 1811.*
276. *Suite.*
277. *Suite.*
278. *Suite.*
279. *Quel est l'effet de la violation de ces prohibitions.*
280. *Le bailleur ne peut disposer d'aucune tête du troupeau, si ce n'est du consentement du preneur, et réciproquement.*
281. *Les créanciers du bailleur ne peuvent faire saisir et vendre le cheptel qu'à la charge des droits du preneur.*
282. *Ceux du preneur ne peuvent le faire saisir que pour ce qui en revient à leur débiteur, et sans porter d'ailleurs aucunement atteinte aux droits du bailleur quant à la durée du bail, et sous les autres rapports.*
283. *Décision sur le cas où l'une des parties s'oppose sans motif légitime à la vente de certaines têtes du troupeau.*
284. *Le cheptel donné au fermier d'autrui doit être notifié au propriétaire : développemens.*
285. *Le preneur ne peut tondre sans prévenir le bailleur.*

282 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

286. *Durée du cheptel ; tacite réconduction.*

287. *Résiliation du bail par l'inaccomplissement des obligations du preneur.*

287 bis. *Si le cheptel, comme les sociétés ordinaires, finit par la mort de l'une des parties, ou du moins par celle du preneur.*

288. *Partage du profit et répartition de la perte, à la fin du bail, au moyen d'une nouvelle estimation.*

289. *Qui a lieu d'un commun accord, ou, à défaut, par experts ; Droit de quelques coutumes à ce sujet.*

269. Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner, à condition que le preneur profitera de la moitié du croît, et qu'il supportera aussi la moitié de la perte. (Art. 1804.)

270. L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur ; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à la fin du bail. (Art. 1805.)

Elle ne lui en transporte la propriété pour aucune partie : le bailleur n'est point censé lui en vendre même simplement la moitié, moyennant le prélèvement, à la fin du bail, d'une valeur en bétail correspondante à la moitié de l'estimation ; il conserve la propriété de tout le cheptel, et l'estimation, comme le dit l'article, n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à la fin du bail, par comparaison avec la nouvelle estimation qui sera faite alors.

En sorte que si le cheptel est estimé 1,200 francs, par exemple, et que l'estimation qui en est faite à la fin du bail soit de 1,600 francs, les 400 francs de bé-

néfce se partagent; et si la nouvelle estimation est seulement de 800 francs, le preneur supporte sa part dans la perte, encore qu'il y eût autant et même plus de têtes de bétail qu'il n'y en avait au commencement du bail.

270 bis. Puisque le bail à cheptel ne transporte nullement, et pour aucune portion, la propriété du cheptel au preneur, il suit de là que les détournemens frauduleux commis par celui-ci constituent, sinon un vol proprement dit, et qualifié, du moins le délit d'abus de confiance, avec toutes ses conséquences ¹.

271. Le preneur doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel. (Art. 1806.)

Il répond de la faute moyenne ou légère, mais non de la faute très-légère, parce que le contrat est dans l'intérêt des deux parties ²; et il répond non-seule-

¹ Voyez l'arrêt de cassation, du 25 janvier 1838. Devilleneuve, 38, I, 441.

² C'est l'application de notre théorie sur la prestation des fautes, ou plutôt de celle des jurisconsultes romains, et de leurs meilleurs interprètes, tels que Cujas, Duaren, Pothier, etc., etc. Voyez tome X, n° 397 à 415.

M. Duvergier rend toutefois le preneur responsable de toute espèce de fautes, même des plus légères, c'est-à-dire de celles qui peuvent échapper aux pères de famille même les plus soigneux, les plus diligents; mais son avis n'est généralement point partagé, et ne doit pas l'être en effet. Ces mots de l'article 1807, « à moins que le cas fortuit n'ait été précédé de quelque faute de sa part, » ne veulent pas dire que le preneur répond des fautes même les plus légères, mais qu'il répond des fautes que ne doit pas commettre un bon père de famille. Cet article s'explique par le précédent, et celui-ci par l'article 1137, qui porte que la responsabilité touchant les fautes est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent; ce qui veut bien dire évidemment qu'il y a des degrés dans les fautes. Or, comme le contrat de cheptel est dans l'intérêt des deux parties, le preneur ne doit répondre que des fautes que ne commettent pas ordinairement les bons pères de famille, mais non d'une faute qui pourrait, en certains cas, échapper à ceux-ci.

Pothier ne rendait point non plus les preneurs de cheptels responsables

ment de sa faute personnelle, mais encore de celle des personnes de sa maison, ou des individus qu'il emploie à la garde du cheptel ; en sorte que si, par la faute du pâtre, un animal a été tué ou estropié, le preneur doit au bailleur les dommages-intérêts pour le préjudice causé à ce dernier par ce fait.

272. Puisque, suivant nous, il ne répond pas d'une faute très-légère, à plus forte raison ne répond-il pas des cas fortuits ; il n'en est tenu que lorsque le cas fortuit a été précédé de quelque faute de sa part¹, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée (art. 1807) : alors il supporte à lui seul toute la perte arrivée par cette cause.

En cas de contestation, dit l'article 1808, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur.

Lorsque le bailleur sera dans l'impossibilité de prouver la faute qu'il soupçonnera avoir été commise par le preneur, on sent bien qu'il n'en alléguera point, et ce sera presque toujours ainsi que se passera la chose : il dira au preneur de représenter toutes les bêtes du cheptel, ou de justifier de leur perte par force majeure, puisque celui-ci, comme ayant reçu le cheptel, est débiteur, et que tout débiteur de corps

de leurs fautes très-légères, mais seulement de leurs fautes graves et de leurs fautes moyennes ou légères ; parce que, dit-il, il s'agit ici d'un contrat intéressé de part et d'autre, et que, dans les louages et dans les sociétés, on n'a aucun égard aux fautes très-légères, que tout le monde peut commettre.

¹ De quelque faute dont il devrait répondre, suivant ce qui vient d'être expliqué.

certain, pour être libéré par la perte de la chose, survenue par cas fortuit, doit prouver le cas fortuit qu'il allègue (art. 1302). C'est bien ce que veut dire l'article 1808, puisqu'il porte que, en cas de contestation, le preneur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue, et le bailleur la faute qu'il reproche au preneur. Si le bailleur disait que le cas fortuit a été amené par quelque faute du preneur, ce serait sans doute à lui à prouver cette faute; mais il se bornera à demander que le preneur prouve que les bêtes manquantes ont péri par cas fortuit, puisque c'est la seule cause qui le décharge de l'obligation de les représenter.

Tel paraît être le sens de la loi, car c'est ainsi que les choses se passent dans les autres cas d'obligations de corps certain. Néanmoins, en matière de cheptel, on n'est pas unanime sur ce point. Écoutons ce que dit Pothier à ce sujet, dans son traité *des Cheptels*.

« Lorsque les bêtes sont mortes de maladies, ou
« qu'elles ont été ravies par quelque accident de force
« majeure, que le preneur n'a pu empêcher, le pre-
« neur est déchargé de cette obligation (de représen-
« ter les bêtes).

« De là naît la question de savoir si, dans l'incerti-
« tude de la cause de la mort des bêtes, c'est le pre-
« neur qui doit justifier de la maladie ou autre accident
« de force majeure qui a causé cette mort, ou si c'est,
« au contraire, le bailleur qui doit établir que les
« bêtes sont périées par la négligence du preneur. La
« Thaumassière, cent. II, art. 47, pense que c'est le
« preneur qui doit être chargé de la preuve, et que,

« pour être déchargé de son obligation de représen-
 « ter les bêtes du cheptel, il ne suffit pas de représen-
 « ter les peaux des bêtes mortes.

« Pareillement, si quelqu'une des bêtes était estro-
 « piée, ou autrement détériorée, le preneur, suivant
 « le sentiment de La Thaumassière, doit justifier de
 « l'accident de force majeure par lequel il prétendrait
 « que cette détérioration est arrivée ; sinon , suivant
 « le principe de cet auteur, elle doit être présumée
 « arrivée par la faute du preneur, et il en doit faire
 « raison au bailleur.

« Ce sentiment de La Thaumassière est conforme
 « à celui de Coquille, sur l'article 3 de Nivernais (au
 « titre *des Cheptels*), d'Auroux des Pommiers, et des
 « autres commentateurs par lui cités sur l'article 54
 « du Bourbonnais. Néanmoins, j'ai été informé par
 « des magistrats très-éclairés de la province du Berri,
 « que l'usage de la province était que, si le bailleur
 « n'était pas en état de faire la preuve de la faute et
 « de la négligence du preneur, les bêtes devaient
 « être présumées mortes par maladie ou autre acci-
 « dent allégué par le preneur, lequel, en conséquence
 « devait être déchargé de les représenter, en repré-
 « sentant leurs peaux. Cette présomption est fondée
 « sur ce que le cas de maladie est le cas le plus ordi-
 « naire de la perte des bestiaux, et que les preneurs
 « ayant intérêt à la conservation des bêtes, par rap-
 « port à la part qu'ils ont dans le profit et dans la
 « perte du cheptel, le cas de négligence des preneurs
 « doit être un cas très-rare. »

Nous sommes bien de cet avis pour le cas où il n'y aura pas des traces de mort violente sur les bêtes, ou de cause apparente des détériorations, mais non dans le cas contraire ; alors l'article 1808 met évidemment la preuve de la cause de la perte à la charge du preneur ; et il en doit être ainsi des cas où les animaux ont été volés, ou enlevés par les bêtes farouches, c'est au preneur à prouver le fait ; autrement des soustractions pourraient se commettre impunément. Et si le bailleur prétend que le cas fortuit qui a causé la perte a été précédé de quelque faute de la part du preneur dont celui-ci devrait répondre, parce qu'elle ne serait pas extrêmement légère, par exemple, parce qu'il est accusé d'avoir laissé les bergeries mal fermées, de n'avoir pas fait garder soigneusement le bétail dans les champs, etc., ce sera au bailleur à prouver la faute qu'il reprochera au preneur, mais lorsque celui-ci aura d'abord prouvé le cas fortuit d'enlèvement des animaux. Tel est le véritable sens de notre article 1808. Il ne dispense pas le preneur de prouver le cas fortuit qu'il allègue, ainsi que cela résulterait de l'opinion de Pothier prise dans son ensemble ; au contraire, il l'y oblige expressément, comme le voulaient La Thaumassière, Coquille et Auroux des Pommiers.

275. Le preneur qui est déchargé par le cas fortuit est toujours tenu de rendre compte des peaux des bêtes (art. 1809), à moins que les animaux n'aient été enfouis avec le cuir, par mesure de sûreté ou de police, ainsi que cela a presque toujours lieu dans les épizooties, et sauf aussi les cas où les bêtes ont été

volées, ou emportées par les animaux carnassiers, et que cela est prouvé par le preneur.

274. Si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur. (Art. 1810.)

S'il ne périt qu'en partie, la perte est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire et celui de l'estimation à la fin du bail. (Art. 1811.)

En sorte que le preneur a évidemment intérêt à ce que le cheptel périsse en entier, plutôt que pour une forte partie seulement, et, sous ce rapport, le système du Code n'est pas à l'abri de toute critique; car, dans une grande mortalité de bestiaux, ou dans le cas d'un incendie qui détruirait les étables où étaient renfermés ceux du cheptel, il est à craindre que le preneur ne fasse pas tous ses efforts pour sauver quelques têtes qu'il eût peut-être pu sauver, et il sera presque impossible, la plupart du temps, de prouver, en pareil cas, qu'il est en faute.

Dans l'ancien Droit, il y avait deux systèmes (que Pothier expose dans son traité *des Cheptels*), qui ne présentaient ni l'un ni l'autre cet inconvénient, et qui étaient plus rationnels, selon nous, que le terme moyen adopté par le Code.

Suivant l'un de ces systèmes soutenu par Coquille, sur la coutume de Nivernais, et développé dans l'ouvrage anonyme intitulé *Conférences ecclésiastiques de Paris sur l'usure*¹, le preneur, dans le cheptel simple, ne devait contribuer à aucune perte résultant d'une force majeure, soit que le cheptel n'eût péri qu'en

¹ Attribué au père Semelier. Voyez *infra*, n° 418, 2^e note.

partie, soit qu'il eût péri en entier. Ce n'était que la perte arrivée dans l'excédant du cheptel qu'il devait supporter pour sa part, en ce sens qu'il avait moins ou point de profit. Quant au fonds du cheptel lui-même, comme il appartient au bailleur, c'était ce dernier qui devait en supporter la perte totale ou partielle, arrivée sans la faute du preneur, suivant la règle *res perit domino*; et cela, suivant nous, était parfaitement dans les principes, quoiqu'en ait dit Pothier, soit que l'on considère le contrat comme un simple bail ou louage, soit qu'on le considère comme une société dans laquelle l'un met simplement la jouissance de sa chose. Dans la première manière de l'envisager, il est clair que la perte devait concerner le bailleur, comme dans les autres louages des choses. Dans la seconde, c'était encore lui qui devait la supporter, puisqu'il n'a pas mis en commun la propriété des animaux, et pour la perte être supportée en commun, mais bien seulement leur jouissance; et cela est si vrai, que l'estimation donnée au cheptel n'en transporte la propriété au preneur pour aucune portion; que les créanciers de ce dernier ne peuvent le saisir et faire vendre même pour sa moitié, qu'ils peuvent seulement saisir sa part dans l'excédant ou profit, et à la charge encore de l'entretien du bail, comme nous le dirons plus bas.

Autre chose serait du cheptel à moitié, disaient les partisans de cette opinion, parce que, dans ce cas, les animaux eux-mêmes sont en commun pour la propriété comme pour la jouissance, et *res communis perit so-*

*ciis*¹. Mais cela ne peut se dire du cheptel simple et ordinaire, tant qu'il n'est pas devenu cheptel à moitié par le remboursement fait au bailleur, dans le courant du bail, de la valeur de la moitié des bestiaux; car le bailleur reste propriétaire exclusif du cheptel; la jouissance seulement en est commune. Or, dans les sociétés où la jouissance seulement des choses a été mise en commun, la perte des objets arrivée par cas fortuit est supportée par le seul associé propriétaire de ces mêmes objets. (Art. 1867.)

Le second système consistait à faire supporter au preneur la moitié de la perte, même dans le cas où le cheptel était venu à périr en entier par force majeure. Pothier a embrassé ce système.

Nous ne le suivrons pas dans la longue discussion à laquelle il se livre à ce sujet, pour réfuter l'auteur anonyme de l'ouvrage intitulé : *Conférences ecclésiastiques de Paris, sur l'usure*²; nous dirons seulement que, suivant lui, on peut considérer le contrat de cheptel simple ou ordinaire, sous un double point de vue :

1^o Comme un contrat de bail, ou contrat *innommé*,

¹ Pothier tirait argument de là pour soutenir que le preneur devait, dans le cheptel simple, supporter sa part des pertes arrivées par cas fortuit, puisqu'il la supportait bien dans le cheptel où il fournit la moitié du bétail, ce qui, suivant lui, rendait l'opinion contraire insoutenable et même absurde. Mais ce raisonnement ne vaut véritablement rien; cela n'a pas besoin d'être démontré.

² Cet ouvrage est attribué à un Père Jésuite, et Pothier, probablement, n'en ignorait pas l'auteur. Mais comme il était tant soit peu Janséniste, et que ces deux sectes se sont toujours attaquées avec acharnement, cela seul explique la vive ardeur qu'il met dans sa réfutation du système de son adversaire : on est même quelque peu surpris du ton que ce bon et excellent Pothier apporte à sa discussion; il contraste singulièrement avec son allure habituelle, ordinairement si douce, si calme, si inoffensive.

par lequel on donne à quelqu'un un troupeau pour le nourrir, le garder et le soigner, aux conditions qu'il aura la moitié du croît et du profit des bêtes, tout le laitage, le fumier et le travail qu'il pourra retirer des animaux, mais qu'il supportera la moitié de la perte arrivée sans sa faute, et toute celle qui arriverait par son fait; et Pothier dit qu'il paraît que c'est sous ce point de vue que les coutumes ont envisagé ce contrat.

2^o Comme une société dans laquelle les animaux, fournis par le bailleur seul, seraient cependant communs, parce que le bailleur serait censé, lors du bail, en céder au preneur la moitié, moyennant la reprise, à la fin du bail, d'une quantité de bétail suffisante pour couvrir cette moitié, suivant l'estimation, ou, à défaut, moyennant somme suffisante pour la compléter.

Mais cette manière d'envisager le contrat de cheptel simple est une pure fiction, et, si elle était vraie, l'on ne voit pas pourquoi les créanciers du preneur ne pourraient saisir et faire vendre le cheptel, jusqu'à concurrence de sa part, à la charge de l'entretien du bail jusqu'à sa fin, droit que Pothier lui-même ne leur reconnaît cependant pas, et avec raison. Sans doute rien ne s'opposerait à ce que le bailleur, lors du bail ou depuis, vendît une partie du bétail au preneur, et ne convînt ainsi avec lui d'un cheptel à moitié, au lieu d'un cheptel simple et ordinaire; mais le fait seul qu'il a donné un cheptel de cette dernière espèce est exclusif de l'idée qu'il a voulu en constituer un de la première. Or, si le bailleur est resté seul propriétaire

du cheptel, la perte totale ou partielle de ce cheptel, arrivée sans la faute du preneur, devrait être supportée par le bailleur seul, suivant la règle *res perit domino*, et c'est bien ce qu'entendait Coquille.

Pothier dit, il est vrai, que cette règle n'est pas sans souffrir quelque exception, et effectivement elle en souffre plus d'une : notamment, la propriété du cheptel de fer reste au bailleur, et néanmoins tous les risques, dans ce cheptel, sont à la charge du fermier, à moins de convention contraire ; aussi a-t-il tout le profit (art. 1823). Mais ce n'est pas la question, et bien certainement s'il a été convenu que le preneur supporterait *sa part* de la perte même totale du cheptel, arrivée par cas fortuit, la convention devrait recevoir son effet aussi sous le Code, comme n'ayant rien de contraire à ses prohibitions, puisqu'il défend seulement de convenir que le preneur supportera toute la perte¹ ; elle est de savoir si telle a été l'intention du preneur, de se charger d'une partie de la perte. Le Code le suppose quand la perte n'est que partielle ;

¹ M. Delvincourt semble toutefois regarder comme nulle et de nul effet la clause dont nous parlons en dernier lieu ; il dit : « Si cependant l'accident était tel, que le cheptel eût péri totalement, la perte serait en entier pour le bailleur. Cette disposition est de l'essence du cheptel, tellement qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'y déroger (art. 1811). » Mais cet article ne dit pas, ce nous semble, ce que M. Delvincourt lui fait dire ; il porte que l'on ne peut convenir que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoiqu'arrivée par cas fortuit et sans sa faute. Or, dans notre espèce, ce n'est pas ce dont il s'agit ; il s'agit seulement d'une clause qui en ferait supporter la moitié au preneur. Il n'y aurait donc à opposer à cette convention que la première partie de l'article 1810, qui met la perte totale à la charge du preneur quand le cheptel périt en entier sans la faute de celui-ci ; mais c'est là une disposition du droit commun, qu'aucune autre disposition de la matière ne défend de modifier, du moins ce n'est pas l'article 1811. Pothier le décidait même ainsi en l'absence de toute convention.

Pothier le supposait dans tous les cas¹, et l'auteur de l'ouvrage cité plus haut dans aucun, quand il s'agissait de cheptel simple et ordinaire.

Le système du Code est donc le moins conséquent. Est-il le plus prudent? nous ne le croyons pas. Nous aurions préféré celui développé dans *les Conférences de Paris, sur l'usure*. Probablement qu'on a pensé qu'il importait d'intéresser le plus possible le preneur à la conservation des animaux composant le cheptel, et que le cas de perte partielle était le plus commun, mais que lorsque le cheptel périrait en entier, il ne fallait pas s'écarter des règles ordinaires du Droit en matière de louage, et en matière de société quand la jouissance seulement de la chose, et non la propriété elle-même, a été mise dans la société.

275. Comme ceux qui prennent des cheptels à soigner sont ordinairement de petits cultivateurs peu instruits, la loi les protège contre les conditions trop onéreuses que la cupidité des bailleurs pourrait par-

¹ Ceci mérite toutefois explication. Pothier ne le décidait ainsi que dans les Coutumes de Berri, de Nivernais et de Bourbonnais, parce que le texte de ces coutumes lui paraissait positif à cet égard, et que, dans le territoire de ces coutumes, les pâturages étant abondans, les preneurs de cheptels simples et ordinaires trouvaient un dédommagement de la perte qu'ils avaient à supporter, non-seulement dans les laitages, engrais et travail des animaux, mais encore dans leur part des profits du croît et de la laine. Ces divers profits, disait-il, indemnifient suffisamment les preneurs de leurs dépenses de fourrages, loyer de bâtimens pour héberger le bétail, frais de garde et d'autres soins, et aussi de leur part dans les pertes du cheptel, même dans la perte totale, car il ne faisait aucune distinction à cet égard. Mais il convenait volontiers que, dans les localités où les pâturages sont peu abondans, et où par conséquent la nourriture des animaux est chère, le contrat qui mettait à la charge du preneur une partie de la perte, même partielle du cheptel, arrivée par pure force majeure, était contraire à la justice. En sorte que c'était convenir, au fond, que l'opinion de Coquille et de l'auteur *des Conférences* était la meilleure en principe général.

fois vouloir leur imposer ; en conséquence elle décide qu'on ne peut stipuler :

- « Que le preneur supportera la perte totale du
- « cheptel, quoique arrivée par cas fortuit ;
- « Ou qu'il supportera dans la perte une part plus
- « grande que le profit ;
- « Ou que le bailleur prélèvera, à la fin du bail,
- « quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni.
- « Toute convention semblable est nulle. » (Art.

1811.)

Le même article ajoute :

- « Le preneur profite seul des laitages, du fumier
- « et du travail des animaux donnés à cheptel¹.
- « La laine et le croît se partagent. »

C'est la compensation de la nourriture des bestiaux et de leur logement, qu'il fournit, ainsi que de ses soins et frais de garde.

Analysons ces dispositions.

276. Comme ce n'est que la convention qui mettrait la perte totale du cheptel à la charge du preneur qui est prohibée par notre article, il s'ensuit que l'on peut fort bien convenir que le preneur supportera, par exemple, les trois cinquièmes ou les deux tiers de la perte, pourvu toutefois qu'il ait une part au moins

¹ Quant au travail des animaux, le preneur doit ne pas exiger d'eux un travail forcé ; mais il peut les faire servir non-seulement au labourage des fonds qu'il cultive, mais encore à faire les charrois auxquels ils seraient propres, même pour autrui, à moins que cela ne lui eût été interdit par le bail : l'article ne distingue pas. Nous ne croyons pas toutefois qu'il puisse les louer ; il faut qu'ils soient toujours sous sa garde immédiate. Voyez, sur ces différents points, Coquille sur la Coutume de Nivernais, tit. XXI, art. 4.

égale dans le profit ¹, car autrement la seconde disposition de l'article serait méconnue. On ne pourrait même pas mettre à sa charge les trois quarts de la perte, tout en lui attribuant les deux tiers du profit.

Mais, en sens inverse, rien n'empêcherait de mettre les trois quarts de la perte, ou même toute la perte, à la charge du bailleur, en lui allouant la moitié du profit seulement; ce serait même entrer dans l'esprit de la loi, qui tend évidemment à protéger les preneurs de cheptel; et l'on se rapprocherait de l'application de la règle *res perit domino* plus encore que ne l'a fait le Code lui-même en décidant que la perte totale du cheptel, arrivée par cas fortuit, est supportée par le bailleur seul.

Toutefois, nous ne pensons pas que, dans le cheptel livré à un autre qu'au colon partiaire, l'on puisse, tout en mettant les deux tiers ou les trois quarts de la perte à la charge du bailleur, lui attribuer au-delà de la moitié dans le profit. Comme le Code n'a pas fixé d'autre limite que cette moitié, une fois cette démarcation franchie, il n'y aurait plus de bornes, et le bailleur, sous prétexte qu'il serait chargé de la perte pour une portion égale à celle qu'il doit avoir dans le profit, pourrait, en abusant de la situation du preneur,

¹ C'était la décision formelle de Pothier, n° 25 de son traité *des Cheptels*, et qui s'appuyait sur l'article 15 de la Coutume de Nivernais, qui, quant à ce point, condamnait seulement *l'inégalité de profit et de dommage*. Et il faut remarquer que Pothier, en donnant cette décision, ne distingue pas entre le cas où le cheptel viendrait à périr en entier par cas fortuit, ou seulement pour partie, ce qui confirme l'opinion que nous avons émise au n° 274, contrairement à celle de M. Delvincourt.

stipuler la presque totalité des bénéfices, et le but de la loi serait évidemment méconnu ¹.

Il en serait autrement dans le cheptel simple livré au colon partiaire ou métayer, parce que, dans ce cas, la nourriture du bétail et les bâtimens pour le loger sont fournis par le bailleur, et que les conditions du bail à métairie sont convenues en conséquence.

277. Hors le cas où le cheptel simple était livré à un fermier ou à un colon partiaire, les coutumes défendaient aussi au bailleur de stipuler, outre sa moitié dans le profit, une partie quelconque du laitage, du fumier ou du travail des animaux : le tout devait en appartenir au preneur, comme dédommagement de la nourriture, du logement et de la garde du cheptel. L'article 4 de la Coutume de Nivernais, après avoir dit : *Les graisses (engrais), labours, laitage des bêtes appartiennent au preneur*, ajoutait, *hormis en métairie, dont sera usé comme l'on a accoutumé, et qu'il sera convenu*. C'est aussi la décision de Pothier, dans son traité *des Cheptels*, n° 26.

¹ C'était aussi l'avis de M. Delvincourt. MM. Troplong et Duvergier, au contraire, regardent comme très-licite la convention qui attribuerait au preneur moins de moitié dans le profit, pourvu qu'il ne dût supporter dans la perte qu'une part correspondante. Nous ne le pensons pas.

M. Delvincourt s'exprime ainsi sur ce point : « Je pense que, pour bien entendre l'article (1811), dont la rédaction n'est pas très-exacte, il faut se reporter à l'ancien Droit. Or, il paraît, d'après l'article 15 de la Coutume de Nivernais, et Pothier (*traité des Cheptels*, n° 25), que l'on pouvait bien faire supporter au preneur plus de moitié dans les pertes, pourvu qu'il eût une part égale dans les profits, mais que l'on ne pouvait allouer au bailleur plus de moitié dans les profits, même en lui faisant supporter plus de moitié dans les pertes. Et en effet, il serait résulté de là, qu'en ne faisant supporter aucune perte au preneur, on aurait pu aller jusqu'à le priver de toute part dans les profits. Je pense donc qu'il en serait encore de même aujourd'hui. »

Il est vrai que l'article 1811 du Code n'est pas aussi positif; car sa disposition, *toute convention semblable est nulle*, précède celle-ci : *le preneur profite seul des laitages, du fumier et du travail des animaux donnés à cheptel*, et il semble qu'elle eût dû se trouver après, si l'on avait entendu appliquer la nullité à la stipulation dont il s'agit, ainsi qu'on l'a fait pour les trois premières prohibitions énoncées en ce même article. Nonobstant cette objection, nous pensons qu'on n'a pas entendu déroger à l'ancien Droit en ce point : le preneur profite *seul* des laitages, etc., est-il dit dans l'article : la disposition paraît donc absolue.

278. Le bailleur ne peut stipuler qu'il prélèvera quelque chose de plus, à la fin du bail, que ce qu'il a fourni pour cheptel, parce que, disaient les commentateurs des coutumes, de telles clauses seraient propres à masquer des conventions usuraires.

Ainsi, il ne peut stipuler que, outre la quantité de bêtes qu'il a fournies, il en prendra six avant le partage du surplus; ou que le preneur lui paiera une certaine somme par chaque tête qui entrera dans sa part du profit; ou que lui, bailleur, à la fin du bail, aura le choix des bêtes dans l'excédant à partager. On ne peut non plus convenir que le bailleur pourra, à son choix, prélever ou le montant de la prisée, ou le même nombre de bêtes qu'il a mis dans le cheptel, sans faire raison au preneur de ce qu'elles vaudraient de plus que lors du bail; car, en prélevant ainsi en nature le nombre des bêtes qu'il a fournies, il aurait l'augmentation du prix survenue depuis le contrat sur

le prix de ces bêtes, sans être exposé à souffrir, dans le cas contraire, la diminution du prix de ces bêtes, pouvant prendre la valeur entière de la prisée qui en a été faite lors du bail. (Pothier.)

Toutes ces clauses seraient donc plus ou moins onéreuses pour les preneurs; elles iraient contre l'esprit de ce contrat, dans lequel la loi a eu pour but de protéger, contre l'avidité des bailleurs de cheptels, des gens ordinairement peu instruits et placés dans une position peu favorisée de la fortune.

279. Mais ces infractions à la loi rendent-elles le contrat nul en son entier? et la nullité du bail pourrait-elle être invoquée par le bailleur lui-même, comme la nullité de ces diverses clauses pourraient être demandées par le preneur? Cela mérite quelque explication.

Supposons d'abord que, au mépris de l'article 1811, le contrat mît toute la perte à la charge du preneur, ou une portion plus forte que la moitié, qu'il devait avoir dans le profit, il n'est pas douteux, dans ce cas, si le bail était arrivé à sa fin, que le preneur ne pût prétendre, s'il y avait perte, qu'elle doit être supportée par égales portions, malgré la clause. Il n'est pas douteux, non plus, qu'il n'eût le droit de demander la résiliation du bail pendant son cours.

Mais si le bail accordait, par exemple, les deux tiers du profit au preneur, et mettait à sa charge les trois quarts de la perte, le bailleur, lors du partage, pourrait-il prétendre que le profit qui existe doit, nonobstant la clause, se partager par égales portions, sur

le fondement que la loi défendait de mettre à la charge du preneur une portion quelconque de la perte en sus de celle qu'il devait avoir dans le profit ; que la convention qui réglait les parts dans les pertes et dans le profit étant nulle dans son ensemble, c'est comme si elle n'avait pas été insérée dans le contrat, et par conséquent qu'il faut s'en tenir au droit commun, qui règle par égales portions le profit et la perte ?

Le bailleur peut dire qu'il n'a consenti à ce que le preneur dût avoir les deux tiers dans le profit qu'en considération de ce qu'il aurait à supporter les trois quarts de la perte, s'il y avait perte, et que, dès que le preneur ne pouvait cependant, d'après la loi, supporter dans la perte une part plus forte que celle qu'il devait avoir dans le profit, la clause doit être annulée dans son ensemble, comme elle l'eût été, sur la demande du preneur, s'il y avait eu perte.

Cependant tel n'est pas notre avis : c'est la faute du bailleur d'avoir consenti à ce que le preneur eût les deux tiers du bénéfice, à la charge de supporter les trois quarts de la perte ; il devait savoir que cette charge était prohibée par la loi : mais la fixation qui a eu lieu de la part du preneur dans le profit n'était point prohibée, et l'on ne doit pas annuler une partie utile d'une clause, à raison d'une partie inutilement convenue, sous prétexte que l'une était la condition de l'autre : *Utile per inutile non vitiatur*.

L'annulation aurait lieu, du moins ordinairement, si les deux parties de la clause réclamaient l'une et l'autre leur exécution : alors, celui des contractans

contre lequel l'exécution de la partie utile de la clause serait réclamée pourrait dire qu'il ne doit l'exécuter qu'autant qu'on exécutera aussi l'autre partie de la clause mise en sa faveur; mais, dans l'espèce, il ne peut jamais être question d'exécuter conjointement les deux parties de la clause, parce qu'il ne peut pas y avoir, dans un cheptel, tout à la fois profit et perte. Or, dans le cas dont il s'agit, comme il y a profit, il ne peut être question que de la partie de la clause qui réglait les parts dans le profit, et cette fixation n'était point du tout contraire aux dispositions du Code. La partie de la clause contraire à la loi, c'était celle qui mettait à la charge du preneur une part plus forte dans la perte que celle qui lui était attribuée dans le profit : mais comment le bailleur, qui violait ainsi la loi dans son intérêt, pourrait-il s'en plaindre? Supposiez qu'on n'eût rien dit dans le contrat touchant la répartition de la perte : la part du preneur dans la perte aurait été la même que celle qu'il devait avoir dans le profit, ou, peut-être mieux encore, en matière de cheptel, de moitié, comme si les parties n'avaient entendu déroger au droit commun que relativement aux parts dans le profit; mais c'est un point que nous n'avons pas besoin de discuter pour la solution de la question. Quoi qu'il en soit, le bailleur, dans ce cas, n'eût pu demander la rectification de la clause relativement à la fixation des parts dans le profit : pourquoi le pourrait-il donc parce qu'il a méconnu la loi?

Objecterait-on que, dans les contrats, toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes

mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend (art. 1172); que la clause qui chargeait le preneur d'une plus forte part dans la perte que celle qu'il devait avoir dans le profit, était prohibée par la loi, et que cependant c'était la condition, au moins tacite, de la stipulation qui lui attribuait au-delà de la moitié dans le gain; qu'il a lui-même souscrit à cette condition, et qu'il est aussi bien en faute que le bailleur? Nous répondrions que la convention qui devait faire supporter au preneur une part plus forte dans la perte que celle qu'il devait avoir dans le profit, ne pouvait jamais avoir effet dans le cas où il y aurait profit, puisqu'il ne peut y avoir tout à la fois perte et profit : elle n'a donc pas été la *condition* du partage effectif du profit; elle était pour un autre cas que celui du profit, elle était pour le cas de perte; elle ne faisait par conséquent point réellement *condition*, dans le sens de l'article 1172. La condition est le cas d'un événement futur et incertain, dont on fait dépendre l'obligation, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas (art. 1168); or, on ne peut pas dire que le partage du profit dépendait du partage de la perte, puisqu'au contraire, s'il y avait eu perte, il n'y aurait pas eu de profit à partager.

Ainsi, nous regardons comme très-valable, dans l'intérêt du preneur, la clause qui lui attribuerait les deux tiers dans le profit, quoiqu'elle mît les trois quarts de la perte à sa charge : seulement, s'il y avait

perte, il en supporterait les deux tiers, et non les trois quarts. Mais nous n'annulons pas cette partie de la clause en son entier, ce qui aurait pour résultat de faire supporter au preneur la moitié seulement de la perte, d'après le droit commun; nous la regardons au contraire comme valable, mais en la mettant en rapport avec ce que le preneur, d'après le contrat, aurait dû avoir dans le profit, s'il y avait eu profit, au lieu de perte.

280. Le preneur ne peut disposer d'aucune bête du troupeau, soit du fonds, soit du croît, sans le consentement du bailleur, qui ne peut lui-même en disposer sans le consentement du preneur¹. (Art. 1812.)

281. Il suit de là que les créanciers du bailleur ne peuvent, en saisissant le cheptel², le faire vendre qu'à la charge de l'entretien du bail pendant le temps réglé par la convention, ou par la loi, à défaut de convention : c'était l'avis de Coquille, sur l'article 16 du titre *des Cheptels*, de la Coutume de Nivernais. Au contraire, La Thaumassière, en sa préface sur le titre *des Cheptels*, de la Coutume de Berri, décide que les créanciers du bailleur peuvent, sans attendre la fin du bail, saisir et faire vendre le cheptel, et que le preneur ne peut former opposition que pour la part qu'il a dans l'excédant, s'il y en a alors, sauf à lui son recours contre le bailleur. La raison qu'en donne cet auteur, c'est que le bail à cheptel, comme tout

¹ Mais voyez le numéro suivant.

² Car ils ont incontestablement le droit de le saisir, puisque tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2092). Voyez Rousseau de Lacombe, v^o *Bail à cheptel*, sect. 1, n^o 14.

autre contrat de louage, ne confère au preneur aucun droit en la chose, *in re ipsâ*, mais seulement un simple droit d'obligation contre le bailleur et son héritier; que les animaux étant toujours la chose du bailleur, nonobstant le bail, ses créanciers doivent pouvoir se faire payer sur cet objet comme sur tous les autres biens de leur débiteur. Et Pothier s'est rangé à ce dernier avis, comme plus conforme, dit-il, aux principes. Mais aujourd'hui il ne devrait pas être suivi : l'article 1743, par argument, protégerait le preneur qui aurait un bail ayant date certaine antérieure à la saisie; et si le bail était verbal ou sous seing-privé non enregistré, le preneur, ce nous semble, pourrait fort bien dire aux créanciers du bailleur : Ou reconnaissez l'existence du bail, ou je vous oppose la maxime *en fait de meubles, la possession vaut titre*. (art. 2279); si vous avez des droits, j'en ai aussi, et je suis nanti.

282. A plus forte raison, les créanciers du preneur ne peuvent-ils faire saisir le cheptel; s'ils le faisaient, le bailleur pourrait s'opposer à la vente, en vertu de l'article 608 du Code de procédure. Et il ne serait pas nécessaire pour cela que le bail eût acquis une date certaine au moment de la saisie : le bailleur pourrait justifier de son droit de propriété par tout autre moyen de droit. Mais si la vente était consommée, quoiqu'à son insu, il ne pourrait plus exercer la revendication, à cause de la règle *en fait de meubles, possession vaut titre*; sauf son recours contre le preneur. Du reste, la saisie aurait effet pour ce qui pourrait revenir du cheptel au preneur, mais sans porter

aucunement atteinte aux droits du bailleur quant à la durée du bail, et sous tout autre rapport. L'adjudicataire serait au lieu et place du preneur, et voilà tout.

L'article 10 du titre XVII de la Coutume de Berri, et l'article 16 du titre XXI de celle de Nivernais, permettaient, au contraire, au bailleur de revendiquer le cheptel entre les mains de l'adjudicataire et de tous autres, même de bonne foi, sans même être tenu de rembourser le prix de l'adjudication; et ces articles déclaraient *amendable* le preneur qui avait laissé vendre le cheptel sans avertir le bailleur. Il y avait lieu aussi à la revendication dans le cas de vente faite en foire ou dans un marché, à un acheteur de bonne foi, sans que, non plus, le bailleur fût assujéti à rembourser le prix de vente.

Pothier décidait que ces dispositions ne souffraient aucune difficulté dans le territoire de ces coutumes, bien que Coquille, sur l'article 16 de celle de Nivernais, fût d'avis que le bailleur ne pouvait se faire rendre les bêtes vendues en foire à un acheteur de bonne foi, qu'à la charge de lui restituer le prix qu'elles lui avaient coûté. Pothier disait toutefois que, dans les coutumes qui n'avaient pas de disposition qui accordât spécialement ce droit de suite, il avait de la peine à croire que le bailleur pût exercer la revendication contre celui qui avait acquis en justice, sur la saisie faite sur le preneur, parce que *nec convelli debet judicialis hasta fides*; et cependant il admettait la revendication contre ceux qui avaient acheté

de bonne foi en foire ou dans un marché les bêtes du cheptel, sans que le bailleur fût tenu de leur restituer le prix de la vente. Cette distinction entre les achats faits en justice et ceux faits en foire ou dans un marché, par une personne de bonne foi, n'était point du tout fondée en raison ; aussi le Code ne l'a-t-il pas admise. (Art. 2280.)

Mais nous irons plus loin : nous soutenons qu'aujourd'hui, soit que la vente de tout ou partie du cheptel ait eu lieu de gré à gré par le preneur, hors foire ou dans une foire, soit qu'elle ait eu lieu en justice, l'acheteur de bonne foi, en possession réelle, ne peut être évincé ; sauf le recours du bailleur contre le preneur. Cela nous paraît évidemment résulter de l'article 2279, *en fait de meubles, la possession vaut titre*, combiné avec l'article 1141. Le sens de cette maxime n'était pas, il est vrai, aussi clairement déterminé dans l'ancien Droit : Pothier, surtout, ne l'avait pas adoptée avec ses véritables conséquences ; il voyait notamment un *vol* dans le fait du preneur qui a disposé du cheptel sans le consentement du bailleur. Mais aujourd'hui on ne pourrait voir dans ce fait qu'un vol moral, un simple abus de confiance (art. 408 du Code pénal), et l'article 2279, en autorisant la revendication d'un meuble dans les deux seuls cas de perte ou de vol, entend parler du cas de vol proprement dit, du déplacement frauduleux de la chose d'autrui sans aucun fait imputable au maître. Le dépositaire et tous autres auxquels le maître de la chose l'a remise ou confiée, et qui en ont disposé sans son

consentement, n'ont point commis un vol dans le sens des lois pénales actuelles; ils ont simplement commis un abus de confiance, et c'est la faute du maître de s'être mal à propos confié à eux, de leur avoir fourni le moyen, par la remise de l'objet, de tromper les tiers en le leur vendant comme chose étant à eux. Il y a faute de sa part, et les tiers n'en doivent pas souffrir. Au lieu qu'il n'y a rien à reprocher à celui qui a perdu sa chose (ce qui est un cas fortuit), ni à celui à qui elle a été soustraite, réellement volée : aussi la loi vient-elle à leur secours, en leur donnant la revendication contre tout détenteur quelconque, pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, et encore, sous l'obligation de restituer le prix de l'achat à celui qui a acheté la chose dans une vente publique, ou dans une foire ou dans un marché, ou d'un individu vendant des choses pareilles (art. 2280). La sûreté du commerce le voulait ainsi.

Voyez, au surplus, sur le sens et l'étendue de la maxime *en fait de meubles, la possession vaut titre*, ce que nous avons dit au tome XV, n° 285 et suivant, où nous sommes entrés dans une discussion approfondie sur ce point.

285. Si le bailleur ou le preneur s'oppose, sans motif raisonnable, à la vente des vieilles bêtes du cheptel, ou de l'excédant du croît, l'autre partie peut demander au tribunal d'être autorisée à vendre¹. A

¹ C'était l'avis de Pothier, en son *traité des Cheptels*, n° 36, et c'est aussi celui de M. Duvergier, *traité du Louage*, tome II, n° 413; mais non celui de M. Troplong, *commentaire sur le titre du Louage*, n° 1140. Nous croyons inutile de réfuter cette opinion.

cet effet, il peut demander la permission d'assigner à bref délai, la matière requérant célérité ; et si l'occasion de vendre avantageusement avait été manquée par suite du refus arbitraire de l'autre partie d'y consentir, il y aurait lieu aux dommages-intérêts ; il pourrait même y avoir lieu, suivant les circonstances, à la résiliation du bail et au partage actuel, sur la demande de la partie lésée.

284. Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour ce qui lui est dû par le fermier. (Art. 1813.)

Le motif de cette disposition, qui fait exception à l'article 608 du Code de procédure, est fondé sur ce que le propriétaire de la ferme a un droit de gage sur tout ce qui la garnit (art. 2102), pour sûreté des fermages et des autres conditions du bail, et qu'il a dû compter sur le bétail mis par le fermier : le voyant suffisant pour garnir la ferme, il n'a pas dû en exiger d'autre.

Aussi la disposition serait applicable quand même celui qui a passé bail au preneur du cheptel ne serait pas le propriétaire du fonds, mais bien un fermier principal ou un usufruitier : ils remplacent le propriétaire vis-à-vis de celui qui tient d'eux le fonds à ferme.

Elle s'appliquerait pareillement au cas où le preneur du cheptel ne serait pas un fermier proprement dit, mais un simple colon partiaire ou métayer. Le mot *fermier*, dans cet article 1813, est employé *lato sensu*.

Mais elle ne s'appliquerait pas au cas où le propriétaire aurait fait saisir le cheptel pour une créance non relative au bail : on rentrerait alors dans le droit commun, et l'article 608 précité serait, au contraire, la règle à suivre, nonobstant la généralité des termes de notre disposition, qui ne doit être entendue que des créances pour lesquelles le propriétaire a saisi sur le fermier dans les rapports de propriétaire à fermier, et non pour autre cause.

285. Le preneur ne peut tondre sans en prévenir le bailleur (art. 1814), afin qu'une partie de la laine ne puisse être soustraite à ce dernier.

Pothier, dans son traité *des Cheptels*, rapporte des réglemens qui défendaient aux preneurs de cheptel de tondre avant l'époque ordinaire sans la permission du bailleur, même pour cause de maladie des brebis, ni de leur enlever aucune partie de laine quelconque pour ce motif, ou autre, sous peine d'amende et des dommages-intérêts. L'amende ne pourrait être prononcée aujourd'hui, à cause de l'abolition de tous les anciens réglemens sur les matières traitées dans le Code ¹ (sauf ceux qui sont exceptés d'une manière générale ou spéciale par le Code lui-même) ; mais les dommages-intérêts seraient dus au bailleur, qui pourrait même, suivant les circonstances du fait, demander la résiliation du bail, conformément à l'article 1816.

286. S'il n'y a pas de temps fixé par la conven-

¹ Loi du 30 ventôse an XII (art. 6), sur la réunion en un Code de toutes les lois qui composent le Code civil.

tion pour la durée du bail, il est censé fait pour trois ans. (Art. 1815.)

Mais il peut s'opérer une tacite réconduction. Suivant l'article 1^{er} du titre 17 de la Coutume de Berri, à défaut de convention sur la durée du bail à cheptel simple ou ordinaire, il durerait également trois ans, et la tacite réconduction un an ¹.

Elle s'opérerait par le silence des parties gardé pendant quinze jours depuis l'expiration du bail : pour la prévenir, il fallait, ou le partage ou une notification par l'une des parties à l'autre.

Le Code étant muet sur cette tacite réconduction, nous serions portés à penser qu'elle serait de la durée du bail primitif, par interprétation de l'intention probable des parties ; et quant au temps après lequel elle serait censée s'être opérée, cela, suivant nous, dépendrait des circonstances de la cause, et serait par conséquent laissé, en cas de contestation, à l'appréciation du juge ; car le Code ne s'est pas référé en ce point aux anciens usages, ainsi qu'il l'a fait sur plusieurs autres cas du contrat de louage.

Du reste, le bail cesse de plein droit à l'expiration du temps convenu, ou du temps fixé par la loi, à défaut de convention, sans qu'il soit besoin de donner congé : c'est un bail avec fixation de temps par les parties ou par la loi ; seulement, pour empêcher qu'il ne s'opère une tacite réconduction, il faut que la partie qui ne veut pas continuer manifeste sa vo-

¹ Quand il s'agissait d'un cheptel à moitié, le bail, à défaut de convention contraire, était censé fait pour cinq ans, mais la tacite réconduction ne durait qu'un an. (Art. 8, *ibid.*)

lonté à cet égard par un *avertissement* donné avant le temps où l'on pourrait présumer, d'après son silence, qu'elle a entendu renouveler le bail. Mais cet avertissement doit être donné par huissier, pour sa constatation ; par lettre ou verbalement, la preuve ne pourrait généralement s'en établir par témoins.

287. Le bailleur peut demander la résolution du bail si le preneur ne remplit pas ses obligations. (Art. 1816.)

Il peut aussi obtenir, s'il y a lieu, des dommages-intérêts. (Art. 1184.)

287 *bis*. Le cheptel finit-il par la mort de l'une ou l'autre des parties ? Pothier (n° 3 de son traité), tout en convenant que le contrat de cheptel est une véritable société, et que, de droit commun, la société se dissout par la mort de l'un des associés, décide néanmoins que le contrat de cheptel ne prend pas fin par la mort de l'une ou de l'autre des parties ; que le droit du décédé passe, avec sa qualité, à son héritier. Cela, il est vrai, dit-il, est exorbitant des sociétés ordinaires, mais la dissolution des sociétés par la mort de l'une des parties n'est point de leur essence, seulement elle est de leur nature, puisqu'on peut convenir que la société se continuera avec l'héritier de l'associé décédé, et cette convention est sous-entendue en matière de cheptel.

Tel était le Droit suivi dans nos coutumes où ce contrat était d'un fréquent usage, et, puisque le Code ne dit rien de contraire, tout porte à penser qu'il a entendu ne pas innover en ce point.

Si l'on prétendait que le cheptel prend fin du moins par la mort du preneur, attendu que son industrie particulière a été prise en considération; que le contrat tient, sous ce rapport, du contrat de louage, qui se dissout par la mort de l'ouvrier, nous répondrions que ce n'est point un contrat de louage proprement dit, mais bien plutôt une association en participation; et si l'héritier du preneur remplit parfaitement les conditions du bail à cheptel, le bailleur ne peut pas se plaindre : dans le cas contraire, il demandera la résiliation pour cette cause ¹.

Dans le bail à métairie il y a bien aussi une association, et une association dans laquelle l'industrie particulière du colon est bien prise en considération, et néanmoins ce bail n'est pas, de droit commun, dissous par la mort du métayer ou colon, si celui-ci laisse un héritier propre à continuer la culture; et par la même raison le cheptel qui lui a été livré ne prend pas fin par cette seule cause.

288. A la fin du bail, ou lors de la résolution, il se fait une nouvelle estimation du cheptel.

Le bailleur peut prélever des bêtes de chaque espèce jusqu'à concurrence de la première estimation; l'excédant se partage.

S'il n'existe pas assez de bêtes pour remplir la première estimation, le bailleur prend ce qui reste, et les parties se font raison de la perte. (Art. 1817.)

Et quoique la première partie de l'article, en disant

¹ M. Troplong (n° 1185) fait dissoudre le contrat de cheptel par la mort du preneur; M. Duvergier (n° 425) est d'un avis contraire.

que le bailleur *peut* prélever des bêtes de chaque espèce jusqu'à concurrence du croît, semble lui réserver une faculté à cet égard, néanmoins il ne faut pas douter qu'il est obligé de le faire, si le preneur l'exige. Le Code n'a pas pu vouloir que le preneur fût obligé de sortir de sa bourse une forte somme pour payer la moitié de la première estimation, quand le cheptel suffirait peut-être pour remplir le bailleur de ce qu'il a fourni, ou du moins en grande partie. D'ailleurs la fin de l'article ne laisse aucun doute à ce sujet. Le preneur ne peut être considéré comme ayant, par l'estimation primitive, acquis la moitié du cheptel, ce qui, en effet, le rendrait débiteur pur et simple du prix de cette moitié; car il est dit, par l'article 1805, que l'estimation donnée au cheptel n'en transporte point la propriété au preneur; et par l'article 1825, que la perte totale du cheptel arrivée sans la faute du preneur est supportée par le bailleur : or, c'est ce qui ne serait pas, si le preneur était devenu propriétaire de la moitié du cheptel : donc il peut obliger le bailleur à prélever, jusqu'à due concurrence, les bêtes qui se trouvent dans le troupeau à la fin du bail, pour se couvrir de sa mise, comme celui-ci peut le faire malgré le preneur. Leur condition à cet égard doit être égale.

289. L'estimation se fait par experts, si les parties ne peuvent s'accorder à la faire elle-même, ou si l'une d'elles est un mineur qui a succédé à un majeur, ou un interdit.

Anciennement, dans quelques coutumes, lorsque la

fin du bail était arrivée, le bailleur ou le preneur qui voulait faire cesser la communauté faisait lui-même l'estimation du cheptel, et il la notifiait à l'autre partie, qui avait, pendant huitaine, le droit de garder le cheptel au prix de cette estimation, ou de le laisser à celui qui l'avait faite : en sorte que si c'était le bailleur, et que le preneur lui laissât le cheptel, le bailleur lui payait la moitié de l'excédant qui se trouvait d'après l'estimation comparée avec la prisée primitive, s'il y avait du profit. Si, dans ce cas, le preneur gardait le cheptel, il payait au bailleur le montant de la prisée originaire, et la moitié de l'excédant. Au contraire, s'il y avait de la perte, le preneur qui gardait le cheptel ne rendait au bailleur le montant de la prisée primitive que sous la déduction de ce que ce dernier devait supporter dans la perte ; si c'était le bailleur qui gardait le cheptel, le preneur lui faisait raison, outre la restitution de tous les animaux, de sa part dans le déficit. On avait eu pour but de faire faire l'estimation la plus juste, par l'intérêt qu'aurait celui qui la ferait, de la faire le plus juste possible, puisqu'il avait à craindre qu'en la faisant au-dessous de la valeur réelle du cheptel, l'autre partie ne le gardât à ce prix ; et qu'en la faisant à un taux trop élevé, il devait penser qu'il lui resterait. Mais, d'un autre côté, ce système avait l'inconvénient de mettre celle des parties qui n'avait pas d'argent comptant (et en général les preneurs), à la discrétion de l'autre, qui pouvait estimer le cheptel très-bas, par la presque certitude qu'il lui demeurerait. Le Code n'a rien admis de semblable ;

il se fait une estimation par experts, lorsque les parties ne veulent ou ne peuvent la faire elles-mêmes.

SECTION III.

DU CHEPTEL A MOITIÉ.

SOMMAIRE.

- 290. *Quel est le cheptel à moitié.*
- 291. *Ce dont profite seul le preneur dans ce cheptel.*
- 292. *La perte totale ou partielle arrivée par cas fortuit est supportée en commun.*
- 293. *Par qui sont fournis la nourriture et le logement des animaux dans ce cheptel.*
- 294. *Quel est le droit des créanciers de l'une ou l'autre partie relativement au cheptel.*

290. Le cheptel à moitié est celui dans lequel chacun des contractans fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte ¹.
(Art. 1818.)

Ces mises peuvent toutefois être modifiées par une clause de contrat, puisque c'est une société. Mais, plus le bailleur fournira proportionnellement de bétail, plus on se rapprochera du cheptel simple. Et puisque, dans le cheptel simple, où le preneur ne fournit aucune portion du bétail, on ne peut convenir, selon nous, du moins, qu'il aura moins de la moitié du profit,

¹ Comme, dans ce cheptel, ainsi que dans le cheptel simple et ordinaire, le preneur fournit aussi seul la nourriture et le logement des animaux, on comprend aisément qu'il doit y trouver moins d'avantages que dans l'autre, et par conséquent que ce cheptel doit être plus rare; car le seul profit à retirer du laitage, des engrais et du travail de ceux qui ont été mis par l'autre partie, ne le dédommagerait qu'imparfaitement des frais qu'il aurait à faire dans les localités où les pâturages sont peu abondans; à moins qu'il n'eût, dans les bénéfices, une plus forte portion que celle de l'autre partie.

tout en ne mettant à sa charge qu'une part proportionnelle de la perte, à plus forte raison ne le peut-on pas dans le cheptel à moitié, où il fournit une portion du bétail, et où il nourrit, loge et soigne aussi les animaux (art. 1820); à moins toutefois que le bailleur ne fût propriétaire de la métairie, dont le preneur serait fermier ou colon partiaire (art. 1819), parce qu'alors les animaux étant nourris sur les terres de la métairie, et logés dans ses bâtimens, le preneur trouve là un dédommagement de ce qu'il a de moins dans le profit. Les autres charges de son bail sont d'ailleurs convenues en conséquence.

294. Le preneur profite seul, comme dans le cheptel simple, des laitages, du fumier et des travaux des bêtes.

Le bailleur n'a droit qu'à la moitié des laines et du croît.

Toute convention contraire est nulle, à moins, ainsi qu'il vient d'être dit, que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie, dont le preneur serait fermier ou colon partiaire. (*Ibid.*)

292. Toutes les autres règles du cheptel simple s'appliquent au cheptel à moitié (art. 1820), avec cette différence toutefois que, si le cheptel périt en entier par cas fortuit, la perte est supportée en commun, puisque le fonds du bétail a été fourni par l'une et l'autre partie, et que *res communis perit sociis*.

295. Puisque ce cheptel est soumis aux autres règles du cheptel simple, il s'ensuit que le preneur fournit seul la nourriture, le logement et la garde des ani-

maux, sauf, en ce qui concerne la nourriture et le logement, les modifications résultant du cas où le preneur serait le colon partiaire ou le fermier du bailleur. Et, dans ce dernier cas, les fumiers n'entrent point dans les profits personnels du preneur : ils doivent être employés à la culture de la métairie, suivant ce que sera dit plus loin. Et quand le cheptel à moitié est donné au fermier ou au colon partiaire, il ne finit qu'avec le bail à ferme ou à métairie, à moins de convention contraire.

294. Les créanciers du preneur ou du bailleur peuvent saisir la part de leur débiteur dans le cheptel, mais sans pouvoir préjudicier aux droits de l'autre partie ; en conséquence, ils ne doivent pouvoir le faire vendre qu'à la charge de l'entretien du bail, ainsi que le décidait Coquille quant aux créanciers du bailleur qui ont fait saisir le cheptel simple.

SECTION IV.

DU CHEPTEL DONNÉ PAR LE PROPRIÉTAIRE A SON FERMIER OU A SON COLON PARTIAIRE.

SOMMAIRE.

295. *Deux sortes de cheptels peuvent être livrés par le propriétaire d'un fonds.*

295. Il ne faut pas confondre le cheptel donné par le propriétaire à son fermier, avec celui qu'il donne à son métayer ou colon partiaire : il y a entre eux d'importantes différences. Du reste, les animaux, dans l'un et l'autre cas, étant placés par le propriétaire pour la culture, ils sont immeubles par destination (art. 522 et

524), et ils ne peuvent, en conséquence, être saisis par les créanciers du propriétaire, que par la saisie de l'immeuble lui-même (art. 592, Cod. de procéd.); et si le fermier a un bail avec date certaine au moment de la saisie, les créanciers sont obligés d'entretenir le bail, suivant ce que nous avons dit précédemment. Au lieu que les animaux livrés à un autre qu'au fermier ou métayer, sont meubles, et c'est par saisie mobilière ou *exécution* que les créanciers du bailleur peuvent le faire saisir et vendre.

§ 1^{er}.

Du cheptel donné au fermier.

SOMMAIRE.

- 296. *En quoi consiste le cheptel donné au fermier.*
- 297. *L'estimation n'en transporte point la propriété au fermier, et néanmoins le met à ses risques, sauf clause contraire.*
- 298. *Le fermier ne peut pas disposer du fonds du cheptel, et ses créanciers ne peuvent le faire saisir.*
- 299. *Diverses conventions relatives au profit ou à la perte, dans ce cheptel.*
- 300. *Cas où il y a un colon partiaire dans l'héritage donné à ferme, et que le cheptel périt en tout ou partie.*
- 301. *Un fermier principal peut donner au sous-fermier un cheptel à l'instar du cheptel de fer.*
- 302. *Dans les cheptels donnés au fermier, les fumiers doivent être employés à la culture du fonds.*
- 303. *À la fin du bail, il est fait une nouvelle estimation pour régler le profit ou la perte.*
- 304. *Le bailleur peut faire certaines réserves en laitage ou charrois.*

296. Le cheptel donné au fermier consiste dans les animaux qui se trouvent dans une métairie que le pro-

priétaire donne à ferme, avec la condition que, à la fin du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus. (Art. 1821.)

On l'appelle aussi *cheptel de fer*, pour marquer qu'il est attaché à la métairie.

Il ne faut pas le confondre avec le cheptel à moitié, que l'article 1819 suppose pouvoir être donné au fermier ou au colon partiaire comme à un autre; car les règles de l'un et de l'autre ne sont pas les mêmes en tout point, tant s'en faut.

297. L'estimation du cheptel de fer n'en transporte pas non plus la propriété au fermier, et néanmoins elle le met à ses risques, sauf stipulation contraire. De là, s'il périt en entier, même par cas fortuit, la perte est supportée par le fermier, s'il n'y a convention contraire (art. 1822 et 1825). C'est une exception à la règle *res perit domino*. Au lieu que le cheptel à moitié étant une société, la perte est supportée en commun; et le cheptel simple périt en entier pour le bailleur, sauf convention contraire.

Mais tous les profits dans le cheptel de fer appartiennent au fermier, s'il n'y a convention contraire (art. 1823); tandis que dans le cheptel à moitié, livré au fermier ou à un autre, ils se partagent.

L'estimation donnée au cheptel de fer n'a donc pas pour objet de déterminer la perte ou le gain qui pourra avoir lieu, mais seulement la valeur que le fermier devra laisser en bestiaux à sa sortie, à moins qu'une stipulation particulière n'attribuât une part

des profits au maître, auquel cas l'estimation aurait aussi pour objet de déterminer le gain à partager, ou qu'une convention ne mît à sa charge une partie de la perte arrivée par cas fortuit, ce qui serait certainement très-licite, et alors l'estimation servirait aussi à fixer ce que chacune des parties devrait supporter dans la perte.

298. Le fermier peut bien disposer des animaux vieux ou impropres au service, mais non du fonds du cheptel ; et par cela même ses créanciers ne peuvent le faire saisir et vendre, car il n'en est pas propriétaire.

299. Lorsque, dans ce cheptel, on attribue une part du profit au bailleur, ordinairement on met aussi à sa charge une partie de la perte, et *vice versa*. Mais rien n'oblige à la déterminer dans la perte aussi forte que dans le profit, ou aussi forte dans le profit que dans la perte ; on peut même ne déroger au droit commun de ce cheptel qu'en ce qui concerne la perte ou le profit. Les exceptions, *s'il n'y a convention contraire*, des articles 1823 et 1825, sont exprimées purement et simplement, et il n'est dit dans aucune autre disposition de ce paragraphe, que la perte sera corrélatrice au profit réservé par le maître, ni que le profit sera corrélatif à la perte dont il se serait chargé : en sorte que s'il n'a rien été dit de la perte, dans le cas où il s'est réservé une partie du profit, il n'est point tenu de la perte, s'il y en a ; et, *vice versa*, si en se chargeant d'une partie de la perte on a gardé le silence sur le profit, il n'y peut

rien prétendre : ce n'est pas le cas de la règle *quem sequuntur commoda, eundem debent sequi incommoda*, parce qu'elle ne s'applique que là où il y a même raison de décider pour la perte comme pour le gain : or, ici la raison n'est pas la même, puisque le bailleur en stipulant une part des profits, sans déclarer vouloir aussi se charger d'une partie de la perte, a témoigné par là qu'il ne voulait déroger au droit commun de ce cheptel que pour son propre avantage ; et la même chose peut se dire du fermier qui, en mettant une part de la perte à la charge du bailleur, ne lui a néanmoins accordé aucune part dans le profit.

Si l'on objectait que cette décision est contraire aux principes qui régissent le contrat de société, notamment à l'article 1855, qui porte que la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle, et qu'il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes et effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés, nous répondrions que ce cheptel n'est point un contrat de société : c'est un contrat de bail ou de louage. La portion du profit que le bailleur s'est réservée, dans le cas où il y en aurait, est une partie du prix de la ferme ; et la part de la perte que le fermier a mise au compte du bailleur est simplement une diminution des charges que lui imposait le bail d'après le droit commun. Le prix de la ferme, dans l'un ou l'autre cas, a été réglé en conséquence.

500. Il faut remarquer que, de droit commun, le

cheptel donné au fermier péric pour celui-ci, quoi-
qu'il y eût un colon partiaire au moment du bail;
sauf que, s'il n'est venu à péric qu'en partie, le métayer
supporte sa part de la perte. Mais s'il est venu à péric
en entier par cas fortuit, le métayer est déchargé (art.
1827), et le fermier doit faire au propriétaire raison
de l'estimation donnée au cheptel (art. 1822-1825).
En effet, le cheptel est cheptel de fer dans la main du
fermier, mais il est cheptel simple à l'égard du colon
partiaire.

504. Du reste, le cheptel peut être également chep-
tel de fer dans la main du sous-fermier; et il n'est
même pas nécessaire que ce soit le propriétaire qui ait
mis les animaux dans le fonds pour que ce cheptel se
régisse d'après les règles du cheptel de fer. Si, par
exemple, un fermier principal, en sous-louant une
partie du fonds qui n'a pas de bétail, donne des ani-
maux au sous-fermier, il peut le faire avec les con-
ditions et les règles du cheptel de fer proprement dit
comme d'après les règles du cheptel simple, ou du
cheptel à moitié s'il ne fournit que la moitié du bétail.
Mais les animaux placés par le fermier principal ne
seraient point immeubles, comme ceux qui sont placés
dans le fonds par le propriétaire.

Et dans le cas où le fermier principal aurait fourni
tous les animaux, et que le contrat ne s'expliquerait pas
positivement sur la nature du cheptel que ce fermier a
entendu constituer, il nous semble qu'on devrait dé-
cider qu'il a entendu établir un cheptel à l'instar du
cheptel de fer, dans lequel le sous-preneur suppor-

terait toute la perte, et aurait tout le profit, en un mot un cheptel de bailleur à fermier.

502. Dans les cheptels donnés au fermier, le fumier n'est point dans les profits personnels du preneur, mais appartient à la métairie, à l'exploitation de laquelle il doit être uniquement employé. (Art. 1824.)

503. A la fin du bail, ou lors de la résiliation par une cause quelconque, il se fait une nouvelle estimation pour régler ce que le fermier doit laisser de bétail : s'il y a de l'excédant, il lui appartient ; s'il y a du déficit, il en fait raison. Mais il ne peut pas retenir le cheptel en payant l'estimation primitive ; il est obligé d'en laisser jusqu'à concurrence de cette estimation, s'il y en a suffisamment pour cela ; dans le cas contraire, de laisser ce qui existe, et de faire raison de la différence. (Art. 1826.)

504. Il n'est pas besoin de dire que le bailleur, dans ce cheptel, peut se réserver une certaine quantité de livres de beurre, ou de laitage, ou de charrois¹ ; presque tous les baux à ferme se font avec ces charges : le prix de ferme est convenu en conséquence.

§ II.

Du cheptel donné au colon partiaire.

SOMMAIRE.

305. *Deux sortes de cheptel peuvent être livrés au métayer ou colon partiaire.*

¹ Et généralement, ces charrois ne doivent pas être censés devoir s'arranger ; autrement, un fermier à qui il n'en aurait pas été demandé pendant un certain nombre d'années, serait écrasé tout-à-coup par une demande de charrois accumulés qui l'empêcherait de faire ses travaux de culture.

306. *La perte totale du cheptel simple est supportée par le bailleur ; la perte partielle est supportée en commun.*
307. *Clauses admises dans ce cheptel.*
308. *Développemens.*
309. *Suite.*
310. *Ce cheptel finit avec le bail à métairie.*
311. *Observation générale.*

505. D'après le Code, deux sortes de cheptels peuvent être donnés au métayer ou colon partiaire : le cheptel à moitié, et le cheptel dans lequel le bailleur fournit tous les animaux. Le premier est réglé par l'article 1819, dont nous avons expliqué plus haut les dispositions ; le second, par les articles 1827 et suivans. Nous parlons maintenant du dernier.

Ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, ce cheptel peut être donné au colon partiaire par un fermier comme par le propriétaire ; mais dans le premier cas, il n'est point immeuble par destination, tandis qu'il l'est dans le second. (Art. 522.)

506. Si ce cheptel périt en entier sans la faute du colon, la perte est pour le bailleur. (Art. 1827.)

S'il ne périt qu'en partie, la perte est supportée en commun, comme dans le cheptel simple livré à tout autre. (Art. 1830 et 1810 combinés.)

Rien n'empêche toutefois, ainsi que nous l'avons dit au sujet du cheptel simple livré à tout autre qu'au colon, de convenir que la perte totale du cheptel sera supportée en commun. Aucune disposition du Code ne le défend : ce qui est interdit, c'est la stipulation qui mettrait la perte totale du cheptel à la charge du

preneur (art. 1828); mais ce n'est pas ce dont il s'agit ici.

507. On peut stipuler que le colon délaissera au bailleur sa part de la toison à un prix inférieur à la valeur ordinaire;

Que le bailleur aura une plus grande part du profit;

Qu'il aura la moitié des laitages;

Mais on ne peut pas stipuler que le colon sera tenu de toute la perte. (Art. 1828.)

508. On peut, disons-nous, stipuler que le bailleur aura une plus grande part du profit, et il n'est pas nécessaire pour cela de mettre à sa charge une part correspondante de la perte : l'article ne dit pas, comme l'article 1811, que le preneur ne peut avoir une part plus forte dans la perte que dans le profit; la raison en est simple : il trouve une compensation dans la culture du fonds, dans son logement et dans les moyens que fournit le domaine pour nourrir et héberger les bestiaux; au lieu que dans le cheptel simple livré à un autre qu'un colon partiaire, le preneur n'a pas ces avantages.

Ainsi le colon supportera la moitié de la perte, s'il y a perte, quoiqu'il n'eût dû avoir, d'après le bail, que le tiers ou le quart du profit. Rien n'empêche que dans le contrat de société l'un ait les deux tiers du profit, et ne supporte cependant qu'un tiers de la perte, s'il y a perte ¹.

L'article 1855 n'est pas contraire, car les conventions qu'il prohibe sont celles qui attribueraient la

¹ § 2, *Inst. de Societate*.

totalité des bénéfices à l'un des associés, et celles qui affranchiraient de toute contribution aux pertes les objets mis par un ou plusieurs des associés dans la société ; or, ce n'est pas ce qui aurait lieu dans l'espèce. Le colon partiaire, ainsi que nous venons de le dire, trouve d'ailleurs une indemnité dans sa portion des fruits du fonds, dans la nourriture qu'il peut fournir pour le bétail, et dans les logemens.

Et si l'on ne s'est expliqué que sur le profit, on est censé avoir voulu rester dans le droit commun quant à la perte : cela paraît évidemment résulter de l'article 1828, qui, tout en décidant qu'on peut stipuler que le bailleur aura une plus grande part du profit, ne dit pas qu'en ce cas il devra supporter une plus grande part de la perte, ainsi que le veut l'article 1811 dans le cheptel simple, en disant que l'on ne peut pas convenir que le preneur supportera une part plus forte dans la perte que celle qu'il aura dans le profit.

Il est bien vrai que, dans les sociétés ordinaires, il est de principe que l'expression des parts dans le gain seulement est censée répétée dans la perte, et réciproquement, § 3, *Instit. de Societate* ; mais ici ce n'est point une société ordinaire ; elle est mêlée de louage.

509. Quoique la perte fût mise à la charge du preneur pour plus de moitié, par une clause du contrat, par exemple pour les deux tiers ou les trois quarts, ce que permet évidemment notre article en disant qu'on ne peut pas convenir qu'il supportera toute la perte, néanmoins, si le cheptel périssait en

entier, sans la faute du preneur, la perte serait supportée par le bailleur, en vertu du principe établi par l'article 1827; sauf, comme nous l'avons déjà dit, stipulation contraire.

340. Ce cheptel finit avec le bail à métairie. (Art. 1829.)

Il est d'ailleurs soumis à toutes les règles du cheptel simple. (Art. 1830.)

Toutefois, les fumiers n'entrent pas dans les profits particuliers du preneur; ils doivent, comme dans le cheptel de fer ou livré au fermier, être employés à la culture du fonds. On l'a toujours entendu ainsi dans les coutumes, et c'est un usage constant; et rien n'empêche le bailleur de stipuler tant de livres de beurre, de fromage, etc., par chaque année (art. 1828), et tant de charrois. C'est même ce qui a lieu le plus ordinairement dans ces sortes de baux.

344. Tout ce que nous avons dit au sujet de la saisie du cheptel simple ou à moitié qui serait faite par les créanciers du preneur, ou de la vente que celui-ci ferait du cheptel, en tout ou partie, sans le consentement du bailleur, est généralement applicable au cheptel livré au colon partiaire.

SECTION V.

DU CONTRAT IMPROPREMENT APPELÉ CHEPTEL.

SOMMAIRE.

- 312. *Effets généraux de cette sorte de cheptel.*
- 313. *Suite.*
- 314. *De quelle nature est ce contrat.*
- 315. *Combien dure ce cheptel.*

542. Lorsqu'une ou plusieurs vaches sont données pour les loger, les garder et les nourrir, le bailleur en conserve la propriété : il a seulement le profit des veaux qui en naissent. (Art. 1831.)

543. Le preneur a le laitage et le fumier, et il est obligé de nourrir les veaux jusqu'à ce qu'ils soient assez forts pour être retirés, c'est-à-dire, communément, jusqu'à ce qu'ils aient trois ou quatre semaines.

544. Ce contrat n'est pas une société comme le cheptel à moitié, ou même comme le cheptel simple ; car le profit n'est pas commun : le bailleur a seul les veaux et l'augmentation de valeur que peuvent éprouver les vaches elles-mêmes. C'est une affaire de la nature du contrat innommé *do ut facias*, dans lequel le maître de la vache en abandonne le laitage et le fumier au preneur, pour que celui-ci la loge, la garde et la nourrisse.

545. S'il n'y a pas de temps fixé pour la durée de ce cheptel, on décidait anciennement que le maître de la vache pouvait la retirer quand bon lui semblait, pourvu qu'il ne le fît pas immédiatement après avoir retiré le veau ; car alors le preneur, privé depuis longtemps de laitage, aurait éprouvé injustement une perte. Voyez, au surplus, pour les détails de ce contrat, ce qu'en a dit Pothier dans son traité *des Cheptels*.

TITRE IX.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES SUR LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ, SUR SA FORME ET SA PREUVE.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

- 316. *Définition du contrat de société.*
- 317. *Objets généraux qui peuvent être la matière de la société.*
- 318. *La puissance ou le crédit d'une personne n'est généralement pas une mise suffisante : développemens.*
- 319. *On peut s'associer par divers contrats faits en commun, tel qu'un achat ou un louage.*
- 320. *La société ne se forme que par le consentement de deux ou plusieurs personnes d'être en société; au lieu que la simple communauté se forme sans le consentement des intéressés, souvent par l'effet du hasard.*
- 321. *Quels sont ceux qui peuvent former le contrat de société : renvoi pour les sociétés universelles.*
- 322. *Le contrat doit être exempt des vices d'erreur, de violence ou de dol.*
- 323. *Le contrat de société est du nombre de ceux qui se forment par le seul consentement des parties, sauf certaines sociétés, qui ne se forment que d'après un mode déterminé par la loi : développemens.*
- 324. *C'est un contrat parfaitement synallagmatique, et commutatif par cela même : conséquence, et discussion d'une décision de Pothier.*
- 325. *La société peut néanmoins être contractée en vue de conférer un avantage à l'une des parties, pourvu toutefois que cette partie y mette quelque chose.*
- 326. *Suite.*
- 327. *Toute société doit avoir un objet licite : conséquence*

328. *Elle doit être contractée dans l'intérêt de tous les associés : développemens.*
329. *Cas où il n'y a pas société, mais louage de service.*
330. *Cas où il n'y a pas non plus société, mais contrat sans nom particulier, d'ailleurs très-valable.*
331. *Deux cas, au contraire, où il y a société.*
332. *Espèce prévue par les lois romaines, et dans laquelle la question de savoir s'il y a ou non société se décide par une distinction.*
333. *Autre espèce, où la question se décide aussi par une distinction.*
334. *La société est un être moral, une sorte de tierce personne, dont les droits et les obligations sont distincts de ceux de chacun des associés dans la société.*

516. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. (Art. 1832.)

517. Ce que les parties peuvent convenir de mettre en commun peut être toute espèce de choses, pourvu qu'elles soient dans le commerce, meubles ou immeubles, n'importe; ou une industrie quelconque, pourvu qu'elle soit licite et honnête, par exemple l'enseignement des belles-lettres : en un mot, tout ce qui peut procurer un bénéfice non réprouvé par les lois ou par les bonnes mœurs. On peut même se contenter de mettre en commun simplement la jouissance des choses, ou leur usage, au lieu d'y mettre la propriété; et l'une des parties peut n'apporter que son industrie seulement, et l'autre mettre dans la société la propriété ou la jouissance de sa chose.

518. Mais la puissance ou le crédit d'une personne, soit pour faire adjuger certaine entreprise, soit comme

moyen de la faire prospérer, sans apport effectif d'une clientèle ou d'une industrie, ne serait point une mise suffisante, surtout si la personne était affranchie de toute contribution aux pertes : autrement des hommes puissans s'approprieraient facilement, sans aucun danger pour eux, une partie des bénéfices d'une entreprise, qu'ils pourraient empêcher de réussir si l'on ne consentait à leur donner une partie des profits espérés : et il serait à craindre aussi que, par leur influence ou leurs manœuvres, ils ne fissent adjuger à des personnes peu convenables, des entreprises qui intéresseraient le bien public.

Du reste, la bonne réputation d'un négociant, son habileté reconnue, son crédit comme commerçant, sont des choses trop importantes dans le commerce pour qu'elles ne doivent pas être considérées comme une mise réelle et effective dans une société : cela est compris sous le nom de mise d'industrie.

519. Le but de la société étant de faire un gain, elle peut avoir une infinité de causes particulières : on s'associe, en effet, pour un achat, pour un louage, etc., en faisant cet achat ou ce louage en commun ; et les associés sont soumis vis-à-vis des tiers, aux règles des divers contrats qu'ils ont faits avec eux.

520. La société étant un contrat, elle n'a lieu, par conséquent, que d'après le consentement de deux ou plusieurs personnes qui manifestent leur volonté d'être en société ; au lieu que la simple communauté n'est point un contrat, c'est un simple fait. On est en communauté par le fait du hasard, comme dans le cas

d'un legs fait à plusieurs personnes conjointement, ou lorsque les grains de plusieurs ont été mêlés par accident (art. 573), ou qu'une succession est dévolue à diverses personnes, et qu'elle n'est point encore partagée, etc., etc. Mais de cet état il naît, pour chacun des intéressés, comme d'un contrat, *quasi ex contractu*, l'obligation de souffrir le partage, lorsqu'il est demandé par l'un d'eux ; de remettre à la masse les fruits et autres choses que chacun a perçus ou retirés pour son avantage personnel, et de réparer le tort qu'il a pu causer par sa faute dans l'administration ou le maniement des choses communes. La société aussi produit une communauté : en un mot, toute société est bien une communauté, mais toute communauté n'est point une société ; il faut pour cela la volonté des parties : *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet : nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit ; communiter autem res agi potest etiam citra societatem ; ut putà, cum non affectione societatis incidamus in communionem, ut evenit in re duobus legatà : item si à duobus simul empti res sit¹ ; aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit ; aut si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri. L. 31. ff. pro Socio.*

¹ Dans la loi 33, ff. *hoc tit.*, on donne aussi comme exemple d'un cas de simple communauté, et non de société, celui d'un achat fait par plusieurs ; tandis qu'au contraire la loi 21 au Code, au même titre, qualifie formellement de société l'achat fait par plusieurs en commun : c'est une société tacite. En effet, c'est une société d'après l'intention des parties. Quant à la loi 33, elle statue sur le cas où deux personnes, ne voulant pas surenchérir l'une sur l'autre, ont chargé quelqu'un d'acheter pour elles, et dans la pensée de n'être point en société, mais en simple communauté, lorsque l'achat serait fait. Nous n'admettrions probablement pas chez nous cette subtile distinction.

521. Pour pouvoir former une société, il faut, en général, avoir la capacité de contracter. A cet égard, il convient de se reporter à ce que nous avons dit sur la capacité des personnes, dans les différentes parties de cet ouvrage, notamment aux titres du *Mariage*, de la *Minorité et de la tutelle*; de l'*Interdiction*, et des *Contrats et des obligations conventionnelles en général*, en observant le principe posé dans l'article 1125, savoir, que les personnes capables de s'engager ne peuvent se prévaloir de l'incapacité du mineur, de l'interdit, et de la femme mariée non autorisée, avec lesquels elles ont contracté. La nullité est relative, et encore elle ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi (*ibid.*). Et quant aux sociétés universelles, l'article 1840, que nous analyserons bientôt, détermine entre quelles personnes elles peuvent avoir lieu.

522. Il n'est pas besoin de dire que ce contrat, comme tous les autres, doit être exempt des vices d'erreur, de violence ou de dol; et d'après la distinction du Droit romain, entre les contrats *bonæ fidei* et les contrats *stricti juris*, distinction suivant laquelle le juge, dans les contrats de la première espèce, devait juger d'après les règles de l'équité et de la bonne foi, plutôt que d'après les principes rigoureux du Droit ¹,

¹ En sorte que, quand bien même, sous le système de procédure formulaire, la formule délivrée par le préteur ne contenait point de restriction relative à quelque exception de dol, ou autre, le juge décidait la cause d'après les faits, comme si cette restriction y eût été insérée; ce qu'il n'aurait pas pu faire dans les affaires dites *stricti juris*. Il y avait encore bien d'autres différences, notamment en ce qui touchait les intérêts, qu'il adjugeait dans les affaires *bonæ fidei*, et non dans les autres, s'ils n'avaient pas été stipulés.

l'on regardait comme nul *ipso jure*, dans cette législation; le contrat de société qui n'avait eu lieu que par suite de manœuvres pratiquées par l'une des parties envers l'autre pour la circonvenir et la tromper; en sorte qu'il n'y avait même pas besoin d'une action rescisoire pour le faire annuler : il était nul par le fait. *Si dolo malo, aut fraudandi causâ, societas coita sit, ipso jure nullius est momenti, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.* L. 3, § 3, ff. *pro Socio*.

Dans notre Droit, une société ainsi contractée, comme tout autre contrat ou convention, ne serait point nulle de plein droit; il y aurait seulement lieu à l'action en nullité ou rescision, suivant l'article 1117; et l'action devrait être intentée dans le délai fixé par l'article 1304. Enfin, la nullité pourrait se couvrir par la ratification, expresse ou tacite, conformément à l'article 1338.

525. Le contrat de société est du nombre de ceux qui, comme la vente, le louage et le mandat, et, dans notre Droit, l'échange ¹, se forment par le seul consentement des parties, qui *solo consensu perficiuntur* : en ce sens qu'il y a contrat de société par le fait seul de la convention, encore que rien n'ait été livré ou payé; et le consentement peut-être exprimé de toute manière; sauf ce que nous dirons bientôt relativement aux sociétés anonymes, et aux sociétés de commerce en nom collectif ou en commandite, dans lesquelles la loi exige des actes pour leur formation et leur validité.

¹ Voyez au tome précédent, titre de l'Echange, pourquoi nous disons ici dans notre Droit.

524. C'est un contrat essentiellement synallagmatique, commutatif, par cela même à titre onéreux ; car ce que chacune des parties met dans la société est considéré comme l'équivalent de ce que l'autre y apporte ; d'où il suit que chacun des contractans doit y mettre quelque chose, soit en argent ou autres biens, soit en travail ou industrie (art. 1833), sinon la convention aurait le caractère d'une libéralité plutôt que celui d'une société : *donationis causâ societas recte non contrahitur*. L. 5, § 2, ff. *pro Socio*.

De là Pothier conclut que la convention par laquelle un oncle déclarerait associer sa nièce pour une certaine part dans les bénéfices qu'il fera dans son commerce pendant un certain nombre d'années, ou sans limitation de temps, sans que la nièce y apportât quelque chose, soit en biens, soit en industrie, ne serait pas une convention de société, mais une pure libéralité ; et, suivant lui, cette libéralité serait nulle si elle n'était pas faite par le contrat de mariage de la nièce, attendu, dit-il, qu'elle aurait pour objet *des biens à venir*, qui ne peuvent être valablement donnés, d'après nos lois, que par le contrat de mariage du donataire ¹.

Il nous semble que ce ne serait pas là une donation de biens à venir, pas plus que n'est une donation de biens à venir celle que je fais des fruits qui proviendront de mon fonds en telle année. C'est une donation éventuelle et indéterminée dans sa valeur, mais non une donation de biens à venir dans le sens de l'article 943 du Code. Tel est aussi l'avis de M. Pardes-

¹ M. Delvincourt a suivi la décision de Pothier sur l'un et l'autre point.

sus, qui s'exprime ainsi dans son *Cours de Droit commercial*, tome IV, n° 983 :

« On ne peut être membre d'une société sans y
« rien conférer. La convention par laquelle des per-
« sonnes qui s'associent consentiraient qu'une d'elles
« ait telle portion d'intérêt, sans faire aucune mise,
« serait en général une libéralité qu'aucune loi n'in-
« terdit, et dont les effets seraient déterminés par les
« règles générales.

« Mais ce principe doit être sainement entendu et
« appliqué. Si celui qui a formé un établissement,
« une entreprise, ou commencé une opération quel-
« conque, faisait donation à quelqu'un d'un quart,
« de moitié, ou de toute autre quotité dans cette en-
« treprise, la portion d'intérêt ainsi donnée, étant une
« chose présente, un droit certain à des profits éventuels,
« ne pourrait être considérée comme une simple donation
« de biens à venir, ni frappée de la même prohibition.

« Une telle part peut être vendue : il n'y a donc
« aucun motif pour qu'elle ne puisse être donnée.
« Cette manière de disposer n'est pas plus une dona-
« tion de biens à venir que ne le serait celle d'un
« billet de loterie, qui a l'effet d'assurer au porteur
« le produit de ce que le sort fera échoir aux numé-
« ros portés sur ce billet. La seule condition néces-
« saire, mais qui ne tient ni à la nature des choses
« ni aux principes du droit commercial, serait qu'une
« telle donation n'eût pas pour objet d'éluder les lois
« qui prohibent ou limitent la faculté de donner à
« certaines personnes. »

Il n'y aurait pas lieu non plus de dire, selon nous, que la convention est nulle comme contenant une donation dont l'effet dépendait de la seule volonté de l'oncle, qui pouvait ne pas faire de bénéfices dans son commerce, en ne faisant pas d'affaires, ou en en faisant volontairement de mauvaises ; car la société une fois contractée par le don d'une part des bénéfices à la nièce, celle-ci se trouverait avoir un intérêt qui empêcherait l'oncle d'agir à ce sujet suivant son libre arbitre. Autre chose serait s'il avait donné à sa nièce une portion des bénéfices qu'il ferait dans une société non encore existante, mais dans une société qu'il se proposait, a-t-il dit, de contracter avec quelqu'un : dans ce cas, pouvant ne pas contracter cette société, l'effet de la donation aurait effectivement dépendu de sa seule volonté ; ce qui répugne à la nature des donations non faites par contrat de mariage (art. 944 et 947 combinés). Mais notre cas est bien différent : dans celui-ci, c'est comme si l'oncle avait vendu à sa nièce une part des bénéfices qu'il ferait dans son commerce pendant tant d'années. Tout ce qu'on peut dire, c'est que, puisque c'est réellement une donation, l'acte qui la confère devrait être fait dans la forme des actes portant donation, et la nièce serait assujettie au rapport à la succession de l'oncle, si elle devenait son héritière (art. 843 et 854 analysés et combinés), à moins de déclaration de préciput ou de hors part, soit dans l'acte même, soit dans un acte postérieur en bonne forme. (Art. 919.)

525. Au surplus, une convention de société ne

cesse pas d'être valable comme société par cela seul que l'une des parties l'aurait contractée en vue de procurer quelque avantage à l'autre, par exemple en y apportant autant que celle-ci et en ne stipulant néanmoins qu'un tiers ou un quart soit dans les simples bénéfices, soit même dans le fonds commun. Telle est l'opinion commune, notamment celle de Voët *ad Pandectas, hoc tit.*

En effet, une vente ne cesse pas d'être une vente quoique le vendeur ait vendu à bas prix pour avantager l'acheteur : la loi 38, ff. *de Contrah. empt.* est formelle à cet égard, et l'article 1674 du Code civil suppose une vente faite avec mélange de donation expresse. Or, pourquoi en serait-il autrement en matière de société ? On n'en voit pas la raison. Il est même à remarquer que cette loi 38, et la loi 5, ff. *pro Socio*, sont du même jurisconsulte, d'Ulpien, ce qui doit naturellement faire croire que, lorsqu'il dit, dans cette dernière, que la société contractée *donationis causâ* est nulle, il entend parler d'une société qui serait contractée uniquement en vue de conférer une libéralité à l'une des parties, qui n'y mettrait absolument rien ou presque rien, et non du cas où le caractère de la société prédominerait réellement ; sauf, au surplus, l'application ultérieure, s'il y a lieu, des règles sur le rapport à succession, et même des règles sur la réduction des avantages excessifs, pour fournir les réserves.

526. Mais de ce que celle des parties qui n'apporterait absolument rien ou presque rien (car presque

rien et rien, dans l'ordre moral, sont la même chose), se chargerait d'une partie de la perte, dans le cas où il y en aurait, cela ne ferait pas qu'il y aurait société : ce serait plutôt un contrat d'assurance qu'un contrat de société véritable; et ce contrat d'assurance pourrait aussi cacher, suivant les circonstances de l'affaire, une véritable libéralité, sujette, à ce titre, à rapport à succession, s'il y avait lieu, et même aussi aux règles sur la réduction des avantages excessifs.

527. Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties. (Art. 1833.)

Toute société doit avoir un objet licite; c'est dire clairement qu'une convention d'association pour faire la contrebande, pour aller voler en commun, pour tenir une maison de prostitution, etc., etc., et partager les bénéfices, est nulle et de nul effet. Il n'en peut naître aucune action contre celui qui, ayant en sa possession les objets obtenus par ces moyens illicites, n'y voudrait pas faire participer les autres¹; comme, de son côté, s'il les avait partagés, il ne pourrait répéter des autres ce qu'ils en auraient eu². Il n'aurait pas non plus d'action contre eux pour leur faire supporter leurs parts des condamnations qu'il aurait essuyées, ou des autres pertes qu'il aurait faites. En un mot, une semblable convention ne saurait produire aucune action.

¹ L. 35, § 2, ff. de Contrah. empt.; L. 1, § 14, ff. de Tut. et rat. distrab.; L. 52, § 17, et L. 57, ff. pro Socio.

² LL. 53 et 54, ff. pro Socio.

528. Et comme le but de toute société doit être l'intérêt commun des associés, il suit de là que ce ne serait point une société, la convention qui attribuerait tous les bénéfices à l'un ou à plusieurs des contractans seulement : ce serait ce que les jurisconsultes romains appelaient *societatem leoninam*, par allusion à la fable du lion allant à la chasse avec d'autres animaux, et qui garde pour lui seul toute la proie ; ce serait la convention de la force avec la faiblesse, c'est-à-dire l'absence de toute convention réelle, car il n'y en a pas sans un consentement libre.

Ce ne serait pas non plus une société quand bien même celui qui devrait avoir tout le profit se serait chargé de toute la perte, car il n'y aurait toujours point d'intérêt commun.

Et il n'y aurait point non plus société, *vice versâ*, dans le cas de la stipulation au profit d'un bailleur de fonds, d'une part réglée d'avance et à forfait dans les bénéfices à réaliser d'une société commerciale, indépendamment de l'intérêt légal des sommes par lui remises dans la prétendue société ; car ce serait simplement un prêt avec clause usuraire, puisqu'il ne courrait aucun danger de perte, que la perte serait supportée en entier par l'autre partie, contrairement au vœu de l'article 1855 ¹.

Nous reviendrons plus bas sur ces sortes de conventions.

529. Si je conviens avec un pâtre qu'il gardera mon troupeau pendant trois ans, moyennant un quart

¹ Voyez l'arrêt de cassation, du 17 avril 1837. Devilleneuve, 37, I, 275.

de la laine et du croît, c'est bien là une véritable société, dans laquelle l'un met la jouissance de sa chose, et l'autre son temps, mais si, au lieu de lui attribuer un quart du profit, je lui promets une certaine quantité de livrés de laine de ce troupeau par an, est-ce là un contrat de société? Il semble que non, parce que le profit du troupeau ne doit pas être commun entre nous, même simplement pour la laine, de laquelle il ne peut avoir au-delà de la quantité convenue; ce qui ressemble beaucoup plus à un salaire qu'à un intérêt dans une société. Et comme ce salaire n'est point en argent, le contrat ne serait point non plus un louage proprement dit, mais un contrat innommé. La question a de l'importance : car si l'on décide que c'est une société, et que, durant le temps convenu, le troupeau vienne à périr en totalité, la perte du troupeau me concernera bien, sans doute, mais le pâtre perdra incontestablement de son côté la quantité de laine qui lui avait été promise pour l'année pendant laquelle la perte est arrivée. Au lieu que, si l'on décide que le contrat, sans être un louage proprement dit, tient néanmoins beaucoup plus du louage que de la société, la perte du troupeau pourrait bien ne pas me dispenser de payer au pâtre une quantité de laine en proportion du temps pendant lequel il lui a donné son temps et ses soins durant l'année où la perte est arrivée : il y aurait à examiner si j'ai entendu restreindre à la laine que produirait le troupeau, la quantité que j'en ai promise au pâtre, ou bien si le troupeau n'était désigné dans la convention que *potius unde solveretur*,

demonstrationis causâ, et non *taxationis causâ*; et généralement on devrait incliner à la dernière interprétation, parce qu'il est à croire que le pâtre n'a pas entendu faire un contrat en quelque sorte aléatoire.

550. Si deux voisins, ayant chacun un bœuf, avec lequel ils ne peuvent faire leurs labours, conviennent que l'un d'eux se servira du bœuf de l'autre la semaine prochaine, et que celui-ci, en retour, se servira du bœuf du premier la semaine suivante, ce n'est pas là non plus un contrat de société, parce que le travail à faire n'aurait pas lieu pour l'un et pour l'autre; l'intérêt ne serait pas commun. Ce n'est pas non plus un commodat, parce que le contrat n'est pas gratuit; il est, au contraire, commutatif. Enfin ce n'est pas non plus un louage de choses, attendu que le prix n'est pas en argent. C'est un contrat innommé, qui eût produit, dans le Droit romain, l'action *præscriptis verbis*¹, et qui, chez nous, serait régi par les règles générales du contrat de louage.

551. Mais si ces individus employaient leurs bœufs à faire un charroi qui leur serait commun, par exemple pour aller chercher un char de bois qu'ils devraient partager, leur convention serait un véritable contrat de société, dans laquelle chacun d'eux aurait mis la jouissance ou l'usage de sa chose pour un but d'intérêt commun, quoique pour un temps très-limité.

Et si le propriétaire d'un terrain convient avec un entrepreneur que celui-ci y fera, avec ses matériaux, telles constructions, pour le tout être commun entre

¹ § 2, Instit. de Locatione et conduct.

eux, et être vendu en commun, ou licité entre eux, c'est également un contrat de société, et non un louage d'ouvrage.

352. Ulpien, dans la loi 44, ff. *pro Socio*, suppose qu'une personne qui a des pierreries les remet à une autre pour les vendre, en lui disant que si elle les vend 10,000 sesterces, elle devra lui rendre cette somme; mais que, si elle les vend davantage, elle gardera le surplus; et Ulpien dit que la question de savoir si la convention est un contrat de société ou un contrat innommé, dépend de l'intention qu'ont eue les parties. Si leur intention a été de faire une société, il y a lieu à l'action *pro socio*, avec tous ses effets. Dans le cas contraire, il y a lieu seulement à l'action *præscriptis verbis*. Or, l'intention des parties n'aurait pas été de faire une société si elles n'avaient eu en vue un bénéfice à faire en commun.

Supposez, en effet, que celui qui avait les pierreries n'eût pas été embarrassé d'en avoir 10,000 sesterces, au cas où il eût voulu les vendre; que son but, en les remettant à l'autre partie, n'ait été que de lui rendre un service, pour qu'elle pût, en les vendant au-delà de cette somme, faire un bénéfice : dans ce cas, ce n'eût pas été une société, mais un contrat innommé.

353. Voici un autre cas où la question de savoir s'il y a société dépend aussi de l'intention qu'ont eue les parties lors de la convention.

Entre les fonds de Sempronius et de Séius il existe un autre fonds, qui est à vendre. Sempronius dit à Séius de l'acheter, afin que lui Sempronius ait la par-

tie qui le joint; et ensuite il l'achète lui-même. On demande si, dans le cas où il voudrait garder tout le fonds pour lui, Séius est en droit de le forcer, par l'action *pro socio*, à lui en relâcher la moitié, moyennant la moitié du prix qu'il a coûté; et Ulpien, dans loi 52, à ce titre, dit, d'après Julien, que c'est là une question de fait, une question d'intention des parties. Si, dit-il, Sempronius, en disant à Séius d'acheter ce fonds, a eu pour but de l'obliger à lui en remettre la moitié lorsque celui-ci l'aurait acheté, et non pas de lui faire faire un achat pour un intérêt commun, ce n'est pas un contrat de société, mais bien un contrat de mandat, donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire; ce qui est fréquent : et en achetant lui-même le fonds, il a rendu le mandat superflu; car le mandant peut toujours faire lui-même son affaire, puisqu'il peut toujours révoquer le mandat. Mais si la pensée des parties était que l'achat du fonds serait une affaire commune, et, qu'ainsi acheté, ce fonds serait commun entre elles, alors il y a société, et celui qui l'a acheté peut être contraint, par l'action *pro socio*, à en céder la moitié à l'autre.

554. Par rapport aux associés, et même par rapport aux tiers, la société, dans notre Droit, doit être regardée comme un être moral, un être intermédiaire, en un mot, une tierce personne, qui a ses droits et ses obligations séparés des droits et des obligations de chacun des associés dans la société : c'est ce qui résulte d'une foule de dispositions de ce Titre, où les rédacteurs du Code distinguent fort clairement la société,

des associés, et c'est ce que nous ferons d'ailleurs particulièrement remarquer *decursu materiae*.

Nous disons *dans notre Droit*, parce que, dans le Droit romain, on considérait la chose autrement : l'effet du contrat de société était principalement de produire des obligations entre les associés, pour se contraindre réciproquement à exécuter les conventions portées au contrat, et l'on ne supposait pas, comme chez nous, un être intermédiaire, ayant ses droits et ses obligations indépendans des droits et des obligations des associés pris individuellement.

Cela est important en ce que, si la société devait être envisagée au point de vue du Droit romain, les créanciers particuliers d'un associé auraient le droit de concourir avec les créanciers de la société pour se faire payer sur la part d'actif qui reviendrait à l'associé dans la masse commune ; au lieu que si elle doit être considérée comme une sorte de tierce personne, ayant ses droits et ses obligations distincts des droits et des obligations de chaque associé, son actif doit d'abord servir à payer son passif avant de servir à solder le passif de tel ou tel associé.

On convient bien généralement que c'est sous ce dernier point de vue que l'on doit considérer les sociétés de commerce en nom collectif, en commandite, ou anonymes, parce que, dit-on, ces sociétés étant rendues publiques, les tiers qui traitent avec elles n'ont en vue que la société elle-même. Mais quelques personnes prétendent qu'il en doit être autrement des sociétés civiles, et, par la même raison, des associa-

tions de commerce en participation, parce que rien ne les annonce au public.

Nous n'admettons pas cette distinction. Pour nous, toute société est un être moral, une sorte de tierce personne, dont les droits et les obligations sont distincts des droits et des obligations de chaque associé en particulier, qui a ou peut avoir des droits à exercer vis-à-vis de chaque associé, comme chaque associé en a ou peut avoir à exercer vis-à-vis d'elle-même. L'analyse de plusieurs des dispositions du Code sur cette matière fait foi de la justesse de ce principe, ainsi qu'on le verra successivement.

Ainsi, ces sociétés peuvent avoir un gérant comme les sociétés de commerce, et le pouvoir qui lui a été donné ne peut même, sans cause légitime, être révoqué, s'il a été donné par l'acte de société (art. 1856). Ces sociétés, tant qu'elles subsistent, doivent (en matière personnelle, toutefois) être assignées au tribunal du lieu où elles sont établies, conformément à l'article 59 du Code de procédure, qui ne distingue pas entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, tandis que l'article 69 du même Code fait, au contraire, cette distinction. *Voyez*, toutefois, relativement aux exploits d'assignation en matière de société civile, tant en demandant qu'en défendant, la note placée sous le n° 435, *infra*.

SECTION II.

DE LA FORME ET DE LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

- 335. *Texte de l'article 1834, sur la preuve de la société.*
- 336. *Le serment peut être déféré, et la société être prouvée par l'aveu de la partie, aussi dans les cas où la preuve par témoins ne serait pas admissible.*
- 337. *Mais les sociétés anonymes et les sociétés en nom collectif sont assujetties à certaines formalités pour leur validité.*
- 338. *Disposition de l'article 854 du Code civil relativement au rapport à succession.*
- 339. *Cas où les parties ont entendu n'être liées, quant à leur convention de société, que lorsqu'elles en auraient fait un acte.*
- 340. *Si l'acte de société est sous seing-privé, il doit être fait conformément aux dispositions de l'article 1325.*
- 341. *Et pour pouvoir être opposé aux tiers, il doit avoir acquis date certaine de l'une des manières exprimées à l'article 1328.*
- 342. *Ceux qui achètent en commun, et qui forment ainsi une société, n'ont besoin que d'un seul double pour eux tous.*
- 343. *Ce qu'on doit entendre par ces mots de l'article 1834, lorsque leur objet excède la valeur de 150 francs.*
- 344. *La preuve par témoins aidée d'un commencement de preuve par écrit est admissible même quand il s'agit d'une société dont l'objet excède cette somme.*
- 345. *Autre cas.*

335. Le contrat de société se forme bien, comme nous l'avons dit, par le seul consentement des parties, et même, dans beaucoup de cas, quand il s'agit de sociétés particulières, le consentement n'a pas besoin d'être exprimé formellement; il peut s'induire des circonstances du fait : comme lorsque deux personnes

achètent en commun un objet¹; mais la preuve du contrat de société ne se fait que suivant les règles générales sur les preuves. C'est d'après ce principe que l'article 1834 porte :

« Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit
« lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent
« cinquante francs.

« La preuve testimoniale n'est point admise contre
« et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce
« qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis
« cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou va-
« leur moindre de cent cinquante francs. »

556. C'est le principe général de l'article 1341 appliqué aux contrats de société; mais comme ce même principe ne fait aucun préjudice aux autres moyens de preuve autorisés par la loi, et résultant du serment et de l'aveu de la partie; qu'il n'a pour but que d'écarter la preuve testimoniale dans les cas qu'il prévoit, il s'ensuit que rien n'empêche celui qui prétend qu'une société dont l'objet excéderait cent cinquante francs a été convenue avec lui, de déférer le serment à celui avec lequel il soutient avoir fait cette convention; car le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'y ait aucune preuve; et celui à qui il est déféré et qui refuse de le prêter ou de le référer à son adversaire, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. (Art. 1358, 1360 et 1361.)

¹ *Societatem coire et re, et verbis, et per nuncium posse nos dubium non est, L. 4, ff. pro Socio,*

Il peut, par la même raison, le faire interroger sur faits et articles, pour en obtenir l'aveu de la convention de société et la réalisation de sa mise.

Ces propositions sont assurément incontestables dans les cas où l'objet de la société n'excéderait pas cent cinquante francs ; or, est-ce que le contrat changerait de nature parce que son objet excéderait cette somme ? Cela ne serait ni raisonnable ni conforme aux principes du Droit ; et si on pouvait le dire en matière de société, on pourrait également le dire en toute autre matière ; mais alors on mettrait la loi en opposition avec elle-même, puisqu'elle veut pareillement, dans l'article 1341, que, de toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs, il soit passé un écrit, et néanmoins qu'elle décide plus loin que le serment et l'aveu de la partie sont des preuves suffisantes en toute sorte de conventions ¹.

Tel était aussi le sentiment de Pothier, qui s'exprime ainsi dans son traité *de la Société*, n° 81 : « Cet
« écrit, comme nous l'avons déjà dit, n'est requis
« que pour la preuve du contrat de société, dans le
« cas auquel l'une des parties en disconviendrait ;
« mais le contrat de société formé par le seul con-
« sentement des parties, quoiqu'il n'en ait été fait au-
« cun écrit, ne laisse pas d'être valable en soi, et
« d'obliger les parties dans le for de la conscience, et
« même dans le for extérieur, lorsqu'elles en con-

¹ Voyez, en ce sens, un arrêt de la cour de Bruxelles du 28 juin 1810 (Sirey, 1814, part. II, pag. 93) ; voyez aussi dans le recueil de M. Dalloz, au mot *Société*, plusieurs décisions conformes.

« viennent : on peut aussi déférer le serment décisoir
« à la partie qui n'en voudrait pas convenir. »

557. Mais notre principe, que la société se forme par le seul consentement des parties, de quelque manière qu'il soit exprimé, reçoit toutefois quelques limitations.

1° En matière de sociétés anonymes : ces sociétés ne peuvent être formées que par des actes publics. (Art. 40 du Code de comm.)

2° Dans le cas de sociétés de commerce en nom collectif ou en commandite : ces sociétés doivent être formées par actes authentiques ou sous seing-privé, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil. (Art. 39, *ibid.*)

L'extrait de l'acte de société doit être remis, dans la quinzaine de sa date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison de commerce social, pour être transcrit sur le registre, et être affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissemens, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

Chaque année, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux de commerce désigneront, au chef-lieu de leur ressort, et, à leur défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devront être insérés dans la quinzaine de leur date, les extraits d'acte de société en nom collectif ou en

commandite, et régleront le tarif de l'impression de ces extraits.

Il sera justifié de cette insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Ces formalités seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés. (Art. 42, modifié par la loi du 31 mars 1833.)

L'extrait doit contenir :

Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires ou commanditaires ;

La raison de commerce de la société ;

La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ;

Le montant des valeurs fournies ou à fournir par action ou en commandite ;

L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir. (Art. 43.)

L'extrait des actes de société est signé, pour les actes publics, par les notaires, et pour les actes sous seing-privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, et par les associés solidaires ou gérans, si la société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas par actions. (Art. 44.)

Ces formalités ont été introduites afin que, dans le cas où l'un des associés viendrait à faire faillite, les créanciers de la société puissent parfaitement connaître les autres. Mais comme les simples bailleurs de

fonds, ou commanditaires, ne sont tenus que de leur mise, leurs noms ne sont pas rendus publics.

Nous n'avons pas à développer les règles sur les sociétés de commerce, matière fort compliquée, et qui nous jetterait hors de notre sujet.

558. 3° Suivant l'article 854 du Code civil, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique : d'où il suit clairement que si ces associations ont procuré des bénéfices à l'héritier qui a accepté l'hérédité, même bénéficiairement, elles peuvent être annulées dans leur effet par l'obligation du rapport à la succession, *si elles n'ont pas été convenues par acte authentique*. Nous en avons donné la raison lorsque nous avons analysé cet article, au tome VII, n° 339 et suivant, où nous apportons toutefois une modification à cette disposition de l'article 854.

559. 4° Même dans les sociétés non commerciales, si les parties, tout en convenant d'une société et de toutes les conditions qui s'y rattachent, ont néanmoins entendu n'être définitivement liées que lorsqu'elles en auraient passé un acte, soit authentique, soit sous seing-privé, suspendant ainsi leur consentement jusqu'à la rédaction de cet acte avec les signatures, il faut en effet que l'acte soit passé pour qu'il y ait réellement contrat de société : jusque-là, il n'y a qu'un projet, que chacune des parties s'est réservé la faculté d'abandonner. Il en est de ce cas comme de celui d'une convention de vente faite dans les mêmes circonstan-

ces, et ce que nous avons dit à ce sujet sur *la Vente*, au tome précédent (n° 39), est applicable aussi à une telle convention de société. En sorte que, si la partie interrogée sur le fait de cette convention, ou à laquelle le serment serait déféré, avoue qu'effectivement la convention a existé, mais déclare aussi que, dans l'intention des parties, ou du moins dans la sienne, elle ne devait être définitivement obligatoire qu'au moyen d'un acte qui devait la constater, son aveu ne devrait point être divisé (art. 1326), et l'autre partie devrait succomber.

340. Lorsque la société est convenue par acte sous seing-privé, l'acte doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre d'originaux qui ont été faits, conformément à l'article 1325. Néanmoins la partie qui a exécuté de son côté la convention ne peut opposer le défaut de cette mention (*ibid.*), ni même le défaut réel de double, ainsi que nous l'avons démontré sur cet article, au tome XIII, n° 160 et suivans.

341. Et pour pouvoir être opposé aux tiers, il faut que l'acte ait acquis date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès de l'un des signataires, soit par l'insertion de sa substance dans un acte authentique, conformément à l'article 1328.

342. Quand nous disons que, lorsque l'acte de société est sous seing-privé, il doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, cela n'est vrai néanmoins, quant aux associés, que dans

les cas où c'est par des choses qui leur appartiennent déjà qu'ils forment le fonds de leur société, et non lorsqu'il ss'associent par un achat qu'ils font en commun, cas dans lequel il y a également société quant à cet objet, d'après la loi 2 au Code, *pro Socio*, si telle a été leur intention; et elle se présume facilement.

Ainsi, Paul et moi nous achetons de Pierre une partie de bois sur pied pour en faire la coupe et la vente en commun; nous sommes incontestablement en société quant à cet objet; et si nous traitons de cet achat par acte sous seing-privé, comme nous avons, Paul et moi, un intérêt commun, il suffit d'un seul original pour tous deux, et cet acte constatera parfaitement et notre acquisition et notre association tout à la fois. C'est là une société tacite; elle serait même aussi présumée dans le cas où nous n'aurions pas acheté le bois en vue de l'exploiter et de le vendre en commun, mais dans l'intention de le partager entre nous après l'acquisition. Les sociétés particulières se forment volontiers tacitement. L. 4, ff. *hoc tit.* Vide Voët *ad Pandectas, hoc tit.* n° 2.

545. L'article 1834 veut que toutes sociétés soient rédigées par écrit lorsque leur objet est de plus de cent cinquante francs, en ce sens, comme nous venons de le dire, que la preuve testimoniale n'est pas admise au-delà de cette valeur. Mais que doit-on entendre par *l'objet de la société*? Est-ce l'ensemble de toutes les mises, ou simplement le montant de ce que prétend le demandeur, soit dans les mises, soit dans les bénéfices?

C'est dans ce dernier sens que nous avons résolu cette question, en traitant de la *Preuve testimoniale*, tome XIII, n° 301, et nous persistons dans cette manière de voir. L'objet de la société, pour le demandeur, c'est réellement la part qu'il y prétend. Il serait absurde, par exemple, que, si vingt personnes avaient mis en commun chacune dix francs pour une certaine destination, et livré ces sommes à l'une d'elles, aucune ne pût prouver par témoins la convention de la société et la réalisation de sa mise, sous le prétexte que l'objet de la société, le fonds social, le total des mises, était dans l'origine de plus de 150 fr.

Si l'on devait s'attacher à la somme ou valeur du total des mises, ou du fonds social primitif, il résulterait de là que, dans le cas d'une société entre vous et moi, je pourrais vous demander mille francs et davantage, en appuyer ma demande sur la seule preuve testimoniale, en prétendant que nos mises n'ont été que de soixante francs seulement chacune, mais qu'il y a eu des bénéfices qui ont élevé le fonds social jusqu'à la valeur de plus de deux mille francs, et que vous avez en main ces bénéfices. Or, le but de la loi sur la preuve par témoins ne serait-il pas, au contraire, évidemment méconnu ? Au lieu qu'il sera parfaitement atteint si la demande, appuyée sur la seule preuve testimoniale, n'a pas pour objet une valeur excédant cent cinquante francs, tout compris, mises et bénéfices allégués, en un mot, la part du demandeur dans les choses communes et détenues par le défendeur¹.

¹ M. Duvergier ne s'attache, au contraire, qu'au montant des mises

544. Et puisque, suivant nous, l'article 1834 n'est qu'une application du droit commun au contrat de société, nous concluons de là que, quand bien même la demande excéderait cent cinquante francs, elle pourrait être prouvée par témoins s'il existait un commencement de preuve par écrit, conformément à l'article 1347.

545. Par la même raison, si la société a été contractée dans une circonstance particulière, où il a été impossible aux parties de faire un acte, la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve écrite, est recevable pour établir la convention de société, ou la mise en commun des objets, ainsi que la remise des choses de l'un des associés à l'autre (art. 1348). Mais ce cas sera rare, et les tribunaux n'accueilleraient probablement que très-difficilement la preuve testimoniale toute seule en pareil cas.

totales, eussent-elles augmenté vingt fois de valeur, ou fussent-elles réduites à presque rien par des pertes. Mais est-ce bien là l'esprit de la loi sur la preuve testimoniale, quand on voit que la demande à fin d'admission de cette preuve doit être rejetée si l'action contient, outre la demande du capital ne s'élevant pas à 150 francs, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excède cette somme (art. 1342)? Et que l'on ne dise pas que le créancier, ici, est en faute de n'avoir pas exigé une preuve écrite; qu'il devait prévoir que des intérêts viendraient à lui être dus; car nous répondrions que l'associé qui a fait une mise dans une société dont le fonds n'excédait pas 150 francs, devait prévoir aussi que la société ferait des bénéfices; puisqu'il ne la contractait que dans cette vue. Or, pourquoi l'admettre à la preuve testimoniale, à quelque somme que s'élevât sa demande, par cela seul que toutes les mises n'excédaient pas 150 francs? Le danger de la subornation des témoins n'est-il pas le même dans un cas que dans l'autre? Et ce danger existe-t-il lorsque le demandeur sollicite l'admission de la preuve testimoniale au sujet d'une demande qui n'excède pas 150 francs, qu'il fixe lui-même à ce chiffre, ou au-dessous, tout compris, sa mise et sa part dans les bénéfices prétendus? Pourquoi donc ne tenir aucun compte de l'esprit des lois, du but qu'elles se sont proposé, pour ne s'attacher qu'à la lettre, à une rédaction équivoque d'ailleurs, lorsque tant d'exemples nous démontrent que cette même rédaction, surtout dans le Code civil, ne

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS.

546. Les sociétés sont universelles ou particulières.
(Art. 1835.)
Nous parlerons d'abord des premières.

SECTION PREMIÈRE.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

SOMMAIRE.

346 bis. *Division de la section.*

546 bis. On distingue deux sortes de sociétés universelles : la société universelle de tous biens présents, et la société universelles de gains (art. 1836). Nous traiterons de chacune d'elles dans un paragraphe par-

répond pas toujours à la pensée du législateur ? Laissons ce mode d'argumentation à de vulgaires praticiens : il n'est pas fait pour M. Duvergier. Pour nous, s'il fallait commenter la loi d'une manière aussi étroite, à la manière anglaise, nous briserions à l'instant notre plume.

Voyez toutefois dans le recueil de Dalloz, au mot *Société*, un arrêt de la cour de Turin du 24 mars 1807, qui semble n'avoir eu égard, quant à l'admission de la preuve testimoniale, qu'au montant des mises, et non à la valeur de l'objet demandé. Dans l'espèce, les deux mises étaient d'une trentaine de sous chacune, pour jouer à la loterie, et il y avait eu un gain de 7,178 francs, plus un autre de 27 francs; mais comme la mise à la loterie qui avait produit les 7,178 francs avait déjà eu lieu au moment où celui qui l'avait faite avait reçu de l'autre sa mise dans la société, le premier prétendit ensuite que ce gain devait lui appartenir à lui seul, et qu'il ne devait y avoir de commun que le gain de 27 francs. C'est plutôt sur ce point que roulait en réalité le procès, que sur l'existence de la convention de société, qui a fini par être avouée dans le cours de l'instance; en sorte que cet arrêt n'est point du tout décisif contre notre manière d'interpréter l'article 1834. D'ailleurs, s'il avait décidé purement et simplement que l'on ne doit s'attacher qu'au montant du total des mises, relativement à l'admission ou au rejet de la preuve testimoniale, il fournirait bien la démonstration la plus évidente du danger auquel cet article exposerait le défendeur, puisque l'allégation d'une mise de trente sous dans une société l'exposerait à payer au demandeur la moitié d'une somme de 7,178 francs. Cela seul ferait le procès à cette manière d'entendre l'article.

ticulier, et nous verrons ensuite entre quelles personnes peuvent avoir lieu les sociétés universelles de l'une ou l'autre espèce.

§ 1^{er}.

De la société universelle de tous biens présens.

SOMMAIRE.

- 347. *Quelle est la société universelle de tous biens présens, et ce que les parties peuvent y comprendre.*
- 348. *Ce que comprenait la société omnium bonorum dans les anciens principes.*
- 349. *Nous ne la connaissons plus, ni les sociétés taisibles.*
- 350. *Si la clause tendant à faire entrer dans la société de tous biens présens, les biens qui adviendront par succession, donation ou legs, rendrait nulle la société elle-même.*
- 351. *Si la société de tous biens présens comprend de plein droit les fruits des biens à échoir par succession, donation ou legs : Oui, suivant l'auteur.*
- 352. *Les objets acquis à l'un des associés, durant la société, par des moyens illicites, ne font point partie de la société, à moins qu'il ne les y ait mis lui-même.*
- 353. *Pour qu'une chose fasse partie de la société comme bien présent, il suffit que l'associé y ait un droit conditionnel au temps du contrat de société, et qui s'est réalisé ensuite.*
- 354. *Les biens possédés par les associés sont présumés communs jusqu'à preuve du contraire.*
- 355. *Silence du Code sur divers points relatifs aux sociétés universelles.*
- 356. *Des dettes des associés existantes au jour du contrat.*
- 357. *Des dépenses des associés et de leur famille, et des dots des enfans.*
- 358. *Des condamnations civiles subies par l'un des associés pour crimes ou délits.*
- 359. *Des dettes contractées durant la société par l'un ou l'autre des associés, sans qu'il y ait justification d'emploi des deniers ou valeurs reçues,*

360. *Comment se règlent les parts dans la société de tous biens présents.*

547. La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer. (Art. 1837.)

Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains ; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est établi à leur égard ¹. (*Ibid.*)

548. Dans l'ancien Droit, au contraire, la société *universorum bonorum* comprenait pour la propriété les biens advenus aux parties par succession, donation ou legs pendant son cours ², à moins de stipulation

¹ Voyez l'article 1526, et ce que nous avons dit sur cet article au tome XV, n° 219 et seq.

Remarquez, au surplus, que ce ne peut être que par le contrat de mariage que les époux peuvent établir une société comprenant les biens qui leur adviendront par succession, donation ou legs, car ils ne peuvent changer en rien la communauté ordinaire qu'ils auraient d'abord établie, ou leurs autres conventions matrimoniales. À la vérité, rien n'empêcherait des époux séparés de biens par le contrat de mariage, d'établir entre eux une société même universelle ; car ils n'altéreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales ; mais cette société ne pourrait comprendre, pour la propriété, les biens qui leur adviendraient par succession, donation ou legs : elle aurait les mêmes effets qu'entre tous autres. M. Duvergier, n° 102, pense, au contraire, que des époux séparés de biens ne peuvent même former entre eux aucune espèce de société pendant le mariage. Mais où est donc la loi qui le leur défend ? Serait-ce la prohibition de changer les conventions matrimoniales ? Mais ce ne serait pas les changer le moins du monde : l'acte de société et le contrat de mariage seraient deux actes tout-à-fait indépendans l'un de l'autre, et dont les effets seraient par cela même tout-à-fait distincts.

² L. 5, § 1, ff. *pro Socio*. Vide Pothier, *Contrat de société*.

contraire, ou à moins aussi que le donateur ou le testateur n'eût exprimé, dans la donation ou le testament, sa volonté que la chose donnée ou léguée serait propre au donataire ou légataire. Et ces sociétés pouvaient fort bien être contractées entre personnes de fortune inégale, par la raison, dit Ulpien, dans la loi 5, § 1, ff. *pro Socio*, que souvent l'industrie de celui qui a le moins de biens équivaut à ce que l'autre en a de plus. Et il n'est pas douteux que la société de tous biens présents, ou celle de tous gains, ne puisse également, sous le Code, être contractée entre personnes de fortune inégale, et même avec des parts égales.

Mais comme l'expérience avait démontré que ces sociétés donnaient fréquemment lieu à des fraudes de la part de l'un des associés envers l'autre, par des allégations d'espérances souvent mensongères ou illusoires, ou par des renonciations à la société calculées d'avance, et surtout aussi parce qu'elles peuvent facilement cacher des donations, les rédacteurs du Code civil, tout en les admettant, n'ont toutefois pas voulu qu'elles pussent comprendre, pour la propriété, les biens qui adviendraient aux associés par succession, donation ou legs. D'ailleurs, quant aux successions, il n'y avait aucun motif de s'écarter de la règle que tout traité sur succession future est nul et de nul effet. S'il en est autrement dans la communauté entre époux, c'est en considération de la faveur du mariage; et encore, quant aux immeubles, présents comme futurs, n'entrent-ils pas de droit commun dans la commu-

nauté : il faut pour cela une convention spéciale portée dans le contrat de mariage.

La prohibition de faire entrer dans la société de tous biens présents, les biens qui adviendraient aux associés par succession, donation ou legs, s'applique aux meubles comme aux immeubles : l'article 1837 ne distingue pas, et la raison sur laquelle est fondée cette prohibition est d'ailleurs la même pour les uns que pour les autres.

549. Ainsi, nous ne connaissons plus l'ancienne société *omnium bonorum* ; nous avons seulement, à la place, la société de tous biens *présents*.

Nous ne connaissons plus pareillement ces sociétés universelles tacites appelées *sociétés taisibles*, et qui s'étaient encore conservées dans quelques Coutumes ¹, où elles résultaient de la cohabitation pendant l'an et jour, ou, comme l'on disait, par la vie à *pot commun* pendant ce temps. Il faut aujourd'hui un consentement exprimé pour former une société universelle ², et

¹ Notamment dans la Coutume de Berri. *Vide* Pothier, *Contrat de société*, n° 79.

* « La disposition de l'article 1834, qui veut que toutes sociétés soient rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 fr., a, dit le tribun Gillet, fait cesser une institution dont l'observateur aime à contempler quelquefois les derniers vestiges, celles des communautés *tacites* qui avaient lieu dans plusieurs Coutumes. Des familles unies depuis plusieurs siècles, sous le titre de *Copersonniers*, avaient honoré cette institution, qui portait dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale. Mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'idée de ces usages que comme d'intéressants souvenirs. »

Il n'est toutefois pas exact de dire que c'est la disposition de l'article 1834 qui a fait cesser l'usage de ces sociétés tacites, car cette disposition n'est pas nouvelle, puisqu'elle est tirée de l'ordonnance de Moulins et de l'ordonnance de 1667 ; et néanmoins ces sociétés subsistaient encore dans plusieurs Coutumes lors de la publication des lois nouvelles. Ce qui les a réellement fait disparaître, c'est la loi du 30 ventôse an xii, qui a for-

même généralement pour former une société particulière. Il y a peu d'exception à cette règle.

550. Mais nous ne croyons pas que la clause tendant à faire entrer dans la société de tous biens présents, et pour la propriété, tout ou partie des biens qui adviendraient aux associés par voie de succession, donation ou legs, annulât la société elle-même ; il n'y aurait de nul, selon nous, que la clause prohibée : on appliquerait la règle *utile per inutile non vitiatur*⁴. Vainement celui qui prétendrait que la société est nulle dans son ensemble, dirait que c'est en considération des brillantes espérances qu'avait le co-associé, qu'il a contracté avec lui ; qu'il avait plus de biens présents que lui, etc. : on lui répondrait qu'il devait savoir que la loi prohibait la stipulation qui tendait à faire entrer dans la société la propriété des biens qui adviendraient par succession, donation ou legs. L'article 1837, en effet, fait clairement voir qu'il n'y a que la clause qui soit nulle, et non la société elle-même : *toute stipulation, dit-il, tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée*. Ainsi, c'est la stipulation ayant cela pour objet qui est nulle, et cet article n'ajoute pas qu'elle rend nulle la convention de société, comme l'article 1172 dit que toute condition d'une chose contraire aux lois est nulle et

mellement abrogé toutes les lois, coutumes et statuts sur des matières traitées dans le Code civil.

⁴ M. Duvergier, n° 103, est encore d'un avis contraire au nôtre sur ce point : selon lui, la société est nulle en son entier en pareil cas. C'est une opinion qui peut toutefois se soutenir, quoique nous ne la partagions pas. Annulerait-on en son entier une donation entre-vifs qui comprendrait des biens à venir ? Non, à cause de l'article 943.

rend nulle la convention qui en dépend : mais c'est parce que la clause dont il s'agit n'est pas une véritable condition, le cas d'un événement futur et incertain qui domine l'acte dans tous ses effets ; c'est simplement une stipulation prohibée ou inutile, jointe à des conventions valables en elles-mêmes.

554. Il n'est pas douteux que les parties ne puissent comprendre dans leur société de tous biens présents les fruits ou la jouissance de biens qui leur adviendront par succession, donation ou legs : l'art. 1837 est positif à cet égard. Mais si le contrat de société est muet sur ce point, s'il se borne à établir *une société de tous biens présents*, les fruits des biens futurs y sont-ils aussi compris ?

La raison de douter se tire de ce que, dans sa première partie, l'article compose cette société de *tous les biens meubles et immeubles que les parties possèdent actuellement, et des profits qu'elles pourront en tirer* : ce qui veut bien dire les profits qu'elles pourront tirer de ces mêmes biens, c'est-à-dire des biens meubles et immeubles présents.

En second lieu, la société ainsi convenue comprendrait bien tous les bénéfices que l'on pourrait faire avec les fruits ou produits des biens actuels, ainsi que tous les profits faits par des actes de commerce relatifs à ces mêmes biens, par vente, échange, etc. ; mais elle ne comprendrait assurément pas les gains que les parties pourraient faire par don de fortune ou par leur industrie particulière, tels que les bénéfices faits au jeu, la découverte d'un trésor, les appointemens, honoraires, pensions, salaires, la réparation d'une in-

jure, etc. ; il faudrait, ainsi que le démontre la seconde partie de notre article combinée avec la première, une convention pour les y faire entrer : d'où il semble qu'il en doit être de même des fruits des biens qui adviendraient par succession, donation ou legs, puisqu'il n'en est pas non plus parlé dans la première partie de l'article, qui explique ce que comprend, de droit commun, cette société universelle de tous biens présents ; tandis que c'est la seconde espèce de société universelle qui comprend toute espèce de gains.

Mais la raison de décider, au contraire, que les fruits ou jouissance des biens échus aux associés, durant la société, par succession, donation ou legs, en font partie, se tire de ce que l'on n'a entendu déroger à l'ancien Droit que relativement à la propriété des biens advenus aux associés par succession, donation ou legs durant la société, et non quant à la jouissance de ces mêmes biens ; et de même que les fruits des immeubles advenus aux époux par ces voies pendant le mariage, tombent dans leur communauté, quoique les biens eux-mêmes n'y tombent pas, du moins de droit commun ; de même les fruits des biens échus aux associés durant la société, et qui leur demeurent propres aussi, doivent pareillement entrer dans leur société. Tel est, en effet, l'esprit d'une société universelle. Cela est d'ailleurs confirmé par la rédaction de la seconde partie de notre article, qui, après avoir dit que les parties peuvent comprendre dans leur société toute autre espèce de gains, ajoute : « Mais les biens « qui pourraient leur advenir par succession, donation

« ou legs, *n'entrent* dans cette société que pour la jouissance. » Donc ils y entrent pour cela ; ils y entrent sans qu'il y ait besoin d'une stipulation à cet égard. La rédaction de l'article nous paraît évidente ; on n'y dit pas, en effet, que les biens ne pourront entrer dans la société que pour la jouissance, ce qui exprimerait une simple faculté pour les parties de les y faire entrer pour cet objet par une clause particulière de leur contrat ; il est dit que ces biens *n'entrent* dans la société que pour la jouissance : donc ils y entrent pour cet objet.

Il paraîtrait d'ailleurs bien étrange que même les immeubles présents des associés fissent partie, de droit, de cette société, et que les fruits de leurs simples meubles futurs en fussent exclus, à moins d'une convention particulière ; car il faudrait aller jusque-là pour être conséquent. Aussi nous ne pensons pas que telle ait été, le moins du monde, la pensée des auteurs du Code. Ils n'ont entendu déroger à l'ancienne société *omnium bonorum* que pour en exclure la *propriété* des biens à échoir par succession, donation ou legs, et non quant aux fruits de ces mêmes biens, objet qu'ils n'ont pas même écarté de la communauté entre époux, quoique l'un d'eux eût des enfans d'un premier mariage (1527), et cela, malgré la juste défaveur attachée aux libéralités faites au nouveau conjoint.

M. Delvincourt entendait la chose comme nous ; il n'en faisait même pas l'objet d'une question positive ; aussi mettait-il à la charge de la société les intérêts

et les arrérages des capitaux et des rentes dont sont grevés les successions, legs et donations échus à l'un des associés pendant son cours ; ce qui ne pourrait raisonnablement avoir lieu si la société n'avait pas les fruits des biens de ces mêmes successions, donations ou legs. Nous n'insistons autant sur ce point que parce que M. Duvergier a écrit le contraire, dans son traité *de la Société*. Suivant lui, il faudrait une stipulation spéciale pour faire entrer ces mêmes fruits dans la société, ce que nous ne croyons pas le moins du monde.

552. Mais quand même les associés auraient fait entrer dans leur société toute espèce de gains, un associé ne serait pas obligé de mettre en commun ce qu'il aurait acquis durant la société par des moyens illicites : *Socium omnium bonorum non cogi conferri quæ ex prohibitis causis adquisierit*. L. 52, § 12, ff. *pro Socio* :

Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque fæda communio est. L. 53, *eod. tit.*

Les autres associés n'ont pas dû compter sur de tels gains.

Mais s'il les y avait mis, il ne pourrait les retirer, parce qu'il ne serait pas reçu à dire qu'il les a faits par des moyens illicites : il serait non recevable à alléguer sa propre turpitude.

Et ce qu'il se trouvait avoir acquis par l'un de ces moyens au moment où la société a été formée, en fait

partie, si les autres associés ignoraient l'origine de l'acquisition, attendu qu'ils ont dû croire qu'elle était honnête.

555. Il faut remarquer que, pour qu'une chose soit comprise dans l'actif de la société comme bien présent de l'un des associés, il n'est pas nécessaire que l'associé en fût précisément propriétaire au moment même de l'association; il suffit qu'il y eût un droit quelconque, qui s'est ensuite réalisé, complété : par exemple, un droit suspendu par une condition qui est venue à s'accomplir durant la société : comme dans le cas d'un legs fait sous condition, lorsque le testateur était déjà mort au temps du contrat de société, et lorsque la condition ne s'est accomplie que depuis l'association. La condition ayant un effet rétroactif au jour du décès du testateur (art. 1179), l'associé serait censé avoir été propriétaire de la chose dès cette époque, et cette chose, par conséquent, serait entrée dans la société de tous biens présents. Il faudrait en dire autant si la condition était résolutoire : comme dans le cas où l'associé avait vendu un bien à réméré avant de former la société, et qu'il a exercé le réméré durant son cours. Il en est de même des choses dans la propriété desquelles il est rentré par suite de rescision ou de nullité, ou de résolution ou de révocation de donation, etc. En un mot, il faut s'attacher au principe du titre. Il suffit même qu'il eût la simple possession légale de la chose; si la prescription s'est ensuite opérée, en s'opérant pour lui, elle se sera opérée dans l'intérêt de la société, parce que son effet

remonte au jour de la possession, ainsi qu'il résulte de l'article 1402 analysé.

554. En principe, tous les biens possédés par les associés au jour de la dissolution de la société sont censés communs, à moins que l'un des associés ne prouve qu'ils lui sont échus durant la société, par succession, donation ou legs ; car celui qui revendique quelque chose d'un fonds commun, comme lui étant propre, doit justifier de son droit exclusif de propriété. Nous trouvons ce principe consacré en matière de communauté entre époux, même à l'égard des immeubles (art. 1402), quoique les immeubles n'entrent pas dans la communauté, tandis que la société dont il s'agit comprend même les immeubles présents de chacun des associés. D'ailleurs celui des associés qui prétend avoir recueilli des biens par voie de succession, donation ou legs durant la société, peut facilement produire les actes d'inventaire ou de transmission, si effectivement ces biens lui appartiennent en propre.

Nous ne faisons même à ce sujet aucune distinction entre le cas où la société comprendrait toute espèce de gains, et le cas où elle se bornerait aux biens présents et aux profits qui pourraient en résulter : dans l'un comme dans l'autre, les biens, meubles ou immeubles, seront présumés faire partie du fonds commun, jusqu'à preuve du contraire, puisqu'il s'agit d'une société qui comprend toute espèce de biens.

555. Le Code ne dit rien des charges de cette société, soit quant aux dettes actuelles ou futures, soit quant aux dépenses de la société ou des associés.

Il garde le même silence dans le cas de la société universelle de gains.

Enfin il est muet aussi sur les parts que doivent avoir les associés dans le fonds commun, lorsqu'ils ne les auront pas réglées eux-mêmes, et qu'ils n'auront pas non plus estimé leurs biens avant de les mettre en commun, ainsi que cela peut facilement arriver dans une société comprenant l'universalité des biens des associés, en quelques lieux qu'ils soient situés.

C'est donc à la doctrine à suppléer au silence du Code sur ces divers points.

556. Or, puisque la société de tous biens présents comprend tous les biens actuels des associés, meubles et immeubles, il est naturel qu'elle soit tenue de toutes les dettes qu'ils peuvent avoir au jour du contrat; car il n'y a de biens que dettes déduites.

Il va sans dire qu'elle est tenue aussi de toutes les charges de ces mêmes biens tant qu'ils demeureront communs, tels que les arrérages de rentes, les réparations de toutes sortes, les frais des procès auxquels pourront donner lieu lesdits biens; car c'est sa chose.

Quant aux dettes et charges contractées pendant la société, la société en est ou non tenue, suivant que ces dettes ou charges sont ou non relatives aux biens qui lui appartiennent, ou aux gains dont elle profite, soit d'après la nature du contrat, soit d'après une convention. Ainsi, elles n'est pas tenue des dettes et charges dont sont grevés les successions, dons ou legs échus aux associés pendant son cours: ces dettes et charges doivent être supportées par l'associé héritier,

donataire ou légataire ; et il en est de même des dettes contractées durant la société relativement à ces mêmes biens.

Mais leur jouissance entrant, suivant nous, dans la société, c'est à la société, et non à l'associé propriétaire, à supporter toutes les charges qui sont considérées comme charges des fruits : telles que les réparations d'entretien, les impôts, les arrérages des rentes viagères, et même des rentes perpétuelles, ainsi que les intérêts des sommes dues à raison de ces biens par l'associé qui les a recueillis ; car la société ayant l'universalité de ses revenus, et ces charges étant une charge de cette universalité, il est raisonnable qu'elle les supporte, ainsi que cela a lieu en matière de communauté entre époux.

557. Si le contrat s'explique sur la nourriture et l'entretien des associés et de leurs enfans ¹, ainsi que sur les dépenses d'éducation de ces derniers, et les frais de leur établissement par mariage ou autrement, on en suit les dispositions. Dans le cas contraire, et si la société comprend toute espèce de gains, les frais de nourriture et d'entretien des associés et de leurs enfans, ainsi que les frais ordinaires d'éducation de ceux-ci, sont à la charge de la société, quand bien même ils seraient plus considérables à l'égard de l'un des associés qu'à l'égard de l'autre, qui a, par exemple, moins d'enfans, pourvu toutefois que l'associé use modérément du fonds social dans les dépenses qu'il a à

¹ On voit que nous préjugeons par là la question de savoir si une société universelle peut être valablement contractée entre personnes ayant enfans, question que nous discuterons au § 3, *infra*.

faire pour lui et sa famille, qu'il n'en dissipe pas les deniers en vaines profusions, au jeu, en débauches, en voyages inutiles, etc. : *Societas est quodammodò jus fraternitatis*. On l'a toujours entendu ainsi dans la société *universorum bonorum*.

Cette société était même chargée, de droit commun, des dots des enfans. A la vérité, Papinien, dans la loi 81, ff. *pro Socio*, en disant que la convention des associés qui met les dots de leurs enfans à la charge de la société n'a rien d'inique ou d'illicite, semble faire entendre que la société n'en est chargée qu'en vertu d'un pacte, et non de droit commun. Mais Papinien agite une question particulière : sa proposition doit être prise dans le sens explicatif. Telle est l'opinion commune.

Toutefois, aujourd'hui que la société *universorum bonorum* n'existe plus, qu'elle a été remplacée par celle de tous biens présens, qui ne comprend pas, pour la propriété, les biens échus, durant son cours, par succession, donation ou legs, qui ne comprend même pas de plein droit les gains particuliers que peuvent faire les associés, il n'y aurait pas lieu de dire que les dots des enfans sont, de droit commun, à sa charge ; il faudrait une convention dans le contrat de société pour qu'il en fût ainsi : alors on en suivrait les dispositions ; autrement la somme prise dans le fonds commun pour cet objet resterait à la charge du père de l'enfant établi ¹.

¹ M. Dalloz, dans son recueil, v^o *Société*, dit le contraire, en suivant les anciens principes ; mais c'est qu'il a perdu de vue, en cette circonstance, que nous n'avons plus l'ancienne société *universorum bonorum*.

Si la société ne comprend pas toute espèce de gains, si elle se borne aux biens actuels des associés et aux profits qu'ils pourront en tirer, ainsi qu'aux fruits des biens qui écherront pendant son cours aux associés, à titre de succession, donation ou legs, les frais de nourriture et d'entretien des associés et de leurs enfans doivent généralement être pris sur les gains particuliers de l'associé, s'ils peuvent y suffire : dans le cas contraire, le déficit doit être supporté par la société, encore que l'associé, et non les autres, eût recueilli des biens par succession, donation ou legs, et que les autres associés fissent, de leur côté, des gains suffisans pour subvenir à leurs dépenses personnelles. Le fonds des biens particuliers recueillis par chaque associé durant la société doit lui demeurer intact autant que possible, et les dépenses de nourriture et d'entretien des associés, ainsi que celles de leurs enfans, et les frais d'éducation de ces derniers, sont une charge de la généralité des gains de la société ou de chaque associé, en observant la distinction ci-dessus ; le tout, sauf clause contraire dans l'acte de société.

558. Quant aux condamnations civiles subies pour crimes ou délits par l'un des associés, généralement elles doivent être supportées personnellement par le délinquant. Les lois romaines établissaient toutefois quelques distinctions à cet égard, que l'on pourrait encore suivre dans notre Droit, suivant les circonstances du fait. *Voyez* notamment les LL. 53, 54, 55, 56, ff. *pro Socio*.

L'associé doit réparer le tort qu'il a causé à la so-

ciété par son dol ou par sa faute ; mais nous reviendrons plus loin sur ce point.

559. M. Delvincourt agite la question de savoir ce qu'on doit décider relativement aux dettes contractées par les associés, sans indication et justification d'emploi, par exemple, par des emprunts, de l'emploi desquels il ne resterait point de traces.

« J'avais pensé d'abord, dit-il, qu'il convenait de
 « faire supporter ces sortes de dettes par contribution,
 « et au *prorata*, à la société et aux biens particuliers
 « de l'associé débiteur ; mais j'ai pensé depuis, que
 « ce serait fournir aux associés un moyen d'éluder la
 « loi, qui défend de faire entrer les biens à venir dans
 « ces sortes de sociétés. Un associé ferait de gros em-
 « prunts dont le produit en entier tomberait dans la
 « masse, et qui seraient, pour une partie, à la charge
 « de ses biens particuliers. Je crois donc qu'il serait
 « plus convenable d'appliquer à ces sortes de dettes
 « l'article 1419, et de décider, en conséquence, qu'elles
 « sont à la charge de la société, sauf récompense pour
 « les sommes qui seront prouvées avoir été employées
 « pour les besoins ou l'amélioration des biens parti-
 « culiers de l'associé débiteur. »

Nous croyons plus vraie la proposition contraire, c'est-à-dire, qu'il est plus convenable de laisser la dette à la charge de l'associé débiteur, sauf récompense pour lui relativement à la somme qu'il prouverait avoir tournée au profit de la société, ou, ce qui revient au même, avoir été dépensée par lui pour ses dépenses ordinaires, ou celles de sa famille, dans le

cas où la société en serait tenue. Autrement un associé pourrait à son gré grever la société par ses folles dépenses, sans qu'il y eût pour ainsi dire moyen pour les autres associés de s'y opposer, et c'est à quoi M. Delvincourt n'a pas assez songé. Ce danger serait plus à craindre que celui qu'il signale, et en même temps beaucoup plus grave.

560. Si les biens mis par chacun des associés dans la société de tous biens présents n'ont pas été estimés avant d'être confondus, et qu'il n'y ait pas d'ailleurs de convention qui règle les parts de chaque associé dans la société, ces parts sont égales, arithmétiquement parlant, attendu que les mises ainsi non évaluées ont probablement été considérées comme égales elles-mêmes par les associés : *Si partes societati non fuerint adjectæ, æquas esse constat*, dit la loi 29, ff. *pro Socio*. L'intention des contractans, en mettant en commun leurs biens sans en faire préalablement l'évaluation, et sans fixer non plus les parts, a été probablement qu'elles fussent égales.

C'était l'opinion commune des docteurs, même celle de Vinnius, qui voulait cependant que, dans les sociétés particulières, les parts fussent en raison des mises.

Toutefois, s'il y avait réellement avantage au profit de l'un des associés, qui deviendrait héritier de l'autre, cet héritier serait assujetti au rapport à succession, conformément aux articles 843 et 854 combinés; et il pourrait aussi y avoir lieu à réduction des avantages excessifs, pour fournir les réserves.

Si les associés, quoique n'ayant pas fait d'abord l'estimation préalable de leurs biens, sont néanmoins convenus des parts, on suivra le règlement qu'ils auront fait à cet égard, parce qu'alors tout porte à croire qu'il y a eu une appréciation tacite des biens respectifs. Et si la société comprend aussi les gains provenant de l'industrie, on doit supposer que celle de chacun d'eux a été prise aussi en considération dans la fixation des parts.

Si les biens ont été estimés avant d'être mis en commun, et que les parts n'aient pas été réglées, elles sont censées convenues en raison de la valeur des mises respectives. (Art. 1853.)

Et à l'égard de l'associé qui n'a apporté que son industrie, ce qui sera rare dans une société universelle de tous biens présents, mais enfin ce qui n'est pas impossible, sa part est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (*ibid.*); en sorte que s'ils n'étaient que deux, les parts seraient égales.

Et remarquez que nous ne disons pas les parts *dans le gain ou dans la perte*, locution usitée en matière de société (art. 1853, et § 1, Instit. de *Societate*), mais bien les parts *dans la société*; car, dès que le fonds social est commun, nous n'avons pas à nous occuper du gain, mais seulement de partager ce fonds commun, accru ou diminué, n'importe : or, les biens, meubles ou immeubles, qu'avaient les associés au jour du contrat, sont devenus communs entre eux dans cette société; seulement, si le fonds social a été perdu

en totalité, et qu'il y ait en outre des dettes, alors il y a lieu aussi à régler la part de chacun des associés dans ces dettes, et elle est la même que celle que chacun devait avoir dans le fonds commun.

Les associés peuvent, au surplus, convenir que les parts seront réglées par l'un d'eux, ou par un tiers désigné par eux ; mais il n'arrivera guère que, dans une société universelle, qui est censée, à moins de convention contraire, contractée jusqu'à la mort de l'un des associés, sauf les autres causes qui, comme nous le dirons plus loin, en opèrent la dissolution, il sera rare, disons-nous, que l'on s'en rapporte à un tiers pour le règlement des parts, à moins que ce ne soit pour les régler de suite, et non à la dissolution de la société. Mais si cela a eu lieu, et que le tiers, par mort ou autrement, n'ait pas fait le règlement, la convention de société est nulle¹ : alors les parties seront censées avoir été dans une simple communauté de fait, qui se répartira en raison des mises réelles. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

§ II.

De la société universelle de gains.

SOMMAIRE.

- 361. *Ce que comprend la société universelle de gains.*
- 362. *En quoi elle est moins étendue que celle de tous biens présents, et en quoi, de droit commun, elle l'est davantage.*
- 363. *Suivant l'auteur, elle comprend aussi, de plein droit, comme celle de tous biens présents, les fruits des biens même futurs des associés.*
- 364. *Ce que comprenait cette société en Droit romain, et ce qu'elle comprenait dans notre ancienne jurisprudence.*

¹ L. 75, ff. pro Socio.

376. LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

365. *Elle embrasse tous les gains licites.*
366. *La simple convention de société universelle, sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains.*
367. *En quel sens comprend-elle la jouissance des biens présents et des biens futurs.*
368. *Les acquisitions à titre de commerce entrent dans cette société.*
369. *Toutefois, toute acquisition à titre onéreux n'y entre pas : diverses exceptions.*
370. *L'immeuble sur lequel l'un des associés avait, au jour du contrat, un droit qui s'est réalisé depuis, demeure propre à l'associé.*
371. *Des dettes contractées pendant la société.*
372. *Des dettes qu'avaient les associés au jour du contrat.*
373. *Des dépenses des associés et de leur famille.*
374. *Des parts des associés dans le fonds social.*

564. La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris ; mais leurs immeubles n'y entrent que pour la jouissance seulement. (Art. 1838.)

562. Ainsi, cette société est moins étendue, sous un rapport, que celle de tous biens présents, en ce qu'elle ne comprend pas les immeubles actuels des associés ; mais elle est plus étendue sous un autre rapport, en ce qu'elle comprend, de droit commun, toute espèce de gains résultant de leur industrie ; tandis que la société universelle de tous biens présents ne comprend pas, de droit commun, toute espèce de gains ; il faut pour cela une convention particulière : sans cette convention, elle ne comprend, indépen-

damment des biens présents, meubles ou immeubles, que les profits que les associés pourront en tirer (art. 1857), et, comme nous l'avons dit, la jouissance des biens qui leur adviennent, durant la société, par succession, donation ou legs.

563. Du reste, la société universelle de gains comprenant même le mobilier présent des associés, doit comprendre naturellement aussi les fruits des immeubles qu'ils possèdent au jour du contrat, ainsi que les fruits des biens, meubles ou immeubles, qui leur sont échus durant son cours, par succession, donation ou legs, quoique l'article ne s'explique pas positivement à cet égard. Ces mots : « La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit », indiquent clairement que, loin de vouloir diminuer, sous ce rapport, l'étendue de cette société, comparative-ment à la précédente, on a voulu, au contraire, l'augmenter, en y faisant entrer de plein droit toute espèce de profits : or, nous croyons avoir démontré que les fruits des biens futurs entrent dans la société de tous biens présents. Il serait bien étonnant, en effet, que les traitemens des associés entrassent dans cette société, et que les fruits, même de leurs immeubles présents, n'y entrassent pas, et que l'on fît à cet égard une distinction que l'on n'a pas faite en matière de communauté entre époux, même dans le cas où l'un d'eux a des enfans d'un premier lit. (Art. 1527.)

564. En Droit romain, la société universelle de gains, *societas universorum quæ ex quæstu veniunt*, ne

comprenait pas plus les meubles présens des associés, que leurs immeubles ; mais, dans notre Droit coutumier, les meubles présens entraient dans cette société ¹, comme dans la communauté entre époux, et c'est le Droit que les rédacteurs du Code ont suivi.

565. Cette société a toujours compris ce que chaque associé acquiert par vente ou achat, par louage, ou autre contrat de commerce ² ; comme aussi ce que chacun acquiert par l'exercice de sa profession, sa solde, ses appointemens ³, et toutes autres espèces de gains quelconques, mais non toutefois les gains illécites, produit de vol, de rapine, etc. ⁴

Elle n'a jamais compris non plus les successions, donations ou legs ⁵.

566. Et comme les sociétés universelles n'ont été vues qu'avec défaveur par les rédacteurs du Code, en ce qu'elles sont propres à masquer des avantages défendus, et que celle de tous biens présens est réellement plus étendue que celle de gains seulement ; qu'elle emporte, par conséquent, plus d'obligations pour chaque associé, en l'assujettissant à mettre généralement plus de biens en commun, puisqu'il est tenu d'y mettre même ses immeubles, on a établi en principe que la simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains. (Art. 1839.)

¹ Voyez Pothier, n° 44, et le texte des Coutumes par lui citées.

² L. 7, ff. *pro Socio*.

³ L. 52, § 8, *hoc tit.*

⁴ Même loi 52, § 17, et loi 53, *eod. tit.*

⁵ LL. 9 et 10, ff. *hoc tit.*

En effet, les obligations ne se présument pas, et, dans le doute, *quod minimum est sequimur*.

A Rome aussi, la simple convention de société, sans autre explication, n'emportait que la société de gains, qui même, comme nous venons de le dire, ne comprenait aucun des biens présents des associés : *Coiri societatem et simpliciter licet : et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt*. L. 7, ff. hoc tit.

Et cela, quand bien même on avait ajouté que les gains et bénéfices y seraient compris : *ut et quæstus et lucri socii sint*. L. 13, eod. tit.

567. Cette société comprenait toutefois non-seulement la jouissance des biens présents, mais encore celle des biens qui venaient à échoir aux associés, pendant son cours, par succession, donation ou legs : non pas toutefois en ce sens que cette jouissance fût censée mise dans la société au même titre que celle d'un objet spécial dans une société particulière, ce qui aurait interdit à l'associé propriétaire d'en disposer sans le consentement de ses co-associés ; mais en ce sens que les économies faites par chaque associé sur la généralité de ses revenus étaient considérées comme un gain dont l'associé devait faire raison à la société : ce qui ne l'empêchait pas d'aliéner ses biens sans en réserver spécialement la jouissance à la société : on procédait par masse, par généralité de revenus. Et il en serait de même aujourd'hui quant aux biens échus aux associés, durant la société, par succession, donation ou legs, en ce sens que l'associé

propriétaire pourrait en disposer, même à titre gratuit, sans être tenu d'en réserver la jouissance à la société : au lieu qu'il ne pourrait disposer au même titre de ses biens existans au jour du contrat sans faire cette réserve ; il ne le pourrait que du consentement de ses co-associés, qui ont dû compter sur la jouissance de ces mêmes biens, et la bonne foi ne permet pas de tromper leur attente. Mais si l'aliénation avait lieu à titre onéreux, la jouissance de ce que l'associé recevrait en retour, argent ou autre chose, remplacerait, pour la société, celle de la chose aliénée.

568. Puisque la société universelle de gains comprend tous les bénéfices faits par l'industrie de chacun des associés, il s'ensuit que tous les acquêts généralement que font les associés pendant son cours sont communs ; et l'on doit entendre par *acquêts*, ce que l'on entend en matière de communauté entre époux, c'est-à-dire, toutes les acquisitions faites à un titre de commerce quelconque.

569. Il y a toutefois exception pour les échanges que les associés feraient de leurs biens propres contre d'autres biens, ainsi que pour les remplois de leurs biens aliénés : pourvu, quant aux biens acquis en remploi, qu'il fût dit dans l'acte d'acquisition, que cette acquisition a eu lieu en remploi de tel bien aliéné.

Le profit de la cession faite dans le cas de l'article 841 demeure pareillement propre à l'associé héritier, sauf indemnité à la société, si c'est avec ses deniers que le prix de la cession a été remboursé.

Enfin les acquisitions faites par l'un des associés,

en son nom personnel, et avec des deniers qui lui appartiendraient en propre, par exemple, comme provenant d'une succession qu'il a recueillie pendant le cours de la société, ou d'une donation qui lui a été faite, demeurent également propres à l'associé.

Mais quand bien même le contrat d'acquisition porterait que cette acquisition est faite pour le compte particulier de l'associé, et non de la société, si elle n'était point un véritable emploi, ou emploi de deniers appartenant en propre à l'associé, celui-ci serait tenu d'y faire participer ses co-associés ¹.

570. Lorsque, par l'effet de l'accomplissement de quelque condition résolutoire, ou de quelque action en rescision, un associé rentre, durant la société, dans la propriété d'un immeuble aliéné avant le contrat d'association, cet immeuble lui demeure incontestablement propre; car c'est au principe de l'acquisition, à sa véritable cause, qu'il faut s'attacher, et la cause ici est antérieure au contrat de société.

Mais s'il en a coûté quelque chose à l'associé pour rentrer dans la propriété de cet immeuble, et qu'il ait pris les deniers dans le fonds de la société, ou, ce qui est la même chose, dans des profits ou économies qu'il devait y verser, il doit indemnité à la société.

571. Si le contrat de société ne s'explique pas sur les dettes, la société n'est tenue que de celles qui sont relatives aux choses dont elle se compose, ou jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité de l'affaire, quand la dette a une autre cause : *Sed nec æs alienum, nisi*

¹ *Vide* Pothier, *Contrat de société*, n° 46.

quod ex quæstu pendeat, veniet in rationem societatis.
L. 45, § 2, ff. *pro Socio. Jure societatis, per socium*
ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam
pecuniæ versæ sint. L. 82, *hoc tit.*

572. Quant aux dettes qu'avaient les associés au temps du contrat, anciennement la société n'en était pas chargée dans la proportion de la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles, elle était indistinctement tenue de toutes les dettes mobilières, comme en matière de communauté entre époux, par application de l'ancien principe de notre Droit coutumier, que la généralité du mobilier est chargée de la généralité des dettes mobilières¹.

Nous pensons, si le contrat ne s'expliquait pas à cet égard, qu'il en devrait être de même aujourd'hui, puisque c'est ce principe que l'on a suivi dans la communauté conjugale (art. 1409). Nous ne croyons pas, en effet, qu'il y eût lieu d'appliquer cette autre règle de la communauté entre époux qui veut que, pour les dettes des successions, partie mobilières, partie immobilières, qui leur sont échues pendant le mariage, la communauté en soit chargée dans la proportion seulement de la valeur du mobilier comparée à la valeur des immeubles (art. 1414); car ce n'est là qu'une modification du premier principe, modification fondée sur ce que les époux ne peuvent plus, lors de l'échéance de la succession, faire des conventions relativement à la quotité de dettes dont la communauté sera chargée;

¹ On faisait toutefois, ainsi qu'en matière de communauté entre époux, exception pour les dettes mobilières relatives à des immeubles propres aux associés : elles restaient à la charge personnelle de l'associé propriétaire.

et il a paru raisonnable qu'elle n'en fût tenue que dans la proportion indiquée ci-dessus. Au lieu que pour les dettes existantes au jour du mariage, ils pouvaient faire les conventions qu'ils jugeaient à propos, pour régler la somme de ces dettes qui serait à la charge de la communauté : s'ils n'en ont pas fait, c'est qu'ils ont probablement entendu que la communauté les paierait toutes (excepté toutefois celles relatives à leurs immeubles), parce qu'elle a la généralité de leur mobilier. Or, il en est de même en matière de société : les parties pouvaient faire aussi leurs conventions à ce sujet ; si elles n'en ont pas fait, c'est probablement aussi parce qu'elles ont entendu que leur société, qui a pareillement tout leur mobilier présent, paierait la généralité de leurs dettes actuelles, excepté aussi celles relatives à leurs immeubles.

Et puisque, suivant nous, et nous croyons suivant le Code, la société universelle de gains profite des fruits des immeubles qu'ont les associés au jour du contrat, ainsi que des fruits des biens, meubles ou immeubles, qui viendraient à échoir aux associés, pendant son cours, par successions, donations ou legs, elle doit, par la même raison, supporter les intérêts et les arrérages des dettes et des rentes dont seraient grevés ces mêmes successions, donations ou legs, ainsi que les autres charges des fruits.

575. Si, dans cette société, et comme il arrivera ordinairement, le contrat règle les dépenses qui seront à la charge de la société, pour la nourriture et l'entretien de chaque associé et de sa famille, on en suivra

les dispositions ; mais si le contrat est muet à cet égard, comme la société a tous les bénéfices que peuvent faire les associés par leur industrie, à quelque titre que ce soit, et toutes les économies qu'ils peuvent faire sur les fruits et revenus, même de leurs biens particuliers, futurs comme présents, il est naturel que ce soit elle qui supporte les dépenses d'entretien et de nourriture des associés, ainsi que celles de leurs enfants, et les frais d'éducation de ceux-ci, quand même la famille de l'un d'eux serait plus nombreuse que celle de l'autre ; à la charge, comme nous l'avons dit sur la société de tous biens présents, par chaque associé, *d'en user modérément*.

574. Quant aux parts, si elles ont été réglées par une convention, on en suit les dispositions, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la nature du contrat de société, c'est-à-dire, pourvu qu'elles ne tendent pas, dans leurs effets, à faire du contrat une société léonine. Mais nous reviendrons plus loin sur ce point, et ce que nous dirons à cet égard s'applique à toute espèce de société, universelle ou particulière, n'importe.

S'il n'a rien été dit relativement aux parts dans le contrat de société, et que le mobilier qui y est entré du chef de chaque associé n'ait pas été estimé, les parts, comme nous l'avons dit sur la société de tous biens présents, sont égales, parce qu'il est à croire que les contractans l'ont entendu ainsi, et qu'il serait d'ailleurs fort difficile, après un long temps, d'établir la quantité de valeurs mobilières entrées dans la société,

du chef de chaque associé; sauf toutefois, dans le cas d'avantage indirect réel, et pour l'application des règles sur le rapport à succession, s'il y a lieu, et des règles sur la réduction des avantages excessifs, le droit, pour les héritiers de celui qui a procuré l'avantage, d'établir par tous les moyens de droit l'existence de ce même avantage.

Si, dans cette hypothèse, où les parts n'ont pas été réglées par le contrat, le mobilier présent de chaque associé a été estimé, elles sont en proportion des mises de chacun (art. 1853), leur industrie devant être supposée de même valeur, dès que l'on n'a pas jugé à propos d'attribuer à aucun des associés une part plus considérable que celle des autres.

Et si l'un d'eux n'a apporté que son industrie, sa mise à cet égard doit être considérée comme celle de l'associé qui a le moins apporté. (*Ibid.*)

Enfin, si le fonds commun est entièrement perdu, et qu'il y ait des dettes, la part que chacun des associés en devra supporter se règlera d'après la proportion ci-dessus.

S. III.

Entre quelles personnes peuvent avoir lieu les sociétés universelles, soit de tous biens présents, soit seulement de toute espèce de gains.

SOMMAIRE:

375. *Texte de l'article 1840.*

376. *Une société universelle ne peut être contractée avec un mort civilement.*

377. *Avant la loi du 14 juillet 1819, une société universelle ne pouvait non plus, en général, être contractée avec un étranger.*

386 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

378. *De la société universelle contractée entre un individu et celui qui a été son tuteur, avant la reddition du compte de tutelle.*
379. *De celle qui a été contractée entre un médecin et son malade.*
380. *De celle contractée entre un individu et son fils adultérin ou incestueux.*
381. *Si une société universelle contractée par un individu qui laisse des enfans ou ascendans, est absolument nulle.*
382. *Quid de la société universelle formée entre un père et son fils naturel reconnu ?*
383. *Comment se liquident les droits de chacun des intéressés, dans les cas où la société universelle serait déclarée nulle.*

575. Comme les sociétés universelles sont propres à fournir le moyen d'éluder les lois qui défendent de donner à des incapables de recevoir, le Code (art. 1840) veut que « nulle société universelle ne puisse avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point interdit de s'avantager au préjudice d'autres personnes. »

576. Ainsi, une société universelle ne peut avoir lieu avec un mort civilement, puisque la mort civilement ne peut donner à qui que ce soit, et ne peut même recevoir par donation entre vifs ou par testament, si ce n'est pour cause d'alimens. (Art. 25.)

577. Avant la loi du 14 juillet 1819, qui a permis aux étrangers de succéder, recevoir et disposer en France de la même manière que les nationaux, une société universelle ne pouvait, en général, exister entre un Français et un étranger, attendu que l'étranger, d'après l'article 912 du Code, ne pouvait recevoir d'un

Français que dans le cas où cet étranger aurait pu lui même disposer au profit d'un Français. Mais aujourd'hui l'empêchement n'existe plus.

578. Un mineur devenu majeur ne pourrait former une société universelle avec celui qui a été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'avait préalablement été rendu et apuré, parce que l'ex-mineur, dans cette situation, ne pourrait disposer à son profit (art. 907 et 1840 combinés). Il faudrait même, pour que le contrat de société fût valable, qu'il eût été précédé de dix jours au moins par la reddition d'un compte de tutelle détaillé, avec les pièces justificatives à l'appui ; car ce contrat serait un *traité* entre l'ex-mineur et celui qui a été son tuteur, et par conséquent l'article 472 serait applicable.

Toutefois, si le contrat était favorable à l'ex-mineur, nous ne croyons pas que le co-associé ou ses héritiers pussent en demander la nullité, attendu que celle qui résulte de cet article 472 est relative, et dans l'intérêt de l'ex-mineur seulement. Il est bien vrai que la prohibition de l'article 1840 paraît prononcée d'une manière générale, quand la société est intervenue entre personnes qui n'étaient pas respectivement capables de se donner ou de recevoir l'un de l'autre, et que cette capacité *respective* n'existait pas dans l'espèce ; mais cette disposition doit se coordonner avec les autres dispositions du Code touchant la capacité de donner ou de recevoir. L'article n'a pu entrer dans des détails à cet égard ; il a seulement eu pour but de poser un principe général, dont l'application est subordonnée

aux autres règles du Droit : or, de même que celui qui aurait fait avec l'individu dont il a eu la tutelle, un traité avant la reddition du compte, ou dans les dix jours qui l'ont suivi, ne pourrait en demander la nullité, de même il ne doit pas pouvoir demander la nullité du contrat de société qu'il a fait avec lui dans les mêmes circonstances ; et par la même raison, ses héritiers ne le pourraient pas d'avantage.

579. Le contrat de société universelle qui interviendrait entre un docteur en médecine ou en chirurgie, ou un officier de santé, et la personne à laquelle il a donné des soins pendant la maladie dont elle est morte, et dans le cours de cette maladie, serait nul dans l'intérêt des héritiers de cette personne, comme fait en contravention aux dispositions des articles 909 et 1840 combinés. Ce pourrait être, en effet, un moyen d'éluder la prohibition portée par le premier de ces articles.

Il y aurait toutefois exception si le médecin ou chirurgien était parent de la personne au quatrième degré inclusivement, pourvu que le décédé n'eût pas laissé d'héritiers en ligne directe, à moins que l'associé ne fût lui-même au nombre de ces héritiers. (*Ibid.*)

Et dans le cas précédent, il y aurait aussi exception si celui qui a été le tuteur était un ascendant de l'examineur. (Art. 907.)

Les mêmes règles et les mêmes exceptions s'appliqueraient si la société universelle avait été contractée avec le ministre du culte qui a donné les secours

spirituels au défunt pendant la maladie dont il est mort.

580. Et comme les enfans incestueux ou adultérins ne peuvent recevoir de leurs père et mère que de simples alimens (art. 908 et 762 combinés), il faut aussi conclure de notre article 1840, que, régulièrement, la société universelle ne peut exister entre eux.

Mais, d'une part, nous ne pensons pas que ces enfans ou leurs héritiers pussent eux-mêmes demander la nullité, attendu que la loi ne leur défend pas de donner à leurs père et mère ; elle leur défend seulement de recevoir d'eux, et au-delà de simples alimens.

En second lieu, pour que la société dût être annulée sur la demande même des héritiers du père ou de la mère, il faudrait que l'enfant adultérin ou incestueux eût été légalement reconnu, c'est-à-dire, qu'il l'eût été autrement que par une reconnaissance volontaire, que la loi proscrivait (art. 335). Si donc il n'y avait pas de reconnaissance, ou même s'il y en avait une, mais qui fût volontaire, la nullité ne pourrait être demandée sur le seul fondement que l'enfant était incapable de recevoir, attendu qu'une donation ouverte ne serait elle-même point nulle, ni dans l'un ni dans l'autre cas, ainsi que nous l'avons démontré en traitant *des enfans naturels*, au tome III n^{os} 206 et suiv., et *des personnes capables de recevoir par donation entre vifs ou par testament*, au tome VIII n^{os} 239 et 240, où nous citons plusieurs arrêts de cassation qui ont maintenu des dispositions faites en faveur d'enfans volontairement re-

connus par le donateur ou testateur, dans des cas où ces mêmes enfans n'auraient pu être qu'enfans incestueux ou adultérins, si la reconnaissance avait eu effet. A plus raison, la recherche de la paternité ou de la maternité contre eux, pour faire tomber les libéralités faites à leur profit, a-t-elle été jugée inadmissible. Or, si une donation ouverte faite au profit d'un individu par celui qu'on supposerait être ou même qui s'en serait déclaré le père, ne peut être attaquée avec succès pour cette seule cause, par la même raison, la libéralité que la loi suppose pouvoir être cachée dans une société universelle, ne doit-elle pas pouvoir être attaquée par voie de nullité de cette société : la conséquence nous paraît irrécusable.

584. Notre article 1840 ne se borne pas à dire que nulle société ne peut exister qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre ; il ajoute : *et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes* ; et c'est là, il faut l'avouer, que la loi présente quelque obscurité.

Cela veut-il dire, en effet, qu'aucune société universelle ne peut exister entre des personnes qui laisseraient, ou l'une d'elles, des héritiers auxquels la loi fait la réserve d'une certaine portion des biens ? S'il en était ainsi, l'on se serait fortement écarté, il faut l'avouer, des anciens principes ; car, dans plusieurs lois romaines, dont on suivait les dispositions dans notre ancienne jurisprudence, on suppose que les associés ont des enfans, puisqu'on y décide que les dé-

penses occasionnées par ces mêmes enfans, même leurs dots, sont à la charge de la société; et cependant les enfans avaient droit aussi à une légitime, que nous appelons aujourd'hui *réserve*. Mais il n'est pas vraisemblable que telle ait été l'intention des rédacteurs du Code. D'ailleurs, tel qui n'a point d'enfans au jour du contrat, peut en avoir au jour de sa mort, et tel qui en aurait au moment où se formerait la société, pourrait n'en avoir plus au jour de son décès, et il est tout-à-fait improbable que l'on ait entendu subordonner la validité de la société à des événemens si incertains.

En outre, on ne peut pas dire, à l'égard de celui des associés qui laisserait des enfans, qu'il lui était défendu d'avantager son co-associé au préjudice de ces mêmes enfans, puisqu'il pouvait lui donner son disponible tout aussi bien qu'à une autre personne, soit par donation entre vifs, soit par testament, en supposant que ce co-associé ne fût point incapable de recevoir de lui : ce ne serait que pour l'excédant du disponible, qu'il serait vrai de dire que l'avantage qu'il lui a procuré par le contrat de société était un avantage qu'il ne pouvait lui conférer au préjudice d'autres personnes; et effectivement, s'il y avait excès, les enfans seraient bien fondés à demander le retranchement, mais la société ne serait pas nulle pour cela.

Néanmoins, M. Delvincourt, dont M. Duvergier a suivi le sentiment, inférait positivement de l'article 1840, qu'une société universelle ne peut exister entre un individu ayant enfans et une autre personne, entre

un père et l'un de ses enfans légitimes, et entre un père et son enfant naturel.

Dans ce système, elle ne devrait pas non plus pouvoir exister entre l'homme ou la femme ayant enfans d'un premier mariage, et son nouveau conjoint, et cependant le Code, dans l'article 1527 combiné avec l'article 1526, n'annule évidemment point la société ou communauté universelle convenue en pareil cas : il se borne à dire que s'il en est résulté pour le nouvel époux un avantage supérieur à celui qui était autorisé par l'article 1098, les enfans du premier lit ont l'action en retranchement pour l'excédant ; et même les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit. A la vérité, il s'agit ici d'une société ou communauté convenue par un contrat de mariage, mais cela est indifférent, car l'époux ayant enfans ne peut pas plus donner par contrat de mariage à son nouveau conjoint au-delà de la portion réglée par l'article 1098, qu'il ne le peut par un autre acte, et, dans tous les cas, il n'y a lieu qu'à la réduction, si le disponible établi à l'égard de ce nouvel époux a été dépassé. Or, pourquoi en serait-il autrement du cas où la société a été contractée entre un individu ayant enfans et une autre personne n'en ayant même pas, ou entre un père et l'un de ses enfans, enfin entre un père et son enfant naturel ? On n'en voit pas la raison : la faculté de donner, dans de certaines limites, existe

pareillement dans tous ces cas, et dans tous elle ne peut pas dépasser ces mêmes limites. La faveur du mariage ne peut même être alléguée pour le premier cas, puisque les secondes nocces sont vues, au contraire, avec défaveur. Ainsi, dans le système que nous combattons, on est forcé de prêter au législateur les vues les plus contradictoires.

On objecte que l'article 1840 ne dit pas que la société sera considérée comme une donation simplement réductible en cas d'excès : il dit que nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ; ce qui est bien, dit-on, prononcer à l'avance la nullité absolue d'une société de cette nature qui serait contractée entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes : or, tel est évidemment le cas d'une société universelle contractée entre un père et son enfant naturel (lorsque le premier laisse des parens au degré successible), ou entre un père et l'un de ses enfans légitimes, ou avec un étranger.

Nous nions que tel soit le sens de cet article, et pour justifier notre opinion, il suffit de bien se pénétrer du sens des termes de M. Treilhard, dans son discours au corps législatif, lors de la présentation du projet de loi ; il s'exprimait ainsi, dans la séance du 10 ventôse an XII :

« La disposition de l'article 1840 ne permet de
« société universelle qu'entre personnes respective-

« ment capables de se donner ou de recevoir, et qui
 « ne sont frappées d'aucune prohibition de s'avant-
 « tager entre elles. Le motif de cette disposition se
 « fait assez sentir : c'est par des considérations d'une
 « haute importance que vous avez établi entre quel-
 « ques personnes des incapacités de se donner au
 « préjudice de quelques autres. *Ces prohibitions ne sont*
 « *pas nombreuses dans notre législation ;* mais enfin il
 « en existe : or, ce que vous avez expressément dé-
 « fendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait
 « inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement.
 « Il ne faut donc pas que, sous les fausses apparen-
 « ces d'une société, on puisse, en donnant en effet,
 « éluder la prohibition de la loi qui a défendu de don-
 « ner, et que ce qui est illicite devienne permis, en
 « déguisant sous les qualités d'associés, celles de do-
 « nateur et de donataire. »

Mais comment cet orateur aurait-il pu dire avec quelque raison, que les prohibitions relatives aux donations, et par suite aux sociétés universelles, sont peu nombreuses dans notre Droit, si une société de cette nature ne pouvait avoir lieu entre personnes ayant enfans (ou ascendans), ni entre l'une de ces personnes et quelqu'un n'ayant pas d'héritiers à réserve ? Il n'y a rien, au contraire, de plus fréquent qu'un citoyen ayant enfans à sa mort ; c'est, heureusement, la situation habituelle de la famille, c'est cette circonstance qui perpétue l'Etat. M. Treilhard n'a donc pu penser ni vouloir dire qu'une société universelle ne saurait avoir lieu entre personnes dont l'une laisserait

des enfans à son décès, d'autant mieux que la société peut réellement avoir été favorable à ces mêmes enfans. De plus, ce qu'il avait en vue, c'était *les avantages prohibés* qui pourraient être procurés par cette voie à *des incapables*, et uniquement cela; mais nous ne leur faisons pas nous-mêmes produire des effets, puisque nous les déclarons nuls aussi, et que, dans le cas *de capacité*, nous réservons l'action en réduction telle que de droit, s'il y échet.

Dans le rapport fait au tribunal, sur le projet de loi, on lit « que la disposition de notre article 1840 pouvait seule mettre le projet *en parfait accord avec nos lois sur les successions, donations et testamens.* » Or, ces lois sur les donations et testamens n'interdisent pas à un individu qui laisse des enfans, de donner une partie de son bien; seulement elles autorisent la réduction des avantages qui excèdent la quotité disponible.

Deux citoyens qui n'ont aujourd'hui point d'enfans contractent ensemble une société universelle, mais ensuite l'un d'eux se marie et a des enfans : doit-on annuler la société dès à présent, s'il le demande, ou si l'autre associé l'exige ? Mais cela est impossible, car on ne sait pas si ces enfans survivront à leur père, s'ils seront capables de lui succéder, non indignes, et s'ils accepteront sa succession; et l'on peut dire la même chose dans le cas où ces enfans existaient déjà au temps où le contrat de société a été formé. Se contentera-t-on de subordonner la validité du contrat au cas où ni l'un ni l'autre des associés ne laisserait d'héritiers ayant droit à une réserve ? Mais quelle incer-

titude dans les effets du contrat ! Telle n'a pu être la pensée des rédacteurs du Code : rien ne la justifierait.

Veut-on s'attacher rigoureusement à la lettre de l'article ? Alors il faudrait, dans le cas où l'un des associés aurait laissé des enfans ou des ascendans, annuler la société, même sur la demande de l'autre associé qui n'en a pas, ou sur celle de ses héritiers ; car les termes de l'article sont généraux ; ils ne distinguent point : or, peut-on croire que telle ait été l'intention des auteurs du Code ? Non certainement, puisque cet associé, qui pouvait donner ouvertement tout son bien, a bien pu faire un contrat dans lequel il a, suivant lui, procuré quelque avantage à l'autre partie. Il devrait donc être déclaré non recevable, ainsi que ses héritiers.

La loi exige bien assurément, pour qu'il y ait vente, qu'il y ait un prix : sinon, c'est évidemment une donation de la chose dite vendue ; et elle exige bien aussi, pour qu'une donation soit valable et produise une action efficace, que les formes qu'elle prescrit pour les actes portant donation aient été observées, et néanmoins la jurisprudence bien constante de la cour de cassation maintient l'acte suivant l'intention des parties, dans la mesure du disponible de celui qui a procuré l'avantage, pourvu que celui qui l'a reçu fût capable de le recevoir de la personne qui le lui a conféré. Or, s'il en est ainsi dans un cas où les parties ont évidemment voulu éluder la loi, pourquoi annulerait-on un contrat de société qui a pu être fait de

bonne foi ? Qu'on en soumette les effets aux règles de la réduction des donations, et aux règles des rapports à succession, si le cas y échet, rien de mieux ; mais l'annuler entièrement, d'une manière absolue, c'est à quoi nous ne pouvons souscrire.

La prohibition doit donc être restreinte aux cas où la défense d'avantager reposerait sur une qualité de la personne avec laquelle se contracterait la société, et nous en avons donné plusieurs exemples ¹.

582. Nous ne pensons même pas, comme M. Delvincourt, qu'on doive appliquer cette prohibition, et la nullité qui en serait la conséquence, au cas de société universelle contractée entre un citoyen et son fils naturel reconnu.

D'abord, si ce père naturel ne laissait pas de parens au degré successible, cas que prévoit l'article 758, quoiqu'il soit rare, évidemment la société serait par-

¹ Suivant notre usage de ne jamais dissimuler ce qui peut affaiblir la portée de nos décisions, nous citerons un arrêt de la cour de Bourges, du 30 mars 1835, qui a toutefois jugé qu'un père ayant plusieurs enfans n'avait pu contracter une société universelle avec l'un d'eux ; que ce n'était pas seulement un cas de réduction des avantages obtenus par l'enfant associé, et excédant le disponible du père, mais bien un cas de nullité de la société dans son ensemble, à la demande des autres enfans. Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par arrêt du 25 juin 1839 (Devileneuve, 39, I, 545) ; mais il est bon d'observer que la cour de cassation ne s'est point prononcée sur la question ; elle a rejeté le pourvoi en se fondant uniquement sur ce que l'arrêt de la cour royale avait considéré l'acte, non comme un partage réel et sincère d'une société précédemment établie entre.... mais comme une donation déguisée faite au préjudice des autres enfans, etc.

Il existe sur cette question, et à l'endroit où les arrêts ci-dessus sont rapportés, une remarquable dissertation de M. G. Massé. Nous en dirions plus de bien encore, s'il avait moins loué notre discussion sur ce point. Il est, du reste, parfaitement de notre avis, et combat avec une grande vigueur de logique l'opinion de M. Duvergier, tout en donnant d'ailleurs aux travaux de cet estimable jurisconsulte, les éloges auxquels ils ont si juste droit de prétendre.

faitement bonne ; et il en serait de même si le père, qui n'a point d'enfans légitimes, était lui-même aussi enfant naturel, reconnu ou non, n'importe ; car, ne devant aucune réserve à qui que ce fût, on ne pourrait pas dire qu'en avantageant son enfant naturel par le contrat de société, il l'a avantagé au préjudice d'autres personnes.

Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à la question, supposer un individu enfant légitime, qui a laissé des parens, et qui a contracté une société universelle avec son fils naturel légalement reconnu : eh bien ! dans ce cas-là même, on ne voit pas pourquoi cette société serait nulle. Les parens, dans cette espèce, peuvent être considérés comme des héritiers réservataires, car le père ne peut pas donner à son enfant naturel, et au préjudice de ces mêmes parens, au-delà de la quotité déterminée par l'article 757 (art. 908), de même qu'un père légitime ne peut pas donner à qui que ce soit, au préjudice des enfans qu'il laisse, au-delà de ce dont la loi lui permettait de disposer : il y a parité parfaite, sous ce rapport, entre ces parens et ces enfans ; ni les uns ni les autres ne doivent être privés de ce que la loi leur attribue, et tous ont l'action en réduction s'il y a excès. Le père de l'enfant naturel peut lui donner la quotité réglée par l'article 757, comme un père peut donner son disponible à l'un de ses enfans légitimes, ou à un étranger. Le père de l'enfant naturel peut le réduire à la moitié de la portion déterminée par cet article (art. 761), comme le père d'enfans légitimes peut réduire la portion qu'ils auraient eue d'a-

près la loi ; ce qui écarte l'objection que le père naturel ne peut rien lui donner, que l'enfant tient tout de la loi. C'est donc, dans l'un comme dans l'autre cas, une question de disponibilité, et non une question de capacité. Si la société universelle ne pouvait être contractée entre un père et son enfant naturel reconnu, par le motif que le père ne peut pas l'avantager, au préjudice d'autres personnes, au-delà de la portion réglée par les articles 908 et 757 combinés, il nous semble que, pour être conséquent, il faudrait également décider, contrairement à tous les anciens principes, qu'une société de cette sorte n'a pas pu, non plus, être contractée entre individus ayant, ou l'un d'eux, des héritiers à réserve au temps de leur mort, qui a amené la dissolution de la société, quand bien même ils n'en auraient pas eu au jour du contrat ; car l'on dirait avec tout autant de raison qu'il était également défendu à celui qui avait des enfans, d'avantager son co-associé à leur préjudice ; aussi les partisans de l'opinion contraire ne font-ils point de distinction. Mais, en réalité, il ne lui était défendu de l'avantager qu'au-delà de la portion disponible ; et de même, il n'était défendu au père naturel d'avantager son enfant, au préjudice d'autres personnes, que dans ce qui excéderait la portion déterminée par l'article 757. Or, si un plus grand avantage n'existe pas, de quoi peuvent se plaindre les parens du père ? Et, s'il existe, de quoi peuvent-ils se plaindre encore, si l'enfant consent à la réduction ?

583. Dans les cas où une société universelle serait

déclarée nulle, et nous avons donné plus haut plusieurs exemples de ces cas, les parties se trouveraient avoir été dans une simple communauté de fait, et les biens appartenant à chacune d'elles lors du contrat seraient repris par leur propriétaire, s'ils existaient en nature. Pour ce qui aurait été vendu, ou consommé en commun, les parties s'en feraient respectivement raison d'après les règles des communautés accidentelles, et elles partageraient d'après les mêmes règles les gains qu'elles auraient faits en commun, ainsi que les économies faites sur leurs revenus. En un mot, on s'attacherait plutôt à la valeur respective des mises, qu'aux stipulations portées dans le contrat touchant le règlement des parts, puisque, on le suppose, ce contrat était nul. Enfin, quant aux choses qui auraient péri par cas fortuit, la perte en serait supportée par leur propriétaire.

SECTION II.

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

SOMMAIRE.

384. *Divers exemples de sociétés particulières.*385. *On peut n'y mettre que l'usage ou la jouissance des choses : différens cas.*386. *Espèce puisée dans la loi 58, ff. pro Socio.*387. *Autre espèce puisée dans la même loi.*

384. Les sociétés particulières sont d'une infinité de sortes quant à leur objet.

Ainsi, elles peuvent avoir lieu, soit pour une entreprise désignée, comme, par exemple, l'exploitation d'une messagerie, la construction de certains travaux;

soit pour l'exercice d'un métier ou profession, comme lorsque deux artisans du même métier s'associent pour travailler en commun et partager les bénéfices que leur travail pourra leur procurer. (Art. 1842.)

Ainsi encore, la société est particulière lorsqu'elle a pour objet certaines choses déterminées : comme lorsque deux individus prennent à loyer une hôtellerie pour l'exploiter en commun, ou qu'ils mettent en commun leurs chevaux pour les vendre et partager le prix dans les proportions convenues ; ou bien encore lorsque deux personnes achètent en commun un objet, dans la vue, non de le partager de suite, mais après un certain temps plus ou moins long, quand il conviendra à l'une d'elles de faire cesser la communauté, soit pour partager, en attendant, les produits de la chose, soit pour s'en servir tour à tour : comme lorsque deux personnes habitant la même ville achètent en commun un cheval ou une voiture pour vaquer à leurs affaires particulières, etc., etc.

385. On peut ne mettre en commun que la jouissance ou l'usage seulement de la chose : comme lorsque deux personnes, propriétaires chacune d'un cheval, conviennent de les réunir un certain nombre de jours de la semaine pour les louer aux particuliers, comme chevaux de voiture, dans la vue de partager le profit qu'elles pourront tirer du travail de ces chevaux.

Ou bien encore lorsque deux cohéritiers conviennent, après le partage des biens de la succession, qu'ils continueront à jouir en commun et partageront les fruits

comme ils le faisaient lorsqu'il n'y avait entre eux que la simple communauté résultant du fait de leur qualité respective de cohéritiers ¹.

Tous ces cas, et une foule d'autres semblables ou analogues, sont compris dans la disposition de l'article 1841, portant : « que la société particulière est « celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déter-
« minées, ou à leur usage, ou aux fruits à en per-
« cevoir. »

386. Dans les sociétés particulières, ce n'est pas toujours que la somme ou la chose destinée à la négociation que l'on s'est proposé de faire, devient de suite commune, quoique la propriété elle-même doive en être apportée à la société : dans beaucoup de cas elle ne le devient que par la réalisation de l'apport. Cela est vrai notamment lorsque la chose que l'un des associés a promis d'apporter n'a point été considérée comme corps certain et déterminé, mais bien comme quantité, comme chose consistant *in genere*.

Cette distinction est fort importante, afin de connaître qui doit, de l'associé ou de la société, supporter la perte de la chose lorsqu'elle a eu lieu par cas fortuit.

Ainsi, dans le cas où l'un des associés a promis d'apporter à la société une certaine somme pour les

¹ Papinien, dans la loi 52, § 6, ff. *pro Socio*, décide qu'il y a société dans le cas où deux frères conviennent de laisser indivis entre eux les hérités de leur père et mère, de manière que l'émolument ou la perte qui surviendraient leur seraient communs. Toutefois, les choses qu'ils acquerraient d'ailleurs, ou les pertes qu'ils éprouveraient d'autre part, ne seraient point communes, attendu qu'une telle convention ne constitue point une société universelle.

opérations que l'on se proposait de faire, par exemple pour acheter certaines marchandises, et que les deniers composant cette somme sont venus à périr, il faut distinguer. Si c'est après la réalisation de l'apport (ce qui ne peut avoir lieu qu'autant qu'il y avait déjà société contractée) que les deniers sont venus à périr, la perte est pour le compte de la société; par conséquent elle est supportée par tous les associés, même dans le cas où celui qui avait promis la somme ne l'avait pas encore comptée de fait à ses co-associés : par exemple, dans le cas où il devait l'employer à l'achat de certaine partie de marchandises pour le compte de la société, et qu'étant allé pour acheter ces marchandises dans le lieu où elles se trouvaient, il a été dépouillé par des voleurs dans le voyage; car sa mise était effectuée par cela même qu'il était parti pour faire ce voyage avec cette somme. Mais si elle avait péri dans sa main avant cette réalisation de l'apport, quoique ce fût depuis qu'il eût destiné les mêmes deniers à la réalisation de sa mise : par exemple, si elle lui avait été volée chez lui, ou même enlevée en route lorsqu'il l'apportait à la caisse sociale, elle aurait péri pour lui. C'est ce que décident Celse et Ulpien, dans la loi 58, § 1, ff. *pro Socio*; et cette décision devrait incontestablement être suivie dans notre Droit, attendu qu'un associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y mettre, et que le débiteur d'une somme, comme dans l'espèce, ou de tout autre chose qui consiste *in quantitate aut in genere*, ne peut prétendre, comme le débiteur d'un corps certain,

être libéré par la perte de ce qu'il voulait faire servir à l'acquittement de sa dette, puisque *genus aut quantitas non perit*. Celsus tractat : *si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia periisset : cui perierit ea ? Et ait : Si post collationem evenit ut pecunia periret, quod non fierit nisi societas coita esset, utrique perire. Ut putà, si pecunia quam peregrè portaretur ad mercem emendam periit. Si verò antè collationem, postquàm eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit : quia non societati periit.*

Ce ne peut toutefois être le cas littéralement prévu à l'article 1867, que nous expliquerons plus loin, quand cet article dit : « Lorsque l'un des associés a promis « de mettre en commun *la propriété* d'une chose, la « perte survenue avant que la mise en soit effectuée « opère la dissolution de la société par rapport à tous « les associés ; » car, dans l'espèce de la loi romaine, la société n'est pas dissoute par la perte des deniers que l'un des associés avait promis de mettre en commun, *dont il avait promis d'apporter la propriété à la société* ; seulement il en supporte la perte, et reste par conséquent encore débiteur de sa mise.

587. Mais voici un cas où la société est dissoute, suivant les lois romaines, par la perte de la chose, et où elle le serait également dans notre Droit. Vous avez trois chevaux et j'en ai un ; nous sommes convenus que je vous enverrais le mien pour vendre les quatre chevaux ensemble, afin de les vendre plus avantageusement, et que vous me remettiez le quart du prix que vous en retireriez. Si, dans cette espèce, mon

cheval est venu à mourir avant la vente ¹, Ulpien, dans la même loi, *pp.*, dit que Celse ne pensait pas que je dusse avoir une part du prix des vôtres, attendu que notre intention ne paraît pas avoir été de mettre en commun la propriété des chevaux eux-mêmes, pour en faire un attelage qui dût être commun entre nous, mais bien seulement de former une société pour la vente des quatre chevaux, dans la vue d'en tirer un meilleur prix que si nous vendions séparément, vous les vôtres, moi le mien; qu'au surplus, s'il a été dit que les chevaux seraient mis en commun, pour en faire un attelage qui serait commun entre nous, et que vous auriez, dans le produit de la vente de cet attelage, les trois quarts, et moi le quart, il n'est pas douteux que, nonobstant la mort du cheval que j'ai mis, la société ne subsiste toujours, et par conséquent que je ne doive avoir mon quart dans les trois chevaux restans. *Si id quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum, lib. 7, Digest. ad epistolam Cornelii Felicis : Quum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ, coitam societatem. Cæterum si id actum dicatur ut quadri-*

¹ Ou à être estropié même après l'avoir réuni aux vôtres, et sans votre faute, par exemple sur le marché aux chevaux, où il a été blessé par un autre cheval.

ga fieret, eaque communicaretur, tuque in eâ tres partes haberes, ego quartam, non dubiè adhuc socii sumus.

Ainsi, dans le premier cas, la société est dissoute par la mort de mon cheval, vu que notre seul but était de vendre les quatre chevaux ensemble, que la société n'avait été contractée que pour cela, et par conséquent je n'ai aucun droit dans vos trois chevaux, dont la propriété vous est exclusivement demeurée, comme celle du mien m'était restée entière. Ce cas est semblable à celui où l'un des associés met seulement l'usage ou la jouissance de sa chose dans la société, et non la propriété elle-même, et que cette chose vient à périr : dans ce cas, la société est dissoute par rapport à tous les associés, parce que l'associé qui avait promis une jouissance successive de sa chose ne peut plus réaliser sa promesse, et la perte de cette chose est évidemment supportée par lui seul, puisqu'il en était resté seul propriétaire (art. 1867, 2^e alinéa). Au lieu que, dans le dernier cas prévu à la loi romaine, la mort du cheval que j'avais promis de mettre en commun n'opère pas la dissolution de la société, parce qu'il y a encore un fonds social dans les trois chevaux que vous avez promis de votre côté de mettre en commun, et que j'ai ma part, mon quart, dans ce qui reste.

On a prétendu que le premier cas prévu à la loi romaine est celui que les rédacteurs du Code civil ont eu en vue dans la première partie de l'article 1867, où il est dit que, lorsque l'un des associés *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose*, la perte sur-

venue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. Mais il faut avouer que, si tel est le cas qu'ils ont eu en vue, la rédaction de l'article a bien mal répondu à leur pensée; car précisément, dans cette première hypothèse de la loi romaine, les parties n'ont pas eu la volonté de *mettre en commun la propriété de leurs chevaux*: loin de là, elles ont voulu seulement les *réunir* pour *les vendre* ensemble, afin d'en tirer un meilleur prix; et au contraire, dans la seconde hypothèse, où elles ont réellement promis de mettre en commun les quatre chevaux pour en composer un attelage qui devait être commun entre eux pour la propriété même, dans les proportions convenues, la perte de l'un des chevaux n'opère point la dissolution de la société. Mais nous reviendrons plus loin sur cet article 1867, dont la décision contredirait si fortement, et l'article 1138 et l'article 1845, en un mot, le principe *omnes debitores rei certæ, interitu rei liberantur*, s'il fallait l'entendre dans le sens qu'il paraît présenter par sa rédaction ambiguë.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET À L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

388. *Les engagements des associés sont de deux sortes.*

588. Les engagements des associés sont de deux sortes: les uns existent envers la société, et les autres envers les tiers, créanciers de la société.

Il faut toutefois remarquer que les associés étant obligés les uns envers les autres par la nature même du contrat de société, il en résulte réciproquement des droits au profit des uns à l'égard des autres ; et par conséquent ces mêmes engagements peuvent être considérés sous un double rapport, c'est-à-dire, activement comme passivement. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, par rapport aux associés comme par rapport aux tiers, la société est un être moral, un être intermédiaire, une sorte de tierce personne, ayant des droits et des obligations distincts des droits et des obligations de chaque associé ; en sorte que chaque associé a des obligations à remplir envers elle, comme elle en a à remplir envers chaque associé, et envers les tiers qui ont traité avec elle. Cette idée simple et vraie rend plus claire la position de la société vis-à-vis des associés et des tiers, et réciproquement.

Nous parlerons dans une première section des engagements des associés entre eux, ou envers la société ;

Et dans une seconde, des engagements des associés ou de la société envers les tiers.

SECTION PREMIÈRE.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX OU ENVERS LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

389. *Division de la section.*

389. D'après ce qui vient d'être dit, l'on sent que les règles comprises sous cette section doivent avoir plusieurs objets ; elles concernent, en effet :

1° Le commencement et la durée de la société ;

2° Les obligations de chaque associé envers la société ;

3° Celles de la société envers chaque associé, ou des droits de chacun d'eux contre elle, ou sur les choses qui en composent le fonds ;

4° La fixation des parts ;

Et 5° enfin l'administration de la société, et les pouvoirs de chaque associé relativement aux affaires ou aux choses communes.

Nous traiterons de chacune de ces règles dans un paragraphe particulier.

§ 1^{er}.

A quelle époque commence, et combien dure la société.

SOMMAIRE.

390. *La société commence à l'époque fixée par le contrat ; s'il n'y en a pas de fixée, elle commence de suite ; elle peut être formée sous condition.*

391. *Sa durée.*

392. *Si la convention qu'une société universelle durera toute la vie des associés, ou pendant vingt ans, par exemple, est obligatoire pour plus de cinq ans.*

590. Puisque la société est formée par le consentement des parties, c'est aussi leur volonté qui détermine l'époque où elle doit commencer ; mais s'il n'est rien dit à cet égard, elle commence à l'instant même du contrat. (Art. 1843.)

Les parties peuvent aussi convenir que la société aura lieu seulement au cas où tel événement arriverait, et ce serait avec effet rétroactif ou sans effet rétroactif, suivant leur intention : *Societas coiri potest vel ex*

tempore, vel sub conditione. L. 1, ff. *pro Socio*. Par exemple, je puis contracter une société avec quelqu'un pour le cas où il deviendra mon gendre ; et, dans cette espèce, ce serait sans effet rétroactif. Au contraire, si nous achetons, Paul et moi, la maison de Jean sous condition, *et animo contrahendæ societatis*, notre société est par cela même conditionnelle, mais avec effet rétroactif, si la condition s'accomplit. (Art. 1179.)

Du reste, dans le cas même où les parties conviennent que la société commencera à telle époque, par exemple au bout de six mois à dater de ce jour, il n'y a pas moins contrat dès à présent, et ce contrat n'est pas autre chose qu'un contrat d'association, dont l'inexécution de la part de l'un des contractans, à l'époque convenue, pourrait donner lieu aux dommages-intérêts au profit des autres ¹. Mais jusqu'à cette époque, chaque associé conserve la propriété et la jouissance des choses qu'il a promis de mettre dans la société.

Si donc l'objet de la société, dans ce cas, était une certaine entreprise, par exemple la conduite de voitures publiques, on ne devrait en commencer les opérations qu'à l'époque indiquée, ni plus tôt ni plus tard. Et si les parties étaient convenues de travailler en commun, d'exercer leur métier ou profession dans un but d'intérêt commun, avec la déclaration que la

¹ Sauf, si la société était du nombre de celles qui peuvent se dissoudre par la volonté de chacune des parties, le droit, pour chacune d'elles, de renoncer avant même l'époque déterminée, pourvu que ce fût de bonne foi, et non pour faire par là un bénéfice au détriment des autres.

société commencera, par exemple, au premier janvier prochain, jusqu'à cette époque chacune d'elles travaillerait pour son avantage particulier. Tel est le sens de l'article 1843, quand il fait entendre que les parties peuvent faire commencer leur société à une époque ultérieure. Mais avant cette époque, et dès le contrat, il n'y a pas moins association, quoique les effets de cette association ne doivent commencer que plus tard.

594. S'il n'y a pas de convention touchant la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, c'est-à-dire jusqu'à la mort naturelle ou civile de l'un d'eux, sous la modification portée en l'article 1869; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, la société est censée contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire. (Art. 1844.)

Mais lorsqu'il s'agit de sociétés censées contractées à vie (et les sociétés universelles sont de ce nombre, ainsi que la société particulière qui a pour objet l'exercice en commun de certaine profession ou métier, quand leur durée n'a pas été limitée par une convention), chacun des associés peut renoncer à la société quand bon lui semble, pourvu que la renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps, ainsi que nous l'expliquerons plus loin (art. 1865-5° et 1869 combinés). Au lieu que cette faculté n'existe pas dans les sociétés convenues pour un temps limité, ou qui ont pour objet une certaine opération dont la durée est elle-même déterminée par la nature de l'affaire; sauf la modification exprimée à l'article 1871, pour

le cas où la demande en dissolution de la société serait fondée sur quelque juste motif :

On peut aussi ne contracter la société que jusqu'à l'arrivée de tel événement prévu, de manière qu'elle devra cesser lors de l'arrivée de cet événement : par exemple, la société cessera si je viens à me marier.

592. Si les parties, en formant une société universelle, conviennent qu'elle durera vingt ans, par exemple, cette convention est assurément très-bonne ; mais empêcherait-elle l'un des associés de renoncer avant ce temps, lorsque sa renonciation d'ailleurs ne serait point faite de mauvaise foi, ni à contre-temps, mais uniquement pour sortir d'indivision ?

Nous pensons bien qu'aucun des associés ne pourrait, dans les cinq ans du contrat, demander la dissolution de la société et le partage des biens dont elle se composerait, à moins qu'il n'y en eût quelque juste motif, ainsi qu'il est dit à l'article 1871, précité, mais nous pensons aussi qu'après cinq ans, chacun d'eux pourrait demander le partage des biens, et pour cela renoncer à la société, nonobstant toute convention contraire dans le contrat, pourvu que la demande fût faite de bonne foi, c'est-à-dire non en vue, par celui qui la formerait, de s'approprier exclusivement certains bénéfices qui devraient appartenir à la société (art. 1870), et pourvu aussi que la renonciation ne fût pas faite à contre-temps.

Cette double proposition se justifie par l'article 815, qui porte que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; que le partage peut toujours être

provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires ; qu'on peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité, mais que cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans ; qu'elle peut toutefois être renouvelée.

Il s'agit, il est vrai, dans cet article, du partage des biens d'une succession, c'est-à-dire du partage des biens d'une communauté de fait, tandis que nous raisonnons dans l'hypothèse d'une société, d'une communauté résultant d'une convention, mais cette circonstance est indifférente, parce que le motif de la loi est toujours le même. Quelle que soit, en effet, la cause qui ait produit la communauté, la loi ne veut pas que l'indivision puisse se prolonger pendant un trop long temps, contre le gré de l'un des intéressés, parce que l'état d'indivision forcée fait naître mille difficultés et donne lieu à beaucoup de procès. D'ailleurs, dès que les héritiers conviennent qu'ils resteront pendant un certain temps dans l'indivision, que le partage ne pourra être provoqué par l'un d'eux avant l'expiration de ce temps, ils font par cela même une convention de société : c'est ce que dit positivement Papinien dans la loi 2, § 6, à ce titre, que nous avons déjà eu occasion de citer ¹. Leur position res-

¹ M. Dalloz, dans son recueil, v^o *Société*, est toutefois d'un avis contraire : il pense que cette société par laquelle deux frères conviennent de garder indivises les successions de leurs père et mère, pour en partager les bénéfices, peut être contractée même pour plus de cinq ans, parce que, dit-il, la règle que personne n'est tenu de rester dans l'indivision n'est point applicable dans le cas de société, quand il y a un temps fixé pour sa durée.

Mais, d'une part, l'auteur reconnaît que cette convention intervenue entre ces deux frères est une société, et, d'autre part, l'article 815 limite à cinq ans au plus la durée obligatoire de cette convention.

pective est changée, et s'ils ne mettent pas de fait, il est vrai, en commun leurs parts dans les biens de la succession, puisqu'elles y sont déjà, ils font néanmoins la même chose au fond, en déclarant vouloir les y laisser pendant le temps convenu ; or, *cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans* : donc celle de société *à priori* ne l'est pas non plus pour un temps qui excèderait cinq années, de manière à devoir empêcher l'un des associés de demander le partage des biens communs, et, pour cela, de renoncer à la société. Ajoutez que, suivant l'article 1872, *les règles concernant le partage des successions*, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages des sociétés : preuve bien évidente que l'article 815 lui-même s'y applique pareillement. S'il en devait être autrement, il faudrait dire aussi, pour être conséquent, que, en convenant expressément d'une société universelle à vie, avec clause qu'aucune des parties ne pourra y renoncer et demander le partage des biens, elles se sont valablement liées pour leur vie, puisqu'une fois la limite des cinq ans franchie, on ne pourrait en fixer une autre sans le faire arbitrairement : or, probablement on ne soutiendrait pas une semblable proposition.

Il faudrait dire aussi que les associés ont pu valablement engager leur temps, leur industrie pendant toute leur vie, tandis que la loi ne permet d'engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée (art. 1780). Les conséquences d'un tel système iraient donc évidemment contre l'esprit de la loi. Objectera-

t-on que les associés ne seront pas obligés pour cela de travailler en commun pendant toute leur vie; que leur obligation, en cas de refus de leur part de continuer la société, se convertira en dommages-intérêts, comme dans toute obligation de faire non exécutée? Mais c'est dire par cela même que l'obligation est valable, car il n'y a qu'une obligation valable qui puisse produire des dommages-intérêts faute d'être exécutée : or, assurément, ce n'est pas ce qu'a voulu dire l'article 1780, pour le cas où un homme aurait engagé ses services pour toute sa vie.

Mais, dira-t-on, on ne pourrait donc convenir d'une société obligatoire pour plus de cinq ans? et cependant l'article 1844, ni aucun autre, ne limite à ce temps la faculté qu'il reconnaît aux parties de fixer la durée de leur société comme bon leur semblera. L'article 1869 n'autorise pas non plus l'un des associés, dans les sociétés dont la durée est limitée, à renoncer à la société avant le temps fixé. Tous les jours, d'ailleurs, dans le commerce, il se fait des sociétés pour un temps qui excède cinq années, et ces sociétés sont regardées comme obligatoires pour tout le temps fixé par les parties. Il faut en effet souvent, dans ces associations, un fort long temps pour obtenir des bénéfices : il faut que le crédit se fonde, que l'achalandage se forme, que des expériences soient tentées, et tout cela n'est ordinairement que l'ouvrage du temps.

Nous répondrons que notre décision souffre une modification pour les sociétés d'industrie ou de commerce, non pas encore en ce sens qu'on pût les sti-

puler jusqu'à la mort de l'un des associés, de manière à être rigoureusement obligatoires jusqu'à l'arrivée de cet événement, car on ne peut engager ses services ou son industrie à vie; mais en ce sens, que la durée de ces sociétés pourrait être convenue au-delà de cinq ans, de manière à lier les parties pour tout le temps convenu, pourvu qu'il ne fût pas excessivement long. Le bien du commerce motive suffisamment cette modification. Notre décision ne s'appliquerait pas non plus aux sociétés pour une entreprise déterminée dont la durée serait fixée à plus de cinq ans, ou qui exigerait un temps plus long pour son achèvement.

§ II.

Des obligations de chaque associé envers la société.

SOMMAIRE.

- 393. *Obligation de chaque associé d'effectuer sa mise, et de garantir son apport.*
- 394. *Un associé est libéré par la perte du corps certain qu'il avait promis de mettre dans la société, pourvu qu'elle ait eu lieu sans sa faute, et il n'a pas moins droit aux choses apportées par les autres associés.*
- 395. *Modification pour le cas où la société aurait été contractée sous condition suspensive, et que la chose serait venue à périr pendente conditione.*
- 396. *Du cas où les choses promises par l'un des associés à la société ne sont point des corps certains et déterminés.*
- 397. *Observation sur le cas où la société serait universelle, relativement à la perte d'une ou de plusieurs choses appartenant à l'un des associés.*
- 398. *Dispositions relatives à l'associé débiteur d'une somme envers la société.*
- 399. *Décision quant aux fruits par lui perçus sur les biens*

apportés par lui à la société, et avant d'avoir effectué sa mise.

400. *L'associé qui a promis son industrie doit faire raison à la société de tous les gains qu'il a pu faire par cette espèce d'industrie : développemens.*

401. *Analyse de l'article 1848.*

402. *Et de l'article 1849.*

403. *Le dommage causé à la société par la faute d'un associé ne se compense pas avec le profit qu'il a pu lui procurer dans d'autres affaires. Des fautes dont répond un associé.*

595. Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (art. 1845), et il doit effectuer sa mise à l'époque convenue.

Lorsque cet apport consiste en un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers elle de la même manière qu'un vendeur l'est envers un acheteur. (*Ibid.*)

Il en doit être de même, et par les mêmes motifs, en ce qui concerne la contenance déclarée au contrat, si c'est un fonds de terre, et aussi en ce qui touche les vices ou défauts cachés des objets spécialement mis dans la société.

Dans le cas aussi où l'apport de l'associé ne consistait pas en un corps certain, mais en une certaine quantité de denrées ou de marchandises non spécialement désignées, si la société en a été évincée, parce que ces objets avaient été volés ou perdus, ou parce que l'associé qui les a apportés ne les avait pas reçus de bonne foi (art. 2279 et 1141), l'associé doit pareillement la garantie, ou, pour mieux dire, il n'est pas libéré de son obligation : il doit verser de nouveau dans la société pareille quantité de denrées ou de marchandises.

Mais l'on sent que, dans une société universelle de tous biens présents, l'éviction que la société viendrait à éprouver d'un objet apporté par l'un des associés ne saurait donner lieu contre lui à l'action en garantie ; car, ne spécifiant rien, il n'a mis que les biens qu'il avait, et tel qu'il les avait. La société n'aurait que l'action en garantie qu'il pourrait avoir lui-même contre celui duquel il tenait la chose. Il en doit être de ce cas comme de celui de vente d'une hérédité où les objets n'ont pas été spécifiés.

Si, dans une société particulière, c'est simplement la jouissance de la chose évincée que l'associé a mise dans la société, et que les autres associés ne demandent pas la dissolution de la société, la garantie que l'associé doit à la société est, en général, la même que celle qu'un bailleur doit, dans le même cas, à un fermier ou à un locataire. Mais si les associés veulent la dissolution de la société, ils sont en droit d'exiger cette dissolution, car c'est pour la société la même chose que la perte de l'objet : or, l'article 1867, dans le cas de perte de la chose mise pour la jouissance seulement dans la société, déclare la société dissoute.

594. Puisque chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'y apporter, il suit de là que, si c'est un corps certain et déterminé, par exemple telle maison, le vin contenu en telle cave, tel troupeau, et que la chose soit venue à périr par cas fortuit avant que l'associé fût en demeure d'en faire la délivrance, l'obligation de celui-ci est éteinte, son apport est censé effectué, et il n'a pas moins droit aux apports



des autres, effectués ou non, n'importe. La société n'est pas dissoute pour cela, quand ce n'était pas simplement la jouissance de la chose qu'il avait promis de mettre dans la société, mais bien la propriété elle-même. Peu importe la rédaction obscure de l'article 1867 : nous démontrerons ultérieurement que sa décision ne doit pas être entendue de ce cas. « Lorsque, « dit Pothier, dans son traité *du Contrat de société*, « n° 110, les choses que l'un des associés a promis « d'apporter dans la société sont des corps certains « et déterminés, si ces choses viennent à périr par « cas fortuit, sans la faute de cet associé, et avant « qu'il ait été mis en demeure par son associé de les « apporter à la société, il est quitte de son obligation, « de même que s'il les avait apportées. Cela est conforme aux principes de Droit établis en notre traité « *des Obligations*, part. 3, chap. 6, suivant lesquels, « dans toutes les dettes de corps certains, la chose « est aux risques du créancier à qui elle est due, et « le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, « et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer. »

Il y a encore aujourd'hui une autre raison de cette décision, c'est que, d'après le Code (art. 711, 1138 et 1583), la propriété est conférée par le seul consentement des parties contractantes, sans qu'il y ait besoin d'aucune tradition. Enfin on assimile l'obligation de l'associé envers la société à celle d'un vendeur envers l'acheteur : or, un vendeur est libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit, et avant qu'il fût en demeure d'en faire la délivrance, et il n'a pas moins

droit au prix (art. 1138, 1302 et 1624 analysés et combinés) : donc l'associé doit avoir aussi sa part dans les choses apportées à la société par ses co-associés : c'est le prix de celle qu'il avait promis d'y mettre.

Pothier fait observer, de plus, que, dans le cas même où la chose aurait péri depuis que l'associé qui avait promis de la mettre dans la société était en demeure d'effectuer sa mise, il serait pareillement libéré, si cette chose eût dû également périr si elle avait été livrée à la société : comme serait une maison qui est venue à brûler par le feu du ciel depuis que l'associé était en demeure de la mettre à la disposition de la société, d'en remettre les clefs, *putà*, parce qu'elle se trouvait occupée par lui ou par un locataire. C'est en effet la décision de l'article 1302, dont la disposition est générale, et par conséquent applicable au contrat de société comme aux autres contrats.

595. Mais si la société avait été contractée sous une condition suspensive, et que la chose promise par l'une des parties fût venue à périr avant l'accomplissement de la condition, la perte serait supportée par l'associé seul, et la société serait, non pas à proprement parler, dissoute, mais manquée, avortée, si l'on peut s'exprimer ainsi, par le défaut de mise de l'une des parties.

596. Quand, au contraire, ce ne sont point des corps certains que l'un des associés a promis de mettre dans la société, mais bien une somme d'argent, une certaine quantité de pièces de vin, ou des corps indéterminés, comme tant de chevaux, etc., il est clair qu'il

ne peut y avoir lieu à ces questions, même dans les sociétés contractées purement et simplement, attendu qu'il ne peut y avoir d'extinction d'une chose indéterminée : *genus non perit*. L'associé doit donc toujours réaliser sa mise, malgré la perte des choses qu'il avait destinées à l'effectuer.

597. Ces questions ne se présenteront pas non plus dans les sociétés universelles, mais par une autre raison : c'est que, dans ces sociétés, les choses de chaque associé, et qui entrent dans la composition active de la société, s'y trouvent mises et livrées par le fait seul du contrat ; il n'y a pas de tradition à en faire, comme on en conçoit une dans les sociétés particulières. En Droit romain même, où la propriété n'était transférée que par la tradition, elle était rendue commune *ipso facto* dans la société *omnium bonorum*, en ce qui concernait les biens présents ; mais pour les créances ou actions sur les tiers, les associés s'en faisaient réciproquement cession ; et, quant aux biens qu'ils acquerraient individuellement durant la société, par succession, donation ou legs, ou même par des actes à titre onéreux, celui qui avait fait l'acquisition était obligé, sur l'action *pro socio*, de la rendre commune à ses co-associés. *Vide* LL. 1, 2, 3, 73 et 74, ff. *pro Socio*.

Dans notre Droit actuel, la propriété de la chose acquise par l'un des associés, et qui doit tomber dans la société, est acquise de suite à l'être moral appelé *société*, sans qu'il y ait besoin pour cela que l'associé la *communique* à ses co-associés ; elle devient commune par le fait de l'acquisition. La tradition, dans

le Code civil, n'est en général qu'une affaire d'exécution ; elle n'est plus exigée comme moyen de transférer la propriété ou de la communiquer, du moins ordinairement.

598. L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a pas fait, devient de plein droit, et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée.

Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les a tirées pour son profit particulier.

Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. (Art. 1846.)

Le Code, considérant que le contrat de société a essentiellement pour but l'intérêt commun de toutes les parties, qu'il est particulièrement du nombre de ces contrats que les jurisconsultes romains appelaient *bonæ fidei*, pour indiquer qu'ils sont plutôt régis par les règles de l'équité que par les principes rigoureux du Droit ; le Code, disons-nous, déroge ici à deux de ses principes : 1° à celui d'après lequel, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les intérêts ne courent que du jour de la demande (art. 1153), tandis qu'ici ils courent de plein droit du jour de l'échéance du terme, ou du jour où l'associé a tiré la somme de la caisse sociale pour son avantage particulier : en sorte qu'il n'est même pas besoin d'une simple sommation pour les faire courir ; 2° « les dommages-intérêts, dans les obligations de « somme, ne consistent jamais, dit le même article,

« que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi ; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ; » et il faut ajouter, avec l'article 1846, *et au contrat de société* ; car cet article, dans sa disposition finale, ne s'applique pas seulement aux sociétés de commerce, puisque cette même disposition est générale, et que, dans le Code civil, on s'occupe principalement, pour ne pas dire exclusivement (*voy.* art. 1862), des sociétés non commerciales, ou civiles.

Ainsi, dans le cas où un associé, en n'effectuant pas sa mise au jour convenu, ou en tirant de la caisse sociale une somme pour son avantage particulier, aurait empêché la société de faire une opération avantageuse, ou lui aurait occasionné des frais de la part de ses créanciers, qu'elle n'a pu payer faute de cette somme, l'associé, outre l'intérêt légal, devrait être condamné à des dommages-intérêts envers la société ; et ces dommages-intérêts seraient dus, comme les intérêts eux-mêmes, sans qu'il fût besoin d'une mise en demeure particulière, ainsi qu'il en faut une dans les cas ordinaires (art. 1146) ; ces mots, *le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu*, de notre article 1846, signifient clairement que le législateur les accorde, si le cas y échet, d'après le même principe qui lui fait accorder les intérêts de plein droit.

Et lorsque le gérant d'une société ne peut justifier de l'emploi des deniers communs, que des dettes de la société n'ont pas été acquittées quand elles auraient dû l'être, et que des intérêts, en raison de ce retard, ont couru contre la société, l'associé doit être réputé

avoir employé ces deniers pour son avantage particulier, et par conséquent il en doit les intérêts de plein droit du jour où il peut être supposé les avoir employés.

599. Quant aux fruits d'un fonds mis par l'un des associés dans la société, et perçus par lui depuis l'époque où il a dû faire la délivrance du fonds, le Code n'en parle pas : l'associé les doit-il sans mise en demeure? La loi 38, § 9, ff. *de Usuris et fructibus*, décide formellement la question pour l'affirmative, car la raison est la même que pour les intérêts d'une somme promise par l'un des associés à la société : *in societatibus, fructus communicandi sunt*; et cette décision devrait d'autant mieux être suivie sous le Code, qu'il assimile l'associé à un vendeur, et la société à un acheteur, quant à la garantie en cas d'éviction (art. 1845) : or, dans la vente, l'acheteur a droit aux fruits à compter du jour du contrat (art. 1614), à moins, bien entendu, de convention contraire. Ajoutez qu'aujourd'hui la chose est devenue commune par le fait seul du contrat de société, par conséquent, que c'est sur une chose déjà commune que l'associé a perçu les fruits, et d'après la loi 38, § 1, ff. *pro Socio*, l'associé qui a perçu des fruits sur les choses communes en doit faire raison à ses co-associés.

L'associé en retard de faire la délivrance devrait même faire raison des fruits qu'il n'aurait point perçus, mais qu'il aurait pu percevoir, par exemple les loyers d'une maison qu'il aurait négligé de louer et d'occuper.

400. Les associés qui se sont soumis à apporter

leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société. (Art. 1847.)

Mais ils ne lui doivent point compte des gains qu'ils ont pu faire par quelque autre espèce d'industrie. L. 52, § 5, ff. *pro Socio*. Seulement si, en exerçant cette autre industrie, ils ont, par manque de temps ou négligence, privé la société des gains qu'elle eût pu raisonnablement faire au moyen de l'industrie promise, ils lui doivent une indemnité ou des dommages-intérêts, à raison du gain dont elle a été mal à propos privée.

Si donc deux individus s'associent pour faire le commerce des draps, par exemple, avec la convention expresse ou sous-entendue que l'un et l'autre donnera ses soins et son temps à l'achat et au débit de la marchandise, et que l'un d'eux, en achetant des rentes sur l'Etat pour son compte personnel, ait fait des bénéfices, il n'en devra aucun compte à la société, pas plus qu'il ne pourrait mettre à sa charge les pertes qu'il aurait faites par cette cause. Mais si l'un de ces associés achète pour son compte particulier des bois au loin, pour les exploiter, qu'il fasse de longues absences pour surveiller cette exploitation, et que, par ces absences, il ait causé quelque perte à la société en la privant de son travail dans le débit de la marchandise commune, par exemple s'il a fallu prendre un commis pour le remplacer, il devra à la société une indemnité pour le gain dont il l'aura privée, ou pour la dépense dans laquelle elle aura été entraînée

par son fait. Mille cas semblables peuvent se présenter, soit dans les sociétés universelles de gains, soit dans les sociétés particulières d'industrie, de professions ou métiers ; il suffit de bien poser le double principe : 1^o que l'associé doit à la société non-seulement tous les gains qu'il a faits au moyen de l'espèce d'industrie qu'il a promis d'y apporter, mais encore les dommages-intérêts pour ceux qu'elle eût pu raisonnablement faire, et qu'elle a manqué de faire par la faute de l'associé ; 2^o qu'il ne lui doit pas ceux qu'il a pu faire par une autre espèce d'industrie, ou par des contrats étrangers au genre de négociations pour lesquelles la société a été contractée.

Du reste, les maladies et autres causes de force majeure qui empêcheraient, pendant un certain temps, l'un des associés de travailler pour la société, par exemple l'exercice des fonctions de juré, le service de la garde nationale, etc., etc., sont de justes causes d'excuse, et s'opposeraient à ce qu'on pût exiger de lui des dommages-intérêts. Il en serait de même de l'emprisonnement qu'il aurait subi, dans le cas où il aurait été acquitté ; mais s'il avait été condamné, il devrait à la société indemnité pour le temps pendant lequel il l'a privée de son travail, soit avant la condamnation, soit depuis.

404. La bonne foi qui doit régner dans ce contrat exige que chaque associé fasse tout ce qui peut contribuer à la prospérité de la société, et qu'il n'en néglige pas, par conséquent, les intérêts pour ne s'occuper que des siens. Appliquant ce principe au cas où

l'un des associés serait, pour son compte particulier, créancier d'une personne qui devrait aussi une somme à la société, l'article 1848 dispose que, « lorsqu'un « associé est, pour son compte particulier, créancier « d'une somme exigible envers une personne qui se « trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce « débiteur doit se faire sur la créance de la société et « sur la sienne, dans la proportion des deux créances, « encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation « intégrale sur sa créance particulière. Mais s'il a « exprimé dans sa quittance que l'imputation serait « faite en entier sur la créance de la société, cette « stipulation sera exécutée. »

Il a bien pu, en effet, négliger son propre intérêt pour celui de la société, mais non celui de la société pour ne songer qu'au sien.

Et il faut remarquer que les dispositions de l'article seraient applicables au cas aussi où il aurait été convenu que la société serait gérée par l'un des associés qui ne serait point l'associé créancier : il ne distingue pas. Un associé, quoique non gérant, a toujours mission pour faire le bien de la société. D'ailleurs, dans les sociétés civiles, il est rare qu'il y ait un gérant particulier.

Et quand bien même la quittance porterait expressément que c'est le débiteur qui a voulu que l'imputation se fit en entier sur la créance de l'associé, ainsi qu'il en avait le droit (art. 1253), cette imputation aurait bien sans doute pour effet de libérer, de toute la

somme payée, le débiteur envers l'associé; mais la disposition de l'article ne serait pas moins applicable à cet associé vis-à-vis de ses co-associés, lequel, par conséquent, devrait faire raison à la société d'une somme égale à celle qu'elle devait toucher par suite de ce paiement, et avec les intérêts : autrement rien ne serait plus facile à l'associé que d'éluder la loi, soit en faisant quelque réduction au débiteur, soit même par pure complaisance de celui-ci envers lui, et la société aurait ainsi à courir seule la chance de l'insolvabilité actuelle ou future de ce débiteur; ce qui serait contraire à la bonne foi, qui doit essentiellement régner dans ce contrat.

Ainsi, dans le cas où la créance particulière de l'associé n'était point exigible au jour du paiement, et que celle de la société l'était, l'imputation de la totalité de ce qu'a payé le débiteur devrait se faire sur la créance de la société, nonobstant toute déclaration contraire faite dans la quittance par l'associé, ou même par le débiteur : non pas toutefois en ce sens, que celui-ci ne fût pas libéré envers l'associé, s'il a déclaré vouloir que le paiement fût imputé sur sa dette envers lui, car il a pu payer la dette qu'il lui a convenu d'éteindre, en renonçant au bénéfice du terme; mais en ce sens, que l'associé devrait faire raison à la société de ce qu'il a reçu.

Et il faudrait le décider ainsi, encore que le débiteur eût pu avoir plus d'intérêt à acquitter sa dette envers l'associé, que celle qu'il devait à la société, nonobstant le terme dont il avait à jouir à l'égard de

la première : par exemple, parce que cette dette entraînait la contrainte par corps, qu'elle était avec une stipulation pénale, produisait intérêt, était avec cautionnement ou hypothèque, tandis que celle envers la société était sans ces charges. L'article 1848 ne s'est attaché qu'à l'*exigibilité*, et c'est aussi la circonstance que le Code a fait prédominer, quant à l'imputation légale, dans l'article 1256. Aussi, dans le cas où la créance de l'associé serait exigible lors du paiement, et non celle de la société, l'imputation dirigée sur celle de l'associé, soit par celui-ci, soit par le débiteur, produirait tout son effet, même entre les associés, encore que la créance de la société fût réellement plus onéreuse pour le débiteur que celle de l'associé, à raison de l'une des circonstances énoncées ci-dessus.

Ces décisions seraient applicables au cas aussi où il n'y aurait pas de quittance, ou que celle qui existerait ne porterait aucune imputation.

Mais si aucune des dettes n'était exigible au temps du paiement, il faudrait s'en tenir à l'imputation faite dans la quittance, encore qu'elle eût été dirigée par l'associé dans son intérêt, et que sa créance parût moins onéreuse pour le débiteur que celle de la société. S'il n'y avait point d'imputation, et que les dettes fussent d'égale nature, l'imputation se ferait proportionnellement, soit quant au débiteur, soit quant à l'associé vis-à-vis de ses co-associés ; et si, dans ce cas, l'une des créances était plus près d'échoir que l'autre, l'imputation devrait se faire sur la plus près d'échoir, encore qu'elle fût, de fait, moins onéreuse que

l'autre; et cela, soit que ce fût celle de l'associé ou celle de la société, n'importe.

Si le débiteur s'est trouvé, de son côté, créancier de l'associé, et que toutes les conditions requises pour la compensation légale se rencontrant, elle se soit effectivement opérée, l'associé ne doit rien rapporter aux autres; comme, en sens inverse, il n'aurait rien à leur demander, dans le cas où ce serait envers la société elle-même que le tiers débiteur serait devenu créancier, et que la compensation légale aurait éteint la créance et la dette de la société.

402. Par suite des principes ci-dessus, qu'un associé ne doit pas négliger de faire le bien de la société pour le sien propre, l'article 1849 veut que, lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé soit tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part.

Cette décision, tirée de la loi 63, § 5, ff. *pro Socio*, fragment d'Ulpien, semble n'être pas conforme, dans son principe, à celle de Paul, dans la loi 38, ff. *Familiæ erciscundæ*; mais il suffit que le Code civil soit positif à ce sujet, pour que nous soyons dispensé de chercher à concilier ces deux textes.

Il faudrait aussi appliquer notre article au cas où l'associé aurait vendu et livré sa part dans des choses de la société qui étaient destinées à être vendues, comme des denrées, des marchandises: l'associé devrait mettre en commun le prix qu'il en aurait retiré,

ou la créance qu'il aurait contre l'acheteur à ce sujet s'il n'était point encore payé.

Il en serait autrement s'il avait vendu sa part dans une chose qui n'était point destinée à être vendue : l'acheteur lui serait substitué quant à cet objet, sans toutefois que cette circonstance dût ensuite nuire aux autres dans la formation des lots lors du partage. Mais nous reviendrons sur ce point.

403. Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires. (Art. 1850¹.)

Dans la gestion des affaires d'autrui, on considère, au contraire, la gestion dans son ensemble ; L. 11, ff. *de Negotiis gestis* ; mais c'est parce que le gérant n'était point obligé de procurer des bénéfices à celui dont il a géré les affaires ; tandis que, en matière de société, l'on dit : la compensation n'a lieu que dans le cas où il y a créance des deux côtés : or, l'associé n'est pas créancier de la société à raison des bénéfices qu'il lui a procurés par son industrie, puisqu'il lui devait toute cette industrie ; au lieu qu'il est débiteur envers elle à raison de la perte qu'il lui a causée par sa faute.

Toutefois, s'il s'agissait de la même opération, il faudrait considérer cette opération dans son ensemble.

Chaque associé doit apporter aux affaires de la société les soins d'un bon père de famille (art. 1137) ;

¹ Tiré des lois 25 et 26, ff. *pro Socio*.

mais, en général, un associé n'est pas responsable pour n'avoir pas apporté aux affaires de la société plus de soin qu'il n'en a apporté à ses propres affaires, parce que celui qui se choisit un associé est censé se contenter de sa diligence habituelle, de sa manière ordinaire de conduire ses affaires¹; à moins toutefois que l'associé n'eût été extrêmement négligent pour celles de la société, auquel cas il serait responsable envers elle du tort qu'il lui aurait causé par cette extrême négligence; car on répond de la faute grave dans tous les contrats. En un mot, un associé répond de la faute moyenne, mais appréciée dans le sens concret, *in concreto*, c'est-à-dire, pour n'avoir pas été aussi diligent et aussi soigneux pour les affaires de la société, que pour les siennes propres. Mais il est clair qu'il ne répond pas des fautes très-légères, de celles qui pourraient échapper, en certains cas, même à un père de famille très-diligent, très-soigneux. Jamais, ni dans le Droit romain, ni dans notre ancienne jurisprudence, on n'a rendu un associé responsable de semblables fautes. Heineccius, *Elementa juris*, tit. de *Societate*, n° 947.

§ III.

Des obligations de la société envers chaque associé, ou des droits de chacun d'eux envers elle, ou sur les choses qui en composent le fonds.

SOMMAIRE.

404. Principaux objets pour lesquels la société est obligée envers chaque associé.

405. Les choses dont la jouissance seulement a été mise dans

¹ § 9, Inst. *hoc tit.*

la société sont, en principe, aux risques de l'associé propriétaire.

406. *Secus si la chose a péri par suite des risques inséparables de la gestion de l'associé.*
407. *La société est assimilée à un usufruitier quant aux charges des choses dont elle a seulement la jouissance.*
408. *Interprétation de la clause portant qu'un associé met dans la société telle chose, sans déclarer si c'est pour la propriété ou pour la jouissance seulement.*
409. *Diverses exceptions au principe que les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont aux risques de l'associé qui les a apportées.*
410. *Si l'estimation des choses mises par l'un des associés dans la société peut être attaquée pour lésion.*
411. *Causes pour lesquelles il est dû indemnité à un associé par la société.*
412. *Suite.*
413. *Suite.*
414. *Chaque associé peut se servir des choses communes, suivant leur destination, de manière toutefois à ne pas nuire à la société, et sans pouvoir aussi empêcher le co-associé de s'en servir de son côté.*

404. Les obligations de la société envers chaque associé ont principalement pour objet :

1^o La restitution de l'apport, si la jouissance seulement en a été mise dans la société ;

2^o La part que chaque associé doit avoir dans les choses communes, et par conséquent dans les bénéfices, s'il y en a ;

3^o Les indemnités qui peuvent être dues à tel ou tel des associés.

Toutefois, quant aux parts, nous en parlerons au paragraphe suivant.

405. La restitution de l'apport n'a évidemment lieu que lorsque la jouissance seulement de la chose a été

mise dans la société ; car, lorsque c'est la propriété elle-même qui a été apportée, il est clair que l'associé ne reprend pas *in specie* ce qu'il a mis dans la société : sa reprise se confond alors avec sa part dans le fonds commun.

Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. (Art. 1851.)

C'est l'application du principe *res perit domino*. Tel serait le cas où, comme dit Pothier, deux voisines auraient mis en commun chacune leur vache, pour en partager les produits, mais non les vaches elles-mêmes. Si l'une des vaches est venue à mourir, la perte est supportée par la femme à qui elle appartenait, et la société est dissoute.

Mais si, au contraire, ces femmes ont mis en commun la propriété même de leurs vaches, la perte de l'une de ces vaches est supportée, comme nous l'avons dit plus haut, par la société, de manière que l'autre vache reste encore commune aux deux associées ; et cela, quand bien même la perte serait arrivée aussitôt après la convention, avant que les deux vaches eussent été réunies de fait pour l'exécution du contrat, car la mise tient à la convention même, et la délivrance est simplement la réalisation de cette mise. Seulement, pour que la perte, en pareil cas, soit supportée par la société, il faut que l'associé n'ait pas été en demeure d'effectuer sa mise, à moins encore que la chose n'eût également péri si elle eût été livrée à la société,

auquel cas la perte serait de même supportée par tous les associés, nonobstant la demeure. (Art. 1302 et 1845 combinés.)

Dans le cas prévu à notre article, où c'est simplement la jouissance de la chose qui a été mise dans la société, la perte de cette chose, comme il vient d'être dit, opère la dissolution de la société (art. 1867)¹, parce que l'associé ayant promis, ainsi qu'un bailleur, une jouissance successive et continue, qu'il ne peut plus fournir, c'est un associé qui se trouve maintenant sans mise effective dans la société, ce qui doit en opérer la dissolution.

Il en serait de même si c'était par l'effet d'une éviction que la société eût été privée de la jouissance de la chose, mais avec cette différence toutefois, que, si la société était à temps ou pour une entreprise déterminée, l'associé serait passible de dommages-intérêts envers les autres associés, comme un bailleur l'est, dans le même cas, envers le preneur².

406. Si la chose dont la jouissance seulement a été mise dans la société par l'un des associés est venue à périr par suite des risques inséparables de la gestion des affaires communes, la perte, dans ce cas, n'est

¹ Si toutefois cette jouissance était l'objet principal de la mise de l'associé, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, sur l'article 1867.

² Si la société était du nombre de celles qui peuvent se dissoudre par la volonté de l'un des associés, il est clair que celui dont la chose a été évictee s'affranchirait facilement des dommages-intérêts, en demandant la dissolution de la société : seulement il aurait moins à prendre pour sa part, à moins encore qu'il ne s'agit d'une société universelle de tous biens, et que les parts eussent été fixées d'une manière égale. Voyez ce qui a été dit *suprà*, n° 393, sur ce cas.

pas supportée par l'associé propriétaire, mais bien par la société. Par exemple, si dans une société contractée pour une certaine entreprise, ou pour un certain commerce, l'un des associés, outre sa mise, a mis aussi dans la société la jouissance de son cheval pour la durée de l'entreprise, ou pour un certain temps, et que, dans un voyage entrepris pour les affaires de la société, ce cheval ait été volé ou ait péri d'une manière quelconque, par force majeure, sans aucune faute imputable à l'associé qui s'en servait alors, la perte doit être supportée par tous les associés ¹, attendu, comme le porte l'article 1852, qu'un associé a action contre la société à raison des risques inséparables de sa gestion. Et il en serait de même, et par les mêmes motifs, quoique ce ne fût pas entre les mains de l'associé propriétaire du cheval, que ce cheval fût venu à périr, mais bien entre les mains d'un autre associé, ou d'un préposé qui avait fait le voyage, cause de la perte. Il est inutile de faire observer que, dans ce cas, la société n'est pas dissoute, car la jouissance du cheval n'était qu'un objet tout-à-fait secondaire de la mise de l'associé.

407. La société, quant aux choses dont la jouissance seulement lui a été apportée, doit être assimilée à un usufruitier en ce qui concerne le paiement des impôts et les réparations d'entretien. Ces dépenses sont généralement des charges de la jouissance. Aussi voyons-nous que, dans plusieurs dispositions du Code, le mari qui a la jouissance des biens de sa femme,

¹ L. 52, § 4, ff. *pro Socio*.

soit sous le régime d'exclusion de communauté, soit sous le régime dotal, est tenu des charges de l'usufruit (art 1533, 1562), quoiqu'il ne soit pas un usufruitier proprement dit.

408. Lorsqu'une des parties a déclaré mettre dans la société telle chose, sans autre explication, pour savoir si c'est la propriété, ou la jouissance seulement, qui y a été mise, il faut s'attacher à l'intention probable des parties; et, pour la connaître, il y a à considérer l'importance de cette chose relativement à celles qui ont été apportées par le co-associé; ou si ce co-associé n'a apporté que son industrie, il y a à considérer quelle était l'importance relative de cette industrie pour la durée de la société.

Parcourons quelques hypothèses.

Supposons d'abord que tous les associés aient fait une mise en deniers ou autres biens, en déclarant qu'ils mettaient ou promettaient de mettre dans la société, l'un tel objet, l'autre telle autre chose, un troisième telle somme, sans autre explication, c'est-à-dire sans déclarer que c'est en propriété ou en jouissance seulement que consistent les mises. Si l'acte de société porte que les contractans auront chacun telle part (égale ou inégale, n'importe) *dans les profits ou dans les pertes*, il nous paraît évident que l'on n'a voulu s'associer que pour le profit ou la perte; que la jouissance seulement, et non la propriété des mises, a été commune, et, d'après cela, que chacun doit, à la dissolution de la société, retirer son apport, soit en nature, si la chose existe encore dans la société, soit la valeur, si elle a

été vendue ou consommée, ou si elle a péri pour le service de la société.

Il y aurait encore bien moins de doute si les objets mis par chacun des associés avaient été estimés et que les mises fussent évidemment inégales.

Mais si le contrat était muet sur la fixation des parts, ainsi que le suppose l'article 1853, et qu'il n'y eût pas eu d'estimation des objets, ou si cette estimation s'accordait avec la somme mise par le co-associé, il faudrait décider que les parties sont censées avoir voulu mettre en commun la propriété même des choses, et non pas seulement leur simple jouissance. Au reste, comme, dans ce cas, les parts dans le fonds social sont en proportion des mises, et par conséquent égales, la question n'a guère d'importance, ou du moins elle n'en a qu'une infiniment moindre que dans le cas où l'un des associés n'a apporté que son industrie, ou son industrie avec une faible mise en effets comparative-ment à celle des autres. Quoi qu'il en soit, on doit tenir, dans l'espèce, que la propriété même des objets apportés par chacun des associés a été mise en commun, et par conséquent qu'il n'y a pas lieu, lors du partage, au prélèvement des mises, mais à la division du tout. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes *mettent en commun quelque chose*, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Or, ce bénéfice ne consiste pas seulement dans des fruits ou dans les produits de l'usage ; il consiste aussi dans la plus value que les choses pourront acquérir : en sorte qu'on peut dire que le

droit commun, c'est la mise de la propriété des choses dans la société, et l'exception, la mise de la simple jouissance.

Mais supposons que Paul et Pierre aient contracté société pour cinq ans, et qu'il ait été convenu que Paul y verserait 30,000 fr., et Pierre seulement 10,000 fr., avec son industrie ou son travail, ou simplement qu'il fournirait son industrie ou son travail : s'il a été dit dans le contrat que chacun des associés aurait telle part (égale ou non à celle de l'autre, n'importe) *dans les profits ou dans les pertes*, il n'y a pas non plus de difficulté dans ce cas, car il est évident que les parties ont entendu que la jouissance seulement des capitaux serait commune, puisque c'est *dans les profits ou dans les pertes* qu'elles ont réglé les parts, et que le fonds des mises n'est point un *profit* : il y aura donc lieu au prélèvement des sommes mises par chacun d'eux, ou par l'un d'eux seulement, et les bénéfices, s'il y en a, se partageront suivant les proportions convenues. Quant aux pertes, s'il y en avait, au lieu de bénéfices, nous en parlerons au paragraphe suivant.

Et même si, dans cette espèce, le contrat était muet sur le règlement des parts, ou si, en les réglant il ne les réglait pas *dans les profits ou pertes*, mais bien d'une manière générale, on devrait croire aussi que les parties n'ont pas entendu confondre les capitaux eux-mêmes, mais bien seulement mettre dans la société la jouissance de ces capitaux ; car il n'est pas présumable qu'on ait évalué cette industrie à la valeur du capital apporté par le co-associé, ni même à ce que celui-ci

a mis plus de fonds que l'autre. Il y a bien plus lieu de croire, en effet, que l'industrie a été comparée par les parties avec l'intérêt de la somme mise par l'une d'elles dans la société, ou avec l'intérêt de l'excédant de cette somme relativement à celle apportée par l'associé qui a mis aussi son industrie. Or, si, dans les conventions, l'on doit principalement s'attacher à l'intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes dont elles se seraient servies (art. 1156), à plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque, comme dans l'espèce, les termes de l'acte sont obscurs ou insuffisants.

Mais si l'industrie apportée par l'un des associés était évidemment de beaucoup supérieure à l'intérêt des fonds mis par l'autre, ou si cette industrie et l'intérêt de la somme qu'il aurait mise aussi dans la société, surpassaient évidemment l'intérêt de la somme plus forte mise par l'autre associé, dans ces cas, l'on devrait croire que les parties ont entendu tout confondre, et par conséquent, à la dissolution de la société, arrivée au terme convenu, ou à l'achèvement de l'entreprise, tout devrait se partager, et selon les parts réglées entre elles. Par exemple, si je conviens avec un homme de la profession de tonnelier que je lui fournirai 1,000 francs avec quoi il achètera du bois et les autres objets nécessaires à la confection des tonneaux; qu'il fournira de son côté 400 francs et qu'il fabriquera des tonneaux, que nous vendrons ensuite, et dont nous partagerons le prix, il n'y a pas lieu à prélever les mises, mais tout doit, au contraire, être

partagé ; car il est évident que les 600 francs que j'ai mis de plus dans la société sont la représentation du prix de la main-d'œuvre du tonnelier pour la fabrication des tonneaux, et que ce ne sont pas les intérêts seulement de cet excédant qui sont la représentation de cette main-d'œuvre.

Nous disons toutefois, *à la dissolution de la société arrivée au terme convenu, ou à l'achèvement de l'entreprise* ; car si, dans l'espèce, la société était venue à se dissoudre par la mort du tonnelier, ou pour autre cause, avant que les tonneaux eussent été tous fabriqués, la totalité des mises ne resterait pas confondue dans la société : il y aurait lieu d'établir une proportion à raison du nombre de tonneaux qui seraient faits et de la matière déjà travaillée pour fabriquer le surplus.

Dans les sociétés de commerce, les mises sont rarement confondues quant à la propriété ; et même le plus souvent chaque associé retire annuellement les intérêts de sa mise, quand la société a suffisamment de fonds pour ses opérations, et on évalue à une certaine somme annuelle l'industrie de l'associé gérant. A cet égard, on doit s'attacher à l'esprit de l'acte de société, si ses termes ne sont pas positifs.

409. Le principe posé plus haut, que les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont à la charge de l'associé, et non de la société, reçoit plusieurs exceptions, soit à raison de la nature des choses, soit à raison de l'intention exprimée ou présumée des parties. (Art. 1851.)

Il y a plusieurs cas qui méritent d'être distingués :

1° A l'égard des choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait, comme du blé, des liqueurs, de l'argent monnoyé, et qu'on appelle vulgairement *choses fungibles*, en ce que, dans les paiemens et les compensations, elles sont représentées par d'autres de même espèce et qualité : *una res vice alterius FUNGITUR* ; dans ces sortes de choses, disons-nous, la propriété et la jouissance se confondent nécessairement, parce qu'on ne peut en user sans les consommer. La société en devient donc propriétaire, quoique les choses aient été mises dans la société pour la jouissance seulement ; en conséquence, ce serait pour elle, et non pour l'associé qui les a apportées, qu'elles périraient, quand bien même la perte arriverait par cas purement fortuit. C'est comme en matière de prêt ; l'associé est créancier, et voilà tout.

Mais de quoi est-il créancier ? Il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait sur le cas d'usufruit de choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait, tome IV, n° 577, parce qu'en effet la raison est la même dans l'un et l'autre cas.

Si les choses dont il s'agit ont été mises dans la société sur une estimation, c'est le montant de cette estimation qui devra être restitué à l'associé à la fin de la société, ni plus ni moins (même art. 1851), parce que c'est comme s'il avait apporté la jouissance d'une somme pareille. Cette estimation a valu vente pure et simple des choses à la société.

Si, au contraire, elles ont été mises dans la société

sans être estimées, l'associé a seulement droit, lors du partage, à une pareille quantité de denrées de même espèce et de même qualité ; et si on ne lui fait pas cette restitution, parce qu'il n'y aurait pas alors de pareilles choses dans le fonds social pour pouvoir la lui faire, on doit lui faire raison de la valeur qu'auraient les choses à ce moment, et non au temps où il les a mises dans la société. De cette manière, les autres associés n'ont pas d'intérêt à rendre les denrées en nature, dans le cas où elles auraient diminué de prix, ou leur valeur au jour du contrat, dans le cas contraire, et la bonne et la mauvaise chance auront été pour la société, ainsi que cela doit être en pareil cas ; tandis qu'autrement elle aurait seule couru la bonne chance, et l'associé la mauvaise, ce qui ne doit pas être.

2^o Lorsque les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont du nombre de celles qui, sans se consommer par le premier usage, se détériorent néanmoins en les gardant, comme du linge, des meubles meublans, si elles viennent à périr, la perte est supportée par la société, quoiqu'elles n'aient pas été estimées (art. 1851). On a supposé que l'associé qui a mis des choses de cette nature pour la jouissance seulement dans la société, n'a pas entendu que les risques le concerneraient seul. Toutefois, en matière d'usufruit, les risques, dans ce cas, ne concernent pas l'usufruitier (art. 589) (auquel on aurait bien pu cependant assimiler la société en pareil cas), mais bien le propriétaire. Et comme l'associé a con-

servé la propriété des objets, ce sont les objets eux-mêmes qu'il a droit de reprendre, ni plus ni moins, s'ils existent encore à la dissolution de la société, quoiqu'ils fussent d'ailleurs détériorés.

Néanmoins, M. Delvincourt pensait que s'ils s'étaient détériorés, même par le seul effet du temps, l'associé serait bien fondé à les laisser pour le compte de la société, attendu, disait-il, que les *risques* la concernent d'après cet article, et que, dans cette expression, il semble que, non-seulement la perte, mais encore les détériorations sont comprises. Nous ne sommes pas de cet avis; nous n'en serions même pas quoique la détérioration fût l'effet de l'usage ordinaire des choses pour les affaires de la société, parce que cet usage ordinaire constituait la mise de l'associé. Si celui-ci eût entendu mettre la valeur même de ces objets dans la société, il ne tenait qu'à lui de le déclarer, et d'en faire faire, avec ses associés, une estimation; alors, en effet, la détérioration et même la simple dépréciation eussent été à la charge de la société, qui aurait été débitrice envers lui de la somme portée en l'état estimatif. Mais ce n'est pas ce qui a eu lieu, on le suppose. La société ne devrait donc répondre que des détériorations causées par un usage forcé, et de la perte réelle, quelle qu'en fût d'ailleurs la cause, pourvu toutefois encore qu'elle ne résultât pas de la faute de l'associé propriétaire.

3° Lorsque les choses mises dans la société pour la jouissance seulement ont été destinées dès le principe à être vendues, la perte en est supportée aussi

par la société, quoiqu'elles n'aient pas non plus été estimées : par exemple, des marchandises, et même d'autres choses, telles que des pierreries, de l'argenterie, etc., si elles ont été apportées par l'associé pour être vendues. Dans ce cas, l'associé est censé avoir mis dans la société plutôt la somme qui proviendra de la vente de la chose, que la chose elle-même ; et si cette chose est venue à périr avant la vente, et qu'elle n'ait pas été estimée, ainsi qu'on le suppose, on en fera l'estimation lors de la dissolution de la société, et l'associé prélèvera sur la masse la somme à laquelle s'élèvera l'appréciation.

Cette estimation, à l'égard de choses qui n'existeraient plus, pourrait sans doute présenter quelque difficulté ; mais cette difficulté ne devrait pas arrêter : elle n'arrête pas dans un cas analogue, celui prévu à l'article 868, où il est dit que le rapport du mobilier donné se fait en moins prenant, sur le pied de la valeur de ce mobilier lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, et, *à défaut de cet état, d'après une estimation par experts*, à juste prix et sans crue.

L'associé, pas plus dans ce cas que dans celui où les choses auraient été livrées sur estimation, n'aurait le droit de prélever les objets eux-mêmes en nature, au cas où ils existeraient encore dans la société au temps de sa dissolution et du partage, pas plus qu'on ne pourrait le forcer à les reprendre. Il est censé en avoir fait vente à la société pour le prix qu'on en retirerait en les vendant, et on peut les vendre après la dissolution de la société comme auparavant ; par con-

séquent les détériorations et la dépréciation ne sont pas à sa charge, à la différence du cas précédent.

Et il n'y aurait, quant à ces décisions, aucune distinction à faire entre le cas où la chose serait un immeuble, et le cas où ce serait des objets mobiliers : l'article 1851 n'en fait pas.

4° Lorsque les choses, même autres que celles qui se consomment par le premier usage, et quoique simplement mises dans la société pour la jouissance, ont été mises sur une estimation portée par un inventaire, ou dans l'acte même de société, il est clair que la perte de ces choses concerne aussi la société, et non l'associé.

Dans ce cas, l'associé ne peut répéter que le montant de l'estimation (*ibid.*), et cela est juste : dès que les risques étaient pour le compte de la société, les bénéfices doivent pareillement la concerner : *quem sequuntur incommoda, eundem debent sequi commoda*. Aussi ne faudrait-il faire non plus aucune distinction entre le cas où il s'agirait d'un immeuble, et le cas où il s'agirait de simples meubles, car l'article n'en fait pas. Il est bien vrai que, sous le Code, l'estimation donnée aux immeubles n'en confère pas la propriété, à moins de déclaration expresse à cet égard : l'article 1552 le dit positivement au sujet de l'immeuble dotal livré au mari sur estimation ; mais on répond que du moins cet article ne met pas les risques à la charge du mari, tandis que l'article 1851 les met formellement à la charge de la société, et si l'on objectait que cet article n'a eu en vue que les meubles, on ré-

pondrait qu'il se sert de l'expression générale de *choses*, sans distinction entre les choses mobilières et les choses immobilières. D'ailleurs, le cas de perte d'immeubles est si rare, qu'il est à présumer, lorsqu'un associé ne met dans la société son immeuble que sur une estimation, quoique ce soit pour la jouissance seulement, et qu'il ne fait aucune déclaration pour s'en conserver la propriété, qu'il a entendu y mettre, pour cette jouissance, la somme à laquelle s'élève l'estimation, et faire ainsi vente de l'immeuble à la société. On est d'autant plus porté à le penser ainsi, que la société se chargeant des risques, elle a probablement entendu profiter des bénéfices de plus value, s'il y en avait. C'était à l'associé à faire ses réserves. Mais dans ce cas, et à la différence de celui qui est expliqué au n° 2 ci-dessus, les détériorations et la simple dépréciation concernent la société, et non l'associé, puisque celui-ci a conféré la propriété de la chose à la société par cette estimation, quoiqu'il ait entendu n'y mettre seulement que la jouissance du montant de l'évaluation, c'est-à-dire, dans l'espèce, le droit d'en faire le prélèvement lors du partage.

440. L'estimation ne saurait être attaquée pour cause de lésion, soit par l'associé, soit par les co-associés : cela est incontestable pour les meubles, puisque, même en matière de vente, la rescision n'a pas lieu quand il s'agit de meubles. Et fût-elle même très-exagérée quant aux immeubles, elle ne pourrait non plus être attaquée pour cette cause, attendu que, dans les ventes même d'immeubles, la rescision pour cause

de lésion n'est point ouverte à l'acheteur (art. 1683), et la société est en quelque sorte un acheteur (art. 1845). Enfin, nous ne croyons même pas que l'associé lésé de plus des sept douzièmes dans la valeur d'un immeuble dont il a fait entrer le prix pour la jouissance dans la société, pût demander la rescision pour cause de lésion. La raison n'est pas la même qu'en matière de vente : on vend souvent à vil prix par suite de pressans besoins d'argent, et c'est en cette considération que la loi a consacré l'action en rescision en faveur des vendeurs d'immeubles lésés de plus des sept douzièmes dans le prix; mais rien n'oblige à contracter une société : sauf, dans tous les cas ci-dessus, l'action en indemnité, pour dol, fraude ou supercherie, cas qui sont toujours exceptés par la loi.

De plus, si l'estimation avait été faite à vil prix, en vue d'avantager le co-associé, et que celui-ci devînt l'héritier de l'autre partie, il serait tenu au rapport de l'avantage indirect (art. 843 et 854 combinés). Et si le co-associé était incapable de recevoir de cette partie, il pourrait y avoir lieu, à la mort de celle-ci, à l'annulation de cet avantage, sur la demande des héritiers. Il pourrait aussi y avoir lieu, suivant les circonstances du fait, à l'action en réduction pour fournir les réserves, si le disponible avait été dépassé; car ce qui ne peut être fait ouvertement ne doit pas l'être par des voies détournées.

Et tout ce qui vient d'être dit serait applicable également au cas où l'estimation faite à vil prix, et à dessein, porterait sur du mobilier.

Il en serait de même, et par les mêmes motifs, si c'était une estimation exagérée qui eût été faite des choses apportées par l'un des associés, dans la vue de l'avantager.

Du reste, la société n'est pas nulle pour cela; car, comme nous l'avons déjà dit, rien n'empêche de mé-langer, même volontairement, un contrat de société, de quelque avantage ou donation : seulement alors il y a lieu d'appliquer les décisions ci-dessus, si le cas y échet.

444. Un associé doit être indemnisé par la société,

1° A raison des sommes qu'il a déboursées pour elle;

2° A raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société;

3° Et à raison des risques qu'il a courus et qui étaient inséparables de sa gestion. (Art. 1852.)

Quoique les intérêts des sommes qu'il a déboursées pour les affaires de la société ne lui soient pas formellement alloués par le Code, il ne faut pas douter néanmoins qu'ils ne lui soient dus, et à compter du jour de la dépense, nonobstant le principe général de l'article 1153, dernier alinéa : premièrement, parce que le contrat de société est essentiellement de bonne foi, et ce motif qui fait qu'un associé est passible, et de plein droit, des intérêts des sommes qu'il devait verser dans la société et qu'il n'a point versées, ainsi que de celles qu'il a prises dans la caisse sociale pour son avantage personnel, veut pareillement qu'il ait droit aux intérêts de celles qu'il a dé-

boursées pour l'avantage de la société; secondement, parce que l'intérêt des avances faites par un mandataire lui est dû à compter du jour des avances constatées (art. 2001), et qu'un associé a tacitement mandat de ses co-associés pour faire des affaires de la société, lorsqu'il y a utilité de les faire (art. 1859-1^o). C'est la décision du jurisconsulte Paul, dans la loi 67, § 2; ff. *pro Socio*; du moins pour deux cas : 1^o celui où l'associé a lui-même emprunté à intérêt pour les affaires de la société; 2^o celui où il a employé de l'argent qu'il aurait pu placer à intérêt : *Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, judicio societatis servabit; et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicitur quod usuras quoque percipere debeat quas possit habere, si alii mutuum dedisset*. Mais on devrait accorder l'intérêt indistinctement dans notre Droit, par les motifs que nous avons énoncés. Dans les cas où le Code fait courir les intérêts de plein droit, comme, par exemple, au sujet des déboursés faits par un mandataire ou une caution, on n'examine point si la somme déboursée a été ou non empruntée, et, dans le dernier cas, si celui qui en a fait l'avance l'aurait ou non placée à intérêt; l'esprit qui a dicté la seconde disposition de l'article 1153 est même exclusif de ces distinctions.

412. Mais il faut remarquer que la condition de bonne foi est inséparable des dépenses comme des obligations, pour que l'associé qui a fait les premières, ou souscrit les secondes, doive en être indemnisé.

En second lieu, qu'il ne faut s'attacher qu'au principe de la dépense, pour en juger l'utilité : *initium spectandum est*; par conséquent, lors même que, par quelque événement ultérieur, la dépense serait devenue sans utilité pour la société, l'indemnité ne serait pas moins due à l'associé. Par exemple, elle serait due pour des dépenses faites pour donner des soins à un cheval malade, et qui est venu à mourir de cette maladie, ou pour des dépenses faites pour étayer un bâtiment, qui est ensuite venu à brûler; car un tiers qui aurait fait la dépense en pareil cas devrait lui-même être indemnisé.

415. Remarquez, de plus, que l'associé ne doit pas être indemnisé de toutes les pertes qu'ont pu lui occasionner les affaires de la société, mais seulement de celles qui sont résultées de risques inséparables de sa gestion; ce qui est exclusif des cas où la perte aurait été causée par quelque faute ou imprudence de sa part, et des cas aussi où elle ne serait pas une suite directe de cette même gestion; ce qui serait à examiner d'après les diverses circonstances du fait. Si, par exemple, pour une affaire de la société, il devait porter en voyage une somme de 1,000 fr., et qu'il en ait pris sur lui une de 2,000, que des voleurs de grand chemin lui ont enlevée, il ne peut réclamer de la société qu'une indemnité de 1,000 fr. seulement, plus les effets qui lui auraient été pris et qu'il devait naturellement avoir avec lui, comme son manteau, sa montre, son cheval. Et s'il avait été blessé, il lui serait dû aussi une indemnité pour les dépenses qu'il aurait été obligé

de faire pour se faire soigner. *Voyez*, pour l'application du principe, divers cas dans les lois 52, § 4, L. 60, § 1, et L. 61, ff. *pro Socio*; en observant toutefois que les jurisconsultes romains n'ont pas été unanimes sur la question de savoir si un associé qui a été blessé par des malfaiteurs, dans un voyage entrepris pour les affaires de la société, peut se faire indemniser des dépenses qu'il a été obligé de faire pour se faire soigner. Ulpien, dans la loi 52, § 4, et dans la loi 61, *hoc tit.*, suivant en cela le sentiment de Julien, les met à la charge de la société, et avec raison. Pomponius, d'après Labéon, dans la loi 60, § 1, au même titre, les laisse, au contraire, à la charge de l'associé, attendu, dit-il, que, bien que cette dépense ait eu lieu *propter societatem*, néanmoins elle n'a pas eu lieu *in societatem*. Ces derniers disaient qu'il en devait être d'une telle perte comme de celle que l'associé aurait éprouvée par suite de la révocation d'une institution d'héritier ou d'un legs que quelqu'un avait fait en sa faveur, et que, par mécontentement envers la société, avec laquelle peut-être il a eu quelque procès, il a cru devoir supprimer. Il ne peut y avoir de doute sur ce dernier cas; mais il n'y a aucune comparaison à faire avec le précédent, parce que, d'abord, dans le dernier, l'associé n'a rien perdu, il n'a manqué que de gagner, et l'on ne peut même pas être certain si l'institution, si le legs n'auraient point été révoqués par d'autres motifs; en second lieu, parce que, en admettant que l'associé eût recueilli ce legs ou cette hérédité, s'il n'eût pas fait partie de cette so-

ciété, la perte qu'il a éprouvée à ce sujet n'est point le résultat de sa gestion : seulement la société en a été l'occasion, mais non la cause. Au lieu que les blessures que l'associé a éprouvées dans un voyage fait pour les affaires de la société, doivent être considérées comme un risque inséparable de sa gestion, en admettant d'ailleurs qu'il n'y ait eu aucune faute ni imprudence de sa part, qu'il ne se soit pas témérairement exposé à voyager la nuit dans des lieux dangereux.

L'associé qui a négligé ses affaires personnelles pour gérer celles de la société ne pourrait toutefois pour cela réclamer une indemnité ; car la perte qu'il a éprouvée par cette cause n'était point un risque inséparable de sa gestion. Pomponius le décide ainsi, d'après Labéon, dans la loi 60, précitée, et c'est avec raison.

Enfin les indemnités dues à l'un des associés, soit à raison de ses déboursés, soit pour les obligations qu'il a personnellement contractées dans l'intérêt de la société, soit pour les risques qui étaient inséparables de sa gestion, doivent, comme la reprise de son apport, quand cette reprise doit avoir lieu, se prélever sur la masse partageable, et par conséquent il supporte sa part de la perte comme les autres. Si la masse, après le paiement des dettes, était insuffisante pour le paiement de l'indemnité, la somme due à l'associé devrait lui être payée par chacun des co-associés dans la proportion de leurs parts dans la société ; et toutefois, si l'un d'eux était insolvable, il serait juste que sa por-

tion fût répartie entre tous les autres, dans la même proportion, *quoniam*, dit Paul, dans la L. 67, à ce titre, sur ce cas, *societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur*. Les articles 1215 et 876 fourniraient aussi, au besoin, un argument pour le décider ainsi.

414. Non-seulement chaque associé a action contre la société, soit pour y avoir sa part, soit pour la reprise de son apport, dans les cas où il est autorisé à le retirer par prélèvement, soit aussi à raison des indemnités qui peuvent lui être dues pour les causes qui viennent d'être expliquées, mais encore il a le droit de se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. (Art. 1859, n° 2.)

Ainsi, quand la société possède une maison de campagne, un jardin d'agrément, un associé peut y aller passer la belle saison, ou s'y promener, sans avoir besoin pour cela du consentement des autres associés. Si la société a une remise, une écurie assez vaste pour contenir, outre les chevaux ou les voitures dont elle se sert, le cheval ou la voiture de l'un des associés, celui-ci peut s'en servir pour y loger, au moins momentanément, son cheval ou sa voiture. Mais si, en l'y laissant d'une manière permanente, il empêchait le co-associé d'y pouvoir mettre lui-même son cheval particulier ou sa voiture de temps à autre, alors celui-ci aurait droit de se plaindre, et pourrait demander que

l'usage de la chose, après ce qui en serait nécessaire pour les besoins de la société, fût réparti entre eux par le temps, ou d'une autre manière.

Si deux individus, associés pour faire un commerce de vin, avaient loué deux magasins de détail, voisins l'un de l'autre, et que le débit n'étant pas ensuite assez considérable, ils eussent cru devoir fermer l'un de ces magasins, l'un des associés ne pourrait pas, sans le consentement de l'autre, le rouvrir pour son propre compte, tout en offrant d'en payer le loyer à la société, ou à celui qui le lui a loué ; car, par là, il ferait de la chose un usage contraire aux intérêts communs, en diminuant et en s'appropriant en partie l'achalandage de l'autre magasin. On pourrait multiplier les exemples à l'infini : ceux-ci suffisent.

§ IV.

Des parts.

SOMMAIRE.

- 415. *Les parts se règlent d'après la convention des contractans, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas contraire à la nature du contrat de société. Diverses clauses prohibées.*
- 416. *L'on peut convenir que l'un des associés aura les deux tiers dans le gain, et l'autre le tiers seulement ; et les parts dans la perte sont censées les mêmes.*
- 417. *Opinion des auteurs sur le point de savoir si, dans le cas de mises inégales, et lorsque l'acte ne s'explique pas sur les parts, ces parts sont d'une égalité proportionnelle, ou bien d'une égalité absolue : le Code décide dans le premier sens.*
- 418. *Si l'on peut convenir aujourd'hui que les sommes ou effets apportés par l'un des associés seront affranchis de toute contribution aux pertes, sur le motif qu'il a une industrie*

456 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

- supérieure, ou qu'il a mis plus que les associés sous d'autres rapports ?*
419. *On peut stipuler qu'un associé ne contribuera pas aux dettes qu'il y aurait après la perte de tout le fonds social.*
420. *Autre convention très-licite.*
421. *Autre analogue.*
422. *Si l'on peut convenir que l'un des associés aura les deux tiers dans les profits, et ne supportera néanmoins qu'un tiers dans la perte, s'il y a perte au lieu de gain ?*
423. *Le règlement des parts peut être confié à un tiers ou à l'un des associés : texte de l'article 1854 à ce sujet.*
424. *Développemens.*
425. *Suite.*
426. *Observations sur l'article 1853, qui veut que, à défaut de convention, les parts dans les bénéfices ou pertes soient en proportion des mises.*
427. *Application de cette disposition à une espèce particulière.*
428. *A défaut de convention contraire, la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est, dans les bénéfices ou pertes, mesurée sur celle de l'associé qui a le moins apporté en argent ou autre chose.*
429. *S'il prend une part dans les capitaux apportés par les autres ? distinction à faire.*
430. *Première hypothèse.*
431. *Autre hypothèse, faite par Pothier.*
432. *Application de l'article 1853, relativement aux pertes, lorsque l'un des associés n'a apporté que son industrie.*
433. *Quelle est la part, dans les bénéfices ou dans les pertes, de l'associé qui, outre son industrie, a mis dans la société de l'argent ou autre chose.*

445. La première règle à suivre quant aux parts, c'est la convention des parties, si le contrat s'explique à cet égard. (Art. 1853.)

Mais il faut toutefois que leurs stipulations faites à ce sujet ne soient point contraires à la nature du contrat de société.

Ainsi, nous avons vu plus haut que celle qui attri-

buerait la totalité des bénéfices à l'un des associés, et qui mettrait la totalité de la perte à la charge de l'autre, serait nulle et de nul effet, parce que, disent les lois romaines, ce serait la société du lion, un simulacre de société. L. 29, § 2, ff. *pro Socio*.

Et il en serait ainsi quand bien même celui qui devrait avoir tout le profit se serait chargé de toute la perte; car l'autre partie ne resterait pas moins sans intérêt dans l'affaire, ce qui serait contraire au but du contrat de société, qui doit être l'intérêt commun des contractans (art. 1833). Ce pourrait être un mandat ou un autre contrat, selon les circonstances de l'affaire, mais ce ne serait point un contrat de société.

Et, comme nous l'avons dit plus haut, n° 428, il n'y aurait pas société non plus dans le cas où toute la perte devrait être supportée par l'une des parties, quand bien même le gain, au cas où il y en aurait, devrait être partagé entre elles, dans telle ou telle proportion convenue. Ce serait un prêt, le plus souvent usuraire, ou quelque autre espèce de contrat.

Toute cette doctrine est résumée dans l'article 1855, ainsi conçu :

« La convention qui donnerait à l'un des associés
« la totalité des bénéfices est nulle ¹.

¹ M. Delvincourt regardait comme très-valable la stipulation qui attribuerait la totalité des bénéfices au survivant des associés. Rousseau de la Combe, *v° Société*, cite plusieurs auteurs qui le décidaient effectivement ainsi dans l'ancienne jurisprudence, et l'article 1525 porte qu'une pareille clause entre époux n'est point regardée comme une donation, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais bien comme une convention entre associés; seulement, les héritiers du prédécédé doivent reprendre tout ce qui est entré de son chef dans la communauté. C'est une simple convention aléatoire quant aux bénéfices.

« Il en est de même de la stipulation qui affranchi-
 « rait de toute contribution aux pertes les sommes
 « ou effets mis dans la société par l'un ou plusieurs
 « des associés. »

On ne pourrait pas non plus convenir que l'un des associés aura telle part dans chaque opération qui

Suivant nous, la convention pourrait même comprendre les capitaux ou mises, sans avoir besoin pour cela d'être faite en la forme des actes portant donation, et en ce point, nous différons de sentiment avec M. Delvincourt, qui n'admettait cette convention qu'autant qu'elle était faite en la forme des donations. Ce ne serait toujours qu'un contrat intéressé de part et d'autre, un véritable contrat aléatoire, dans l'intention des parties. Si, dans le cas de l'article 1525, les héritiers de l'époux prédécédé reprennent les apports de leur auteur, ce n'est pas par la raison que, sans cela, la clause renfermerait une donation et non une simple convention entre associés; car, tout en y voyant une donation, ce n'eût pas été une raison pour les rédacteurs du Code de l'interdire, mais seulement d'en limiter les effets à la mesure du disponible entre époux, puisqu'une donation pure et simple a effet dans cette mesure. On s'est donc déterminé par d'autres motifs, on a pu raisonnablement penser que les époux, en stipulant que la communauté appartiendra au survivant, ont probablement eu en vue seulement les simples bénéfices résultant des économies qui seraient faites sur leurs revenus respectifs et par leur industrie, et non leurs apports eux-mêmes.

La question a été décidée dans notre sens par arrêt de la cour de Rouen, confirmé en cassation le 10 août 1836 (Devilleneuve, 36, 1, 669). Ces arrêts ont jugé que la convention faite par des cohéritiers, dans un partage, de laisser entre eux une maison indivise pour en jouir en commun, avec la réserve que la propriété entière de ladite maison appartiendrait au dernier mourant, ne renfermait ni une donation à cause de mort, ni un testament conjonctif, mais bien un contrat commutatif, aléatoire dans ses effets prévus, et, en conséquence, qu'elle n'était point assujettie aux formalités des donations à cause de mort ou des testaments. En effet, elle était irrévocable. Et, comme nous l'avons dit au tome VIII, n° 590, note, Ricard pensant que ce qu'on appelle donation mutuelle, soit pure, soit pour le cas de survie, est plutôt un contrat aléatoire qu'une véritable donation; en conséquence, il décidait qu'elle n'était pas sujette à révocation pour survenance d'enfants. Mais, comme l'ordonnance de 1731 avait décidé le contraire, Pothier admettait bien la révocation, mais dans son ensemble; et nous avons décidé la même chose à l'endroit précité. L'article 960 établit en effet la révocation pour survenance d'enfants des donations mutuelles comme des autres, et par conséquent il y voit des donations; mais on peut répondre que c'est par rapport à la révocation, parce que la loi a supposé que celui à qui il est survenu des enfants n'aurait pas fait le contrat, n'importe sa nature, s'il eût pensé avoir un jour des enfants.

procurera des bénéfices, et qu'il supportera une part différente dans les opérations qui donneront de la perte. Il n'y a en effet de gain, que déduction faite de toute perte, et de perte, que déduction faite de tout gain : c'est une règle fondamentale de la matière, exprimée dans la loi 30, ff. à ce titre. On doit donc cumuler toutes les opérations qui ont procuré des bénéfices, faire la même chose quant à celles qui ont amené des pertes, et établir la balance par comparaison des unes avec les autres ; et c'est la différence que l'on considère uniquement.

416. Mais on a toujours regardé comme valable la convention qui donnerait à l'un les deux tiers dans le gain, et à l'autre le tiers seulement. Ulpien, dans la loi 29, à ce titre, la regarde comme très-bonne, pourvu toutefois, dit-il, que celui qui aura la plus forte part du profit mette plus que l'autre dans la société, soit en argent, soit en industrie, soit en toute autre chose : *Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat. Si verò placuerit ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modò aliquid plus contulit societati pecuniæ, vel operæ, vel cujuscumque rei causâ.*

Dans cette hypothèse, les parts dans la perte devraient être, suivant la pensée d'Ulpien, qui parle des parts indistinctement, les mêmes que celles qui ont été expressément convenues dans le gain ; car c'était aussi une règle de la matière en Droit romain, et qui serait suivie aussi chez nous, que l'expression des parts dans le gain était, à moins de convention contraire,

censée répétée quant à la perte ; et réciproquement :
§ 3, Instit. de *Societate*.

417. Et de la combinaison de la première décision de cette loi 29, *si non fuerint partes societati adjectæ, æquas eas esse constat*, combinée avec la seconde, *si verò placuerit*, etc., quelques interprètes, tels que Connanus, Tuldenus ¹ et les professeurs de Louvain, ont conclu, non sans quelque apparence de raison, que, lorsqu'il n'a rien été dit sur les parts, elles sont égales arithmétiquement parlant, c'est-à-dire, en raison du nombre des associés, et non dans la proportion des mises de chacun d'eux, au cas où ces mises seraient inégales ; car, disent-ils, si Ulpien l'eût entendu autrement, il n'eût pu raisonnablement mettre de suite en question le point de savoir si celui qui a apporté à la société le double de ce que l'autre y a mis, pouvait valablement stipuler qu'il aurait le double dans le profit : cela n'eût été l'objet d'aucun doute, puisque la chose eût dû être ainsi de plein droit, sans stipulation. Au lieu d'en faire la matière d'une question, Ulpien eût dû dire qu'une telle stipulation était superflue.

Vinnius, qui est bien de cet avis dans la société de tous biens, parce que, dit-il, l'intention des parties paraît avoir été d'établir l'égalité entre elles, quoiqu'elles fussent de fortune inégale, et parce que la société *est quodammodò jus fraternitatis* ; Vinnius, disons-nous, est du sentiment contraire lorsqu'il s'agit d'une société particulière. Il s'appuie surtout sur la loi 80, au même titre, suivant laquelle il n'est pas juste, dit

¹ Cités par Vinnius sur ce titre des Institutes de Justinien.

le jurisconsulte, que les parts soient égales si l'un des associés a mis plus que l'autre dans la société, soit en argent, soit en industrie. Cette opinion a été la plus généralement suivie, et c'est celle que les rédacteurs du Code civil ont érigée en loi dans l'article 1853. Mais cela suppose que les mises ont été évaluées, ainsi que nous le dirons plus loin. Or, il est fort possible que dans une société universelle on ait négligé de le faire, et, dans ce cas, nous serions pour l'égalité des parts.

Et quant à la condition qu'Ulpien paraissait mettre à sa décision, que, pour qu'on puisse convenir que l'un des associés aura les deux tiers du profit, et l'autre le tiers seulement, il faut que celui qui doit avoir le plus ait mis d'avantage, cette condition n'était toutefois pas de rigueur : autrement il ne serait pas vrai de dire, comme le fait Justinien dans ses Institutes (§ 1, *hoc tit.*), d'après les anciens jurisconsultes, que, si les parts ont été réglées, on doit observer la convention : *quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent*. Telle est aussi la décision de Vinnius, qui s'exprime ainsi : *Ac proinde etiamsi inæquales partes servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit ; et contrà, si æquales servari placuerit in collatione inequali. Itaque, cum sæpè non constat an æquales utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hâc re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituent*. D'ailleurs, si, comme l'ensemble du texte d'Ulpien donne à le penser, ce jurisconsulte entendait que

les parts, à défaut de convention, devaient être égales, quoique les apports fussent inégaux, il ne devait pas exiger, pour que l'on pût convenir de parts inégales, que les apports fussent inégaux; car si l'équité se trouvait blessée dans le cas où l'un des associés aurait les deux tiers du fonds social, quand il n'aurait cependant fait qu'une mise d'un tiers, elle le serait de même si celui qui n'a mis qu'un quart dans la société en avait néanmoins la moitié. Mais, tout en rejetant cette dernière opinion, et en admettant même que ce ne fût pas celle d'Ulpien, l'autre décision n'est pas moins bonne : elle est fondée sur le texte des Institutes, qui a été puisé dans les fragmens des anciens jurisconsultes; et elle a été adoptée par les rédacteurs du Code, comme propre, ainsi que le fait observer Vinnius, à prévenir les difficultés. De plus, si la convention des associés pour le règlement des parts ne devait avoir effet qu'autant que ces mêmes parts seraient en parfaite harmonie avec les mises de chacun des associés, soit en argent, soit en valeur industrielle, ou autre chose, toute stipulation à ce sujet serait superflue, puisque la loi elle-même règle les parts dans cette proportion. Ces pactes, au lieu de prévenir les difficultés, les feraient naître, au contraire, et ce serait, en outre, mettre obstacle, dans beaucoup de cas, au contrat de société.

Ainsi tenons pour constant ces deux points :

1° Que, lorsque le contrat de société ne s'explique pas sur les parts, elles sont, soit quant aux bénéfices ou aux pertes, soit quant au fonds social lui-même

(quand la propriété des choses qui le composent a été mise elle-même en commun), en proportion des mises de chacun des associés ;

2^o Lorsque les parts ont été convenues, il faut s'en tenir à la convention, quand bien même elles n'auraient pas été stipulées dans une proportion parfaite avec les mises, pourvu toutefois que l'inégalité relative ou proportionnelle ne fût pas démesurée, ne dût pas faire regarder la société comme léonine, ainsi que nous allons bientôt l'expliquer.

418. Mais ce n'est pas tout : l'application de notre double principe présente bien d'autres difficultés, que nous allons tâcher de résoudre, toutefois après avoir exposé quelques autres cas.

Ulpien, aussi dans la loi 29, § 1, ff. à ce titre, dit que Cassius pensait que la société peut être valablement convenue avec cette condition, que l'un des associés ne supportera aucune part de la perte, s'il y en a, et néanmoins que le gain sera commun ¹. Cassius l'entendait toutefois en ce sens, que l'on devait toujours s'attacher au résultat définitif, d'après le principe rappelé plus haut, qu'il n'y a de gain que déduction faite de la perte éprouvée dans toutes les opérations, et réciproquement. Mais Ulpien n'admettait la décision de Cassius qu'autant que celui qui est affranchi de la perte met dans la société quelque chose de plus que l'autre, soit en argent soit en industrie, et qui peut équivaloir à son affranchissement de toute

¹ La même décision se trouve reproduite dans les Institutes, § 2, *hoc tit.*

perte : par exemple, s'il s'expose seul aux périls de la navigation : *ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, Cassius putat : quod ita demùm valebit (ut et Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est : plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quàm pecunia : item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus.*

Pothier a adopté ces principes, qui étaient au surplus généralement suivis dans l'ancien Droit : il s'exprime ainsi dans son traité *de la Société*, n° 20. « En « général, toutes les fois que l'un des associés ap- « porte en son particulier quelque avantage à la so- « ciété, on peut, pour l'en récompenser, convenir « qu'il sera déchargé pour partie, ou même pour le « total, de la perte que ferait la société. Par exemple, « si, dans un commerce de tonneaux, l'un des asso- « ciés s'est chargé seul du vice de fût, et s'est obligé « d'en indemniser la société (qui en est tenue envers « les acheteurs), on peut, pour le récompenser de « cet avantage qu'il fait à la société, convenir que, « quoiqu'il soit associé pour moitié, et qu'il doive « prendre moitié dans le gain, s'il y en a, néanmoins, « en cas de perte, il en supportera une moindre part, « *putà*, le tiers ou le quart seulement. Cette conven- « tion est équitable si le prix du risque de la perte « pour la part dont on le décharge, est égal au prix du « risque de la garantie pour la prt dont il en a dé- « chargé son associé. »

Mais le Code prohibant la convention qui affranchi-

rait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par l'un ou plusieurs des associés, il n'y aurait pas lieu de dire aujourd'hui qu'un associé peut être déchargé de la perte même pour le total, ainsi que le dit Pothier.

Cela a toutefois besoin d'être encore mieux démontré, à cause des objections que l'on peut opposer à cette décision. Pour cela, écoutons encore Pothier : la gravité de la difficulté et l'importance de bien saisir le sens de la disposition de l'article 1855 feront excuser la longueur de la citation. Nous aurons d'ailleurs à démontrer qu'une autre décision du même auteur, analogue à la précédente, ne serait probablement pas non plus suivie sous le Code.

« Lorsqu'il paraît, dit-il (n° 22), qu'un contrat de
« société est simulé, et qu'il n'a été fait que pour dé-
« guiser un prêt d'argent usuraire, il n'est pas dou-
« teux que le contrat doit être déclaré nul, et que
« tout ce qui a été reçu par le prétendu associé pour
« lui tenir lieu de sa part dans le profit de la préten-
« due société, doit être imputé sur la somme princi-
« pale qu'il a mise dans la prétendue société, et que
« la somme qu'il a reçue diminue de plein droit celle
« qui doit lui être rendue ¹.

« Ceci doit servir à décider la question sur la légi-
« timité d'une fameuse convention imaginée par les
« casuistes, qui renferme trois contrats :

¹ Parce qu'en effet, anciennement, en Droit civil comme en Droit canonique, il était défendu de stipuler des intérêts dans un contrat de prêt, et Pothier considère ici le contrat comme un prêt déguisé, par conséquent, comme un contrat usuraire, et non comme un contrat de société.

« 1° Un contrat de société que je contracte avec
 « un négociant, qui ayant déjà un fonds de commerce,
 « *putà*, de 30,000 liv., m'associe pour un quart à son
 « commerce, à raison d'une somme de 10,000 liv.
 « que j'apporte à la société ;

« 2° Un contrat d'assurance, par lequel ce même
 « négociant m'assure mon capital de 10,000 liv. que
 « je mets dans la société, qu'il s'oblige de me rendre
 « à la fin du temps que doit durer la société, à la
 « charge que, de mon côté, je lui cède une certaine
 « portion dans les profits que j'ai lieu d'espérer pour
 « ma part dans la société : par exemple, si j'ai lieu
 « d'espérer que ma part dans la société produira par
 « chacun an un profit de douze pour cent environ,
 « plus ou moins, je lui en abandonne la moitié ;

« 3° Enfin un troisième contrat, par lequel je vends
 « à ce même marchand mon capital dans la société,
 « ainsi assuré, et tous les gains que j'en ai à espérer,
 « moyennant le prix d'une somme de 10,000 liv.
 « qu'il s'oblige de me payer à la fin du temps que doit
 « durer la société, avec 500 liv. d'intérêts par chacun
 « an jusqu'au paiement.

« Diana, après avoir imaginé cette convention, se
 « propose la question, si cette convention est licite ?
 « Il décide pour l'affirmative. Sa raison est que ces
 « trois contrats, considérés séparément, étant des
 « contrats licites, ils ne doivent pas moins l'être quoi-
 « que réunis ensemble par une même convention. Il
 « n'est pas nécessaire, pour réfuter cette décision de
 « Diana, d'accumuler toutes les autorités que rap-

« porte l'auteur des *Conférences de Paris* ¹. Il ne faut
« pas être bien clairvoyant pour s'apercevoir que cette
« convention, dans la vérité, ne contient autre chose
« qu'un prêt à intérêt que j'ai fait à ce marchand
« d'une somme de 10,000 liv., qui doit, dans le for
« extérieur, aussi bien que dans le for de la conscience,
« être déclaré usuraire, et en conséquence les intérêts
« doivent être imputés sur le principal ². Il est très-
« visible que les trois prétendus contrats que cette
« convention renferme ne sont que des contrats simu-
« lés pour déguiser le prêt à intérêt qu'elle renferme,
« et que, dans la vérité, je n'ai jamais eu intention
« de contracter une société avec ce marchand, mais
« seulement de retirer de lui un intérêt de la somme
« que je lui prêtais. Et quand même, par une fausse
« direction d'intention, je me persuaderais à moi-
« même que j'ai eu effectivement intention de faire
« avec ce négociant successivement ces trois contrats,
« ce serait une illusion que me ferait ma cupidité,
« pour me déguiser à moi-même le vice d'usure du
« prêt à intérêt auquel se rapporte toute cette con-
« vention.

¹ L'ouvrage dont veut parler Pothier est intitulé *Conférences ecclésiastiques de Paris sur l'usure*. Il est présenté comme l'œuvre d'une réunion d'ecclésiastiques qui ne se sont pas nommés, et qui l'ont dédié à M. le cardinal de Noailles, archevêque de Paris : on l'attribue, comme nous l'avons dit plus haut, en traitant *des Cheptels*, au père *Semelier*. Paris, 1718, 1748; 4 vol. in-12.

² Il n'est pas besoin de faire observer que, aujourd'hui qu'il est licite de stipuler des intérêts en matière de prêt (cinq pour cent en matière civile, et six en matière de commerce, sans retenue, L. du 3 septembre 1807), la convention, considérée comme prêt, et en effet elle n'est pas autre chose, ne serait point nulle, et qu'il n'y aurait pas lieu d'imputer sur le capital les intérêts payés qui n'excèderaient pas le taux légal.

« En général, toutes les fois qu'un particulier fait
 « un prétendu contrat de société avec un marchand
 « qui l'associe à son commerce pour une certaine
 « somme d'argent qu'il apporte à ce marchand, le-
 « quel s'oblige de la lui rendre à la fin de la société,
 « sans que ce particulier supporte aucune part dans
 « la perte si la société ne réussit pas, et à la charge
 « qu'il aura une certaine part dans le gain ; quelque
 « modique que soit cette part dans le gain, en consé-
 « quence de ce qu'il ne supporte rien dans la perte,
 « et soit que cette part soit assurée à une certaine
 « somme par chacun an, soit qu'elle ne le soit pas, un
 « tel contrat doit passer pour un contrat de société
 « simulée, qui n'a été fait que pour déguiser un prêt
 « usuraire que ce particulier voulait faire au mar-
 « chand, de la somme d'argent qu'il lui a remise. Le
 « marchand, qui, par ce prétendu contrat de société,
 « ne se décharge pour aucune partie du risque des
 « pertes qui peuvent survenir dans son commerce,
 « n'a pas intention de faire un contrat de société ; il
 « n'a d'autre intention que d'emprunter la somme que
 « ce particulier lui remet, et la part qu'il lui donne
 « dans les gains de la société est pour tenir lieu à ce
 « particulier des intérêts qu'il exige pour ce prêt. Ce
 « particulier n'a pareillement d'autre intention que
 « de retirer un profit illicite du prêt qu'il fait de cette
 « somme d'argent, qui n'en doit pas produire, en dé-
 « guisant ce prêt en contrat de société.

« Il faudrait décider autrement dans le cas auquel
 « un marchand qui a un bon commerce, dont le fonds

« est de 40,000 fr., ferait un contrat de société avec
 « un particulier qui apporterait aussi 40,000 francs
 « en argent, avec la clause que ce particulier aurait
 « les trois quarts dans le gain, au lieu de la moitié
 « qu'il devrait seulement avoir, mais qu'il se charge-
 « rait en conséquence de toute la perte. Ce contrat
 « est un véritable contrat de société. La clause par
 « laquelle ce marchand se décharge du risque de la
 « perte sur son associé n'a rien d'inique, pourvu que
 « l'espérance du gain se trouvant pour le moins en
 « raison double du risque de la perte, le prix de l'es-
 « pérance du quart dans le gain qu'il lui cède équi-
 « polle au prix du risque de sa moitié dans la perte
 « dont il le charge. Le fonds de commerce que ce
 « marchand a mis dans la société étant quelque chose
 « de frugifère, il a pu retenir une part dans le gain,
 « quoique l'autre associé lui assure ce fonds; et l'af-
 « franchisse du risque de la perte. »

Assurément, comme le dit Pothier, sur ce dernier cas, il y a bien un véritable contrat de société, et la convention dont il s'agit dans l'espèce est bien éloignée de toute supposition de contrat usuraire à cause des dangers que court le bailleur de fonds. Cependant, nous ne croyons pas que les auteurs du Code aient voulu adopter le principe que Pothier donne pour base à sa décision, parce qu'il serait facile d'en abuser dans d'autres cas. « La convention, porte l'article 1855,
 « qui donnerait à l'un des associés la totalité des bé-
 « néfices est nulle : *Il en est de même de la stipulation*
 « *qui affranchirait de toute contribution aux pertes les*

« *sommes ou effets mis dans la société par l'un ou plusieurs des associés.* » Or, c'est ce qui arriverait dans le cas ci-dessus : la valeur du fonds de commerce mise par le marchand dans la société se trouverait affranchie, par la convention, de toute contribution aux pertes. Que peut d'ailleurs vouloir dire Pothier en s'exprimant ainsi : « pourvu que l'espérance du gain se trouvant
« pour le moins en raison double du risque de la perte,
« le prix de l'espérance du quart dans le gain qu'il lui
« cède équipolle au prix du risque de la moitié dans
« perte dont il le charge ? » Comment évaluer cette espérance ? Cette fixation ne pourrait être que tout-à-fait arbitraire. Il y a autant de chances de perte que de chances de gain dans une société, surtout dans une société de commerce : on ne peut pas savoir si l'espérance du gain est en raison double du risque de la perte ; dès-lors le système de Pothier manque de base, parce qu'il n'en a qu'une purement métaphysique et arbitraire.

Mais, dira-t-on, il ne serait pas défendu à un associé de faire assurer sa mise par un tiers : or, s'il peut la faire assurer par un tiers, pourquoi ne pourrait-il pas également se la faire assurer par son co-associé, et par tous, s'ils sont plus de deux ? Et s'il le pouvait incontestablement par un acte postérieur à celui de société, pourquoi ne le pourrait-il pas également par l'acte même de société ?

A cela nous répondons qu'un associé peut certainement se faire assurer sa mise par un tiers et même par un ou plusieurs de ses co-associés ; bien mieux,

par tous, pourvu que ce soit par un acte indépendant de celui de société et postérieur à cet acte ; car alors ce n'est qu'un contrat d'assurance ordinaire, assurance dont le coût devra être payé à tout événement, et qui n'influera en rien sur la fixation des parts, soit dans le gain, soit dans la perte. La prime pourrait même consister dans une portion des bénéfices qu'aura l'associé, et être ainsi éventuelle et indéterminée ; l'essentiel est que la convention à cet égard soit indépendante de celle de société, qu'elle ne soit point faite en vue d'éluder la disposition prohibitive de l'article 1855 : aussi nous ne regardons pas comme valable aujourd'hui la convention qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis par l'un des associés dans la société, sur le prétexte ou le motif, même exprimé dans l'acte, que sa part dans les profits, en considération de cette décharge, a été fixée moins forte qu'elle n'eût pu l'être à raison de la supériorité de son industrie ou de sa mise en argent ou autres choses : autrement rien ne serait plus facile que d'éluder la disposition de cet article, qui a eu pour but de prévenir les conventions usuraires masquées sous le nom de sociétés ; il suffirait pour cela de faire cette mention.

419. Du reste, ce qu'interdit notre article, ce sont seulement les deux conventions qui auraient pour but d'attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou d'affranchir de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par l'un ou plusieurs des associés ; il ne défend pas de

convenir que tel des associés qui apporte une industrie particulière ne devra point contribuer aux dettes, s'il y en a après la perte de tout le fonds social. Mais ce cas n'est point semblable à celui-là même que Pothier approuve en dernier lieu, puisque cet auteur entendait que le marchand qui a un fonds de commerce d'une valeur de 40,000 francs peut affranchir de toute perte l'associé qui lui apporte en argent une pareille somme, pourvu que ce dernier ait une plus forte part dans les bénéfices ; ce que repousse évidemment notre article.

420. De plus, on ne peut s'empêcher de regarder comme très-valable, la convention par laquelle un individu qui apporte son industrie dans une société, stipule, par exemple, le quart des bénéfices, et, à tout événement, une somme fixe, annuellement ou une fois payée, pour le prix de son travail ou de son industrie. C'est ce qui se voit tous les jours : c'est un contrat de société mélangé de louage.

424. Supposons aussi qu'un individu ayant une maison, convienne avec un marchand qui a un fonds de commerce d'une certaine valeur, que cette maison servira au commerce du marchand pendant cinq années, par exemple, moyennant quoi, lui, propriétaire de la maison, aura le tiers des profits que le marchand fera par chaque année dans son commerce, et que, dans le cas où il n'y en aurait pas, ou qu'il y en aurait pour moins de 3,000 francs, par chaque année, le marchand lui paiera celle de 1,000 francs par an, de manière que le propriétaire de la maison ait au moins

5,000 francs à tout événement pour l'usage de sa maison pour les cinq ans. Cette convention est aussi très-valable, selon nous ; elle est, comme la première, un contrat de louage mélangé de société. Il est bien vrai qu'il semble que c'est une société pure, dans laquelle le propriétaire de la maison a mis la jouissance de cette maison, et que cette jouissance se trouve, par la clause ci-dessus, affranchie de toute contribution aux pertes de la société : ce qui paraît contraire au principe proclamé par notre article 1855. Mais on répond que le contrat n'est pas un pur contrat de société ; il est mélangé de louage ; et c'est même le louage qui prédomine : c'est comme si le propriétaire de la maison l'avait louée au marchand pour cinq ans, à 1,000 francs par an, plus le tiers des bénéfices que le marchand ferait dans son commerce au-dessus de 3,000 francs chaque année. Le prix du louage, comme celui de la vente, peut avoir quelque chose d'indéterminé, de variable. D'après la loi 7, § 2, ff. *de Contrah. empt.*, je puis très-bien vous vendre ma maison pour tel prix, et, en outre, pour une portion de ce que vous en retirerez de plus en la revendant. Le cas dont il s'agit ne tombe donc point non plus sous l'application de l'article 1855. Tout porte à croire, dans l'espèce, que la maison valait plus de 1,000 francs de loyer par an.

422. Une autre convention a fait plus de difficulté, dans le Droit romain : c'est celle dont il est question au § 2, aux Institutes, à ce titre, savoir : si l'on peut licitement convenir que, de deux associés, l'un aura

les deux tiers dans le gain, et ne supportera néanmoins que le tiers de la perte, s'il y a perte, au lieu de bénéfices ?

Quintus Mucius regardait cette convention comme contraire à la nature du contrat de société, et, d'après cela, comme nulle ; mais Servius Sulpitius, dont le sentiment a prévalu, la regardait comme très-bonne, parce que, disait-il, il arrive souvent, dans une société, que l'industrie de l'un des associés est plus précieuse que celle de l'autre, et qu'il est juste, en conséquence, qu'il entre dans la société à de meilleures conditions ; qu'il est d'ailleurs incontestable que la société est valablement contractée, quoique l'une des parties n'y mette rien autre chose que son industrie, et l'autre des deniers ou d'autres biens, pour partager cependant le profit par égales portions.

Mais, comme l'observe judicieusement Vinnius, Servius Sulpitius a moins entendu rejeter la décision de Quintus Mucius, que la tempérer. Le sentiment de Mucius serait vrai, dit Vinnius, si la convention dont il s'agit intervenait dans une société où les apports seraient parfaitement égaux, soit en argent ou en industrie, soit par l'industrie de l'un des associés comparée à l'argent mis par l'autre, et c'est probablement, ajoute-t-il, d'un tel cas que Mucius a entendu parler. Mais si, au contraire, les apports sont inégaux, rien ne s'oppose à la validité de la convention, et comme c'est cette circonstance d'apports inégaux que Servius Sulpitius allègue pour justifier sa décision, il y a tout lieu de croire, dit enfin Vinnius, que c'est à ce cas

seulement qu'il a entendu l'appliquer, et que pour le cas contraire il était du sentiment de Mucius.

On devrait aussi, sous le Code, regarder cette convention comme très-valable, dans le cas supposé par Sulpitius, où celui qui a les deux tiers dans le profit, et qui ne doit néanmoins supporter qu'un tiers de la perte, mettrait dans la société plus que l'autre, soit en biens, soit en industrie ou travail, ou courrait de plus grands dangers dans les opérations de la société. En effet, l'article 1855 ne dit pas qu'une semblable convention est nulle; il dit seulement deux choses : 1^o Que la convention qui donnerait la *totalité* des bénéfices à l'un des associés est nulle; 2^o qu'il en est de même de celle qui affranchirait de *toute* contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par l'un ou plusieurs des associés : or, celle dont il s'agit ne donnerait pas la *totalité* des bénéfices à l'un des associés, et elle n'affranchirait pas non plus de *toute* contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par l'un des associés. Cet article, par la combinaison de ses deux dispositions, fait donc clairement entendre que les parties ont une certaine latitude pour régler les parts, soit dans le gain, soit dans la perte. L'article 1853 ne les règle lui-même qu'à défaut de convention, et aucune disposition du Code ne dit qu'elles devront être absolument dans la perte comme dans le gain. S'il en était en effet ainsi, toute convention à ce sujet serait superflue, puisque la loi elle-même règle les parts dans la proportion des mises respectives, ce qui s'entend naturellement des parts

soit dans la perte, soit dans le gain, puisque l'article ne distingue pas. Or, le Code permet de régler les parts par des conventions différentes de ses dispositions. Le point essentiel est donc que la convention soit faite de bonne foi, et nous n'entendons pas dire seulement par là qu'il faut que l'une des parties n'ait employé aucune manœuvre pour tromper l'autre ; nous voulons dire, de plus, que la convention ne doit pas être faite intentionnellement contre l'esprit du contrat de société, pour cacher, sous la forme de ce contrat, ou une société léonine ou une donation au fond ; car si cela a eu lieu, si, par exemple, l'un des associés qui n'a pas plus mis que l'autre dans la société, doit avoir les dix-neuf vingtièmes du profit que l'on fera, et ne doit néanmoins supporter qu'un vingtième de la perte, dans le cas où il y en aurait, au lieu de profit, c'est là une société léonine ou une libéralité au fond, et il faudrait appliquer ce que nous avons dit plus haut sur le cas de société contractée *animo donandi* ; en sorte que les héritiers de celui qui aurait procuré l'avantage, et dont la réserve, en supposant qu'il leur en fût due une, se trouverait entamée par là, pourraient, à la mort de leur auteur, faire réduire cet avantage, et même le faire annuler entièrement, si le co-associé était incapable de recevoir de leur auteur ; et si ce co-associé devenait héritier de l'autre, il serait assujetti au rapport à succession. (Art. 843 et 854 combinés.)

Entre les associés eux-mêmes, celui qui se plaindrait de la convention pourrait en obtenir la nullité.

Mais serait-ce la nullité de la société elle-même, de manière, si elle avait déjà reçu une exécution, que les parties seraient censées avoir été dans une simple communauté de fait ? Ou bien serait-ce simplement la convention relative à la fixation des parts qui serait annulable ; de sorte que ce serait comme si les contractans, dans une société régulièrement convenue, n'avaient rien dit au sujet des parts, cas dans lequel elles sont, dans les bénéfices et dans les pertes, en proportion des mises respectives ? L'article 1855, il est vrai, ne prononce que la nullité de la convention illicite, et non celle de la société elle-même ; mais il nous paraît que l'intention de la loi a été de prononcer la nullité *de la convention de société* qui serait contraire à la nature de ce contrat, que c'est sur la société ainsi convenue que porte la nullité ; car ce n'est réellement point une société qui a eu lieu dans l'espèce ¹.

423. « Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

« Et nulle réclamation n'est admise à ce sujet s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution. » (Art. 1854.)

424. Il ne serait pas nécessaire, pour que la partie lésée pût réclamer, qu'il y eût pour elle une lésion de

¹ Voyez toutefois ce que nous avons dit sur l'article 1521, tome XV, n° 205 et 206 ; mais le cas de communauté entre époux et celui de société ordinaire sont bien différens.

moitié des droits qu'elle pouvait raisonnablement prétendre d'après sa mise comparée à celle des autres, ou d'après son industrie; car cet arbitrage s'entend d'un arbitrage *boni viri*¹; mais, d'un autre côté, il faudrait que le règlement fût évidemment contraire à l'équité; et il serait tel si, dans le cas de mises parfaitement égales sous tous les rapports, il attribuait à l'un des associés les deux tiers ou les trois quarts de la masse, ou même simplement des bénéfices, et à l'autre seulement le tiers ou le quart; ou si les mises étant inégales, il donnait aux associés des parts parfaitement égales, même dans le simple profit².

425. Dans le Droit romain, lorsque le tiers choisi pour fixer les parts était venu à mourir sans les avoir fixées, il n'y avait pas de société; car elle était censée n'avoir été convenue que sous la condition que le tiers en fixerait les parts³. C'était comme en matière de vente. Il en était ainsi, par la même raison, du cas où le tiers avait refusé de fixer les parts. On ne distinguait même pas, à cet égard, si le contrat de société avait ou non déjà reçu son exécution lorsque le tiers était venu à mourir; seulement, dans le premier cas, les parties étaient censées avoir été dans une sorte de communauté de fait: en conséquence, chacun des associés reprenait ce qu'il avait apporté, soit en corps certains, soit en deniers; et la perte des choses qui avaient péri par cas fortuit était supportée par celui qui les avait apportées.

¹ L. 78, ff. *pro Socio*.

² L. 80, ff. *pro Socio*.

³ L. 75, *cod. tit.*

On devrait suivre les mêmes principes aussi sous le Code. Il n'y aurait pas lieu de dire, suivant nous, que la commission donnée au tiers doit être considérée comme non avenue, et les associés être censés avoir gardé le silence sur la fixation des parts, ce qui les ramènerait à une égalité proportionnelle aux mises, comme dans le cas de simple communauté de fait, et ce qui, il faut en convenir, diminue beaucoup l'intérêt de la question : il vaut mieux dire, au contraire, que la société est nulle ; car il y a bien d'autres règles que celles relatives aux parts, qui distinguent une société d'une simple communauté, et ici la société avait été contractée sous une condition qui a défailli : *Nam idipsum actum est, ne aliter societas sit, quàm ut Titius arbitratus sit.* L. 80, précitée.

Il n'y aurait pas lieu non plus de dire que les parts doivent être fixées par un autre arbitre, car les parties n'ont contracté la société que sous la condition que ce serait l'arbitre désigné qui les fixerait.

Il en serait toutefois autrement si c'était depuis le contrat que les parties fussent convenues d'un tiers pour fixer les parts ; alors, si le tiers ne les fixait pas, par une cause ou par une autre, le contrat de société ne cesserait pas de produire ou d'avoir produit tous ses effets, et les parts resteraient fixées telles qu'elles l'avaient tacitement été dès le principe, c'est-à-dire en proportion des mises de chaque associé.

Et si les parties avaient simplement dit dans le contrat que les parts seraient fixées par un arbitre qu'elles choisiraient ultérieurement, ou à la dissolution de la

société : si elles ne s'accordaient pas sur le choix, ou si celui qu'elles auraient choisi n'acceptait pas la mission, il y aurait lieu à en faire nommer un autre par le juge.

Il faut remarquer, en effet, que la fixation des parts dans une société n'est pas de l'essence du contrat, puisque la loi les fixe elle-même en l'absence de toute convention. Seulement, quand, par le contrat, les parties ont fait choix d'un arbitre, alors c'est cet arbitre qui doit fixer les parts, puisque c'est le choix qui a été fait de sa personne qui a probablement déterminé le contrat. Mais il en est bien différemment dans les deux derniers cas, puisqu'aucun choix n'a été fait par le contrat lui-même.

426. L'article 1853, qui veut que l'on suive la proportion des mises, lorsque les associés n'ont pas fixé eux-mêmes les parts, ni désigné l'un d'entre eux ou un tiers pour les fixer, ne parle toutefois que des parts *dans les bénéfices ou pertes*, et l'on ne peut considérer le fonds social, les mises elles-mêmes, comme un bénéfice. Mais la disposition de cet article n'est point conçue dans un sens restrictif : elle s'applique également soit que toute la masse doive être partagée, soit qu'il y ait lieu d'abord au prélèvement des apports ; en d'autres termes, soit que les objets apportés par les associés aient été mis dans la société quant à la propriété elle-même, soit qu'ils n'y aient été mis que pour la simple jouissance seulement ; et, à cet égard, il faut se reporter à ce qui a été dit plus haut, pour bien distinguer un cas d'avec l'autre.

Il n'y aura pas de difficulté pour appliquer l'article soit à l'un, soit à l'autre cas, lorsque tous les apports consisteront en argent, ou que, consistant en autre chose, ils auront été mis dans la société sur estimation : alors les mises, soit en propriété, soit en jouissance seulement, étant ainsi bien déterminées, les parts, soit dans le fonds commun, soit dans les simples bénéfices, se trouveront elles-mêmes fixées en conséquence, à moins que les parties ne les aient déterminées autrement. Et si, au lieu de profit, il y a des pertes, elles se répartiront dans la même proportion ; en telle sorte que si, dans le cas où la propriété elle-même des choses apportées par les associés a été mise dans la société, tout a été perdu, et qu'il y ait encore des dettes, ces dettes seront, quant aux associés entre eux¹, supportées par chacun d'eux dans la proportion de la part qu'il aurait eue dans les choses communes si elles eussent été conservées.

Mais si, comme il peut arriver fréquemment, les choses mises dans la société par chaque associé, pour la propriété, ou par la simple jouissance seulement, ne consistent pas toutes en argent, et n'ont pas été estimées, alors il peut y avoir difficulté pour régler les parts, soit dans le fonds commun, soit dans les simples bénéfices ou pertes, puisqu'on manque de base. Dans ce cas, l'on doit dire, en thèse générale, que précisément parce que les associés n'ont pas fait d'estimation des choses qu'ils mettaient dans la société (soit quant à la pro-

¹ Nous disons *quant aux associés entre eux*, à cause de l'article 1863, que nous expliquerons bientôt.

priété, soit seulement quant à la jouissance), c'est parce qu'ils les ont probablement considérées comme étant de valeur égale, et par conséquent les parts, soit dans la masse commune, soit dans ce qui en resterait après le prélèvement des apports, soit enfin dans les dettes qu'il y aurait après la perte de toutes les choses mises dans la société, devraient être en raison du nombre des associés, c'est-à-dire d'une égalité virile ou arithmétique.

427. M. Delvincourt suppose que deux individus contractant une société pour cinq ans, l'un d'eux y met 2,000 fr., et l'autre 4,000 fr., mais avec stipulation que ce dernier prélèvera les 2,000 fr. d'excédant avant le partage, et que l'acte ne contient aucune convention relativement à la part des associés dans les bénéfices ou pertes ; il faut donc les déterminer d'après les mises. Mais, observe avec raison cet auteur, il est évident que l'on ne peut traiter l'associé qui a apporté 4,000 fr. comme s'il les avait réellement mis dans la société, puisque la société a toujours été sa débitrice de 2,000 fr. : sa mise sera donc d'abord de 2,000 fr., plus de l'intérêt des autres 2,000 fr. pendant cinq ans ; et sa part, dans les bénéfices ou pertes, sera calculée en conséquence.

Mais s'il avait mis purement et simplement ses 4,000 fr., sa part, dans le fonds social et dans les bénéfices ou pertes, serait des deux tiers ; au lieu qu'elle n'est que des cinq huitièmes dans l'espèce ci-dessus. Et, d'un autre côté, on ne peut pas le considérer absolument comme un prêteur à la société, et à intérêt,

des 2,000 fr. qu'il a apportés de plus que l'autre associé; car, s'il en était ainsi, sa mise n'étant que de 2,000 fr., sa part, dans le gain ou dans la perte, ne serait que de moitié, et il aurait droit seulement, en outre, aux intérêts des autres 2,000 fr.; ce qui pourrait être bien différent dans les résultats. Mais tout porte à penser, dans l'un et l'autre cas, qu'il n'a point entendu faire un prêt à la société des 2,000 fr. qu'il a apportés de plus que son co-associé.

428. Voyons maintenant le cas où l'un des associés n'a apporté que son industrie, et que le contrat ne contient aucune convention relativement aux parts dans le gain ou dans la perte.

L'article 1853, voulant prévenir toute difficulté au sujet de l'appréciation de cette industrie, que les parties elles-mêmes ont négligé d'évaluer lors du contrat, règle la part de cet associé, dans le gain ou dans la perte, sur le pied de celle de l'associé qui a le moins apporté, parce qu'on ne suppose pas que s'il eût estimé lui-même son industrie davantage, il n'eût pas stipulé une part plus forte que celle de ce co-associé; par conséquent, s'ils ne sont que deux, leurs parts sont égales; s'ils sont trois, ou au-delà, ayant fait des mises inégales, la part de celui qui n'a apporté que son industrie est, dans le gain ou dans la perte, semblable à celle de l'associé qui a le moins apporté.

Remarquons toutefois que notre article ne s'explique que sur la part de l'associé dans les *bénéfices ou pertes*, et non dans le fonds social ou les mises, lesquelles ne peuvent être considérées comme des béné-

fices : en sorte que, communément du moins, elles ne se confondent point quant à la propriété, mais seulement quant à la jouissance, avec l'industrie de l'associé ; par conséquent elles se prélèvent sur la masse lors du partage.

429. Mais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, parfois la mise faite par un associé se confond, quant à la propriété elle-même, avec l'industrie de l'autre, et, par conséquent, comme il n'y a pas lieu, dans ce cas, au prélèvement de cette mise avant le partage, la part de celui qui n'a apporté que son industrie n'est pas seulement *dans les bénéfices ou pertes*, elle est dans le fonds social lui-même, qui est commun en tout point¹. Mais cela n'est pas ordinaire ; généralement, au contraire, l'industrie de l'un des associés est mise en rapport, non avec la propriété du capital mis par l'autre dans la société, mais seulement avec la jouissance de ce capital ; et cela se détermine ou par une convention expresse des parties, ou par leur intention

¹ Vinnius, *ad Instit. tit. de Societate*, § 2, s'exprime ainsi sur ce cas : *Cæterum hæc collatio operæ non uno modo fit ; nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, et si salva est, domino salva est : aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In primâ specie, comparatur cum operâ non sors, sed periculum amittendæ sortis, et lucrum quod ex ea probabiliter sperari poterat. In alterâ, operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, et pro eo quod valet, in ipsâ sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter Grotius, de Jure belli ac pacis, 11, 12, n° 24 ; Covarruvias, 3, var. resol., 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitata apud interpretes in L. 1, Cod., hoc tit., utrum in hoc genere societatis, pecunia collata communicetur, nec ne, et consequenter, utrum finitâ societate, ea etiam inter socios dividenda sit, an is qui contulit eam præcipere debeat ? Cui similis est altera, utrum hujusmodi specie, damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam ?*

probable, laquelle s'infère de toutes les circonstances de l'affaire, et principalement de l'importance des mises en deniers ou autres valeurs, comparées à l'importance de l'industrie du co-associé pendant le temps fixé pour la durée de la société.

454. Cela posé, parcourons quelques hypothèses. Supposons d'abord une société convenue pour cinq ans, par deux personnes, dont l'une a mis seulement son industrie, et l'autre une somme de 20,000 francs, sans que le contrat contienne aucune convention quant au règlement des parts, soit dans les bénéfices, soit dans les pertes; et supposons aussi que celui qui a mis la somme en ait stipulé le prélèvement, n'entendant en mettre que la jouissance seulement dans la société, ou que, à défaut de cette stipulation, la chose doive être ainsi, à raison de ce que l'industrie du co-associé, pendant le temps convenu pour la durée de la société, n'a pu être considérée, dès le principe, comme étant d'une valeur égale à cette somme, mais bien seulement comme étant d'une valeur égale à la jouissance ou l'intérêt de ladite somme. Dans ce cas, si, lors de la dissolution de la société, il y a, par exemple 10,000 francs de bénéfices, chacun des associés en aura 5,000. Il ne peut y avoir de difficulté sur ce cas, car l'intention des parties, quoique non exprimée, est néanmoins fort claire. Ainsi, l'associé qui a fait l'apport des 20,000 francs ne serait pas fondé à prétendre devoir prélever 5,000 francs pour les intérêts de la somme, et partager le surplus avec l'autre associé.

454. Pothier s'exprime ainsi au n° 16 de son traité :

« Lorsqu'un marchand contracte une société avec un
 « artisan, à laquelle l'artisan n'apporte que son tra-
 « vail, que je suppose valoir 100 écus, et que le
 « marchand apporte une somme de 1,000 écus, soit
 « en argent comptant, soit en marchandises, à la
 « charge de la prélever au partage de la société, qui
 « doit durer un an : il ne faut pas, en ce cas, pour
 « supputer ce que chacun a apporté à la société, et
 « fixer en conséquence les parts que chacun des asso-
 « ciés devra avoir dans les profits, dire que l'artisan
 « a apporté une somme de 100 écus, à laquelle est
 « estimé son travail, et le marchand 1,000 écus, et
 « qu'en conséquence, le marchand doit avoir pour sa
 « part dix onzièmes du profit, et l'artisan un onzième
 « seulement ; car ce n'est pas la somme de 1,000 écus
 « que le marchand a apportée à la société ; il n'en a
 « apporté que l'usage pendant l'année que doit durer
 « la société, puisqu'il la doit prélever. Il ne faut donc
 « compter, pour ce que le marchand est censé avoir
 « apporté à la société, que la valeur de l'usage de
 « cette somme, que Puffendorff croit devoir être éva-
 « luée à l'intérêt ordinaire de l'argent. Suivant ce
 « principe, le marchand, dans l'espèce proposée, sera
 « censé avoir apporté seulement à la société la somme
 « de 150 livres, et ne devra avoir par conséquent
 « que le tiers dans le profit de la société.

« Il en serait autrement si le marchand ne s'était
 « pas réservé de prélever cette somme : ayant, dans
 « ce cas, apporté à la société cette somme, et non pas
 « seulement l'usage de cette somme, il n'est pas dou-

« ceux qu'il devrait, dans l'espèce proposée, avoir les
« dix onzièmes, tant dans les fonds que dans les pro-
« fits de la société, et l'artisan seulement un onzième. »

Ces deux décisions de Pothier nous paraissent bien fondées, mais, quant à la première, en supposant que l'industrie de l'artisan ait été évaluée lors du contrat, et c'est probablement ce que suppose Pothier; car, si elle ne l'a pas été, il nous semble qu'elle a tacitement été estimée par les parties elles-mêmes valoir seulement l'usage du capital fourni par l'une d'elles pendant le temps que devrait durer la société, ni plus ni moins, et, par conséquent, que le profit doit se partager par égales portions, à moins de convention contraire. Au lieu que Pothier en donne les deux tiers à l'artisan, et un tiers seulement au marchand. Ces évaluations d'industrie ou de travail, après coup, à la fin de la société, donneraient lieu à de graves difficultés; c'est à l'époque du contrat qu'il faut s'attacher pour connaître quelle a été l'intention des parties à cet égard : les événemens ultérieurs qui ont pu influer sur la valeur du travail ou de l'industrie, ne doivent point concerner l'associé seul, mais bien la société.

452. Voyons maintenant quant aux pertes.

S'il a été dit dans l'acte que les mises en argent ou autres valeurs étaient de la propriété elle-même, pour devenir communes; ou si, à raison de l'importance de l'industrie de l'associé pendant le temps pour lequel la société a été contractée, comparativement à la valeur de la mise du co-associé, on doit naturellement penser que cette mise était pareillement de la propriété

même de l'objet ou des deniers, et non pas seulement de la simple jouissance, il n'y aura pas de difficulté quant au règlement des parts dans les pertes, quoiqu'il n'en ait rien été dit dans l'acte.

En effet, si les parts dans le profit ont été réglées, elles seront les mêmes dans la perte.

Le fonds social, tel qu'il se trouvera lors du partage, plus ou moins augmenté ou diminué, n'importe, se partagera par égales portions, ou suivant les parts qui auraient été réglées dans le profit.

S'il est totalement absorbé, et qu'il y ait, en outre, des dettes, elles seront supportées par chacun des associés dans les mêmes proportions.

L'application de l'article 1853 ne souffrira donc aucune difficulté dans ces cas : la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie sera effectivement dans les pertes (ainsi qu'elle l'eût été dans le gain, s'il y en avait eu), comme celle de l'associé qui a le moins apporté : il aura comme lui perdu une partie de ce qu'il avait mis dans la société, ou le tout, ou même encore au-delà.

Mais la chose n'est pas aussi facile lorsque les effets ou deniers mis dans la société par le co-associé, l'ont été pour la simple jouissance seulement, c'est-à-dire, avec droit de reprise ou de prélèvement, et qu'ils ont subi des pertes : ces pertes, en l'absence de toute convention dans le contrat, doivent-elles être supportées par le seul associé qui a mis ces effets ou ces deniers, ou si le co-associé qui n'avait apporté que son industrie doit en supporter sa part ?

Cette question, agitée par tous les auteurs qui ont

traité la matière des sociétés, n'a pas été résolue d'une manière uniforme par tous. Nous allons voir comment, suivant nous, elle a été décidée par le Code. Auparavant nous dirons qu'il nous paraît incontestable que, si tous les capitaux mis dans la société pour la jouissance seulement étaient perdus, et qu'il y eût, en outre, des dettes, l'associé qui a apporté son industrie devrait aussi en supporter sa part; car, s'il objectait à son co-associé qu'il n'a entendu hasarder que son industrie, que c'était la seule chose qu'il avait lors du contrat, celui-ci lui répondrait que lui-même ne pensait aussi hasarder que le capital qu'il mettait dans la société pour la jouissance seulement : les deux mises étant perdues, et des dettes, en outre, existant, ces dettes doivent donc être supportées en commun, et dans la proportion de la part que chacun d'eux aurait eue dans les bénéfices, s'il y en avait eu. L'article 1853 s'appliquerait parfaitement aussi à ce cas, en ce qu'il oblige l'associé qui n'a apporté que son industrie, à supporter, *dans les pertes*, une part égale à celle qu'il eût eue dans les bénéfices, s'il y en avait eu, et en réglant cette part, à défaut de convention, sur le pied de celle de l'associé qui a le moins apporté en valeurs effectives; et, dans l'espèce de deux associés seulement, c'est la même que celle du co-associé, puisqu'il n'y en a pas de plus forte : *Ultimus est is quem nemo sequitur*, comme *proximus est is quem nemo antecedit*.

Mais quant à la question posée d'abord, il ne s'agit pas de dettes après la perte entière des capitaux versés par l'un des associés dans la société pour la jouissance

seulement; il s'agit uniquement de la perte de ces capitaux en tout ou partie, ou, ce qui revient au même, des dettes dont ils se trouveraient grevés lors de la dissolution de la société.

Vinnius, d'après Covarruvias et Grotius, dit que, lorsque l'intention des parties n'a pas été que les capitaux eux-mêmes apportés par un associé seraient confondus dans la société, deviendraient communs, l'industrie de l'autre associé est censée mise en rapport avec la jouissance ou l'usage de ces capitaux, et aussi avec le risque pour celui-là seul qui les a mis, de les perdre : *Comparatur cum operâ non sors, sed periculum amittendæ sortis, et lucrum quod ex eâ probabiliter sperari potest*; et, en conséquence, il décide que la perte de ce capital, en tout ou partie, est supportée par celui-là seul qui l'a apporté : *Nam cum operâ confertur cum sôlo pecuniæ usu, si sors perierit, perit domino, et si salva sit, domino salva est*.

Mais cette décision ne pourrait se soutenir devant notre article 1853, qui porte positivement que, à l'égard de l'associé qui n'a apporté que son industrie, sa part, dans les bénéfices ou *dans les pertes*, est réglée, à défaut de convention, comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. Ainsi, c'est à l'égard aussi de la perte que sa mise est réglée de la sorte. Il perd, il est vrai, son industrie, mais les autres associés perdent aussi la jouissance de leurs capitaux; et si, outre la perte de cette jouissance, ils sont obligés d'en supporter une dans leurs capitaux eux-mêmes, par la même raison, le co-associé, outre la

perte de son industrie, doit supporter une part de la perte que la société a subie dans les objets qui y ont été apportés, bien que ce fût avec droit, pour ceux qui les ont apportés, de les prélever lors du partage. La règle *res perit domino* n'est pas applicable ici aux associés, mais bien, au contraire, à la société, et par conséquent à l'associé aussi qui n'a apporté que son industrie.

En effet, dès qu'il s'agit, comme dans l'espèce, de choses qui se consomment par l'usage, telles que de l'argent, du grain, etc., ou de choses destinées à être vendues, ou même simplement mises dans la société sur une estimation, elles sont aux risques de la société, et non pas de l'associé qui les a apportées, quoique celui-ci ne les ait mises dans la société que pour la jouissance seulement (art. 1851), c'est-à-dire, avec le droit d'en prélever la valeur sur la masse lors du partage; car ce droit de reprise n'empêche pas que la société n'en soit devenue propriétaire, de même qu'un usufruitier de choses fongibles, ou un emprunteur, devient propriétaire des choses données à usufruit ou à prêt, nonobstant la restitution qu'il doit faire d'une pareille quantité de ces choses, de même qualité, ou de leur valeur. Or, les rédacteurs du Code, en l'absence de toute convention contraire, ont considéré l'industrie de l'associé comme étant en rapport avec la jouissance ou l'intérêt seulement des capitaux apportés par les autres, et du moindre de ces capitaux; ils ne l'ont pas considérée, ainsi que l'avaient fait les auteurs ci-dessus cités, comme étant en rapport avec l'intérêt des capitaux et les risques de ces mêmes capi-

taux à supporter uniquement par ceux qui les ont versés dans la société; car s'ils l'avaient entendu ainsi, ils n'auraient pas dû dire, comme ils l'ont fait par l'article 1853, que la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est réglée, dans le gain et *dans la perte*, comme celle de l'associé qui a le moins apporté. Si, en effet, dans le cas où il y a perte, l'associé qui n'a apporté que son industrie ne doit perdre que cela, ni plus ni moins, il n'y avait pas à régler sa part, dans cette perte, sur celle de l'associé qui a le moins apporté d'argent ou d'autres objets, puisqu'elle serait par le fait la même que si on l'eût réglée sur la mise la plus forte : en sorte que l'article n'aurait aucun sens en ce point, ce qu'on ne doit pas admettre. Cet associé doit donc, au contraire, supporter aussi une part de la perte subie par les capitaux apportés par les autres associés.

Si donc, dans le cas de trois associés, dont l'un a apporté, pour la jouissance seulement, une somme de 20,000 francs; le second, celle de 10,000 francs, et le troisième simplement son industrie, il y a eu une perte de 8,000 francs, le premier en supportera pour 4,000, le second pour 2,000, et le troisième aussi pour 2,000, dont il devra faire raison aux deux autres, dans la proportion de leur intérêt respectif; le tout sauf convention contraire. De cette manière, les deux associés qui ont apporté des capitaux en auront perdu une partie, ainsi que les intérêts, et celui qui avait mis son travail ou son industrie, en aura perdu la valeur, plus, une partie du déficit.

433. Le Code prévoit bien le cas où l'un des associés n'a apporté que son industrie, et, en l'absence de toute convention contraire, il règle sa part, dans les bénéfices ou dans les pertes, sur le pied de celle de l'associé qui a le moins apporté en argent ou autre valeur effective ; mais il est muet sur le cas où cet associé, outre son industrie, a fait aussi une mise en argent ou autre chose.

Supposons, par exemple, trois associés, dont l'un, qui a apporté seul une industrie spéciale à la société, ou qui y a consacré seul tout son temps, y a mis aussi 10,000 francs ; que le second ait apporté 25,000 fr., le troisième 30,000 francs, et que le contrat soit muet sur le règlement des parts ; supposons aussi, pour plus de simplicité, que la propriété des capitaux n'a pas été confondue dans la société, que les parties ont entendu n'y mettre que la jouissance seulement de ces mêmes capitaux, ou, en d'autres termes, se réserver le droit de les prélever lors du partage.

D'abord, il est évident qu'on ne devrait pas régler la part, dans les bénéfices ou pertes, de l'associé qui a apporté son industrie et 10,000 francs, comme s'il n'avait apporté que cette somme seulement ; cela ne serait pas juste, son industrie ayant une valeur.

Mais doit-on l'estimer à la valeur de sa mise en argent, ou bien à la valeur de la différence qu'il y a entre cette mise et la mise de celui des deux autres associés qui a le moins apporté, ou enfin à la valeur totale de cette dernière mise ?

Le premier parti n'est pas soutenable, car, de cette

manière, l'associé, dans l'espèce, aurait moins dans le gain, que s'il n'avait fait aucune mise en argent, ce qui serait absurde. Il aurait moins en effet, puisque le total de sa double mise ne serait réputé être que de 20,000 francs seulement, tandis que s'il n'avait apporté que son industrie, sa mise serait censée être de 25,000 francs, somme apportée par l'un des deux autres associés. On ne doit donc pas s'arrêter à ce parti. Peu importe que l'article 1853 évalue, par une sorte de présomption légale, tirée de l'intention supposée des parties, la mise de celui qui n'a apporté que son industrie, à la mise de celui des associés qui a le moins apporté ; car il est évident que ce n'est pas avec sa propre mise en deniers que l'on compare son industrie, puisque l'article suppose un associé qui n'a apporté que son industrie seulement : c'est donc avec celle d'un autre associé, et l'analogie ne conduit pas à la comparer avec celle qu'il a faite aussi en argent, et qui est la moindre des trois, puisqu'il pourrait arriver de cette manière, et qu'il arriverait en effet dans l'espèce, qu'il se trouverait avoir moins dans les bénéfices, que s'il n'eût apporté que son industrie seulement : ce qui, encore une fois, n'est pas soutenable.

On ne doit pas non plus comparer son industrie seulement avec la différence qui existe entre son apport en argent et la mise de celui des deux autres associés qui a le moins apporté, pour ne lui attribuer, dans les bénéfices ou pertes, qu'une part égale à celle de ce dernier ; car il pourrait arriver par là que son industrie, qui, sans sa mise en argent, eût été sup-

posée valoir la mise du co-associé, fût évaluée à presque rien : elle ne serait évaluée qu'à une mise de 1,000 francs par exemple, dans le cas où il aurait apporté 24,000 francs, de sorte que son apport en argent, quoique considérable, ne lui produirait presque rien ; et ce ne serait pas non plus raisonnable.

Il nous paraît donc plus conforme à la raison et aux principes de la matière, de considérer l'associé comme ayant fait une double mise : une en argent et une en industrie, et de comparer cette dernière, non pas avec la moindre de toutes les mises en argent, car ce serait la comparer avec la sienne, et nous avons vu que ce système pourrait avoir des conséquences qui choqueraient la raison, mais avec la mise de celui des autres associés qui a le moins apporté, dans l'espèce, avec la mise de 25,000 francs. D'après cela, il serait censé avoir apporté une valeur de 35,000 francs, et les bénéfices lui seraient attribués dans cette proportion, par comparaison à la mise de 30,000 francs de l'un des co-associés, et de 25,000 de l'autre. Mais, par le même motif, il supporterait une part égale dans les pertes, s'il y en avait, au lieu de bénéfices.

Au surplus, comme le cas n'est pas littéralement prévu par le Code, les tribunaux pourraient juger, d'après les circonstances de l'affaire, si les parties ont entendu estimer simplement l'industrie de l'associé à la valeur de la mise en argent qu'il a faite, ou suivant la valeur de la différence de cette mise d'avec celle du co-associé qui a le moins apporté, ou enfin, comme nous le disons en thèse générale, sur le pied de la va-

leur intégrale de cette dernière mise ; et sa part, soit dans les bénéfices, soit dans les pertes, se réglerait en conséquence : de manière que si la moitié des capitaux était perdue, il aurait perdu la moitié du sien, plus son industrie ; et si tous les capitaux étaient perdus, et qu'il y eût, en outre, des dettes, il en serait tenu vis-à-vis de ses co-associés suivant l'une des propositions ci-dessus indiquées.

§ V.

De l'administration des affaires de la société.

SOMMAIRE.

- 434. *Effet du pouvoir d'administrer la société, donné à un associé, soit par l'acte de société, soit depuis.*
- 435. *Actes généraux que peut faire l'associé administrateur.*
- 436. *Un associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de pouvoir, à peine d'être tenu solidairement pour toutes les dettes de la société.*
- 437. *Si les fonctions de l'administration de la société ont été divisées entre les associés, chacun d'eux doit se renfermer dans celles qui lui ont été assignées.*
- 438. *Effet de la clause portant qu'aucun des associés ne pourra agir sans les autres.*
- 439. *Suite.*
- 440. *Dispositions de l'article 1859, sur le cas où il n'existe aucune stipulation spéciale sur le mode d'administration, et analyse de ces dispositions.*
- 441. *L'associé qui n'est point chargé de l'administration ne peut aliéner même les choses mobilières de la société sans le consentement des autres associés.*
- 442. *Il peut toutefois aliéner sa part dans une ou plusieurs choses, et même dans toutes, mais sans que cela puisse nuire en rien aux co-associés : développemens.*
- 443. *Si la disposition de l'article 841 est applicable, de droit commun, au cas de vente, par un associé, de sa part dans la société.*

444. *Observations sur le cas où un associé a associé un tiers à sa part, relativement aux faits de l'associé ou du tiers, et aux faits aussi des autres associés.*

445. *Droits des créanciers d'un associé sur sa part.*

454. L'associé chargé de l'administration de la société par une clause particulière du contrat, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que dure la société; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat. (Art. 1856.)

Toutefois, les associés ont pu le donner, par un acte postérieur, à un autre titre que le titre de simple mandat, à titre de convention irrévocable, et, dans ce cas, l'administration de la société ne pourrait être enlevée à celui qui l'aurait ainsi stipulée, que pour cause légitime : par exemple, s'il avait disparu, s'il avait été condamné à un long emprisonnement, s'il lui était survenu quelque infirmité qui l'empêcherait d'administrer.

En sens inverse, il serait fort possible que l'administration de la société n'eût été conférée à l'un des associés par l'acte même de société, qu'à titre de simple mandat révocable à volonté; mais cela ne se présumerait pas : il faudrait que l'intention des parties à ce sujet fût clairement exprimée, sinon la clause serait considérée comme partie intégrante du contrat de société, et, comme telle, elle serait irrévocable, à moins

de cause légitime. Ce pourrait être aussi une obligation imposée à l'associé, et, dans ce cas, cet associé ne pourrait s'en décharger sans juste motif. On doit même généralement supposer que telle a été l'intention des parties, lorsque l'administration a été conférée par l'acte même de société. Au lieu que lorsque c'est après coup, c'est, au contraire, en général, un simple mandat, dont il peut ne plus vouloir, de même qu'on peut le lui retirer ; et il suffit alors que sa renonciation soit faite en temps utile, c'est-à-dire en avertissant ses co-associés de contribuer avec lui à l'administration, ou de nommer un autre membre pour administrer à l'avenir. Mais il devrait, en général, achever les opérations par lui commencées.

Lorsque l'administration conférée à l'un des associés, soit par l'acte même de société, soit après coup, n'a que le caractère d'un simple mandat, il suffit qu'un seul des associés le révoque, pour qu'il cesse, quand bien même les autres associés voudraient le maintenir. Ce n'est pas le cas de la règle *quomodo res colligatae sunt, eodem modo dissolvi debent*, parce que le mandat est toujours révocable par celui qui l'a donné, et qu'ainsi révoqué par l'un des associés, ce n'est plus qu'un mandat donné par les autres, et qui est par conséquent sans effet à l'égard de celui qui a révoqué.

455. L'étendue des pouvoirs de l'associé-administrateur se détermine par les clauses de l'acte qui les confère. A défaut de déclaration spéciale à cet égard, le pouvoir donné en termes généraux est de la même

nature que celui qui résulte d'un mandat ordinaire, ce qui rend applicables les articles 1988 et 1989. En conséquence, l'associé-administrateur ne peut faire que les actes de simple administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de transiger ou de compromettre, il faut l'assentiment des autres associés; et il en est de même pour les obligations, ainsi que nous le verrons bientôt.

L'associé-administrateur peut toutefois vendre les denrées, les marchandises, et autres choses destinées à être vendues. Ces ventes ne sont en effet que des actes d'administration de la société, puisqu'elles doivent avoir lieu. L'article 1860 vient d'ailleurs à l'appui, en disant que l'associé *qui n'est point administrateur* ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui appartiennent à la société : donc, *et contrario*, l'associé-administrateur peut aliéner celles de ces choses qui sont destinées à être vendues.

Par le même motif, l'associé-administrateur peut, si c'est une société de commerce, remplacer les marchandises vendues par de nouvelles, à moins que, des circonstances de l'affaire, il n'apparût que l'intention des associés a été qu'elles ne fussent pas remplacées, ou qu'elles ne dussent l'être que d'un commun accord.

L'associé-administrateur peut et même doit payer les dettes de la société avec les deniers communs; mais il ne pourrait facilement emprunter pour cet objet, ou pour tout autre, sans avoir l'autorisation de ses co-associés; sinon, l'emprunt resterait pour son compte personnel; sauf à lui à se faire faire ensuite

raison de ses déboursés utilement faits. Il peut et doit recevoir le paiement de ce qui est dû à la société, même poursuivre les débiteurs qui ne se libèrent pas aux échéances ¹, intervenir dans les ordres et distributions de deniers, et, par cela même, donner quittance, main-levée de saisie ou d'hypothèque, et interrompre les prescriptions qui courent contre la société; car ce sont là des actes conservatoires, et, par cela même, d'administration.

Il peut aussi faire faire les réparations dont les bâtimens de la société ont besoin, et même les réparations d'entretien aux bâtimens dont la jouissance seulement a été mise dans la société.

456. Dans les sociétés de commerce en commandite, l'associé commanditaire, ou bailleur de fonds, ne peut être chargé de la gestion, ni faire aucun acte, ni être employé pour aucune affaire de la société, même en vertu de procuration. (Art. 27, Cod. de comm.)

En cas de contravention à cette prohibition, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les

¹ Il a toutefois été jugé par la cour de Caen, dont la décision a été confirmée en cassation (arrêt du 8 novembre 1836 : Devilleneuve, 36, I, 811), que, bien que les sociétés civiles soient des êtres moraux comme les sociétés commerciales, néanmoins elles ne peuvent, à la différence de ces dernières, agir en nom collectif (tant en demandant qu'en défendant) devant les tribunaux, poursuites et diligences de leur gérant, directeur ou administrateur seulement: qu'il y a nécessité, à peine de nullité de l'exploit d'assignation, de désigner individuellement dans l'exploit tous les associés, en indiquant leurs noms, prénoms, professions et domiciles; attendu que la maxime *nul en France; si ce n'est le roi, ne plaide par procureur*, ne souffre d'autres exceptions que celles qui sont établies à l'article 69 du Code de procédure, au nombre desquelles ne se trouvent point les sociétés civiles. Du reste, la cour de cassation n'a pas moins reconnu formellement que les sociétés civiles sont, dans notre Droit, des êtres moraux comme les sociétés commerciales, ou de finance, ou d'industrie. Voyez *suprà*, n° 334.

associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société. (Art. 28, *ibid.*)

On a voulu prévenir les fraudes qui auraient pu facilement résulter de la double qualité qu'aurait eue le commanditaire : de simple bailleur de fonds et de gérant ; car, comme commanditaire, il ne serait responsable, soit envers les tiers, soit envers les associés, que jusqu'à concurrence seulement de sa mise (art. 26, *ibid.*) ; et comme gérant, il aurait pu lancer la société dans des opérations aventureuses. Souvent les associés en nom collectif n'auraient été que des prête-noms, sans solvabilité. Le gérant, en apparence simple commanditaire, aurait été le seul véritablement intéressé dans les opérations de la société, dont, pour cette cause, il aurait voulu se réserver la direction, en profitant ainsi des bénéfices, s'il y en avait, et en s'affranchissant de toute perte, au moyen de sa simple mise comme bailleur de fonds. Ce genre de fraude ayant eu lieu plus d'une fois, les rédacteurs du Code de commerce ont sagement voulu le prévenir, en rendant responsable solidairement, de toutes les dettes et de tous les engagements de la société, le commanditaire qui se serait mêlé de la gestion, même en vertu d'une procuration des associés en nom collectif, ou du gérant de la société.

457. Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions aient été déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration. (Art. 1857.)

Et non-seulement ils le peuvent, mais encore ils le doivent, puisque les autres s'en sont reposés sur eux à cet effet; et chacun d'eux doit se renfermer autant que possible dans le genre d'opérations dont il a été chargé, sinon, il pourrait être responsable des actes mal à propos faits par lui.

458. Mais s'il a été dit que l'un ne pourrait agir sans les autres, alors il faut le concours de tous, même pour les actes de simple administration (art. 1858). C'est là, en effet, une condition de l'association.

Toutefois, s'il y avait évidemment péril en la demeure, et que l'un des associés, par cause de maladie ou d'absence, ne pût concourir à l'acte, les autres pourraient agir, parce qu'il ne serait pas juste qu'ils souffrissent de l'empêchement de leur co-associé. La clause, en effet, doit être entendue *civiliter*, c'est-à-dire abstraction faite des cas extraordinaires.

459. Et si l'un des associés se refuse à concourir à un acte nécessaire d'administration, ou s'y oppose formellement, en se fondant sur la clause du contrat de société, portant que l'un des associés ne pourra rien faire sans l'autre, ce refus injuste peut donner lieu à la dissolution de la société, s'il apparaît d'ailleurs bien clairement que le co-associé n'a agi que par humeur ou caprice; car il avait promis d'agir de bonne foi. Les circonstances de l'affaire pourraient même donner lieu à des dommages-intérêts contre lui, si les co-associés avaient éprouvé un préjudice par son injuste refus. Le but de la clause n'était point de rendre toute administration impossible, mais seulement de la

rendre plus utile, par le concours des lumières de tous, et de prévenir les innovations que tel ou tel des associés voudrait peut-être faire dans les choses de la société. Il faut toujours en revenir à l'intention présumée des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes de l'acte (art. 1156). Ce serait donc au juge, si la dissolution de la société était demandée avant l'expiration du temps convenu, avec ou sans dommages-intérêts, à voir, d'après les circonstances du fait, si l'associé qui a refusé de concourir à l'acte, ou qui s'y est opposé formellement, a agi par humeur ou mauvaise foi, ou s'il a pu raisonnablement croire que l'acte n'était pas nécessaire, ni même simplement utile à la société : le doute s'interpréterait même en sa faveur : *In re enim pari potiore causam esse prohibentis constat*, dit Papinien dans la loi 28, ff. *Communi divid.*

440. La loi prévoit aussi le cas où il n'existe aucune stipulation spéciale sur le mode d'administration de la société, et l'article 1859 s'exprime ainsi à ce sujet :

« A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

« 1^o Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre :
 « ce que chacun fait, est valable même pour la part
 « de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un
 « d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit
 « conclue. »

Ce droit, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue, est l'application de la règle ci-dessus : *In re enim pari potiore causam esse prohibentis constat.* Mais cela doit toutefois s'entendre principalement des actes d'innovation, et non généralement des actes de simple administration ; car, pour ceux-ci, il faut admettre le tempérament dont il vient d'être parlé, et à plus forte raison dans l'espèce, où l'acte de société ne porte point que l'un des associés ne pourra agir sans l'autre.

« 2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. »

C'est ce qui a été expliqué plus haut, n° 414.

« 3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. »

Et même un associé peut contraindre son co-associé à faire les réparations d'entretien des choses dont la simple jouissance seulement a été mise par lui dans la société ; et ces dépenses sont à la charge de la société.

« 4° L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendans de la société, quoiqu'il les soutînt avantageuses à la société, si les autres associés n'y consentent. »

A ce cas s'applique parfaitement la règle *in re potiore causam esse prohibentis constat* ¹.

En sorte que si l'un des associés a fait, en l'absence de l'autre, des changemens sur l'un des immeubles de la société, ce dernier peut l'obliger à remettre, et à ses dépens, les choses dans leur premier état ².

Mais si, étant présent, il n'a manifesté aucune opposition aux changemens, qui lui avaient été d'ailleurs indiqués, il ne peut ensuite en faire ordonner la destruction ³; parce qu'alors il est censé les avoir approuvés : *Is qui potest prohibere, et non prohibet, tacite consentire videtur*.

444. L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société (art. 1860), sans préjudice, bien entendu, en faveur des tiers de bonne foi, de l'application des articles 2279 et 1141; car, en fait de meubles, la possession vaut titre; sauf le recours des co-associés contre leur co-associé qui a outre-passé ses pouvoirs.

Et s'il a mis dans la société un immeuble pour la simple jouissance, et qu'il l'ait hypothéqué depuis pour ses affaires personnelles, ses créanciers peuvent sans doute le faire vendre, mais à la charge de la jouissance qu'en a la société, dans le cas où elle pourrait leur opposer un acte ayant acquis date certaine anté-

¹ Voyez la loi 27, § 1, ff. de *Servit. præd. urb.*, et la loi 11, ff. *Si servit. vindic.*

² L. 28, ff. *Comm. divid.*

³ Même loi.

rieurement aux inscriptions prises par ses créanciers.
(Arg. de l'art. 1743.)

442. De ce que l'associé non administrateur ne peut, sans le consentement de ses co-associés, aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société, s'ensuit-il qu'il ne peut vendre ou donner la part qu'il a dans tel ou tel objet, ou dans tous ? Non, sans doute : un associé, même administrateur, ne peut, il est vrai, associer un tiers à la société sans le consentement de ses co-associés (art. 1861) ; car la société étant le résultat d'une convention, je ne puis pas me trouver en société avec quelqu'un dont je ne voudrais pas pour associé¹ ; mais rien n'empêche un associé d'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, car par là c'est seulement à lui, et non à ses co-associés, qu'il donne un associé² : or, en le faisant, il vend ou cède par cela même une partie du droit qu'il a dans les choses communes. Ainsi, dans le Droit romain, l'on ne mettait pas en doute si un associé pouvait vendre sa part dans les choses de la société³ : seulement il lui était interdit d'aliéner au-delà de sa part, si ses co-associés ne lui en avaient pas donné le pouvoir⁴. Et l'on ne distinguait pas, à cet égard, entre le cas où la société était dissoute et que les choses n'étaient point encore partagées, et le cas où elle subsistait encore.

Toutefois, cette aliénation de tout ou partie de la

¹ *Vide* L. 19, ff. *pro Socio*.

² *Ibid.*

³ L. 4, Cod. *pro Socio*, et L. 3, Cod. *de Comm. reb. alien.*

⁴ L. 68, ff. *pro Socio*.

portion qu'a l'un des associés dans la société encore subsistante, ou même dissoute, mais non encore partagée, ne peut nuire aux autres associés, soit pour accélérer la dissolution de la société avant le temps convenu, soit dans le mode d'administration, de manière à l'entraver, soit enfin dans le partage : l'acquéreur sera seulement au lieu et place de l'associé vendeur, quant à la part que celui-ci lui aura vendue ou cédée dans tel ou tels objets communs, ou dans tous. Il pourra bien, à ce titre, intervenir dans le partage de la société, lorsqu'elle sera dissoute, pour la conservation de ses droits, et même le provoquer ; mais le partage ne s'en fera pas moins comme si cette vente n'existait pas, et avec les effets ordinaires du partage, tels qu'ils résultent du droit commun. En sorte que si l'associé a vendu toute sa part dans la société à la même personne, ce qui sera censé vendu, sera ce qui écherra au lot de cette dernière par le partage, ni plus ni moins (art. 1872 et 883 combinés). S'il lui en a vendu une quote-part, par exemple la moitié, ils partageront ensuite entre eux les objets qui écherront à son lot. S'il lui a simplement vendu sa part dans tel immeuble de la société, dissoute ou non, et que l'immeuble vienne à échoir à son lot, le tiers en réclamera la partie qui lui a été vendue. Si l'immeuble tombe au lot d'un autre associé, la vente sera nulle, faute d'objet : elle était conditionnelle dans ses effets. Et il faudrait décider de la même manière, si la vente avait eu lieu de la portion de l'un des associés dans deux objets de la société, pour un seul et même prix, et que l'un de ces

objets seulement vint à échoir au lot de l'associé ; car le tiers ne serait pas forcé d'accepter une autre part dans cet objet, à la place de la part qui lui avait été vendue aussi dans l'autre, et il ne pourrait pas non plus la réclamer, attendu que les objets peuvent être de valeurs fort inégales.

445. Du reste, dans le cas même où l'un des associés aurait cédé ou vendu toute sa part dans la société, alors dissoute ou non, les autres associés ne pourraient pas, en argumentant de l'article 841, écarter le tiers du partage, en lui offrant le remboursement du prix de la cession. Il n'y aurait pas lieu, pour le prétendre ainsi, d'invoquer l'article 1872, portant que les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ; car, bien que cet article 841 soit au nombre des règles concernant le partage des successions, néanmoins elle n'est pas une de celles que l'on a eues en vue dans l'article 1872 ; autrement il n'eût pas fallu établir en principe qu'un associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société, ou du moins l'on eût dû réserver positivement aux associés le droit d'écarter le tiers du partage, par le remboursement du prix de la cession, et on ne l'a pas fait. Ajoutez qu'il n'y avait pas non plus les mêmes motifs que dans le cas de succession, où l'étranger serait venu pénétrer tous les secrets de famille. Aussi, dans le Droit romain, les autres associés ne pouvaient écar-

ter le tiers du partage : les lois 4, au Code, *pro Socio*, et 3, au Code, *de comm. reb. alien.*, déjà citées, sont positives sur ce point ; et rien ne porte à penser que les rédacteurs du Code civil aient entendu changer le Droit à cet égard.

On trouve même dans le recueil de M. Dalloz, *v^o Société*, un arrêt sans date citée (Jabon et Dechesne), portant que le retrait de société ayant été aboli par le décret des 13-18 juin 1790, des associés n'ont pas pu stipuler que, dans le cas où l'un d'eux vendrait sa part, les autres ou l'un d'eux auraient la préférence ou le droit de la rapporter ; qu'une telle clause ne peut pas être exécutée : « La cour, attendu que le retrait que
« les appelans veulent exercer ne peut être considéré
« comme un réméré ou retrait conventionnel, puisque
« celui-ci ne compète qu'au vendeur, à ses héritiers
« ou ayant-cause ; attendu que le retrait de société
« a été aboli, et que si on pouvait le rétablir par des
« conventions, ce serait un moyen de rétablir un
« usage contraire à la loi, et d'en éluder les effets, etc. »

Mais cette décision est insoutenable : cette loi n'a eu pour but que l'abolition du retrait légal ou coutumier de société. C'est le Code civil qui doit régir la question d'un retrait stipulé : or, le Code ne défend point une pareille stipulation ; par cela même il la permet, car elle n'a rien de contraire à une loi actuellement en vigueur, ni aux bonnes mœurs. Une multitude de conventions permises ont précisément pour objet de déroger au droit commun, sans qu'on puisse dire pour cela qu'elles sont contraires aux lois, puis-

que, précisément, la loi les autorise : telles sont notamment celles qui excluent la garantie en matière de vente, garantie qui est cependant due en vertu de la loi. Le droit commun, d'après celle du 18 juin 1790, c'est que le retrait coutumier en matière de société n'a plus lieu, de même que le retrait lignager ne subsiste plus ; mais comme rien n'empêche de le stipuler dans une vente, au profit du vendeur et de ses héritiers, de même rien ne doit empêcher de le stipuler dans une société, au profit des parties ou de l'une d'elles, au cas où l'un des associés vendrait sa part. Cet arrêt ne nous paraît donc pas devoir faire jurisprudence

444. Nous venons de dire qu'un associé peut, sans le consentement des autres, associer un tiers à sa part (art. 1861) ; mais il faut observer que, à l'égard de la société, le fait du tiers associé à la part d'un associé, qui s'est ingéré ou qui a été immiscé par celui-ci dans les affaires de la société, doit être regardé comme le fait de l'associé lui-même, soit pour la perte, soit pour le profit ;

Que, réciproquement, l'associé doit compte à ce tiers du fait de ses associés, en tant qu'il augmenterait ou diminuerait la part à laquelle il l'a associé.

Mais l'action pour la communication des bénéfices, ou pour la réparation des dommages, n'existe, en principe pur, qu'entre ceux qui sont associés ensemble ; ce qui établit une différence notable entre le cas où le tiers a simplement été associé à la part de l'un des associés, et le cas où il l'aurait été, au contraire, et du consentement de tous, à la société elle-même.

Voyez, à ce sujet, les lois 19, 20, 21, 22 et 23, ff. *pro Socio*.

Cette différence, au surplus, est moins importante dans notre Droit, à cause du principe général de l'article 1166, qu'elle ne l'était dans le Droit romain.

En effet, dans le Droit romain, le tiers n'avait pas, de son chef, d'action contre les autres associés pour les obliger à lui faire part des bénéfices qu'ils avaient faits dans les opérations de la société : il n'en avait à ce sujet que contre celui qui l'avait associé à sa part. Pour qu'il pût en avoir une contre eux, il eût fallu que l'associé lui cédât la sienne; mais cette cession n'était point interdite, et si elle avait eu lieu, le tiers était simplement un mandataire de l'associé : c'était un mandat donné dans l'intérêt de l'un et de l'autre, *mandantis et mandatarii gratiâ*, ce qui constituait le tiers, *procurator in rem suam*.

Mais comme, dans notre Droit, les créanciers d'une personne peuvent exercer en son nom tous les droits qu'elle peut avoir (à l'exception toutefois de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, art. 1166), sans qu'il y ait besoin pour cela d'une cession de ces mêmes droits, cession que la loi elle-même rend superflue, il résulte de là que le tiers associé à la part de l'un des associés peut directement (en ce sens qu'il n'est pas besoin d'une cession d'action ou d'un mandat) exercer, au nom de l'associé, et comme du chef de celui-ci, dans la mesure de son intérêt, l'action que peut avoir ce dernier contre ses co-associés, et

avec les mêmes effets, mais aussi avec les mêmes exceptions qu'on pourrait opposer à cet associé.

Mais nous ne pensons toutefois pas que le tiers pût s'immiscer dans l'administration des affaires de la société malgré les autres associés, ni leur demander des comptes de leur gestion, de manière à la troubler, ou même de manière à exercer une inquisition gênante. Il faudrait, pour qu'il pût demander ces comptes dans le cours de la société, qu'il y eût des motifs graves, tel que serait le désordre des affaires de la société, ou de celui qui l'a associé à sa part. Du reste, celui-ci peut l'autoriser à faire ce qu'il pourrait faire lui-même d'après les règles que nous avons expliquées plus haut.

Nous venons bien de dire que le tiers peut exercer, en vertu de l'article 1166, l'action de celui qui l'a associé à sa part, contre les co-associés, mais le produit devrait-il s'en partager entre lui et les autres créanciers de cet associé qui seraient venus former des saisies ou oppositions sur cette part ?

Au premier aperçu, on pourrait le croire, parce que l'action exercée en vertu simplement de l'article 1166 est une action commune et générale; que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le prix par contribution, sauf les causes de légitime préférence, et que les seules causes de légitime préférence sont, d'après l'article 2093, les privilèges et hypothèques : or, il n'y a ici ni privilège ni hypothèque.

Mais la raison de décider, au contraire, que le pro-

duit de l'action doit appartenir exclusivement au tiers, dans la mesure toutefois de son intérêt, se tire de ce qu'il est un cessionnaire, un acheteur de portion de la part de l'associé dans la société, et que, bien qu'il paraisse exercer l'action de celui-ci en vertu de l'article 1166, comme au nom et du chef de l'associé, néanmoins, en réalité, il l'exerce de son chef, comme cessionnaire pour partie de cette même action. Un principal locataire a action contre un sous-locataire, jusqu'à concurrence du prix de la sous-location, et qui serait encore dû au moment de la saisie (art. 1753) : or, on ne prétendrait pas qu'il serait obligé d'admettre le concours des créanciers de son locataire direct, car le prix de la sous-location venant de sa chose, il doit lui appartenir exclusivement à tous autres créanciers de son débiteur. Un mandant peut aussi agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (art. 1994), et l'on ne prétendrait pas non plus que les créanciers du mandataire peuvent demander à concourir avec le mandant sur le produit de cette action : par exemple, dans le cas où le mandataire ayant reçu des sommes du mandant pour faire l'opération, ce mandataire les aurait remises à la personne qu'il s'est substituée, et qui les a employées à son profit. On trouverait bien d'autres cas encore où l'action, quoique paraissant être exercée en vertu de l'article 1166 (comme dans les exemples ci-dessus, où celui qui l'exerce n'est point un cessionnaire proprement dit, et n'a cependant pas traité avec le tiers), n'admettrait pas le concours des autres créanciers de

celui à qui compétait cette action, comme produit direct de son contrat fait avec le tiers. Il en doit être ainsi, à plus forte raison, du cas qui nous occupe, où le tiers est évidemment un cessionnaire d'une partie de la part de l'associé sur la société, par conséquent d'une partie de son action contre elle.

Mais, par cela même que c'est un cessionnaire, il faut lui appliquer les règles relatives aux cessions; en conséquence, il ne pourrait opposer aux créanciers de l'associé qui l'a associé à sa part, qu'un acte ayant acquis date certaine antérieurement aux saisies ou oppositions que ces mêmes créanciers auraient faites sur la part de l'associé. En second lieu, à l'égard des créances que celui-ci aurait contre ses co-associés, *propter societatem*, ou contre les débiteurs de la société, le tiers ne serait saisi, par rapport aux créanciers de l'associé, que par la signification, à ces co-associés et à ces débiteurs, et à chacun en ce qui le concernerait, de la cession qui lui a été faite, ou par leur acceptation de cette même cession dans un acte authentique, conformément à l'article 1690. Le fait seul de son association à la part de l'associé, et certifié par un acte ayant acquis date certaine, lui assure bien sa part dans les objets corporels de la société; mais quant aux créances, soit sur la société, soit sur les tiers débiteurs de cette même société, il ne serait saisi à l'égard des créanciers de son cédant, et à l'égard d'autres cessionnaires même postérieurs, que par cette signification ou cette acceptation. Il en serait de ce cas comme de celui de la vente d'une succession : l'ac-

quéreur ou cessionnaire est bien saisi, même à l'égard des tiers, de la propriété des choses corporelles de l'hérédité ; mais, pour les créances, il n'est saisi, soit à l'égard des débiteurs, soit à l'égard des tiers, que par la signification de sa cession aux débiteurs, ou par leur acceptation dans un acte authentique ¹, ainsi qu'il a été jugé par arrêt du 2 mars 1814, que nous avons déjà eu occasion de citer au tome précédent, n° 498.

445. Il nous reste à observer que, comme quiconque est valablement obligé, l'est sur tous ses biens présents et à venir (art. 2092), les créanciers d'un associé peuvent par cela même faire saisir sa part dans les objets de la société ; et s'il est évidemment en état de déconfiture, c'est une cause de dissolution de la société, ainsi qu'on le verra bientôt. Mais un individu peut éprouver quelques momens de gêne, quelques saisies, sans être pour cela en état de déconfiture, état qui ne résulte réellement que de l'insolvabilité de la personne, c'est-à-dire, d'un excédant de son passif sur son actif. S'il n'y a pas dissolution de la société, les saisies auront pour effet d'empêcher que le partage se fasse en l'absence des saisissans : elles vaudront opposition à ce qu'il y soit procédé hors leur présence ; et il en sera de même si elles ont eu lieu depuis la dissolution de la société, arrivée pour une cause quelconque, n'importe, et durant l'indivision des biens. Et même depuis cette dissolution, les créanciers d'un associé ne peuvent faire vendre sa part encore indivise dans les

¹ Toutefois, à l'égard du débiteur, toute acceptation de sa part le lie envers le cessionnaire. *Vide* tome précédent, n° 496.

immeubles de la société, ils peuvent seulement en provoquer le partage, et faire vendre ensuite ceux de ces biens qui seront échus à leur débiteur. L'article 2205, qui le décide ainsi à l'égard des créanciers d'une succession, est applicable aussi aux créanciers d'un associé ; la raison est absolument la même : dans l'un comme dans l'autre cas, il importe qu'on ne vende pas des objets qui par l'effet du partage, pourraient ne pas appartenir au débiteur : or, l'effet du partage est le même en matière de société qu'en matière de succession ; l'article 883 est applicable aussi au partage de la société (art. 1872), et, d'après cet article, chaque copartageant est censé n'avoir eu de droits que sur les objets échus à son lot ¹.

SECTION II.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

- 446. *Textes des articles 1862, 1863 et 1864.*
- 447. *Le simple pouvoir d'administrer la société n'emporte pas, en général, celui d'obliger les co-associés.*
- 448. *Suite ; mais la société est tenue, dans tous les cas, jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité de l'affaire faite avec le tiers.*
- 449. *Réfutation d'une distinction faite par un auteur à ce sujet.*
- 450. *En principe, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes qu'ils ont contractées pour la société, par eux-mêmes ou par le ministère d'un mandataire.*
- 451. *Pour quelle part chacun d'eux en est tenu.*
- 452. *Si la solidarité a lieu en toutes sociétés de commerce, d'après la rédaction de l'article 1862 du Code civil.*
- 453. *Elle a lieu entre les associés en nom collectif.*

¹ Voyez tome XXI, n° 12 et suivans.

454. *Mais non à l'égard des simples commanditaires qui ne se sont point immiscés dans la gestion.*
455. *Ni dans les sociétés anonymes.*
456. *Si elle a lieu de droit commun dans les sociétés en participation.*
457. *Si les créanciers particuliers d'un associé concourent avec les créanciers de la société sur sa part dans les objets de la société.*
458. *Et si les créanciers de la société concourent avec les créanciers personnels d'un associé sur ses biens particuliers.*

446. Après avoir considéré la société dans ses rapports avec les associés, il convient de la considérer aussi dans ses rapports avec les tiers créanciers.

Quant aux tiers, il importe de remarquer que, en principe, les droits et les obligations de chaque associé envers la société, et réciproquement, leur sont étrangers, et par conséquent que les engagements des associés à leur égard sont régis par le droit commun.

Les dispositions du Code à ce sujet sont renfermées dans les trois articles suivans, que nous allons analyser.

« Dans les sociétés autres que celles de commerce,
« les associés ne sont pas tenus solidairement des
« dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger
« les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir (1862).

« Les associés sont tenus envers le créancier avec
« lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et
« part égales, encore que la part de l'un d'eux dans
« la société fût moindre, si l'acte (fait avec le tiers)
« n'a pas spécialement restreint l'obligation de cet
« associé sur le pied de cette dernière part (1863).

« La stipulation que l'obligation est contractée
 « pour le compte de la société ne lie que l'associé
 « contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci
 « ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait
 « tourné au profit de la société (1864). »

Nous écarterons pour le moment ce qui est relatif aux sociétés de commerce.

447. Ainsi, suivant le premier de ces articles, l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont donné le pouvoir; et le pouvoir dont il s'agit ici n'est pas celui d'après lequel l'associé qui contracterait la dette aurait été chargé de la simple administration de la société, par une clause du contrat, ou par un acte postérieur; car, s'il en était ainsi, il faudrait dire, par voie de conséquence, que, lorsqu'il n'y a pas de stipulation dans le contrat touchant l'administration de la société, chacun des associés a par cela même le pouvoir d'engager les autres par ses obligations, puisque, aux termes de l'article 1859-1^o, les associés, dans ce cas, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et que ce que chacun fait est valable même pour la part des co-associés. Mais tel n'est pas l'esprit de la loi, il faut un mandat spécial, ou du moins que la clause par laquelle l'administration a été conférée à l'associé qui a contracté la dette, l'autorise clairement à obliger ses co-associés pour les affaires communes. Le Code n'a point confondu la simple administration, même spécialement conférée à l'un des associés par l'acte de société, avec le pouvoir d'obliger les autres :

le rapprochement des articles 1862, 1864, 1856 et 1859, le démontre évidemment. Un associé gérant pourrait abuser de ce pouvoir, sous prétexte que l'engagement qu'il souscrit est relatif à l'administration de la société : il pourrait de la sorte contracter des emprunts, faire des achats dans son intérêt personnel, ou par esprit de dissipation, et c'est ce qu'on n'a pas dû vouloir permettre. D'ailleurs il n'est pas dans les principes qu'une personne puisse, par ses contrats, en engager une autre de manière à donner lieu à une action contre celle-ci. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. (Art. 1119.)

448. Aussi la loi, allant au-devant de la possibilité de l'abus que nous venons de signaler, décide-t-elle, dans l'article 1864, et sans distinction entre l'associé gérant et un autre associé, que la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

Dans ce dernier cas aussi, les autres associés sont en effet obligés ; ils le sont par cette règle d'équité qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui : *Nemo ex jacturâ aliend locupletari debet*. Mais ce serait au créancier à prouver que la chose par lui livrée à l'associé a profité à la société ; et il n'aurait action contre eux que jusqu'à concurrence seulement de ce dont elle s'en serait enrichie, et, contre chacun d'eux,

dans la proportion seulement de sa part dans la société, parce qu'en effet chacun ne s'est enrichi que dans cette proportion ¹. Au lieu que lorsque l'associé était muni d'un pouvoir suffisant pour obliger ses co-associés, le tiers qui a traité avec lui n'a pas besoin de prouver que la chose par lui livrée à l'associé a tourné au profit de la société, et il a l'action pour une part virile, même contre celui qui y a une part moindre.

Il en serait de même quoique l'associé n'eût pas déclaré dans l'acte qu'il contractait pour le compte et l'intérêt de la société : la partie dont la chose aurait tourné au profit de la société aurait action contre elle jusqu'à due concurrence, et pour le tout contre l'associé qui a contracté en son propre nom. Il n'y aurait même pas à distinguer, à cet égard, si l'associé qui s'est obligé était ou non chargé de l'administration, par l'acte de société ou par un acte postérieur : même dans cette dernière hypothèse, la société serait tenue envers cette partie, sinon directement, du moins indirectement, de même que celui dont les affaires ont été bien administrées est tenu de remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, et de l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris (art. 1375) : or, dès que la chose, ainsi qu'on le suppose, a tourné au profit de la société, son affaire évidemment a été utilement gérée jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité.

449. Quelques personnes ² établissent toutefois une

¹ Voyez en ce sens, dans le recueil de M. Dalloz, v° *Société*, l'arrêt de rejet du 18 mars 1824.

² Voyez M. Delvincourt, tome III, page 455 et suivantes, édition de

différence entre le cas où l'associé, non muni de pouvoir suffisant, a déclaré dans l'acte contracter pour le compte de la société, et le cas où il n'a rien dit à ce sujet, lorsque la chose, dans l'un et l'autre cas, a tourné au profit de la société. Suivant elles, le créancier, dans le premier cas, a l'action *de in rem verso* contre la société, et jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité de l'obligation, sans que la société puisse lui opposer les créances qu'elle aurait elle-même à exercer contre l'associé qui a contracté avec lui. Au lieu que lorsque l'associé n'a pas déclaré dans l'acte contracter au nom et pour le compte de la société, le créancier, dit-on, n'exerce son action contre la société qu'en vertu de l'article 1166, au nom et du chef de l'associé ; d'où il suit que la société peut lui opposer les créances qu'elle aurait à faire valoir contre cet associé.

Cette distinction serait fondée sur ce que, suivant ces personnes, le créancier qui a traité avec l'associé qui a déclaré contracter au nom et pour le compte de la société, a entendu avoir pour obligée la société elle-même. A la vérité, l'associé n'avait pas de pouvoir suffisant pour obliger ses co-associés ; mais la chose ayant tourné au profit de la société, ainsi qu'on le suppose, cela suffit pour que la société soit valablement et directement obligée, ainsi qu'il résulte de l'article 1864. Au lieu que lorsque l'associé n'a pas déclaré contracter au nom de la société, le tiers n'a

1819, dont l'opinion a été reproduite par M. Dalloz, dans son recueil, *vo Société*, chap. I^{er}, sect. III, n^o 9.

pas dû croire qu'elle serait obligée envers lui; et si elle est tenue, ce n'est qu'indirectement, à raison de ce qu'elle devrait pour cette cause à l'associé, dont il exerce les droits : or, si elle ne lui doit rien, parce qu'il était, de son côté, débiteur envers elle, et qu'ainsi la compensation a éteint cette dette de la société, le tiers ne peut pas venir en demander le paiement aux autres associés, même simplement pour leurs parts.

Cette opinion est plus spécieuse que solide. Dans les deux cas, l'action du créancier contre les associés qui n'ont pas traité avec lui, est l'action *de in rem verso*, et les actions de cette sorte ne s'exercent point au nom et du chef du débiteur, mais bien *directement* contre celui qui a profité de la chose. Par exemple, dans le Droit romain, celui qui avait traité avec un fils de famille ou un esclave, et dont la chose avait tourné au profit du père ou du maître, avait directement action contre ceux-ci, sans qu'ils pussent lui opposer la créance qu'ils se seraient trouvés avoir sur le fils ou l'esclave¹; tandis qu'ils auraient pu l'opposer si c'eût été seulement *propter peculium* qu'ils eussent été poursuivis. Il en doit être de même dans les cas dont il s'agit : la société ayant profité de la chose du tiers, elle doit lui en faire raison : autrement elle se rembourserait avec la chose d'autrui de ce que peut lui devoir l'associé; ce qui ne serait ni juste ni conforme

¹ *Illud summâ admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directò quoque posse à patre dominove condici, TANQUAM SI PRINCIPALITER cum ipso negotium gestum esset; § 8, Instit. Quod cum eo qui in aliend potestate est, negotium gestum esse dicitur. Vide aussi le § 4, au même titre.*

aux principes. Elle est devenue débitrice envers le tiers dès l'instant même où elle a profité de sa chose, et la créance qu'elle a acquise ensuite sur l'associé ne peut évidemment tourner à l'extinction de celle du tiers.

L'opinion combattue n'aurait quelque apparence de fondement que dans le cas où la société serait déjà créancière de l'associé au moment où elle a profité de la chose du tiers ; mais, même dans ce cas, elle doit être rejetée, parce que le tiers a une action *directe* contre la société par le fait seul que sa chose l'a enrichie.

430. Les associés qui ont contracté avec quelqu'un, par eux-mêmes, ou par le ministère de l'un d'eux, ou d'un tiers auquel ils avaient donné pouvoir à cet effet, ne sont point obligés solidairement, à moins de stipulation contraire ; sauf ce que nous allons dire quant aux commerçans associés en nom collectif. (Art. 1862).

Et si c'est en vertu d'un pouvoir que l'un des associés oblige les autres, il faut, pour qu'ils soient tenus solidairement envers le créancier, que le pouvoir autorise aussi l'associé à les obliger de cette manière ; sinon ils ne le seraient chacun que pour leur part, conformément à l'article 1863. Il en est de même si c'est un tiers qui a été choisi pour mandataire.

L'une et l'autre décision est l'application du principe général de l'article 1202 du Code.

431. Mais comme les tiers ne sont pas censés savoir quelles sont les parts des associés dans la société, chacun de ces derniers est tenu pour une somme et

part égales à celles de ses co-obligés, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas restreint son obligation sur le pied de cette dernière part. (Art. 1863 précité.)

Si l'acte porte que l'obligation de cet associé est restreinte sur le pied de sa part dans la société, sans autre explication, comme le créancier a dû naturellement croire que cette part était une part virile, l'associé sera effectivement tenu de la dette sur le pied de cette dernière part, quoique celle qu'il a dans la société fût moindre, s'il n'est pas d'ailleurs prouvé contre le créancier qu'il savait, en traitant, quelle était la part de l'associé. L'égalité entre les associés doit se présumer, jusqu'à preuve du contraire.

Nous avons dit : *pour une somme et part égales à celles de ses co-obligés*, et non pas pour une somme et part égales à celles de ses co-associés, parce qu'en effet, si, de trois associés, deux seulement contractent une obligation, ils sont tenus chacun pour moitié de cette dette envers le créancier, et non pas seulement pour le tiers, quoique les parts de tous trois dans la société fussent égales; sauf leur recours contre leur co-associé, s'il y a lieu, et sans préjudice de l'action *de in rem verso* du créancier contre ce dernier, si la société a réellement profité de la dette.

Et nous pensons que si l'un des associés a dans la société une part plus forte que celle des autres, le créancier a contre lui une action en proportion de cette part; et cela, soit que cet associé se fût personnellement obligé sans expression de sa part dans la dette,

ou même avec expression de part virile, soit qu'il ne se fût pas personnellement obligé, et qu'il n'y eût lieu, en conséquence, contre lui, dans ce dernier cas, qu'à l'action *de in rem verso*.

En effet, l'article 1863, qui règle la part de chacun des obligés dans la dette, sur le pied d'une part virile, quoique leurs parts dans la société ne fussent point égales, est évidemment dans l'intérêt du créancier. On ne doit donc pas le retorquer contre lui pour faire taire le droit commun : or, le droit commun veut que les dettes d'une communauté soient supportées par chacun des communistes dans la proportion de leur intérêt dans la communauté.

452. Nous avons vu que l'article 1862, en disant que les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et que l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir, se sert de ces expressions : *dans les sociétés autres que celles de commerce*. Il y a donc, quant à ces sociétés, exception à la double règle exprimée à cet article. Cela est vrai, mais toutefois avec quelques distinctions, dans lesquelles on ne pouvait entrer dans la rédaction de l'article, dont le but était d'établir seulement deux choses : 1° que, dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; 2° qu'un associé ne peut obliger son co-associé, si celui-ci ne lui en a donné le pouvoir ; mais non pas de reconnaître que ce double principe était étranger à toute société de commerce ; car assurément les rédacteurs du Code civil n'ont point entendu donner une pareille

extension à cet article : ils n'avaient point, en le rédigeant, à s'occuper de déterminer l'étendue des effets des sociétés de commerce à l'égard des tiers; c'était là l'objet des lois sur la matière du commerce. Aussi ont-ils eu soin de dire, dans l'article 1873, que les dispositions du présent titre nes'appliquentaux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce, témoignant par là qu'ils n'entendaient pas porter dans le Code civil des règles positives sur les sociétés de commerce, lesquelles devaient être, en effet, l'objet de règles spéciales.

453. Dans les sociétés de commerce en nom collectif, les associés indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. (Art. 22, Cod. de comm.)

Chaque associé a ainsi pouvoir d'obliger ses co-associés, en signant sous la raison sociale, et de les obliger même solidairement; à moins toutefois que l'acte de société ne contienne la clause que tel ou tels des associés seuls sont autorisés à signer, et n'ait été affiché conformément aux articles 42 et 43 du même Code; auquel cas il n'y a que ceux qui sont autorisés à signer qui ont qualité pour obliger les autres, même simplement pour leurs parts, sauf, comme nous l'avons dit plus haut, les effets de l'action *de in rem verso* ¹.

454. Mais les simples commanditaires, ou bailleurs

¹ Voyez au tome XI, n° 195, ce que nous avons dit sur la solidarité entre associés en nom collectif.

de fonds, bien qu'ils soient de véritables associés, ne sont pas tenus solidairement des engagements de la société, quoique contractés sous la raison sociale, et par ceux des associés en nom collectif chargés de la signature : ils sont simplement passibles des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société (art. 26, *ibid.*) ; à moins toutefois qu'ils ne se soient immiscés dans la gestion, ou qu'ils n'aient fait telle ou telle affaire de la société, même en vertu de procuration : cas dans lesquels ils sont obligés solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société (art. 27 et 28, *ibid.*) Nous en avons donné les raisons plus haut.

455. Dans les sociétés anonymes, les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société. (Art. 33, *ibid.*)

Les administrateurs eux-mêmes ne sont personnellement responsables, soit envers les tiers, soit envers les intéressés, que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société. (Art. 32, *ibid.*)

456. Dans les associations de commerce en participation, l'un des associés n'a pas le pouvoir d'obliger les autres sans un mandat à cet effet : aucune disposition du Code de commerce ne l'y autorise ; et par conséquent il n'y aurait contre eux que l'action *de in rem verso*, si la chose avait tourné à leur profit, et jusqu'à concurrence seulement de ce dont chacun aurait

profité; sauf l'action née du contrat, et pour le tout, contre l'associé qui se serait obligé.

Et, dans ces sociétés, les associés qui ont traité ne sont pas solidairement obligés de plein droit : aucune disposition du Code de commerce n'établit non plus la solidarité à leur égard, ainsi que l'article 22 de ce Code le fait à l'égard des associés en nom collectif, quand l'engagement a été souscrit sous la raison sociale; et l'article 1202 du Code civil pose en principe que la solidarité n'a lieu qu'en vertu d'une convention des parties, ou en vertu d'une disposition particulière de la loi. Or, comme il n'y a point ici de disposition particulière de la loi, et que les parties, nous le supposons, n'ont pas déclaré s'obliger solidairement, la conséquence nécessaire est qu'il n'y a pas solidarité entre les associés en participation, quoique commerçans.

L'ordonnance de 1673, sur le commerce, voulait sans doute une autre solution, car elle portait ¹, d'une manière générale, que, dans les sociétés de commerce, les associés seraient solidairement tenus des dettes de la société; en sorte que c'était à la qualité de commerçant qu'on s'était attaché, et c'est ce qui explique très-bien l'opinion de Pothier, de Bornier, de Jousse, de Savary, et autres, qui décidaient, en effet, et ainsi que l'avaient jugé plusieurs arrêts, que les commerçans associés, même pour un objet particulier, par exemple, pour l'achat d'une certaine partie de marchandises, étaient tenus solidairement du prix de cet

¹ Article 7 du titre IV.

achat. Mais le Code de commerce actuel ne contient aucune disposition semblable à celle de l'ordonnance ; il n'établit la solidarité que dans une seule espèce de société de commerce, celle *en nom collectif*, et il laisse par cela même, sous ce rapport, les autres sociétés de commerce sous l'empire du droit commun, tel qu'il est établi par l'article 1202 du Code civil.

Cela est encore confirmé par l'article 18 du même Code, portant que le contrat de société se règle par le Droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties : or, répétons-le, le Code de commerce n'a soustrait à l'application du Droit civil, quant à la solidarité, que la seule société en nom collectif. Cela est de toute évidence, et l'on ne doit jamais perdre de vue que la solidarité est de droit étroit.

Cette question, nous ne l'ignorons pas, est fort controversée ; plusieurs auteurs, même parmi les modernes, sont d'une opinion contraire à la nôtre : mais, nous le pensons, c'est par suite de l'influence des anciens principes, et de la décision des jurisconsultes qui les avaient adoptés. En envisageant la question dans les principes nouveaux, elle ne doit pas souffrir de doute, telle que nous la décidons. Nous croyons, au surplus, devoir renvoyer, pour plus de développemens, à ce que nous avons dit à ce sujet, en traitant *de la solidarité*, au tome XI, n° 196, où nous citons quelques arrêts pour et contre. Nous ajouterons seulement, quant à l'argument que l'on a voulu tirer de ces mots de l'article 1862 du Code

civil, dans les sociétés autres que celles de commerce, pour en conclure que, dans les sociétés de commerce, indistinctement, les associés sont solidairement tenus des dettes sociales; nous ajouterons, disons-nous, que ce n'est là qu'un argument *à contrario*, et l'on sait que ces sortes d'argumens sont loin d'être toujours concluans. Celui dont il s'agit l'est si peu, que les sociétés en commandite et les sociétés anonymes sont des sociétés de commerce (art. 19, Cod. de comm.), et néanmoins les commanditaires, dans les premières, et aucun des associés, dans les secondes, ne sont solidairement tenus des engagements de la société. En second lieu, on ne pourrait évidemment soutenir que, dans les sociétés en participation, l'un des associés à qualité pour obliger solidairement les autres sans un pouvoir spécial¹, et cependant les expressions ci-dessus citées se réfèrent aussi bien à l'absence du droit, pour un associé, d'obliger les autres associés sans un pouvoir de leur part, qu'à l'absence de la solidarité entre les associés dans les sociétés civiles.

457. Une autre question également controversée est celle de savoir si les créanciers particuliers d'un associé peuvent venir, par concurrence avec les créanciers de la société, sur sa part dans les objets de la société, effets, ou créances sur des tiers?

La raison de douter se tire de ce que quiconque est valablement obligé, l'est sur tous ses biens présents et à venir (art. 2092), et tous les biens d'un débiteur

¹ Toutefois, c'est ce qu'enseigne M. Pardessus dans son *Cours de Droit commercial*, tome II, n° 182, et tome IV, n° 1049, édition de 1821.

sont le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuent le produit par contribution, s'il n'y a entre eux des causes de légitime préférence : or, les seules causes de légitime préférence sont les privilèges et les hypothèques (art. 2093) ; donc celui qui ne peut invoquer en sa faveur une de ces causes de préférence, doit subir la loi commune, c'est-à-dire souffrir le concours des autres créanciers du débiteur commun aussi bien sur sa part dans les objets de la société, que sur le produit de ses biens particuliers.

Mais la raison de décider, suivant nous, que les créanciers de la société doivent être payés sur la part de leur débiteur dans la société, par préférence aux créanciers particuliers de cet associé, se tire de ce qu'ils n'ont contracté avec lui que *propter societatem* ; ce sont les biens de cette société qu'ils ont principalement envisagés comme leur gage à tous. Entre eux il y aura sans doute concours, sauf encore les causes de légitime préférence que l'un d'eux pourrait avoir à invoquer sur les autres ; mais ils doivent être préférés, sur les biens de la société, aux créanciers particuliers de cet associé, parce que c'est là leur principal gage.

Cela est hors de toute controverse sérieuse dans les sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, puisque, dans ces cas, la société est incontestablement un être moral, une sorte de tierce personne ayant ses droits et ses obligations distincts des droits et des obligations de chaque associé en particulier ; mais il faut même le décider ainsi dans les sociétés civiles et dans les associations commerciales en participation, parce

qu'il est juste aussi, lors même qu'on ne voudrait pas y voir aussi un être moral, une sorte de tierce personne, que les biens de la société servent à payer ses dettes avant de servir à payer celles de tel ou tel des associés.

Les lois romaines elles-mêmes, dans l'esprit desquelles cependant la société n'était pas considérée comme une tierce personne, un être intermédiaire entre les tiers et les associés, nous fournissent une décision qui, par analogie, est parfaitement applicable à l'espèce, parce qu'elle est fondée sur le même principe, et que le motif est absolument semblable; et cependant aussi, dans le Droit romain comme dans le nôtre, tous les biens d'un débiteur étaient pareillement le gage commun de ses créanciers, qui s'en distribuaient le prix par contribution, sauf les causes de légitime préférence; et il n'y avait également de causes de légitime préférence que les privilèges et les hypothèques. On suppose, dans la loi 5, § 15, ff. *de Actione tributoria*, qu'un esclave qui avait un pécule s'est livré à plusieurs genres de commerce, par exemple, qu'il a fait un commerce de toile et un commerce de sacs : il a différens créanciers relativement à chacun de ces genres de commerce, et qui poursuivent le maître en distribution du pécule; et l'on demande si ceux qu'il a par rapport à l'un de ces commerces doivent concourir avec les autres sur le produit de la marchandise de l'autre espèce de trafic; et le jurisconsulte Ulpien répond qu'il n'en doit pas être ainsi, parce que chaque créancier a contracté en considéra-

tion des marchandises contenues dans le commerce à raison duquel il a traité avec l'esclave, plutôt qu'en considération de la personne de celui-ci, envisagé comme débiteur ordinaire : *Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi : ut putà, duas negociationes exercebat, putà sagariam, et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto separatim eos in tributum vocari : unusquisque enim eorum merci magis, quàm ipsi, credidit.*

Ainsi le jurisconsulte dit, et avec raison, que chacun de ces divers créanciers a traité avec l'esclave en considération du genre de commerce pour lequel il lui vendait des marchandises, plutôt qu'en considération de sa personne envisagée comme un débiteur ordinaire; que ce n'est point tant lui qu'ils ont considéré, comme débiteur commun et ordinaire, que la marchandise même à raison de laquelle ils traitaient avec lui.

Or, cela peut se dire avec la même vérité quant aux créanciers d'une société : c'est aussi en considération de la société qu'ils traitent; la société est un être moral et distinct de la personne de chaque associé; les biens de cette société doivent donc servir à les payer avant de servir à payer les créanciers particuliers de chaque associé, par un motif analogue à celui qui veut que les créanciers d'un défunt qui demandent la séparation de son patrimoine d'avec celui de son héritier, soient payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers particuliers de l'héritier,

S'il en était autrement, il n'y aurait aucune sûreté à traiter avec des associés, puisque les biens d'une société, suffisants et au-delà pour en payer les dettes, pourraient être entièrement absorbés par les créanciers particuliers des associés; ce qui est inadmissible. La question a été jugée en ce sens par la cour royale de Paris, le 10 décembre 1814, par arrêt rapporté par M. Dalloz, dans son Recueil, au mot *Société*, chap. I^{er}, sect. III, sous le n^o 10, en note.

458. Mais il n'y a pas lieu de dire, en sens inverse, que les créanciers particuliers d'un associé doivent être payés sur les biens personnels de cet associé par préférence aux créanciers qu'il a à raison de la société, même en ce qui concerne la part de ces co-associés dans ces mêmes dettes, dans le cas où ils en seraient tenus solidairement, soit parce que la société serait en nom collectif, soit parce que les associés se seraient obligés avec clause de solidarité; car cet associé est obligé, à l'égard des uns comme à l'égard des autres, sur tous ses biens présents et à venir, par conséquent sur ses biens particuliers comme sur ceux qu'il avait pour sa part dans la société. Et de même que les créanciers particuliers d'un héritier ne peuvent demander la séparation de son patrimoine d'avec celui du défunt (art. 881), pour être payés sur ses biens par préférence aux créanciers de la succession; de même les créanciers particuliers d'un associé ne doivent pas pouvoir demander la séparation de ses biens personnels de ceux qu'il a dans la société, pour être payés sur ces mêmes biens par préférence aux créan-

ciers qu'il a relativement aux affaires de cette société. Il y a parité parfaite : cet associé, en contractant la société, et en s'obligeant ensuite à raison de cette même société, a fait ce qu'il avait le droit de faire, comme un héritier qui, en acceptant purement et simplement une succession obérée, a pris sur lui les dettes du défunt.

Tout ce qu'on pourrait dire de plus juste, et telle est l'opinion de plusieurs personnes, c'est que, si les créanciers de la société demandent à être payés par préférence sur son actif, ils doivent souffrir que les créanciers particuliers de l'associé soient payés par préférence à eux sur les biens personnels de cet associé. La loi citée au numéro précédent fournirait un argument pour le décider ainsi. On en trouverait un semblable dans la loi 3, § 2, ff. de *Separationibus*, où Papinien, contre le sentiment de Paul et d'Ulpien (dans la loi 5^e au même titre), qui ne voulaient pas que les effets de la séparation pussent être scindés, admettait bien les créanciers du défunt qui avaient demandé la séparation des patrimoines, à se faire payer aussi sur les biens particuliers de l'héritier, mais toutefois après discussion préalablement faite de ceux du défunt, et, en outre, après le paiement intégral des créanciers particuliers de l'héritier; décision qu'avait adoptée Domat, Lebrun et Pothier.

On pourrait toutefois modifier cette décision, ainsi que nous l'avons fait sur le cas de séparation des patrimoines, au tome VII, n^o 500 et suivans; on pourrait dire que les créanciers de la société qui n'ont pu

être payés intégralement sur son actif, doivent être admis à concourir sur les biens de l'associé, et pour la somme dont celui-ci resterait tenu, avec les créanciers particuliers de cet associé, à la charge par eux de rapporter ce qu'ils ont touché pour sa part dans la société; ce qui pourrait leur être plus avantageux en certains cas, que le parti ci-dessus.

CHAPITRE IV.

DES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ, DU PARTAGE ET DE SES EFFETS.

SECTION PREMIÈRE.

DES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

- 459. *La société finit de plein droit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée.*
- 460. *Et par l'arrivée de l'événement prévu pour en opérer la dissolution.*
- 461. *Dans le cas où l'on a exprimé un temps pour la durée de la société formée pour une certaine entreprise, il importe de bien examiner dans quel esprit ce temps a été mentionné.*
- 462. *Comment se prouve la prorogation d'une société à temps limité.*
- 463. *La société se dissout aussi par la perte de la chose ou des choses qui en formaient le fonds.*
- 464. *Secus quand il reste encore quelque chose.*
- 465. *Elle est dissoute par la perte de la chose dont la jouissance seulement a été mise en commun.*
- 466. *Application de la règle à un certain cas.*
- 467. *Analyse de l'article 1867 et de la loi 58, ff. pro Socio.*
- 468. *L'impuissance de l'associé à fournir à la société l'industrie qu'il avait promise, opère pareillement la dissolution de la société.*

469. *La société est dissoute aussi par la consommation de l'entreprise ou de l'opération.*
470. *Elle est de même dissoute par la mort de l'un des associés.*
471. *Cas où il a été convenu qu'elle se continuerait avec son héritier.*
472. *La société est dissoute aussi par la mort civile de l'un des associés.*
473. *Observation sur ces derniers cas de dissolution.*
474. *La société se dissout pareillement par l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés : développemens.*
475. *Ainsi que par la renonciation de l'un des associés, toutefois quand la société n'est pas à temps limité.*
476. *La renonciation de l'un des associés opère aussi la dissolution de la société contractée par une entreprise déterminée, pourvu qu'elle soit faite toutes choses étant encore entières, et de bonne foi.*
477. *Comment se fait la renonciation, et conditions exigées pour qu'elle soit valable.*

459. La société finit par plusieurs causes, que nous allons successivement expliquer.

Si elle a été contractée pour un certain temps, par exemple pour trois années, elle finit de plein droit à l'expiration de ce temps (art. 1865), et les parties sont alors, jusqu'au partage, dans un état de simple communauté.

460. Si la société a été contractée jusqu'à l'arrivée de tel événement, par exemple jusqu'au mariage de l'un des associés, ou de tel d'entre eux, elle finit pareillement de plein droit par l'arrivée de l'événement prévu.

461. Si, dans une société formée pour une certaine entreprise, on a exprimé un temps de durée, il importe de bien examiner dans quel esprit il a été men-

tionné dans le contrat ; de bien voir s'il l'a été pour limiter la durée de la société à l'expiration de ce temps, quoique l'opération ne fût pas alors encore achevée, ou s'il ne l'a été que dans la supposition que ce temps serait nécessaire pour l'opération.

Dans le premier cas, la société est dissoute par l'expiration du temps convenu, quoique l'opération ne fût pas encore achevée, et elle se partage en cet état ; dans le second cas, l'opération devrait s'achever, nonobstant l'expiration du temps mentionné dans le contrat.

C'est en effet toujours à l'intention des parties qu'il faut s'attacher, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. (Art. 1156.)

462. Suivant l'article 1866, la prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société. Mais cela ne peut pas vouloir dire que, si l'acte de société était authentique, l'acte de prorogation ne pourrait être sous seing-privé, quoique réunissant d'ailleurs les formalités et conditions de l'article 1325 ; car la fausseté de cette proposition serait démontrée par l'absurdité de la proposition inverse.

L'on ne voit pas non plus pourquoi la convention de prorogation ne pourrait être prouvée par l'aveu de la partie, ou par son refus de prêter le serment qui lui serait déféré par l'autre, quoique le contrat primitif eût été passé par écrit et que l'objet de la société fût de plus de 150 francs : aussi l'article veut-il simplement dire que la prorogation d'une société ne peut

être prouvée par témoins dans les cas où la preuve testimoniale ne serait pas admise s'il s'agissait de prouver l'existence de la société elle-même, par application de l'article 1341, qui n'admet aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs.

463. Lorsque l'objet qui formait à lui seul le fonds de la société est venu à périr, la société est nécessairement dissoute (art. 1865), parce qu'on ne peut concevoir une société sans objet ¹ : *Neque enim ejus rei quæ jam nulla sit quisquam socius est.* L. 63, § 10, ff. *pro Socio*.

Tel serait le cas où deux voisins auraient acheté un cheval en commun, pour s'en servir tour à tour, afin de vaquer à leurs affaires particulières, et que ce cheval serait venu à mourir ou à périr par quelque accident, même par la faute de l'un des associés, sauf, dans ce cas, l'indemnité due à l'autre. Et si l'associé par la faute duquel le cheval aurait péri, en avait acheté un autre, qui aurait été agréé par le co-associé, la société n'aurait pas moins été dissoute, seulement il s'en serait formé une nouvelle.

Tel serait aussi le cas où deux individus ayant loué une hôtellerie pour l'exploiter en commun, cette hôtellerie serait venue à brûler. On multiplierait facilement les exemples.

¹ Aussi n'y aurait-il point eu de société si la chose se trouvait avoir péri au temps de la convention.

464. Mais s'il reste encore quelque chose du fonds commun, la société n'est point dissoute : elle ne l'est pas, par exemple, dans le cas où deux individus ayant chacun un bœuf, les ont mis en commun quant à la propriété elle-même, pour en tirer meilleur parti en les vendant ensemble, et que l'un de ces bœufs est venu à mourir ou à périr par quelque accident : l'autre reste commun aux deux associés, et forme encore un fonds social. L. 58, ff. *pro Socio*, et article 1867.

465. Au lieu que s'il ne les ont point mis en commun pour la propriété, s'ils se sont associés simplement pour les vendre en commun, ou pour les faire travailler en commun, la société est dissoute par la perte de l'un des deux bœufs, de quelque manière qu'elle soit arrivée, et celui à qui il appartenait n'a rien à prétendre dans le bœuf de l'autre. Même loi 58.

En effet, la société est dissoute par la perte de la chose dont la jouissance seulement a été mise dans la société par l'un ou plusieurs des associés (même art.) : comme dans le cas, par exemple, où l'un d'eux a apporté la jouissance seulement d'une fabrique, d'un moulin, qui est venu à brûler ; car ayant promis une jouissance successive de sa chose pendant la durée de la société, il ne peut plus remplir son obligation : c'est un associé qui se trouve maintenant sans mise effective. Or, comme il est de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société lorsque l'un des associés n'a plus rien pour y contribuer ¹.

¹ Pothier, n° 141, « Par exemple, dit-il, lorsque deux voisins, qui

Il a toutefois droit, pour sa part, aux bénéfices qui existeraient au moment de la perte de la chose ; mais il n'a pas droit pour l'avenir à la jouissance des choses mises aussi pour le simple usage dans la société par les autres associés ; car, si cela était, la loi ne prononcerait pas la dissolution de la société, puisqu'il resterait encore un fonds commun.

466. *Quid*, dans ce cas, si les choses des autres associés ont été mises dans la société pour la propriété ? Par exemple, ayant une maison propre à un genre de commerce, qui peut valoir douze cent francs environ de loyer annuellement, je conviens avec quelqu'un d'une société pour six années, dans laquelle il versera la somme de six mille francs, sans reprise, somme avec laquelle nous achèterons des marchandises, pour les revendre et partager le profit par égales portions ; et je fais entrer ma maison pour la jouissance seulement dans cette société, pour la durée du temps convenu, et pour le débit de la marchandise. Cette maison vient à brûler au bout de trois ans par cas fortuit : est-ce que, dans cette espèce, je ne dois avoir droit qu'aux bénéfices qui se trouveraient exister au moment de la perte de la maison, et pour ma part ? Cela ne serait pas juste ; car, de cette manière, mon co-associé, en retirant en entier son capital, et en prenant la moitié des bénéfices, laisserait ainsi à ma charge presque toute la perte de la jouissance que la société

« avaient chacune une vache, ont contracté une société de tous les fruits
« et profits qui en proviendraient pendant un certain temps : si, avant la
« fin du temps, la vache de l'une des associées vient à mourir, la société
« sera éteinte, cette associée n'ayant plus rien de quoi y contribuer. »

a eue de ma maison ; et il la laisserait même en entier à ma charge, si, au moment où la perte serait arrivée, la société n'avait encore fait aucun bénéfice, tandis qu'il ne devait point prélever son capital, puisque nous supposons qu'il a été confondu dans la société, qu'il a été mis en rapport avec la jouissance de ma maison pendant le temps convenu. Que la perte de cette jouissance pour l'avenir soit supportée par moi seul, on le conçoit, parce que j'avais promis une jouissance successive, continue, comme un bailleur la promet au locataire ; mais je ne dois pas supporter la perte totale aussi pour le passé, et c'est cependant ce qui aurait lieu si, au moment où la maison est venue à brûler, il n'y avait encore aucun bénéfice. Mon co-associé aurait de la sorte son capital franc et quitte de toute perte, quoiqu'il l'ait versé dans la société pour la propriété, et moi j'aurais perdu la mise que j'avais effectuée jusqu'au moment où la société est venue à se dissoudre, c'est-à-dire la jouissance de ma maison pendant trois ans, sans parler de la perte de la maison elle-même, qui ne regarde point en effet mon co-associé ; or, encore une fois, c'est ce que les principes n'admettent pas. Dans l'espèce, si la société eût subsisté jusqu'à l'expiration du temps convenu, avec perte d'une partie des six mille francs apportés par mon co-associé, par exemple avec perte de deux mille francs, j'aurais bien eu droit, pour ma part, aux quatre mille francs restant, et j'aurais encore autant perdu que lui, puisque, pour cette somme seulement, j'aurais été privé de six années de jouissance de ma maison,

que nous avons supposé être d'un produit annuel de douze cents francs environ : tandis qu'il n'aurait perdu, lui, que quatre mille francs et les intérêts de son capital pendant ce même temps. Or, pourquoi la perte de la maison, survenue avant l'expiration du temps fixé pour la durée de la société, serait-elle pour lui une bonne fortune ? On n'en voit pas la raison.

On doit donc procéder *ex æquo et bono*, pour que la perte ne soit pas supportée par un seul, dans la mise qu'il a réellement effectuée. En conséquence, comme, dans l'espèce, j'ai effectué une mise de trois années de jouissance de ma maison, et que j'avais promis cette jouissance pour six années ; que c'était avec cette jouissance que la propriété du capital apporté par mon co-associé avait été mise en rapport, on doit décider, selon nous du moins, que le co-associé doit prélever la moitié du capital qu'il a apporté, ou de ce qui en resterait, et que le surplus doit se partager entre nous par égales portions, et avec les bénéfices, s'il y en a.

Mais, d'un autre côté, il ne serait pas juste que j'eusse la moitié du capital apporté par mon co-associé, car, de cette manière, si la maison fût venue à périr aussitôt après le contrat, mon co-associé se serait trouvé, dans ce système, avoir perdu la moitié de sa mise, sans avoir eu, de son côté, la jouissance de la mienne pour aucune part, ou pour presque rien.

467. L'article 1867 prévoit trois cas, dont l'un n'est pas sans quelque difficulté, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

1° Le cas où l'un des associés *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose* : la perte, dit cet article, survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

Ce qui veut clairement dire que l'associé n'a rien à prétendre dans les choses promises ou déjà apportées par les autres associés.

Et évidemment il s'agit ici d'un corps certain et déterminé, car il n'y a qu'un corps certain et déterminé qu'on puisse dire avoir péri : *genus non perit*.

2° Le cas où la chose dont la jouissance seulement avait été mise dans la société, est venue à périr : elle a péri pour l'associé, et la société est également dissoute, suivant ce qui vient d'être dit.

A ce cas se rapporte aussi celui où la chose n'avait pas précisément été mise dans la société pour l'usage ou la jouissance, mais dans un autre but, pour être vendue en commun avec celle du co-associé, afin de tirer de l'une et de l'autre un meilleur prix : comme lorsque deux cultivateurs, ayant chacun un bœuf dépareillé, conviennent de les réunir pour en former une paire, afin de les vendre plus avantageusement à une certaine foire, où ils se proposent de les conduire, et de partager le prix qui proviendra de la vente, soit par égales portions, soit dans les proportions convenues ; mais sans entendre pour cela mettre la propriété des deux bœufs en commun, entendant, au contraire, que chacun reprendra le sien si on ne parvient pas à les vendre à cette foire. Si le bœuf de l'un d'eux vient à

périr ou à éprouver quelque accident, même depuis leur réunion, même en allant à la foire ou sur le marché, la perte est supportée par celui-là seul auquel il appartient. C'est l'une des deux hypothèses faites dans la loi 58, *pp.*, ff. *pro Socio*, déjà citée plusieurs fois.

Enfin le troisième cas prévu à l'article 1867 est celui où la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société, est venue à périr : la société n'est point dissoute dans ce cas, et la perte est supportée par elle, et non par l'associé.

Mais quand la propriété a-t-elle été apportée à la société, puisque de la solution de ce point dépend l'application de la première ou de la dernière partie de l'article, si différente dans les deux cas ? La promesse d'apporter la propriété d'une chose à la société n'est donc pas l'y apporter en effet ? S'il en était ainsi, le consentement seul ne serait point translatif de propriété en matière de société, et cela, par exception aux principes généraux du Code, établis aux articles 711, 1138 et 1583.

Cependant promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement sur la chose et le prix (art. 1589), et la vente confère la propriété à l'acheteur (1583). De plus, elle met la chose à ses risques (1624), si elle n'est pas faite sous condition suspensive (1182).

La promesse de donner n'est rien autre chose que la promesse de rendre le créancier propriétaire de l'objet promis, et l'effet de cette promesse, aujourd'hui, le rend maître de la chose, sans qu'il soit be-

soin de tradition; et elle met cette chose à ses risques (1138): or, la promesse d'un associé de rendre sa société propriétaire de tel objet, devrait également rendre la société propriétaire de cet objet, et le mettre à ses risques.

Dans l'ancien Droit, la propriété du corps certain qu'un associé avait promis d'apporter à la société n'était pas, il est vrai, conférée à la société, ou rendue commune aux autres associés, tant qu'il n'en avait pas fait une tradition quelconque à la société; mais la perte de cet objet, survenue par cas fortuit et avant que l'associé fût en demeure d'en faire la délivrance, n'opérait pas la dissolution de la société, et elle n'empêchait pas, par conséquent, l'associé d'avoir sa part dans les objets promis ou déjà livrés à la société par les autres associés. C'était un débiteur libéré par la perte de la chose due, en vertu du principe *omnes debitores rei certæ, interrîtui rei liberantur*, et voilà tout. Les co-associés ne devaient pas moins remplir leurs obligations à son égard. Ce point n'a jamais fait l'ombre d'un doute, ainsi qu'on peut le voir dans les ouvrages de Domat et de Pothier, sur le *Contrat de société*.

On assimile, dans l'article 1845, l'associé à un vendeur, quant à la garantie qu'il doit à la société, en cas d'éviction des choses par lui apportées dans cette société, et la raison d'analogie veut qu'on l'y assimile aussi quant aux effets de son obligation de livrer: or, un vendeur est libéré de l'obligation de livrer, par la perte de la chose survenue par cas for-

tuit et avant qu'il fût en demeure d'en faire la délivrance.

Ce n'est pas tout. Supposons que l'acte porte seulement que Paul, l'une des parties, déclare mettre dans la société sa maison, ou même s'engage à mettre sa maison dans la société, sans dire qu'il l'y met seulement pour la jouissance, mais sans dire non plus qu'il promet de mettre en commun la propriété de cette maison : dans ce cas, force serait bien assurément d'appliquer l'article 1138; la société serait bien, dès l'instant même du contrat, propriétaire de la maison, et, si cette maison était venue à périr avant que l'associé en eût fait la délivrance à la société, et avant d'avoir été mis en demeure, incontestablement elle aurait bien péri pour la société, et non pour l'associé; et la société ne serait pas dissoute. La première partie de l'article 1867 elle-même ne pourrait être opposée à l'associé, puisque ce ne serait pas le cas d'un associé qui aurait *promis de mettre en commun la propriété d'une chose*; ce serait, au contraire, le cas prévu à la dernière partie du même article, qui ne regarde point comme dissoute la société par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société, puisqu'en effet cette propriété était apportée par le fait seul du consentement des parties, en vertu des principes généraux du Code. La société eût pu contraindre l'associé à mettre cette maison dans le fonds social, dans le cas où elle n'aurait pas péri, et elle aurait eu la revendication contre les tiers auxquels, depuis le contrat de société, l'associé l'aurait vendue

ou donnée. Or, pourquoi cette énorme différence dans les effets, d'avec le cas où l'associé, au lieu de dire qu'il mettait ou s'engageait de mettre dans la société telle maison, a dit qu'il promettait de *mettre en commun la propriété* de cette maison? Nous n'en apercevons pas les motifs.

Dira-t-on que promettre de mettre la propriété d'une chose dans la société n'est pas l'y mettre effectivement, actuellement, de même que la promesse d'aller à Rome, n'est pas y aller? Non, sans doute, la promesse d'aller à Rome, n'est pas y aller effectivement : il faut pour cela un acte physique et corporel de la personne ; mais il n'est pas besoin d'un acte physique et corporel de la personne pour transférer la propriété : la seule volonté du maître de la chose suffit pour cela, et la loi actuelle suppose cette volonté dans celui qui a promis de livrer la chose dans ce but (1138).

On disputera donc, comme l'on voit, sur le point de savoir, en cas de perte de la chose survenue avant la délivrance à la société, si c'est la première partie de notre article 1867 qui est applicable à la cause, ou bien, au contraire, si c'est la dernière.

Quelques personnes ont prétendu que le cas que les rédacteurs du Code ont eu en vue dans cette première partie de l'article, est celui où l'un des associés a promis de verser dans la société le prix qu'il retirerait de certain objet, en le vendant, et que cet objet est venu à périr avant que l'associé l'ait vendu.

Dans ce cas, assurément, la société serait, non pas dissoute, mais non avenue, faute d'apport de l'une

des parties ; car ce qu'il avait promis d'y mettre n'a jamais existé. Mais évidemment ce n'est pas le cas littéralement prévu par l'article, car il suppose la perte d'une chose dont l'un des associés avait promis de mettre en commun la propriété : or, dans l'espèce, l'associé n'avait point promis de mettre en commun la propriété de la chose qui est venue à périr, mais bien le prix à provenir de la vente de cette chose, prix qui n'a jamais existé, puisqu'il n'y a pas eu de vente ; en sorte qu'on ne peut pas même dire avec exactitude, que la société est dissoute, vu qu'elle n'a jamais existé : c'est une simple convention qui a manqué son effet, comme il y en a tant.

D'autres ¹ disent qu'il y aurait lieu d'appliquer la première disposition de l'article au cas où l'un des associés aurait promis de conférer à la société la propriété d'une chose appartenant alors à un tiers, en s'engageant à l'acheter du tiers, par exemple telle maison, telle cargaison, qui est venue à périr avant qu'il en ait fait l'achat.

Il y aurait à examiner ici si cette promesse de l'associé ne devrait pas être réputée remplie par la perte de la chose, tout de même que si c'eût été sa propre chose dont il eût promis de mettre en commun la propriété ; si l'on ne pourrait pas dire que les dommages-intérêts auxquels il eût été soumis envers la société,

¹ Notamment M. Delvincourt, qui dit qu'il ne voit pas d'autre manière de concilier cette disposition avec le principe établi à l'article 1138, qu'en supposant que l'associé avait promis de mettre en commun la propriété d'une chose dont il n'était point lui-même propriétaire, mais qui appartenait, au contraire, à un tiers au temps du contrat.

au cas où le tiers n'aurait pas voulu lui vendre la chose (art. 1120), ne représentaient pas, quant à son obligation envers la société, le droit de propriété de cette chose dans sa main. Mais, en admettant qu'on dût décider le contraire, en considérant son obligation à l'égard de la société comme celle d'un vendeur sous condition, qui supporte la perte arrivée *pendente conditione* (art. 1182), parce qu'en effet il était incertain, lors du contrat de société, si le tiers lui vendrait la chose, et par conséquent incertain s'il pourrait lui-même en mettre en commun la propriété, toujours est-il qu'il est peu vraisemblable que les rédacteurs du Code aient eu en vue ce cas particulier, pour en faire l'objet d'un principe aussi général que celui que nous trouvons dans la première partie de notre article 1867¹.

M. Toullier, au tome VII de son ouvrage (n° 458), donne une autre interprétation, mais qui ne lève point la difficulté, comme on va le voir.

« Interprétons, dit-il, la première disposition de l'article 1867, qui porte que la perte de la chose, survenue *avant que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société, par la disposition du même article qui porte que la société n'est pas rompue par la perte de la chose *dont la propriété a déjà été apportée à la société*.

« Il est évident que ces expressions de, *mise effectuée*, et de *propriété apportée*, employées, l'une dans la première, l'autre dans la dernière disposition de l'article, ont la même signification,

¹ Voyez ce que nous disons un peu plus bas, en citant l'article du projet primitif, et l'article additionnel qui avait été proposé.

« Dans la première, on s'est servi de cette expression, *mise effectuée*, pour éviter la répétition choquante du même mot, si l'on avait dit : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la *propriété* d'une chose, la perte survenue avant que la *propriété* en soit *apportée* opère la dissolution de la société. »

« Mais dans la dernière disposition, où l'on n'avait point à éviter la répétition du même terme, on a rétabli le mot propre : « La société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la *propriété* a déjà été *apportée* à la société. »

« On voit que, pour expliquer quand la perte de la chose dont l'un des associés a *promis* de mettre la propriété en commun opère la dissolution de la société, le Code distingue si la perte est arrivée avant ou après la translation de la propriété.

« Si elle est arrivée avant cette translation, autrement *avant la mise effectuée*, la société est dissoute.

« Si elle est arrivée *après que la propriété a déjà été apportée*, la société n'est pas dissoute.

« Ainsi cette expression de, *la mise effectuée*, est synonyme de *propriété apportée*. Il est du moins certain que l'article 1867 les a employées l'une pour l'autre.

« Mais quand la propriété est-elle transférée ou apportée ? L'article 1867 ne le dit pas ; il faut donc, pour le savoir, recourir aux articles 711 et 1138. »

Le fond de ces observations est vrai ; mais elles ne lèvent point la difficulté, elles ne concilient point la dernière partie de l'article avec la première, parce que, de l'aveu même de M. Toullier, cet article ne dit pas

quand la propriété a été apportée à la société, quand la mise a été effectuée, et qu'il reste toujours du doute sur le point de savoir laquelle des deux dispositions sera celle qui devra être appliquée, lorsque la chose que devait apporter un associé sera venue à périr avant qu'il en ait fait la délivrance à la société, avant qu'il ait réalisé sa mise, avant qu'il l'ait effectuée.

Dans le projet de loi sur le *Contrat de société*, l'article 57, correspondant à l'article 1867 du Code, portait : « S'il a été contracté société pour y mettre le « prix de la vente à faire en commun de plusieurs « choses appartenant à chaque associé, et que la chose « de l'un périsse, la société est éteinte. »

Le motif de cette disposition était facile à saisir : ce n'est pas des choses mêmes que se composerait le fonds social dans ce cas ; il se composerait du prix qui proviendrait de ces choses, en les vendant : chacun des associés restant propriétaire de sa chose ¹, la perte resterait pour son compte. C'est l'une des deux hypothèses faites dans la loi 58, *pp. ff. pro Socio*, déjà si souvent citée par nous, mais évidemment ce n'est point le cas rendu par ces expressions de notre article 1867 : *Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés*. Car, dans ce cas, c'était de la chose même que l'associé avait promis de mettre en commun la propriété ; au lieu que, dans

¹ Quoique, d'après l'article du projet, la vente dût s'en faire en commun.

l'article du projet, c'eût été le prix de la chose, mais de la chose à vendre en commun, qui devait être versé dans la société.

On voulut rendre la disposition du projet plus générale, et l'on proposa, dans cette vue, un autre article ainsi conçu : « La chose que l'un des associés *devait mettre dans la société*, et qui a péri, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. »

Mais cette rédaction ¹, qui aurait manifestement combattu, en cette matière, le nouveau principe des articles 711 et 1138, et qui aurait même dérogé sans motifs aux anciens principes, tels qu'ils ont été professés par tous les auteurs, ne fut pas non plus adoptée : elle fut remplacée par celle de l'article 1867, sans que l'on trouve dans les procès-verbaux du tribunal les motifs de ce changement.

Si l'on s'en était tenu à la rédaction du projet de loi, il n'y aurait pas eu de difficulté. Quoi qu'il en soit, dans le doute que présentent des dispositions aussi obscures que celle de cet article, premier et troisième alinéas combinés, on doit appliquer les principes généraux du Code sur l'effet de la translation de la propriété par le seul consentement des parties, et sur la perte de la chose, lorsque les termes du contrat de société n'indiqueront pas clairement que l'associé *qui a promis d'apporter un corps certain dans la société, ou d'y mettre ce corps, ou de mettre la propriété*

¹ Fort inexacte d'ailleurs, car ce ne pouvait pas être la *chose*, mais la *perte* de la chose, qui eût opéré la dissolution de la société.

*de ce corps en commun, ou qui aura déclaré mettre telle chose dans la société, ou en commun, a entendu se charger des cas fortuits jusqu'à la réalisation de sa mise, c'est-à-dire jusqu'à la délivrance ou tradition de l'objet. On ne doit pas supposer que les rédacteurs du Code ont entendu innover en cette matière, et contredire des principes posés par eux-mêmes dans d'autres parties de leur ouvrage*¹.

468. Lorsque la mise de l'un des associés consistait dans son industrie particulière, qu'il ne peut plus fournir, à cause de quelque accident qui lui est survenu, et qui l'empêche de travailler, la société est pareillement dissoute par cet événement, car il ne peut plus fournir sa mise.

Tel serait aussi le cas où un artisan, ayant contracté une société avec quelqu'un pour un certain temps, à laquelle il a apporté son industrie ou son travail, viendrait à commettre un délit, à raison duquel il serait condamné à un emprisonnement fort long : comme il ne pourrait plus remplir son engagement pendant la durée de son emprisonnement, le co-associé serait bien fondé à demander la dissolution de la société, même avec dommages-intérêts, s'il y avait lieu ; tandis que, dans le cas précédent, le co-associé ne pourrait pas en obtenir, parce qu'il n'en est pas dû

¹ M. Troplong, dans son commentaire sur cet article 1867, a cru devoir combattre longuement quelques-unes des explications que nous en donnons ici, ainsi que de la loi 58, ff. *pro Socio*. Il nous serait facile de réfuter ses critiques ; mais cela nous entraînerait trop loin : nous nous bornerons à dire que nous n'avons rien à changer, rien à retrancher de ce que nous avons écrit à ce sujet. On peut, au surplus, comparer les deux interprétations.

lorsque ce n'est que par force majeure, et sans sa faute, que l'une des parties ne remplit pas son engagement. (Art. 1147.)

Pothier (n° 142) fait au surplus observer que, lorsque le talent de l'associé qui a apporté son travail ou son industrie à la société n'a pas été particulièrement pris en considération par le co-associé, l'empêchement qu'éprouve cet associé n'est pas une raison suffisante pour dissoudre la société avant la fin du temps convenu, ou de l'opération, si cet associé trouve moyen de faire faire le travail tout aussi bien par une autre personne. Cela est incontestable : c'est l'application du principe général de l'article 1237, savoir, que, dans les obligations de faire, l'obligation ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même, mais, par contraire, qu'elle peut l'être lorsque le créancier n'a pas d'intérêt à ce qu'il en soit autrement.

Dans les cas où la société est dissoute par suite de l'empêchement de l'associé qui y avait apporté son industrie, ou par sa mort, les bénéfices faits jusqu'au moment où la dissolution a eu lieu se partagent suivant les proportions convenues, et les pertes se supportent de la même manière. Si les choses apportées à la société par les autres associés y ont été mises pour la propriété elle-même, parce que leur valeur correspondait avec celle de l'industrie ou du travail du co-associé pendant le temps convenu, elles ne se partageront avec lui ou avec son héritier que dans la

proportion du temps qu'a duré la société, comparativement au temps pour lequel elle avait été convenue, en d'autres termes, en proportion du travail fourni.

469. Lorsque la société a été contractée pour une certaine opération, une négociation quelconque, par exemple, lorsque deux individus se sont associés pour l'achat et la vente en commun d'une coupe de bois, d'une partie de marchandises, pour la construction d'un bâtiment, etc., etc., la société est finie de plein droit par la consommation de l'opération ou de l'entreprise, et les parties sont ensuite simplement en communauté, pour se rendre réciproquement compte, et partager le fonds social suivant les conventions portées au contrat.

470. La société, soit qu'elle soit universelle, soit qu'elle soit particulière, soit qu'elle soit illimitée, ou pour un temps déterminé, ou pour une certaine entreprise, finit par la mort naturelle de l'un des associés. L'article 1865 ne distingue pas : il prononce la dissolution de plein droit de la société par la mort de l'un des associés ; et telle est aussi la décision des auteurs, notamment celle de Pothier, n° 144.

Et comme la société est dissoute par cet événement, elle l'est par conséquent aussi bien par rapport aux survivans entre eux que par rapport aux héritiers du prédécédé : *Morte unius socii societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint*. L. 65, § 9, ff. *pro Socio*. En effet, les qualités personnelles de chacun des associés sont prises en considération

dans le contrat de société ; l'un d'eux, qui n'a peut-être voulu entrer dans cette société qu'en considération de celui qui est mort, ne doit pas être forcé d'y rester, à présent que la personne qui pouvait la faire prospérer par sa bonne conduite, y maintenir la bonne harmonie par son caractère et son influence sur l'esprit des autres, n'existe plus.

474. Toutefois, s'il a été convenu que, en cas de mort de l'un des associés, soit indistinctement, soit de tel d'entre eux, la société continuerait avec les autres, cette disposition doit être suivie (art. 1868). Elle l'était pareillement en Droit romain : *Nisi in coeundâ societate aliter convenit*, ajoute la loi 65 précitée.

Et cela était même de droit dans les sociétés pour la ferme des revenus publics. L. 59, ff., *hoc tit.*

Les jurisconsultes romains avaient poussé si loin le principe que la société (à l'exception de celles formées pour la ferme des revenus publics) est dissoute par la mort de l'un des associés, qu'ils n'admettaient même pas la convention que la société se continuerait avec son héritier : *adeò morte solvitur societas ut ne ab initio pacisci possumus, ut heres etiam succedat societati ; dict. L. 59*. Et si l'héritier du décédé eût consenti, ainsi que les autres, à la continuation de la société, c'eût été un nouveau contrat, une nouvelle société, plutôt qu'une continuation de la première. Ces jurisconsultes considéraient la société comme un contrat fondé sur la confiance réciproque que les parties ont dans leur probité, dans leur conduite, dans leur habileté, sur l'amitié qu'elles ont l'une pour l'autre ; ce

qui a fait dire que c'était *quodammodo jus fraternitatis*; et il leur paraissait contraire à la nature de ce contrat, que la société pût être ainsi convenue avec une personne inconnue et incertaine, par conséquent avec les héritiers de l'une d'elles, héritiers qui, lors du contrat, sont des personnes incertaines et inconnues pour la plupart du temps, pour ne pas dire toujours; un associé ne pouvant même pas s'engager à se donner pour héritier une certaine personne. L. 59, § 9, ff. *hoc tit.*

Mais ces raisons n'ayant pas paru satisfaisantes à tous nos auteurs français, notamment à l'ancien praticien Masuer¹ et à Pothier (n° 145), les rédacteurs du Code civil se sont écartés du Droit romain en ce point, par l'article 1868, qui porte que « s'il a été stipulé
« qu'en cas de mort de l'un des associés, la société
« continuerait avec son héritier, ou seulement entre
« les associés survivans, ces dispositions seront suivies. »

Dans le second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette même société au temps du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il a succédé. (*Ibid.*)

L'héritier serait pareillement tenu de contribuer aux charges des opérations ultérieures qui seraient une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de son auteur.

¹ *Des Associations*, chap. XXVIII, n° 33.

Mais, pour les opérations nouvelles, bonnes ou mauvaises, elles lui sont étrangères pour le gain comme pour la perte.

Néanmoins, les opérations faites par un associé dans l'ignorance de la mort de son co-associé, seraient obligatoires aussi pour les héritiers de celui-ci; car, par la nature du contrat de société, c'est-à-dire à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration de la société, les associés sont censés s'être donné le pouvoir d'agir l'un pour l'autre, et ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement (article 1859-1°) : or, bien que le mandat, comme la société, prenne fin par la mort de l'une des parties, cependant ce que le mandataire a fait dans l'ignorance de la mort du mandant est obligatoire pour les héritiers de celui-ci (art. 2008 et 2009), en supposant, bien entendu, qu'il n'ait pas dépassé les pouvoirs contenus dans le mandat.

Et ce qui vient d'être dit s'applique aussi au cas où la société a été dissoute par rapport à tous les associés par la mort de l'un d'eux, le contrat ne contenant point la clause qu'elle se continuerait entre les survivants. Si donc l'un d'eux a fait depuis la dissolution, connue de lui, une opération nouvelle, quoique du nombre des opérations habituelles de la société, elle reste pour son compte personnel, soit qu'elle soit avantageuse, soit qu'elle soit mauvaise, quand même il aurait employé pour cela des deniers communs, sauf, dans ce cas, à lui, à faire raison aux autres de

ce qu'il pourrait leur devoir à cet égard, même avec les intérêts. Mais s'il ignorait la dissolution de la société, ou si la chose faite par lui était une suite d'une opération déjà commencée, et qu'il importait à tous les intéressés de faire, elle doit être considérée comme une opération de société, quoique au temps où elle a été faite elle ne fût plus qu'une opération de communauté. Nous disons, *quoiqu'elle ne fût plus qu'une opération de communauté* : en effet, dès la dissolution de la société, les parties ne sont plus que dans un état de communauté jusqu'au partage ; ce qui n'empêche pas, du reste, qu'il n'y ait lieu à l'action de société, *actio pro socio*, pour les opérations faites pendant la société, pour l'exécution des conventions portées dans le contrat de société, et par conséquent pour le partage des choses communes. Mais s'il n'y a que ce partage à faire, point de rapports à affectuer, de dédommagemens à payer, on peut indifféremment exercer l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo*.

Il y a toutefois à remarquer que la première est, de sa nature, purement personnelle ; tandis qu'on regarde communément la seconde comme étant d'une nature mixte. Cela peut avoir quelque importance quant à la compétence. Nous reviendrons plus bas sur ce point.

La question de savoir si l'opération faite par l'un des associés depuis la mort de l'un d'eux, ou depuis la dissolution de la société par toute autre cause, était ou non une suite d'opérations commencées, cette question, disons nous, étant, en général, une ques-

tion de fait, son appréciation est nécessairement dans le domaine du juge. Ainsi, dans le cas où deux individus se sont associés pour acheter et vendre en commun une coupe de bois, une partie de marchandises, et que l'un d'eux est venu à mourir avant la vente de ce bois ou de cette marchandise, l'autre, en continuant la vente déjà commencée, ou même en la commençant, pourrait, suivant les circonstances de l'affaire, être considéré comme n'ayant fait que continuer une opération déjà commencée au jour de la dissolution de la société, en envisageant la vente et le débit de la marchandise comme une seule et même opération dans le but que s'étaient proposé les parties. On sent, en effet, combien il pourrait importer à cet associé de saisir une occasion favorable pour vendre, plutôt que d'attendre un partage pour se défaire individuellement de sa part de la marchandise. Il sera toujours plus prudent, au reste, d'agir de concert avec les autres associés, ou leurs représentants.

472. Tout ce que nous avons dit du cas de la mort naturelle de l'un des associés reçoit son application au cas de la mort civile (art. 1865) : *dissociamur morte, capitis diminutione*. L. 4, § 1, ff. *pro Socio*.

Et quoique, en général, dans les contrats, le cas de mort prévu ne s'entende que de la mort naturelle, néanmoins, s'il a été dit dans l'acte que, en cas de mort de l'un des associés, la société se continuerait avec son héritier; ou entre les associés survivants, cette stipulation a aussi son effet dans le cas où l'un des associés viendrait à être frappé de mort civile.

475. Mais il importe de remarquer que s'il a simplement été dit que, en cas de mort de l'un des associés, la société se continuerait avec son héritier, ou avec les associés survivans, cette stipulation n'a pas pour effet de faire continuer la société, dans le cas où un autre associé, ou cet héritier, viendrait aussi à mourir : c'est là une nouvelle cause de dissolution qui n'a point été prévue par la stipulation dont il s'agit, et qui par conséquent reste sous l'empire du droit commun. Mais l'expression *son héritier* ne doit pas être entendue *strictis verbis*, du cas seulement où l'associé décédé n'aurait laissé qu'un seul héritier : quel qu'en soit le nombre, et soit que ses successeurs soient simplement des légataires universels ou à titre universel, ou des héritiers légitimes, ou des successeurs irréguliers, comme l'enfant naturel ou le conjoint, la stipulation doit sortir son effet.

Et quand même, dans le cas de la clause dont il s'agit, les héritiers, ou l'un d'eux, seraient mineurs, la société ne se continuerait pas moins avec eux, à moins de stipulation contraire.

Ordinairement on stipule, en pareil cas, que l'un des héritiers seulement du décédé concourra à l'administration de la société, ou qu'aucun d'eux ne participera à l'administration, qui sera alors exclusivement réservée aux autres associés, ou à tel d'entre eux.

474. La société se dissout pareillement par l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés. (Art. 1865.)

L'interdiction de l'une des parties la faisant passer

sous la tutelle d'une autre personne, qui prend la direction et l'administration de ses affaires, c'est une juste cause de dissolution de la société, parce que les autres associés pourraient ne pas s'accorder également avec ce tuteur, et que, d'ailleurs, dans beaucoup de cas, il faudrait qu'il fût autorisé d'un avis du conseil de famille pour faire un acte qui intéresserait la société : comme la vente des immeubles, les emprunts, l'exercice des actions immobilières, les constitutions d'hypothèque, les transactions, etc.; ce qui entraverait à chaque pas l'administration des affaires communes.

Et comme les raisons sont absolument les mêmes, et que d'ailleurs la loi ne distingue pas entre l'interdiction par suite de condamnation à la peine des travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion (art. 29, Cod. pén.), et l'interdiction pour cause de démence, il faut dire en effet que la société est dissoute aussi par l'interdiction de l'un des associés par suite de condamnation à l'une de ces peines.

Elle doit l'être pareillement si l'un des associés vient à être placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité, quoique ce ne soit pas là l'interdiction proprement dite. Mais sous le nom *d'interdiction*, l'article 1865 a eu en vue de comprendre aussi ce cas, parce qu'en effet l'individu, dans cette situation, ne peut plus faire ni consentir, sans l'assistance de son conseil, les actes qui pourraient le plus importer à la société (art. 499 et 513), dont l'administration se trouverait ainsi entravée.

Si un associé ne peut, sans le consentement des autres, associer un tiers à la société, et évidemment pour qu'un étranger ne vienne pas se mêler d'affaires qu'on n'a point entendu lui rendre communes ; par la même raison, un tuteur, un curateur ou un conseil judiciaire, ne doit-il pas pouvoir non plus s'en mêler malgré eux, dans un intérêt qui n'est même pas le sien : aussi, dans la prévoyance de ces cas, la loi a-t-elle dû prononcer purement et simplement la dissolution de la société, et c'est ce qu'elle a fait.

L'état de faillite dessaisit le failli de l'administration de ses biens, à compter du jour auquel le jugement du tribunal en fait remonter l'ouverture (art. 443, Cod. de comm.), pour transporter cette administration aux créanciers, qui l'exercent par le ministère de leurs syndics : il suit de là que la société est dissoute non-seulement par sa propre faillite, mais encore par celle de l'un des associés, bien que l'article 1865 ne s'explique pas formellement sur cette cause de dissolution, se contentant de parler de la déconfiture ; mais c'est que l'état de faillite est une présomption légale de déconfiture, quoique, de fait, il puisse y avoir faillite sans déconfiture, car la déconfiture est l'état d'un individu qui a réellement plus de dettes que de biens, tandis qu'il arrive parfois qu'un individu fait faillite les mains pleines. L'état de faillite est l'état d'un commerçant qui cesse ses paiemens (art. 437, Cod. de comm.), et un non-commerçant n'est point en déconfiture par cela seul qu'il cesse les siens, s'il a d'ailleurs de quoi remplir ses engagemens : d'où l'on

peut justement dire que l'état de faillite concerne le commerçant, et l'état de déconfiture le non-négociant. L'une et l'autre situation, au surplus, opèrent la dissolution de la société dans laquelle était engagé le failli ou le déconfit.

475. Quoique la société se forme par le consentement de tous les associés, néanmoins elle se dissout par la volonté d'un seul, ou de plusieurs, de n'être plus en société (art. 1865). A ce cas on n'applique pas la règle *nihil tam naturale est quo modo res colligatæ sunt, eodem modo eas dissolvi*. On a pensé que les sociétés, déjà sujettes par elles-mêmes à tant de difficultés, le deviendraient bien davantage encore, si l'une ou plusieurs des parties pouvaient être forcées d'y rester malgré elles.

Mais ce principe ne s'applique toutefois qu'aux sociétés dont la durée est illimitée (art. 1869) : à l'égard des autres, l'une des parties ne peut les dissoudre par sa seule volonté ; il faut le consentement de tous les co-associés, à moins qu'il n'y en ait de justes motifs : comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société (de la gestion desquelles il était plus particulièrement chargé que ses co-associés), ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges (art. 1871) : ce qui indique clairement que la dissolution pour ces causes doit être demandée en justice.

Cet article 1871 ne donne, au reste, que des exem-

ples, dont le premier est même un principe applicable à tous les contrats. (Art. 1184.)

Les lois 14, 15 et 16, ff. *pro Socio*, nous offrent plusieurs exemples de cas dans lesquels un associé peut demander, pour motif légitime, la dissolution de la société à temps dont il est membre.

476. Il faut remarquer que le Code ne confond pas, quant à leur dissolution par l'effet de la renonciation de l'une des parties, les sociétés à temps limité, les sociétés à terme, comme les appelle l'article 1869, avec les sociétés pour une entreprise déterminée, pour une affaire d'une durée même limitée. Il y a bien cela de commun entre les unes et les autres, qu'elles finissent toutes de plein droit par l'expiration du temps convenu, ou par la consommation de l'entreprise (art. 1844 et 1865-1^o et 2^o combinés); mais il y a cette différence entre elles, que l'une des parties ne peut renoncer à la société à terme fixe, sans le consentement de toutes les autres (art. 1869), quand bien même les choses seraient encore entières, qu'aucune opération n'aurait été entreprise ou commencée : au lieu que, lorsqu'il s'agit d'une société pour telle entreprise, telle opération, par exemple pour acheter telle partie de marchandises en commun, chacun des associés peut renoncer à la société tant que les choses sont encore entières, pourvu que sa renonciation soit faite de bonne foi, c'est-à-dire non en vue de s'approprier à lui seul les bénéfices que l'on s'était proposé d'abord de faire en commun en faisant ensuite l'opération personnellement pou

son compte, par lui-même ou par une personne interposée.

Ce n'est en effet qu'à l'égard des sociétés *à terme* qu'il est dit que la renonciation de l'une des parties ne peut en opérer la dissolution, à moins qu'il n'y en ait de justes motifs. Cela résulte de l'article 1871 ; et l'article 1844 distingue très-bien les sociétés avec terme convenu, des sociétés pour une affaire dont la durée est même limitée par la nature de l'entreprise. A la vérité, l'article 1869 jette quelque obscurité sur la question, en disant que la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est *illimitée* ; car l'article 1844 lui-même suppose des sociétés pour une affaire dont la durée est *limitée*, et assurément il en est un grand nombre : d'où il paraîtrait résulter que le mode de dissolution par la volonté de l'une des parties ne s'applique pas à ces sociétés, pas plus qu'aux sociétés contractées pour un temps préfix, quand bien même, dans les premières, toutes choses seraient encore entières, et que l'associé ne renoncerait pas de mauvaise foi. Mais entendre la loi ainsi, ce serait changer toutes les idées reçues. On a toujours admis qu'un associé, dans une société contractée en vue d'une opération à faire, peut y renoncer, toutes choses étant encore entières, pourvu que sa renonciation soit de bonne foi. Tel est le cas prévu à la loi 65, § 4, ff., à ce titre, et reproduit par Pothier, où je renonce à la société que nous avons formée vous et moi pour acheter en commun une certaine chose, dont je me suis dégoûté, ou que

quelque événement survenu dans mes affaires m'empêche d'acheter : *Item, si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere, ideòque renunciaveris societati, ut solus emerēs* (ce qui est le cas de renonciation de mauvaise foi), *teneberis quanti interest meà. Sed si ideò renunciaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero : quia hic nulla fraus est. Eaue et Juliano placent.* Cependant rien n'est plus limité qu'une telle opération.

Enfin, restreindre le mode de dissolution par la seule volonté des parties aux sociétés qui ne seraient ni à terme fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, ce serait vouloir que ce mode de dissolution ne fût applicable pour ainsi dire qu'aux sociétés universelles, que nous connaissons plutôt dans le Code civil que dans la pratique (si ce n'est toutefois entre époux, et par leur contrat de mariage); car la plupart des autres sociétés qui ne sont point contractées à temps, le sont pour une entreprise déterminée, pour une affaire limitée, et il est invraisemblable que les rédacteurs du Code l'aient entendu ainsi, surtout si l'on s'attache à l'article 1871, et si on le rapproche de l'article 1844, où évidemment l'on distingue les sociétés pour une affaire déterminée, et limitée dans sa durée, des sociétés qui sont contractées pour un temps fixe, par exemple pour quatre ans. Telle est, au surplus, notre opinion, conforme à celle de Pothier, dont les rédacteurs du Code ont généralement suivi les décisions en cette matière, comme en tant d'autres.

477. La renonciation aux sociétés illimitées se fait

par une notification faite à tous les associés (art. 1869), à personne ou domicile.

Cette notification a lieu par le ministère d'huissier.

Elle pourrait être aussi agréée et constatée par un acte passé entre tous les associés ; mais il faudrait, en général, si cet acte était sous seing-privé, qu'il fût fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct, avec la mention, sur chaque original, du nombre d'originaux qui seraient faits, conformément à l'article 1325 ; attendu qu'il aurait pour résultat des renonciations réciproques à des droits existans ou pouvant exister ; ce qui rendrait cet article applicable, ainsi que nous l'avons démontré quand nous en avons fait l'analyse au tome XIII, n° 146 et 152.

Il faudrait également que cet acte, pour pouvoir être opposé aux tiers, eût acquis une date certaine par l'enregistrement, ou de l'une des autres manières exprimées à l'article 1328 : d'où l'on sent qu'il vaut bien mieux employer la voie de la notification par huissier.

La renonciation qui ne serait pas notifiée à tous les autres associés n'opèrerait pas la dissolution de la société entre ceux auxquels elle aurait été notifiée et ceux auxquels elle ne l'aurait pas été, même dans l'intérêt de ces derniers, encore que les premiers eussent été à portée de la leur faire connaître. Dès qu'elle n'était pas faite à tous, ils ont pu la regarder comme non avenue.

Elle ne l'opèrerait même pas par rapport à l'associé

qui l'a faite, si ses co-associés, même ceux auxquels elle a été notifiée, voulaient la tenir pour non avenue : ils pourraient l'obliger à mettre en commun les bénéfices qu'il aurait faits en particulier depuis sa notification, et qui seraient entrés dans la société, et l'obliger à supporter sa part dans les pertes faites par la société depuis cette époque. Il les a bien libérés envers lui, comme disent les lois romaines, mais il ne s'est pas libéré envers eux : *Quid ergo si unus renunciaret? Cassius scripsit eum qui societati renunciaverit* (à contre-temps, ou sans faire connaître sa renonciation aux autres), *à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare.* L. 65, § 3, ff. *hoc tit.*

Cette observation s'applique aussi à la renonciation faite à contre-temps, ou nulle pour vice de forme, parce que, s'il n'est pas raisonnable d'admettre l'associé à critiquer son propre acte, rien ne doit empêcher les autres de regarder cet acte comme non venu, et par conséquent de tenir la société comme encore existante.

Mais lorsque la renonciation réunit les formalités requises, qu'elle n'a point été faite à contre-temps, qu'elle a été notifiée à tous les autres associés, et que seulement elle pèche par la mauvaise foi de l'associé, qui ne l'a faite que dans la vue de s'approprier des bénéfices qui devaient être communs, il y a seulement lieu à obliger cet associé à mettre à la masse partageable le profit qu'il a fait ; mais à tous autres égards, la société n'est pas moins dissoute depuis la notification de sa renonciation à tous les associés : en sorte

que si, depuis cette époque, ceux-ci ont fait des pertes, ils ne peuvent pas l'obliger à en supporter sa part, comme, de son côté, il ne pourrait pas demander sa part dans les bénéfices qu'ils auraient faits depuis la dissolution. Voyez le § 4, aux Instit. *hoc tit.*, qui paraît clairement en ce sens.

Il faut, disons-nous, que la renonciation soit faite de bonne foi, et elle n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul les profits que les associés s'étaient proposé de retirer en commun. (Art. 1870.)

Dans l'ancien Droit, où les sociétés universelles comprenaient les dons et legs faits aux associés durant la société, et même les successions qui venaient à leur échoir¹, les exemples de ces renonciations frauduleuses devaient être bien plus fréquents qu'ils ne le seraient aujourd'hui.

La renonciation est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (art. 1870); ce qui est une question de fait, subordonnée par conséquent aux circonstances dans lesquelles se trouverait la société au moment où la renonciation aurait lieu. Il y a toutefois un principe qui domine ces sortes de questions : c'est que c'est à l'intérêt de la masse, et non à l'intérêt particulier de l'associé qui renonce, qu'il faut s'attacher, quand bien même cet associé aurait la plus forte part : *Semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod*

Voyez *suprà*, n° 318 et suivant.

*societati expedit. Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in eorundâ societate convenit*¹. L. 65, § 5, ff. pro Socio.

SECTION II.

DU PARTAGE DE LA SOCIÉTÉ, ET DE SES EFFETS.

SOMMAIRE.

478. *Principes qui régissent le partage des sociétés.*

479. *Où la demande en partage doit être portée.*

480. *Effet du partage ou de la licitation.*

478. Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés. (Art. 1872.)

Par conséquent, si tous les associés ne sont pas capables, s'il y a parmi eux un interdit, un mineur qui a succédé à un majeur, un absent, le partage doit avoir lieu en justice, en observant les règles prescrites pour les partages judiciaires.

479. L'action en partage doit être portée où la société avait le siège de son principal établissement, par la même raison qui veut que la demande en partage d'une succession soit portée au tribunal dans le ressort duquel le défunt avait son domicile au temps de sa mort. (Art. 59, Cod. de procéd.)

Si la société n'a pas de siège fixe, ce qui sera le plus ordinaire dans des sociétés purement civiles, et même dans des associations commerciales en participation,

¹ C'est-à-dire, si l'on n'a pas fixé un temps pour la durée de la société, car, s'il en avait été fixé un, la société finirait de plein droit, sans qu'il y eût à examiner s'il convient ou non à la masse qu'elle soit prolongée.

l'action devra être portée devant le tribunal du domicile du défendeur, si elle est purement personnelle ou mobilière; et s'il y a plusieurs défendeurs, au tribunal du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur. (*Ibid.*)

Si, dans ce cas, il y a des immeubles à partager, l'action en partage peut être considérée comme étant d'une nature mixte, et en conséquence, le demandeur pourra la porter, à son choix, au tribunal du domicile du défendeur, ou de l'un d'eux, s'il y en a plusieurs, ou au tribunal de la situation des biens (*ibid.*), ou de la plus importante partie des immeubles, s'il y en avait dans le ressort de plusieurs tribunaux.

480. Sur cette action, les ex-associés se font raison de ce qu'ils peuvent se devoir d'après les règles précédemment exposées.

Chacun des copartageans est censé avoir eu seul la propriété exclusive des objets échus à son lot ou à lui échus sur licitation, à partir du moment où ils sont entrés dans la société, du moment où la copropriété s'est formée, et n'avoir eu aucun droit sur les objets échus au lot du copartageant : cela résulte évidemment de la combinaison des articles 1872 et 883; sans préjudice, bien entendu, des charges qui auraient été établies sur ces objets durant la société par la société elle-même, ou, avant leur entrée dans la société, par celui qui les y avait apportés. La décision veut dire seulement que les immeubles, par exemple, échus à l'un des copartageans par l'effet du partage, ou à lui adjugés sur licitation, lui arrivent francs et quittes de

toutes charges et hypothèques dont un autre copartageant, même celui qui les a apportés à la société, les aurait grevés pour son avantage personnel durant l'indivision, soit pendant la société, soit depuis sa dissolution. Ils arrivent par conséquent à celui auquel ils sont échus, francs et quittes de l'hypothèque légale de la femme de son copartageant, ou du mineur dont il aurait la tutelle.

Mais les créanciers particuliers de chacun des copartageants peuvent intervenir au partage pour la conservation de leurs droits, et former opposition à ce qu'il y soit procédé hors leur présence. (Art. 1872 et 882 combinés.)

Si c'est un tiers qui s'est rendu adjudicataire, sur licitation, des immeubles de la société, il ne les a acquis que grevés des hypothèques dont ils ont pu être frappés, durant l'indivision, même depuis la dissolution de la société, du chef de l'un ou de plusieurs des associés, et jusqu'à concurrence de la part de ceux-ci dans lesdits immeubles, part en rattachement à celle qu'ils avaient dans la société. Le tiers n'est point un copartageant; la *fiction* de l'article 883 ne lui est point applicable. *Vide* tome VII, n° 520.

Disposition relative aux sociétés de commerce.

484. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce. (Art. 1873.)

TITRE X.
DU PRÊT.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

482. *Il y a deux sortes de prêt : le prêt à usage, et le prêt de consommation.*

483. *Ce que ces deux contrats ont de commun.*

484. *Ce qu'ils ont de différent.*

485. *Division de la matière.*

482. Il y a deux sortes de prêts :

Celui des choses dont on peut user sans les détruire,

Et celui des choses que l'on consomme par l'usage que l'on en fait.

La première espèce s'appelle *prêt à usage*, ou *commodat* ;

La deuxième s'appelle *prêt de consommation*, ou simplement *prêt*. (Art. 1874.)

483. Ces deux contrats ont cela de commun, que, outre le consentement, requis dans tous les contrats, la remise d'une chose est nécessaire pour leur existence : aussi les appelle-t-on pour cela *contrats réels*, dans la doctrine ; car il est impossible de concevoir un prêt sans qu'une chose soit livrée à cet effet : il pourrait bien y avoir projet ou promesse de prêter, mais non pas véritablement prêt.

Cette promesse, au reste, qui n'eût été qu'un simple pacte dans le Droit romain, et qui, d'après cela, n'aurait point produit d'action, pourrait être obligatoire

dans notre Droit, suivant les circonstances dans lesquelles elle aurait été faite, et donner lieu à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, en vertu des articles 1134 et 1382 combinés. Nous reviendrons sur ce point.

Quant à la manière dont la chose peut être remise, la tradition fictive ou le seul consentement, dans le cas où l'emprunteur aurait déjà en sa possession l'objet qu'on veut lui prêter, suffit pour cela, ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

484. Mais ces deux sortes de prêts diffèrent entre eux sous plusieurs rapports, notamment en ce que, dans le prêt à usage, le prêteur conserve la propriété de la chose prêtée; tandis que dans le prêt de consommation, il aliène la propriété des choses ou des espèces, pour acquérir sur l'emprunteur une créance d'une même quantité de choses de même espèce et de même qualité : d'où il suit que, dans le premier, la perte de la chose prêtée, survenue par cas purement fortuit, concerne le prêteur; et dans le second, elle concerne l'emprunteur¹. Dans le premier, en effet, l'emprunteur est débiteur d'une chose déterminée comme corps certain, et *omnes debitores rei certæ, interritu rei liberantur*; dans le second, l'emprunteur n'est point débiteur d'un corps certain; il est débiteur d'une quantité, *quæ numquàm perit*.

485. Nous traiterons, dans une première partie, du prêt à usage.

Et dans une seconde, du prêt de consommation.

¹ *Vide* la loi 1, § 4, ff. de Oblig. et act.

PREMIÈRE PARTIE.

DU PRÊT A USAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE, DES CHOSES QUI PEUVENT EN ÊTRE LA MATIÈRE, ET DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES IL PEUT AVOIR LIEU.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE DU PRÊT A USAGE.

SOMMAIRE.

- 486. *Définition du prêt à usage, ou commodat.*
- 487. *De l'effet de la promesse de prêter, dans le Droit romain et dans notre Droit.*
- 488. *Comment peut s'opérer la remise de la chose à l'emprunteur.*
- 489. *Quel est le caractère de cette remise ou tradition.*
- 490. *On peut prêter une chose pour toute espèce d'usage non contraire aux lois et aux bonnes mœurs.*
- 491. *Ce contrat est essentiellement gratuit : conséquence.*
- 492. *Il ne faut pas le confondre avec le droit d'usage.*
- 493. *Ni même avec le contrat appelé de précaire.*
- 494. *En certains cas, le commodat a lieu pour l'utilité des deux parties : exemple.*
- 495. *Exemples de cas offerts par les lois romaines où il a principalement lieu pour l'intérêt du prêteur.*
- 496. *Certain cas où il n'y a pas prêt à usage.*
- 497. *Autre cas analogue.*
- 498. *Comment se prouve ou s'établit le prêt.*
- 499. *S'il est constaté par acte sous seing-privé, en quelle forme doit être cet acte ?*
- 500. *Les engagements qui résultent de ce contrat passent aux héritiers des parties ; modification.*

486. Le prêt à usage, ou commodat, est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre

pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. (Art. 1875.)

Ainsi, outre le consentement, nécessaire dans tous les contrats, il faut absolument qu'une chose soit livrée pour qu'il y ait commodat; la simple convention par laquelle il serait dit que je vous prêterai mon cheval la semaine prochaine, pour faire un voyage en telle ville voisine, ne serait pas un prêt à usage, ou commodat : le prêt ne se formerait que par la remise que je vous ferais du cheval; car le prêt a pour objet l'usage de la chose, et cet usage est impossible tant qu'elle n'est pas remise à celui qui doit s'en servir; il a aussi pour effet d'obliger l'emprunteur à la restitution de la chose : or, cette restitution est pareillement impossible tant qu'un objet n'a pas encore été confié.

487. Dans le Droit romain, comme nous venons de le dire, cette convention n'eût pas été obligatoire; il n'en serait résulté aucune action contre celui qui aurait fait la promesse et qui n'aurait plus voulu ensuite la remplir : c'eût été un simple pacte, et, en général, les pactes ne produisaient point d'action. Mais, dans notre Droit, où la distinction des conventions en simples pactes et en contrats est généralement inconnue, du moins avec les effets qu'y attachaient les lois romaines, la promesse ci-dessus serait obligatoire, et le refus de l'accomplir donnerait lieu aux dommages-intérêts de celui à qui elle aurait été faite, si celui qui l'aurait faite n'y avait manqué que par mauvaise foi, s'il n'était pas survenu quelque circonstance particulière qui pût l'excuser de ne l'avoir pas remplie;

car les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être dissoutes que de leur mutuel consentement, ou pour les causes que la loi autorise. (Art. 1134.)

488. Du reste, il n'est pas nécessaire que la chose soit remise à l'effet de la prêter; il suffit, lorsque l'objet qu'on veut prêter est déjà dans la main de celui à qui on veut le prêter, par exemple, à titre de dépôt, que le maître consente à ce qu'il s'en serve à titre de commodat ou de prêt.

Il n'est pas nécessaire non plus que la chose soit remise à l'emprunteur lui-même pour qu'il y ait commodat : il suffit qu'elle le soit à quelqu'un désigné par lui, par exemple, à son associé.

Enfin, il n'est pas nécessaire que ce soit le prêteur lui-même qui la remette à l'emprunteur; il suffit que ce soit un tiers qui la remette de son ordre : par exemple, si mon cheval est chez Paul, pour une cause quelconque, en donnant ordre à Paul de vous le remettre, et Paul vous le remettant en effet, il y a contrat de prêt à usage parfait entre nous.

489. La tradition actuelle ou précédemment faite, pour opérer le prêt, ne prive le prêteur, ni de la propriété (art. 1877), ni même de la simple possession de la chose : *Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus*. L. 8, ff. *Commod. vel contrâ*.

L'emprunteur n'a qu'une simple détention.

490. Il n'importe pour quel usage la chose est prêtée, pourvu qu'il ne soit contraire ni aux lois ni aux bonnes mœurs. Je puis très-bien vous prêter une

chose, par exemple mon diamant, pour que vous le donniez en gage à tel de vos créanciers qui menace de vous poursuivre ¹; et je ne pourrai le réclamer qu'à l'époque convenue entre nous : s'il n'y a pas de convention à ce sujet, je pourrai vous le redemander à l'échéance de votre dette; je suis censé vous l'avoir prêté jusqu'à cette époque.

Si, à votre prière, j'avais moi-même remis le diamant à votre créancier, pour lui tenir lieu de gage de votre dette, ce serait plutôt un contrat de mandat qu'un contrat de prêt à usage ².

494. Le contrat de prêt à usage est essentiellement gratuit (art. 1876). C'est un contrat de pure bienfaisance.

Si un prix était stipulé, ce ne serait plus un commodat, mais un louage, si le prix était en argent; et un contrat sans nom particulier, si le prix consistait en autre chose que de l'argent. Par exemple, si nous convenions que vous vous servirez de mon cheval aujourd'hui, et que je me servirai du vôtre demain, ce ne serait point un contrat de prêt à usage, car le contrat ne serait pas gratuit : ce serait un de ces contrats sans nom particulier, mais tenant plus du louage que du commodat, et pour lequel les jurisconsultes romains auraient donné, non pas les actions résultant de ce dernier contrat, ni celles du louage, mais bien l'action générale dite *præscriptis verbis*.

Ainsi, ce contrat a bien cela de commun avec le

¹ L. 5, § 12, ff. *Commodati*, et L. 3, Cod. *de Commodato*.

² L. 5, § 12, ff. *Commodati*. Pothier, traité du *Prêt à usage*, n° 2.

louage, que, dans l'un et l'autre, il s'agit de l'usage de la chose d'autrui ; mais ils diffèrent en plusieurs points, notamment en ce que dans l'un cet usage est gratuit, tandis que dans l'autre il ne l'est pas.

492. Il ne faut pas confondre non plus le commodat avec le droit d'usage. La différence ne consiste pas, au surplus, dans la nature des choses dont l'usage peut être l'objet de l'un ou de l'autre, car le droit d'usage peut être établi sur des meubles comme sur des immeubles, quoiqu'il soit rare qu'on l'établisse sur des meubles dans notre Droit, et le prêt à usage peut avoir pour objet des immeubles, bien que cela soit peu fréquent ; elle ne consiste pas non plus dans la *gratuité*, attendu qu'on peut aussi établir un droit d'usage à titre gratuit ; mais elle consiste principalement en ce que le commodat est un simple contrat, qui ne produit que des obligations personnelles entre les parties contractantes, ou leurs héritiers, et nullement un droit en la chose, *jus in re*, au profit de l'emprunteur ; au lieu que le droit d'usage produit un droit en la chose au profit de l'usager. Il prend fin par la mort de celui-ci, tandis que le commodat ne cesse pas par la mort de l'emprunteur, à moins que le prêt n'ait été fait qu'en considération de sa personne seulement (art. 1879). Il y a encore bien d'autres différences.

493. Le commodat ne doit pas non plus être confondu avec le contrat qu'on appelle *de précaire*. L'un et l'autre ont bien cela de commun, que ce sont des contrats à titre gratuit ; mais dans le contrat de précaire proprement dit, le maître de la chose ne la livre

point à l'autre partie pour un temps déterminé, explicitement ou implicitement ; elle lui est remise pour qu'elle en jouisse seulement tant que cela conviendra au maître¹ ; d'où il suit qu'il peut la redemander quand bon lui semble. Au lieu que dans le commodat, la chose est livrée à l'emprunteur pour un temps convenu entre les parties, ou pour un usage déterminé, par exemple, un cheval prêté pour un voyage à faire en telle ville ; et le prêteur, en général, et sauf la limitation exprimée à l'article 1889, que nous expliquerons plus loin, ne peut redemander la chose qu'après l'expiration du temps convenu, ou, s'il n'a rien été dit à cet égard, qu'après que l'emprunteur s'en est servi pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée. (Article 1888.²)

494. Quoique le contrat de commodat soit essentiellement gratuit, il n'est pas impossible néanmoins qu'il ait lieu, en certains cas, pour l'avantage de l'un et de l'autre des contractans. Les lois romaines nous en donnent quelques exemples : tel est notamment le cas où voulant, vous et moi, donner à dîner à un ami commun, je vous prête mon argenterie pour le recevoir chez vous, où vous devez nous traiter l'un et l'autre³. Cela est important à considérer dans l'appréciation de la faute que pourrait avoir commise l'emprunteur ; car il est tenu d'une diligence encore

¹ *Precarium est quod precibus petenti, utendum, conceditur tandiū quamdiū is qui concessit patitur.* L. 1, ff. de Precario.

² L. 17, § 3, *Commodati*.

³ L. 18, *Vers. hæc ita*, ff. *hæc tit.*

plus exacte lorsque le contrat a lieu pour son seul avantage.

495. La loi 5, § 10, ff. à ce titre, suppose même des cas où le prêt a été principalement fait pour l'avantage du prêteur : comme lorsque quelqu'un prête une parure à sa fiancée ou à son épouse, pour qu'elle puisse se montrer avec plus d'éclat ; ou lorsqu'un magistrat, à son avènement, veut donner des jeux au peuple, et qu'il prête des objets de décorations aux acteurs. Dans ces cas, le jurisconsulte décide que l'emprunteur n'est responsable que de son dol (et de sa faute grave, qui, dans les contrats, est toujours assimilée au dol).

496. Ce n'est point un prêt à usage, la convention par laquelle, lorsque je marchande un cheval, il est dit que je pourrai l'essayer, par exemple pendant huit jours : c'est simplement un moyen pour conduire à la conclusion d'un marché projeté. Et comme cette convention est aussi bien dans l'intérêt de celui qui veut me vendre le cheval que dans le mien, puisque sans cela je ne voudrais pas entrer en marché avec lui, on n'appliquerait point à ce cas les règles touchant les fautes dont est responsable celui à qui l'on prête à usage, règles suivant lesquelles, en général, il est tenu de la faute même très-légère, *de levissimâ culpâ* ; on appliquerait celles qui régissent les contrats formés dans l'intérêt de chacune des parties, règles d'après lesquelles chacun des contractans répond de la faute moyenne, mais non de la faute très-légère.

497. De même, si l'on veut bien me confier quelque

chose pour que je puisse en connaître la valeur, ce n'est point un commodat : *Si quis pretii explorandi causâ rem tradat, neque depositum neque commodatum erit.* L. 1, § 1, ff. de *Præscript. verb.*

La chose peut m'avoir été remise à cet effet, soit pour mon seul avantage, par exemple, parce que je me proposais d'en acheter une semblable ; soit pour le seul avantage de celui qui me l'a remise, et qui, voulant peut-être la vendre, était bien aise d'en connaître la valeur ; soit enfin pour l'avantage de l'un et de l'autre, *putâ*, parce que je me proposais moi-même de la lui acheter, et lui de me la vendre. L'application des règles sur les fautes se déterminera suivant ces distinctions, d'après le principe consacré à la loi 5, § 2, ff. *Commodati*, et ce que nous avons dit, en expliquant l'article 1137, sur la théorie touchant la responsabilité des fautes dans les différens contrats, au tome X, n° 397 et suivans.

498. La preuve du prêt à usage est soumise aux règles du droit commun : en conséquence, la preuve par témoins, non appuyée d'un commencement de preuve par écrit, n'est pas recevable si la valeur de l'objet réclamé excède cent cinquante francs, à moins que le prêt n'eût eu lieu dans une circonstance particulière, où il n'aurait pas été possible de le constater par écrit. (Art. 1341, 1347 et 1348 combinés.)

Mais le serment peut être déféré par celui qui réclame la restitution de la chose, et il peut faire interroger l'autre partie sur faits et articles.

499. Si l'on fait un écrit sous seing-privé pour

constater le prêt, il n'est pas nécessaire de le faire en double original : l'article 1325 n'est point applicable à ce cas ; car, bien que le prêteur puisse avoir à rembourser quelque chose à l'emprunteur pour des dépenses faites pour la conservation de la chose (art. 1890), néanmoins le contrat n'est pas pour cela parfaitement synallagmatique.

Mais il faudrait observer la disposition de l'article 1326, sauf les cas d'exception qui y sont prévus.

500. Les engagements qui se forment par le contrat de prêt à usage passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte. (Art. 1879.)

En sorte que si j'ai prêté à mon voisin mes bœufs pour une semaine, pour labourer son champ, la mort de l'emprunteur, survenue avant l'expiration du temps convenu, ne m'autoriserait pas à redemander de suite la chose à ses héritiers ; car ce n'est point seulement en considération de la personne de l'emprunteur que j'ai fait le prêt, en ce sens que j'ai entendu que lui seul, et non aucun autre, ne pourrait se servir de mes bœufs pour l'usage convenu ; je les lui ai plutôt prêtés en considération de son patrimoine, qui a passé à ses héritiers.

Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent jouir de la chose prêtée (*ibid.*), sans une autorisation du prêteur, qui, par conséquent, peut la redemander avant l'expiration du temps qui avait été expressément ou tacitement convenu. Tel serait le cas où j'aurais prêté à un de mes amis certains manus-

crits, pour les copier ou s'en aider dans la composition d'un ouvrage qu'il se proposait de faire, et que cet ami serait venu à mourir avant d'avoir achevé la copie de ces manuscrits, ou son ouvrage : non-seulement je serais bien fondé à redemander de suite les manuscrits quoique son héritier déclarât vouloir continuer et achever le travail commencé par son auteur, mais, de plus, cet héritier n'aurait pas le droit de s'en servir sans mon consentement; car le commodat, en pareil cas, s'est trouvé résilié de plein droit par la mort de l'emprunteur, en considération de la personne duquel seulement il avait été fait.

Tout ce qu'on peut dire en ces cas, c'est que, lorsque les circonstances du fait et la nature de la chose prêtée ne démontreront pas clairement à l'héritier que c'est à son auteur seulement que le prêteur a entendu prêter la chose, il sera excusable de s'en être servi pour le même usage, tant que le prêteur ne lui aura pas fait connaître une volonté contraire. Mais il est toujours plus convenable, en pareil cas, que l'héritier consulte à cet égard le prêteur.

SECTION II.

DES CHOSSES QUI PEUVENT ÊTRE LA MATIÈRE DU PRÊT A USAGE.

SOMMAIRE.

- 501. *Tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objet du commodat.*
- 502. *Pour quelle raison les choses qui se consomment par l'usage ne peuvent-elles être l'objet de ce contrat.*
- 503. *Elles peuvent cependant l'être en certains cas.*

504. *Les stylets, les livres immoraux, etc., ne peuvent être l'objet d'un prêt à usage.*

505. *Même des choses qui sont dans le commerce ne peuvent être prêtées pour une mauvaise fin.*

504. Tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage, porte l'article 1878, peut être l'objet du commodat, ou prêt à usage.

Ainsi les immeubles eux-mêmes comme les meubles peuvent être l'objet de ce contrat. Je puis très-bien, en effet, prêter à Paul ma maison, ou un appartement dans ma maison, pendant un certain temps, par exemple, pendant trois ans. Je puis très-bien lui prêter mon jardin pendant ce temps, ou jusqu'à ce qu'il rentre dans la jouissance du sien, dont jouit un tiers en vertu d'un bail ou pour autre cause : *Sed, ut apparet, propriè commodata res dicitur et quæ soli est; idque et Cassius existimat. Vivianus amplius, etiam habitationem commodari posse ait. L. 1, § 1, ff. Commod. vel contrà.*

502. Mais les choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait, comme du blé, du vin, ne peuvent régulièrement être l'objet d'un commodat, par la raison que, dans ce contrat, la chose même doit être restituée *in individuo*, et c'est ce qui n'aurait pas lieu si l'emprunteur, pour s'en servir, la consommait : or, quant aux choses de cette nature, on ne peut généralement s'en servir sans les consommer. Il en est de même de l'argent monnayé, qui se consomme *civilement* par l'emploi que l'on en fait : et en en usant, on en fait emploi.

503. Toutefois, le principe ci-dessus reçoit exception lorsque la chose qui se consomme par l'usage a seulement été prêtée *ad ostentationem*. Les lois romaines elles-mêmes, d'où a été tiré notre article 1878, consacraient tout à la fois la règle et l'exception : *Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi fortè ad pompam vel ostentationem*. L. 3, § *fin. ff. ; hoc tit.*

Sæpè etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratiâ numerationis loco ostendantur. L. 4, *eod tit.*

Tel est le cas où je prête des deniers à un caissier dont la caisse doit prochainement être inspectée, non pas pour qu'il en devienne propriétaire, comme dans le prêt de consommation, mais seulement pour montrer qu'il est en règle, entendant que ce soient les espèces mêmes que je lui livre qui me soient rendues, et aussitôt que sa caisse aura été inspectée.

504. Comme il faut que la chose soit dans le commerce, il suit de là que celles dont les lois ont prohibé l'aliénation et le commerce, par motif de sûreté ou d'honnêteté publique, ne peuvent être la matière d'un prêt à usage valable : par exemple, des stylets, des livres immoraux, des images licencieuses. Il ne naît point d'action de commodat à raison de la remise de telles choses, surtout si c'était à des mineurs qu'elles eussent été remises, pour corrompre leurs mœurs.

505. Même des choses qui sont dans le commerce ne peuvent être l'objet d'un commodat valable si elles sont remises sciemment pour servir à un mauvais usage : par exemple, dans le cas où Paul prêterait à Pierre une échelle pour l'aider à commettre un

vol, un fusil pour commettre un meurtre; ce ne serait point un contrat de prêt à usage, mais une complicité de crime.

Dans ces cas, et autres semblables, il ne saurait y avoir lieu à l'action du contrat de prêt, soit pour faire condamner celui à qui la chose a été remise, aux dommages-intérêts pour non-restitution de cette chose, qui aurait péri par sa faute, ou qui aurait été confisquée et détruite par ordre de la justice, soit même pour se la faire rendre, dans le cas où elle existerait encore : *Quando utriusque contrahentium turpitudine versatur, melior est causa possidentis*. L. 3, ff. de *Condict. ob turp. causam*.

SECTION III.

DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT AVOIR LIEU LE CONTRAT DE PRÊT
A USAGE.

SOMMAIRE.

- 506. Régulièrement ce contrat ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.
- 507. Effet du prêt fait à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée non autorisée.
- 508. Suite, pour le cas où le mineur ou la femme ont commis un dol ou une fraude au sujet de la chose prêtée.
- 509. Du prêt fait, au contraire, par un mineur en tutelle.
- 510. Du prêt fait par un mineur émancipé.
- 511. De celui qui est fait par un individu placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire.
- 512. De celui qui est fait par une femme séparée de biens.
- 513. De celui qui est fait par un interdit.
- 514. Il n'est pas absolument nécessaire d'être propriétaire de la chose pour pouvoir en faire un prêt à usage.

506. Ce contrat, comme les autres, ne peut avoir

lieu, en général, qu'entre personnes capables de contracter ; mais comme il n'emporte point aliénation de la chose, l'incapacité de le former est généralement moins étendue que pour la donation, la vente, l'échange et autres actes de cette nature.

507. D'abord, nul doute que les mineurs eux-mêmes non autorisés de leur tuteur, les interdits, et les femmes mariées non autorisées de leur mari, ne puissent très-bien recevoir une chose à prêt à usage, puisqu'ils peuvent toujours faire leur condition meilleure, et que le prêt à usage est tout dans l'intérêt de celui qui reçoit la chose. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui ils ont contracté (art. 1125). Le prêteur, sous prétexte que le commodat convenu avec eux n'est pas valable, ne pourrait donc leur redemander la chose avant l'expiration du temps pour lequel il la leur aurait prêtée, ni se refuser aux autres conséquences de ce contrat, par exemple à rembourser à l'emprunteur le montant des impenses que celui-ci aurait faites pour la conservation de la chose, dans un cas où elle en avait un besoin urgent.

De leur côté, le mineur, l'interdit ou la femme, sont obligés de restituer la chose, sinon à raison d'un vrai contrat de commodat en ce qui les concerne, mais à raison de l'équité, qui ne permet pas qu'ils retiennent la chose d'autrui. Toutefois, à l'égard des fautes qu'ils auraient commises dans la garde de l'objet prêté, ils n'en seraient généralement pas tenus,

quand bien même cet objet serait venu à périr par cette cause.

508. Mais si un mineur déjà doué de discernement, *capax doli*, ou une femme mariée à qui un prêt a été fait sans l'autorisation du mari, commettaient une véritable fraude relativement à la chose prêtée, par exemple en la détruisant malicieusement, ou en la vendant et en en dissipant le prix, l'action aurait lieu contre eux à raison de leur dol, quand même, dans la dernière hypothèse, ils ne se seraient pas enrichis du prix provenant de la vente ; et à plus forte raison s'ils en avaient profité.

Que ce mineur fasse périr méchamment chez lui le cheval que je lui ai prêté, ou qu'il le fasse périr dans mon pré, le fait est le même, et encore avec un caractère plus coupable dans le premier cas ; et le mineur n'est point restituable contre les obligations qui résultent de son délit ou quasi-délit (art. 1310), c'est-à-dire qu'il est réputé majeur relativement à ces sortes d'obligations.

Aussi le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 1, § 15, ff. *Depositi vel contra*, dit-il que, si j'ai fait un dépôt entre les mains d'un pupille non autorisé par son tuteur à le recevoir, j'ai action contre lui s'il a fait périr ou détourné la chose par dol, lorsqu'il était déjà *capax doli* ; et que j'ai aussi action contre lui jusqu'à concurrence de ce dont il a profité de ma chose, dans le cas même où il n'a commis aucun dol : *An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur ? Sed probari oportet, si apud*

doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit : nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, etsi dolus non intervenit. Or, la raison est la même dans le cas de commodat, car, en vendant la chose prêtée, ou en la détruisant méchamment, la femme ou le mineur *jam capax doli*, commettent évidemment un abus de confiance qualifié, ce qui est un véritable délit.

509. En sens inverse, si un mineur a prêté sa chose, il faut distinguer. S'il est en tutelle, et qu'il ait agi avec l'autorisation de son tuteur, c'est un commodat ordinaire, et qui en produira les obligations, soit de la part de l'emprunteur, soit de la part même du mineur, dans le cas où l'emprunteur aurait fait quelque dépense nécessaire pour conserver la chose prêtée ; parce que c'est comme si c'était le tuteur lui-même qui eût fait le prêt.

Si le mineur l'a fait sans l'autorisation de son tuteur, l'emprunteur est assujéti aux obligations ordinaires de ce contrat, soit quant à la restitution de la chose, soit quant à la responsabilité des fautes ; mais la chose peut lui être redemandée avant le temps convenu ou avant qu'il s'en soit servi pour l'usage pour lequel elle lui a été prêtée ; et s'il a fait des dépenses nécessaires à la conservation de l'objet, il n'a pas, il est vrai, l'action *commodati contraria* pour en obtenir le remboursement, attendu que, par rapport au mineur, le contrat n'est point parfait : il est, comme l'on dit, *boiteux* ; mais l'emprunteur a l'action *negotiorum gestorum*, comme ayant fait l'affaire d'au-

trui, action qui a lieu aussi bien contre les mineurs que contre les majeurs eux-mêmes, lorsque l'affaire leur a réellement profité.

540. Si le mineur était émancipé, par mariage ou autrement, quand il a fait le prêt, par exemple lorsqu'il a prêté son cheval, sa montre, etc., il faudrait voir là un véritable contrat de prêt, produisant de part et d'autre les obligations ordinaires du prêt, quoiqu'il eût agi sans l'assistance de son curateur ; car, bien qu'il ait procuré par là à l'emprunteur un avantage purement gratuit, néanmoins ce contrat n'excédait pas les bornes de sa capacité. Ce n'était pas, il est vrai, un pur acte d'administration de ses biens, attendu que les actes de cette nature doivent être faits dans l'intérêt du mineur, mais, d'un autre côté, ce n'était point non plus un acte de disposition ou d'aliénation. Un mineur qui peut affermer ses domaines, louer ses maisons, toucher ses revenus et en donner décharge, sans l'assistance de son curateur, doit bien pouvoir prêter efficacement son cheval ou sa montre à son ami.

544. Nous en disons autant de celui qui est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, quoiqu'il ait fait le prêt sans l'assistance de son conseil.

542. A plus forte raison cette décision s'applique-t-elle à la femme séparée de biens qui prête un objet mobilier sans l'autorisation de son mari, puisqu'elle a la libre disposition de son mobilier, et qu'elle peut l'aliéner sans avoir besoin pour cela d'être autorisée

(art. 1449). Et la même chose a lieu à l'égard du prêt que fait d'un objet paraphernal la femme mariée sous le régime dotal proprement dit.

543. Quant à l'interdit, il est clair qu'il ne peut valablement faire un prêt quelconque, puisqu'il ne peut aucunement contracter (art. 502) : d'où il suit que s'il en a fait un, le tuteur peut redemander de suite la chose. Mais celui qui l'a reçue n'est pas moins tenu de toutes les obligations d'un véritable commodat, puisqu'il ne peut alléguer l'incapacité de l'interdit avec lequel il a contracté.

544. Il n'est, au surplus, pas absolument nécessaire d'être propriétaire de la chose pour pouvoir valablement en faire un prêt à usage ; il suffit de la posséder, par soi-même ou par un autre ; et à plus forte raison celui qui en a l'usufruit, ou qui a le droit d'en jouir à quelque autre titre, peut-il la prêter tant que dure son droit.

L'article 1938 porte que celui à qui un dépôt a été remis ne peut exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il est propriétaire de la chose déposée : or, cela est vrai aussi en matière de commodat, et par une raison encore plus forte, s'il est possible, puisque l'emprunteur reçoit un service, tandis que, dans le dépôt, c'est le déposant qui en reçoit un. Et comme les obligations résultant du dépôt n'ont pas moins lieu quoique le déposant ne soit réellement pas propriétaire de l'objet déposé, de même celles résultant du commodat ne cessent pas d'avoir lieu quoique le prêteur ne soit réellement pas maître de l'objet par lui prêté.

Et dans tous les cas, l'approbation du propriétaire validerait le prêt, encore que l'emprunteur ou le prêteur n'en eût pas connaissance.

Mais cet article 1938 imposant toutefois au dépositaire qui vient à découvrir que la chose a été volée et quel en est le véritable propriétaire, l'obligation de dénoncer à celui-ci le dépôt, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant ; pareillement l'emprunteur, dans le même cas, devrait faire la dénonciation du prêt. Enfin, suivant le même article, si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer la chose, le dépositaire est valablement déchargé par la remise qu'il en a faite à celui duquel il l'a reçue ; et il en est de même dans le cas de prêt à usage.

CHAPITRE II.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

SOMMAIRE.

- 515. *Principales obligations de l'emprunteur.*
- 516. *L'emprunteur ne peut se servir de la chose que pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée, et seulement pour le temps convenu, expressément ou tacitement : conséquence.*
- 517. *En Droit romain, on connaissait le vol de l'usage ; nous n'avons pas admis cela sous le même point de vue.*
- 518. *Discussion d'une décision de Pothier.*
- 519. *La perte arrivée par cas fortuit, et sans aucune faute de l'emprunteur, concerne le prêteur, contre le sentiment de Puffendorf et de Barbeyrac ; et c'est à l'emprunteur à prouver le cas fortuit par lui allégué.*
- 520. *Le cas de mort naturelle d'un animal ne serait pas à la charge de l'emprunteur, quoique celui-ci s'en fût servi au-delà du temps pour lequel il lui avait été prêté.*

596 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

521. *Lorsque le cas fortuit a été occasionné par quelque faute de la part de l'emprunteur, celui-ci est tenu de la perte ; de quelles fautes, en général, il doit répondre.*
522. *De quelle faute il doit répondre quand le prêt a eu lieu aussi pour l'utilité ou la convenance du prêteur.*
523. *Effet de la convention touchant la responsabilité relative aux fautes.*
524. *L'emprunteur doit aussi veiller avec tout le soin possible à la conservation de la chose accessoire à celle qui lui a été prêtée.*
525. *Il est responsable de la perte de la chose survenue par cas fortuit, quand il aurait pu l'en garantir en employant la sienne propre.*
526. *Ou lorsque, ne pouvant sauver que l'une des deux, il a préféré la sienne.*
527. *Tempérament apporté à cette décision.*
528. *Divers cas où l'emprunteur est responsable de la perte arrivée par cas fortuit, pour avoir commis quelque faute ou imprudence.*
529. *Du cas où la chose est venue à périr depuis qu'il devait la rendre.*
530. *Il se met de lui-même en demeure en ne la rendant pas au jour où il devait la rendre.*
531. *Il doit, en général, la rendre au lieu où il l'a reçue.*
532. *L'emprunteur répond aussi du cas fortuit lorsqu'il s'en est chargé, et il est censé s'en être chargé si la chose a été estimée en la prêtant.*
533. *Mais cette estimation ne lui en confère point la propriété : conséquence.*
534. *L'emprunteur n'est pas responsable de la détérioration causée par le simple usage de la chose.*
535. *Il doit rendre la chose au temps convenu, ou après s'en être servi pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée.*
536. *Il ne peut la retenir par compensation de ce que le prêteur lui doit.*
537. *Toutefois, s'il a été condamné à des dommages-intérêts pour avoir fait périr la chose, il peut exécuter le jugement aussi par voie de compensation : renvoi à un des volumes précédens.*

538. *S'il peut retenir la chose jusqu'au remboursement des dépenses nécessaires qu'il a faites pour la conserver.*
539. *Il ne peut répéter les dépenses qu'il a faites pour user simplement de la chose.*
540. *Ceux qui ont emprunté conjointement la même chose sont tenus solidairement des obligations résultant du prêt.*
541. *L'action née du contrat de prêt dure trente ans.*
542. *Mais l'emprunteur n'acquiert pas par ce laps de temps la propriété de la chose : conséquence.*
543. *L'action résultant du prêt se divise entre les héritiers de l'emprunteur ; mais celui qui est détenteur de la chose, ou qui l'a fait périr, peut être poursuivi pour le tout.*

545. Les obligations de l'emprunteur consistent :

- 1° A ne se servir de la chose que pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée, et seulement pendant le temps convenu expressément ou tacitement ;
- 2° D'apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille (art. 1880) ;
- 3° Et de la rendre après s'en être servi.

Nous allons développer successivement ces trois points :

546. L'emprunteur ne peut se servir de la chose que pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée. De là, si je prête à quelqu'un mon cheval pour aller à tel endroit, et qu'il l'ait conduit dans un lieu différent, il est en faute, quand bien même cet endroit ne serait pas plus éloigné que celui qu'il m'avait déclaré ; et si le cheval venait à périr par quelque cas fortuit pendant qu'il l'employait à ce voyage, quoique sans aucune autre faute de sa part, il serait responsable de la perte (art. 1881), attendu qu'il se serait servi de

la chose pour un usage différent, sous un point de vue, de celui pour lequel on la lui avait prêtée.

Gaius, dans la loi 1, § 4, ff. *de Oblig. et act.*, suppose que mon voisin m'a demandé mon argenterie à emprunter pour donner un repas à ses amis, chez lui, qu'il l'a emportée en voyage, et que pendant ce voyage l'argenterie lui a été enlevée par des voleurs, ou qu'elle est venue à périr dans un naufrage; et il décide, avec raison, que l'emprunteur est responsable de la perte.

Par la même raison, si, ayant prêté à quelqu'un mon cheval pour aller en telle ville, l'emprunteur l'emmène dans une autre ville située plus loin; ou si le lui ayant prêté pour tant de jours, il le garde plus long-temps, il est responsable de la perte qui est arrivée pendant cet excédant de trajet ou de temps. (Art. 1881.)

Dans ces cas, et autres semblables, l'emprunteur, quoique la chose n'eût point péri ni éprouvé de dégradation, pourrait, suivant les circonstances du fait, être condamné, envers le prêteur, à des dommages-intérêts équivalens au loyer de la chose pour le temps pendant lequel il s'en est indûment servi.

547. En Droit romain, l'emprunteur qui employait la chose à un usage autre que celui pour lequel on la lui avait prêtée, ou pour un temps plus long, était considéré comme ayant commis un vol, le vol de l'usage de la chose, à moins que, des circonstances du fait, il n'y eût lieu de croire qu'il l'avait fait dans la pensée que le prêteur ne l'aurait pas trouvé mauvais,

s'il l'avait su ; et il était, en conséquence, passible de l'action de vol¹. Mais, chez nous, il n'y aurait pas lieu de dire qu'il y a vol en pareil cas, ni même l'action en police correctionnelle pour abus de confiance. Cette action de vol était au surplus civile, et tendait seulement à une peine pécuniaire.

518. A notre principe, que l'emprunteur est responsable de la perte arrivée même par cas fortuit, s'il a employé la chose pour un usage plus long que celui pour lequel on la lui avait prêtée, Pothier apportait toutefois une modification pour le cas où l'emprunteur, à raison de ses liaisons avec le prêteur, a pu naturellement croire que celui-ci lui aurait également prêté la chose pour ce surcroît d'usage, s'il eût été prévenu que l'emprunteur en aurait besoin pour cela. Par exemple, dit-il, si j'emprunte d'un ami son cheval pour aller en telle ville, et que, arrivé en cette ville, je n'y trouve pas la personne avec laquelle j'avais affaire, et qui est dans un endroit un peu plus éloigné, où je suis allé pour l'y trouver : si le cheval qui m'a été prêté vient à périr dans ce nouveau trajet, ou pendant le retour, par quelque accident imprévu et de force majeure, *putà*, parce que des voleurs me l'ont enlevé, je ne dois pas, dit Pothier, être responsable de la perte du cheval, si j'avais tout lieu de croire que l'ami qui me l'a prêté ne se serait pas refusé à me le prêter aussi pour aller jusqu'à cet endroit.

Mais, ajoute Pothier, si j'avais, en empruntant le

¹ § 6, *Instit. de Oblig. quæ ex delicto nascuntur*.

cheval, l'intention d'aller jusqu'à cet endroit, et que néanmoins j'aie dit à celui qui m'en le prêtait que c'était pour aller seulement dans un lieu plus rapproché, cette dissimulation et cette mauvaise foi me rendraient inexcusable, et la perte du cheval survenue pendant cet excédant de trajet, soit en allant, soit en revenant, devrait être à ma charge.

Ce dernier point n'est pas douteux ; mais nous regardons, au contraire, la première décision de Pothier comme fort douteuse sous le Code, qui dit positivement, et sans aucune restriction ni modification, que si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage que celui pour lequel on la lui a prêtée, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée même par cas fortuit : or, c'est ce qui a eu lieu dans l'espèce. La décision de Pothier, reposant sur une supposition d'intention de la part du prêteur, serait d'une application difficile dans la pratique, en admettant même qu'il résultât bien clairement des faits et circonstances de la cause que l'emprunteur, en empruntant la chose, n'a commis ni fraude ni dissimulation ; qu'il ne pensait pas en avoir besoin pour un plus long usage que celui pour lequel il déclarait vouloir l'emprunter. D'ailleurs, on peut tout aussi bien supposer qu'il a entendu se charger des cas fortuits qui surviendraient pendant qu'il se servirait de la chose pour un usage excédant celui pour lequel on la lui avait prêtée, que de supposer le consentement du prêteur à ce qu'il s'en servît pour cet excédant d'usage. La première de ces supposi-

tions serait tout aussi naturelle et vraisemblable que la seconde.

549. Puffendorf et Barbeyrac, s'écartant en cela des principes des lois romaines, pensaient même que l'emprunteur doit répondre de la perte de la chose survenue par cas fortuit pendant qu'il s'en sert à l'usage pour lequel on la lui a prêtée, attendu, disaient-ils, que le bienfait ne doit pas être préjudiciable à celui qui l'a conféré : d'où ils concluaient que les risques que la chose n'auraient pas courus chez le prêteur, s'il ne l'eût pas prêtée, devaient être à la charge de l'emprunteur, d'après l'équité naturelle. Ils exceptaient toutefois le cas où ce dernier avait éprouvé l'incendie de sa maison, où se trouvait la chose : dans ce cas, disaient-ils, il serait trop dur de faire payer au malheureux emprunteur le prix de la chose prêtée. Mais, hors ce cas, ils mettaient à sa charge les risques que la chose avait éprouvés, et qu'elle n'aurait pas éprouvés chez le prêteur. Pothier, d'après Wolf, a combattu le sentiment de ces auteurs, en s'attachant aux principes du Droit romain, et c'est avec raison ; car, puisque le prêteur a voulu rendre un service à l'emprunteur, en lui prêtant gratuitement la chose, on ne doit pas supposer qu'il a entendu le lui faire en quelque sorte payer, en mettant les risques à sa charge ; s'il l'eût entendu ainsi, il devait en faire une condition ou charge du prêt, et alors on aurait suivi la convention.

Le Code a évidemment adopté le sentiment de Wolf et de Pothier sur ce point, puisqu'il ne met la perte

arrivée par force majeure à la charge de l'emprunteur, que lorsqu'elle est survenue dans des cas où il a employé la chose à un autre usage que celui pour lequel on la lui a prêtée, ou qu'il s'en est servi plus longtemps qu'il ne le devait, ou lorsqu'il est en faute sous quelque autre rapport. Il n'a pas cru devoir s'écarter, en ce contrat, du double principe, *res perit domino, et omnes debitorum rei certæ interritu rei liberantur*.

Mais c'est à l'emprunteur de prouver le cas fortuit qu'il allègue (art. 1302); seulement, si le prêteur soupçonnait que le cas fortuit a été amené par quelque faute de l'emprunteur, et qu'il voulût s'en faire un moyen pour lui faire payer le prix de la chose, alors ce serait à lui de prouver son allégation à ce sujet, d'après la règle *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

520. Au surplus, dans le cas même supposé d'abord, où l'emprunteur d'un cheval s'en est servi plus longtemps qu'il ne le devait, si c'était par mort naturelle que le cheval fût venu à périr, et que cela fût bien constant en fait, nous ne pensons pas que l'emprunteur dût en payer le prix; car le cas de mort naturelle d'un cheval ne doit pas être rangé au nombre des cas fortuits. On ne peut pas dire que c'est par la faute de l'emprunteur que la chose venue à périr, puisqu'elle aurait péri aussi, on le suppose, chez le prêteur, si on la lui avait rendue au temps convenu. L'emprunteur s'était mis sans doute de lui-même en demeure; mais quand bien même, de droit commun, le débiteur est en demeure, et que

la chose est venue à périr pendant la demeure, elle ne périr pas pour lui, mais bien pour le créancier, si elle eût dû également périr chez celui-ci, au cas où elle lui aurait été livrée : c'est la disposition positive de l'article 1302. A la vérité, cet article le décide ainsi dans l'hypothèse où le débiteur ne s'est pas chargé des cas fortuits, et nous venons de dire nous-mêmes que l'emprunteur qui emploie la chose pour un plus long usage que celui pour lequel on la lui avait prêtée, peut facilement être considéré comme ayant tacitement consenti à prendre sur lui les risques survenus pendant cet excédant d'usage ; mais nous répondons que nous ne regardons pas la mort naturelle du cheval comme un cas fortuit dont on peut supposer qu'il a entendu se charger.

521. Le principe que l'emprunteur, de droit commun, n'est pas tenu de la perte arrivée par cas fortuit pendant qu'il se servait de la chose pour l'usage pour lequel on la lui a prêtée, ne s'applique toutefois qu'aux cas où cette perte n'a pas été occasionnée par quelque faute de sa part ; car il est tenu de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose prêtée. (Art. 1880.)

Et le prêt étant dans son seul intérêt, du moins ordinairement, son devoir est d'apporter à la conservation de la chose tous les soins possibles, la plus exacte diligence. Il ne lui suffirait pas d'y donner les mêmes soins qu'à ses propres choses, ni même les soins ordinaires des bons pères de famille ; il répond de toute espèce de faute, même *de levissimâ culpâ*. C'est ce

qu'enseigne Gaius, dans la loi 1, § 4, ff. *de Oblig. et act.*, dont la décision serait suivie aussi sous le Code : *Is verò qui utendum accepit, si majore casu cui humana infirmitas resistere non potest (veluti incendio, ruinâ, naufragio), rem quam accepit, amiserit, securus est : aliàs tamen exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur ; nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.*

522. Mais si le commodat a eu lieu aussi pour la convenance ou l'utilité du prêteur, l'emprunteur ne répond pas de la faute extrêmement légère, de celle qui aurait pu échapper même à un père de famille très-diligent placé dans le même cas ; il répond seulement de la faute moyenne, *de levi culpâ*, c'est-à-dire de cette faute que ne commet pas ordinairement un bon père de famille. C'est aussi ce que décide Gaius, dans la loi 18, ff. *Commodati*, et dont Pothier a suivi le sentiment. Après avoir dit que l'emprunteur est obligé à tout le soin possible, Gaius ajoute : *Hæc ita si duntaxat accipientis gratiâ commodata sit res ; at si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus curam suscipere, et ego tibi argentum (mon argenterie) commodaverim... culpæ fit æstimatio sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet.* Et, à l'égard de ces choses, celui qui les détient à l'un de ces titres ne répond pas de la faute très-légère, mais seulement de la faute légère ¹, et, bien entendu, de la faute grave, qui, dans les contrats, est assimilée au dol ².

¹ L. 5, § 2, ff. *Commodati*.

² L. 226, ff. *de Verb. signif.*

523. L'emprunteur ne répond aussi que de la faute moyenne, s'il a été convenu qu'il ne serait tenu que d'un soin ordinaire; et même, s'il avait été convenu qu'il ne serait obligé à rien pour la conservation de la chose prêtée, on ne pourrait exiger de lui que de la bonne foi : *Interdum dolum solum in re commodatâ qui rogavit, præstabit : ut putâ si quis ita convenit*. L. 5, ff. 10, ff. *Commodati*. Pothier, n° 50.

524. L'emprunteur doit apporter aussi tout le soin possible à la conservation de l'accessoire de la chose qui lui a été prêtée. Par exemple, si c'est une jument qui a un jeune poulain, qui la suit encore, l'emprunteur doit veiller à ce qu'il n'éprouve aucun dommage¹.

525. Du principe que l'emprunteur doit apporter encore plus de soin à la conservation de la chose prêtée, qu'à la conservation de sa chose propre, il suit que si la première périt même par cas fortuit, dont il aurait pu la garantir en employant la sienne propre, il répond de la perte (art. 1882). Tel serait le cas où j'aurais emprunté une chose d'une personne pour ne pas exposer la mienne, en taisant au prêteur que j'en avais une qui pouvait me servir pour le même usage, et en lui taisant aussi le danger que la sienne pouvait courir par quelque circonstance particulière².

526. Il en est de même si l'emprunteur ne pouvant conserver que sa chose ou la chose prêtée, il a pré-

¹ L. 5, § 9, ff. *Commodati*.

² Voyez Pothier, *Contrat de prêt à usage*, n° 59, où les rédacteurs du Code ont puisé la décision de notre article sur ce cas.

féré la sienne (*ibid.*) : *Si incendio vel ruinâ aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur ; nisi fortè quùm posset res commodatas salvas facere, suas pratulit.* L. 5, § 4, ff. *Commodati*.

On suppose ici qu'il a eu le choix, et qu'il l'a exercé au détriment du prêteur. Par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval, et qu'au moment où il était dans mon écurie avec un cheval qui m'appartenait, le feu ait pris à l'écurie, et que, ne pouvant sauver que l'un des deux chevaux, j'aie préféré sauver le mien, je serai responsable de la perte du vôtre, quand bien même mon cheval aurait valu davantage que l'autre ; car, bien que je ne fusse pas tenu du cas fortuit, néanmoins il est vrai de dire, dans l'espèce, que je n'ai pas apporté autant de soin et de diligence à la conservation de la chose prêtée, que j'en ai mis pour la conservation de ma propre chose. Peu importe aussi qu'on ne puisse dire, dans ce cas, que l'emprunteur a agi de mauvaise foi, puisqu'il a songé à sauver la chose la plus précieuse, et que si les deux chevaux lui eussent appartenu, il eût agi en bon père de famille en sauvant le meilleur ; car, ainsi que nous l'avons déjà dit, son obligation ne se borne pas à apporter à la conservation de la chose prêtée autant de soin qu'à la conservation de ses propres biens : il doit en apporter encore davantage, s'il est possible. En un mot, *præstat omne periculum, præter casus fortuitos, seu vi majorem*. Au lieu que, dans les contrats intéressés de part et d'autre, où l'on ne répond, en général, que de la faute moyenne, *de levi culpâ*, et non *de levissimâ*

culpâ, la perte du cheval, dans le cas supposé, ne concernerait pas le débiteur. Par exemple, s'il s'agissait d'une société, l'associé qui, en pareil cas, aurait sauvé son cheval, au lieu de sauver celui de la société, ne serait pas responsable de la perte de ce dernier cheval, attendu qu'un associé n'est pas obligé d'apporter plus de soin aux choses de la société qu'à ses propres choses. Aussi, dans le cas même de commodat, si le contrat avait eu lieu pour l'avantage des deux parties, ainsi que nous en avons donné des exemples, l'emprunteur, dans l'espèce, ne serait pas responsable de la perte du cheval prêté, parce que, en pareil cas, l'emprunteur n'étant responsable que de la faute moyenne, il n'est pas obligé d'apporter à la conservation de la chose prêtée plus de soin qu'à la conservation de ses propres choses, s'il n'a pas pris d'ailleurs sur lui l'obligation particulière d'y apporter le soin le plus exact, et si, en outre, il y a mis tous les soins d'un bon père de famille. L'article 1882 ne fait pas, il est vrai, cette distinction; mais la raison en est simple : c'est qu'il ne suppose pas le cas d'un prêt fait pour l'avantage des deux parties, parce qu'en effet ce cas est infiniment rare; mais elle est fondée sur les principes généraux du Droit, ainsi qu'on a pu le voir par les textes du Droit romain que nous avons déjà cités.

527. Bien mieux, si, dans l'incendie de sa maison, l'emprunteur qui aurait pu, à la rigueur, on le suppose, sauver la chose qui lui a été prêtée, et qui était de peu de valeur, par exemple, une table, une paire

de flambeaux, a songé d'abord à sauver ses papiers, ses objets les plus précieux, il ne devrait point répondre de la perte de la chose prêtée, parce que, dans ce cas, moralement parlant, il n'a pas eu le choix, et qu'il n'est dès-lors nullement en faute. On ne peut blâmer en aucune façon un emprunteur pour avoir sauvé des papiers dont dépendait peut-être sa fortune, de préférence à un objet de peu de valeur : en pareil cas, il n'y a aucune faute à lui reprocher, et il est vrai de dire que la chose prêtée a péri par l'effet d'une force majeure à laquelle il n'a pu résister, ce qui l'affranchit de la perte.

Pothier, qui ne fait pas cette distinction, qui dit, au contraire, d'une manière générale que l'emprunteur est tenu de la perte de la chose prêtée, lorsque ne pouvant sauver que celle-là ou la sienne, il a préféré la dernière, encore que celle-ci fût plus précieuse, Pothier, disons-nous, a soin d'ajouter, dans le cas de la perte arrivée dans un incendie, que, « si le tumulte
« a été si grand, qu'il n'a pas été possible de faire
« aucun choix des effets qui étaient dans la maison
« incendiée, et qu'on n'ait pu sauver qu'à la hâte
« quelques effets au hasard, et comme ils se sont présentés sous la main, l'emprunteur, en ce cas, ne
« sera pas tenu de la perte des choses qui lui ont été
« prêtées, quoiqu'il n'en ait sauvé aucune ; car en ce
« cas il est vrai de dire que les choses prêtées qui ont
« péri n'ont pu absolument être sauvées, n'étant pas
« celles qui se sont présentées sous la main. » Mais si le cas dont nous venons de parler s'était présenté à

la pensée de ce judicieux et savant homme, nous ne doutons pas qu'il n'eût donné une décision semblable à la nôtre.

528. Un autre cas où l'emprunteur est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose prêtée, survenue par cas fortuit, c'est lorsqu'il y a eu quelque faute de sa part, sans laquelle l'événement n'aurait probablement pas eu lieu : par exemple, si vous m'avez prêté votre cheval pour aller en telle ville, et que, dans la vue d'abrégier le trajet, au lieu de suivre le chemin ordinaire, j'aie passé par un chemin de traverse dangereux, où des voleurs m'ont enlevé le cheval, je suis responsable de la perte. Il en serait de même si j'avais voyagé la nuit dans des lieux peu sûrs, et que le cheval m'eût été enlevé pendant que je voyageais de la sorte ; à moins toutefois que le prêteur ne me l'eût prêté sachant bien que je voyagerais de nuit dans ces mêmes lieux, dont il connaissait comme moi le danger. On ne peut au surplus, à cet égard, que poser le principe général, que toutes les fois que le cas fortuit pourra être considéré comme ayant été amené ou même simplement occasionné par une faute quelconque de l'emprunteur, celui-ci sera responsable de la perte ou de la détérioration de la chose. C'est aux tribunaux, en cas de contestation, à se décider d'après les circonstances du fait, qui peuvent varier à l'infini.

529. De même, si la chose est venue à périr depuis que l'emprunteur était en demeure de la rendre, il est responsable de la perte arrivée même par cas fortuit, à moins que la chose n'eût dû également

périr chez le prêteur, si elle lui avait été rendue.
(Art. 1302.)

550. Et l'emprunteur qui doit rendre la chose tel jour, se met de lui-même en demeure en ne la rendant pas au jour dit. C'est le cas de dire : *dies pro homine interpellat*. Le prêt est censé fait avec la condition que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule expiration du temps convenu, l'emprunteur sera constitué en demeure ; ce qui suffit, d'après l'article 1139, pour que le débiteur soit effectivement constitué en demeure. Le prêt lui était fait avec charge de rendre la chose après s'en être servi, et de la rendre au lieu où il l'avait reçue.

551. Et il doit, disons-nous, la rendre au lieu où il l'a reçue, à moins de convention contraire, ou à moins que, des circonstances dans lesquelles a eu lieu le prêt, on ne doive naturellement présumer qu'elle devait être rendue dans un autre endroit.

552. L'emprunteur répond aussi du cas fortuit, lorsqu'il s'en est chargé ; et il est censé s'en être chargé si la chose a été estimée en la prêtant. Dans ce cas, la perte qui arrive même par force majeure est pour le compte de l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire. (Art. 1883.)

Lorsque cette convention contraire existe, l'estimation est censée avoir eu lieu pour servir de base à la fixation des dommages-intérêts pour le cas où la chose viendrait à périr ou à subir des dégradations par la faute de l'emprunteur.

553. Mais, soit que cette convention existe, soit

qu'elle n'existe pas, l'estimation donnée à la chose n'a pas pour objet d'en conférer la propriété à l'emprunteur; elle a seulement pour objet, comme il vient d'être dit, de servir de base à la fixation des dommages-intérêts qui pourraient être dus par lui dans le cas de perte ou de dégradation de la chose prêtée. L'obligation n'est même pas pour cela devenue obligation alternative : d'où il suit que l'emprunteur ne pourrait pas retenir la chose, en offrant le montant de l'estimation; comme, en sens inverse, le prêteur ne pourrait pas le forcer à la garder, moyennant cette estimation, quand même elle serait détériorée par sa faute : seulement, dans ce cas, l'emprunteur serait condamné aux dommages-intérêts en raison de la détérioration. Les parties n'ont pas entendu faire une vente de la chose; autrement il n'y aurait pas eu de prêt.

Si donc la chose existe encore dans la main de l'emprunteur qui est venu à tomber en faillite ou en déconfiture, le prêteur aura l'avantage de pouvoir se la faire rendre en nature; au lieu que s'il réclamait l'estimation, parce que la chose ne serait plus dans la main de l'emprunteur, il viendrait par contribution avec les autres créanciers de ce dernier.

554. Si la chose s'est détériorée par le seul effet de l'usage pour lequel elle a été prêtée, et sans aucune faute de la part de l'emprunteur, celui-ci n'est pas tenu de la détérioration. (Art. 1884.)

555. La troisième obligation de l'emprunteur est de rendre la chose, et, comme il vient d'être dit, de la rendre au jour convenu, ou, s'il n'en a pas été fixé,

après s'en être servi à l'usage pour lequel on la lui a prêtée; ce qui est un temps déterminé tacitement, d'après les circonstances du fait.

556. L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. (Art. 1885 et 1293-2°.)

Pretextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. L. 4, Cod. de Commod.

Il serait inconvenant qu'il pût abuser ainsi de la confiance que le prêteur a eue en lui. D'ailleurs, la compensation d'un corps certain, tel qu'est généralement l'objet du prêt à usage, n'a pas lieu même avec une somme ou toute autre créance de choses fongibles. Et quand bien même, pour donner un sens et une application positive à notre disposition, en la rapprochant de celle de l'article 1291, on supposerait un prêt de choses de cette nature, fait *ad ostentationem tantum*, l'emprunteur ne pourrait pas non plus opposer la compensation, pour se dispenser de rendre les choses prêtées : il n'éviterait point la condamnation, en prétextant qu'il est créancier de choses semblables, également exigibles; sauf à lui à poursuivre le paiement de sa créance.

557. Toutefois, si la chose prêtée a péri par sa faute, ou même sans sa faute, lorsqu'il s'était chargé du cas fortuit, et qu'il soit de son côté créancier du prêteur d'une somme également exigible, rien ne s'oppose alors à ce qu'il fasse valoir la compensation pour la somme qu'il a été condamné de payer à titre de dommages-intérêts; car par là il exécute le juge-

ment comme s'il payait réellement cette somme, le prêteur étant obligé de la lui rendre de suite pour satisfaire à sa propre obligation. C'est ce que dit positivement Pothier, au n° 44 de son traité, et c'est aussi ce que nous avons démontré en traitant de la compensation, au tome XII, n° 448 et suivant.

538. Mais nous ne croyons pas, contre le sentiment de Pothier (n° 43) et de Vinnius, que l'emprunteur puisse retenir la chose tant que le prêteur ne lui a pas remboursé les dépenses qu'il a faites pour la conserver. Le Code autorise bien le dépositaire à retenir la chose déposée jusqu'à ce qu'il ait été remboursé des dépenses qu'il a faites pour la conservation de cette chose (art. 1948), mais il ne contient aucune disposition semblable à l'égard d'un emprunteur à usage; et, comme celui-ci reçoit un service, tandis que le dépositaire en rend un, l'analogie n'existe pas; dès-lors il n'y a pas de raison suffisante d'appliquer au cas de commodat ce qui est décidé à cet égard en matière de dépôt. *Voyez* aussi ce qui a été dit sur ce point au tome XII, n° 450.

539. Si, pour user de la chose, l'emprunteur a fait quelque dépense, il ne peut pas la répéter. (Art. 1886.)

Ainsi, il ne peut répéter la nourriture du cheval qui lui a été prêté; et même, s'il a été obligé de lui faire mettre quelques fers, il ne peut pas non plus réclamer le montant de cette dépense; tandis que celles qu'il aurait faites pour la conservation de la chose, dans quelque cas extraordinaire et d'urgence, lui devraient

être remboursées, comme nous le dirons au chapitre suivant, sur l'article 1890.

540. Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur. (Art. 1888.)

Au lieu que si plusieurs ont prêté conjointement une chose qui leur était commune, ils ne sont pas solidairement tenus de l'obligation de rembourser à l'emprunteur les dépenses que celui-ci aurait faites pour la conservation de cette chose; ils n'en seraient tenus chacun que pour une part égale à celle qu'ils auraient dans l'objet.

541. L'action née du contrat de prêt dure trente ans, comme les autres actions qui naissent des contrats (art. 2262), et dont la durée n'a point été restreinte par quelque disposition spéciale de la loi.

542. Mais l'emprunteur n'aura pas acquis par ce laps de temps la propriété de la chose; car ceux qui possèdent à titre précaire ne prescrivent par aucun laps de temps que ce soit; et il en est de même de leurs héritiers (art. 2236 et 2237). D'où il suit que si la chose est encore, après les trente ans, dans la main de l'emprunteur ou de son héritier, le prêteur, comme en étant encore propriétaire, pourra la revendiquer et se la faire rendre, en justifiant de son droit de propriété. Peu importe que l'article 2262 dise que les actions, tant *réelles* que *personnelles*, se prescrivent par trente ans, sans qu'on puisse opposer l'exception déduite de la mauvaise foi; car, en ce qui concerne l'action réelle en revendication, elle n'est éteinte que

par l'acquisition de la propriété au profit d'une autre personne, et c'est dans cette supposition que statue cet article, quand il dit que l'action réelle, comme l'action personnelle, est prescrite par trente ans; autrement il y aurait antimonie formelle entre cette disposition et celles des articles 2236 et 2237 précités. Mais si la chose n'existe plus dans la main de l'emprunteur ou de son héritier, qui l'ont même fait périr par leur faute, l'action en restitution née du contrat, ou en dommages-intérêts, est éteinte par la prescription trentenaire, sans préjudice toutefois des interruptions et suspensions telles que de droit.

Quant à la question de savoir si le prêteur pourrait prouver son droit de propriété sur la chose par l'acte qui constatait le prêt, c'est un point qui n'est pas sans quelque difficulté, parce qu'on peut dire que l'effet de cet acte est éteint par la prescription, que la chose est présumée avoir été restituée, et que si l'emprunteur ou son héritier la possède encore, c'est probablement parce qu'elle leur est revenue par les voies du commerce; et, s'il s'agit d'un meuble, ce qui a lieu le plus ordinairement, l'emprunteur peut dire qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. (Art. 2279.)

Mais la raison de décider, selon nous, que l'acte pourrait encore servir à justifier du droit de propriété du prêteur, c'est que ceux qui ont commencé à posséder pour autrui sont censés avoir continué de posséder au même titre, jusqu'à preuve du contraire (art. 2231). L'effet de l'acte est sans doute éteint en ce qui concerne les obligations qui résultaient du

contrat de prêt, mais il ne s'agit pas de ces obligations; elles sont prescrites : il s'agit de la propriété de l'objet, et l'acte peut encore servir à constater cette propriété dans la main du prêteur, comme un simple fait de reconnaissance de ce droit par l'emprunteur, lequel est censé avoir continué de posséder au même titre, jusqu'à preuve du contraire.

Pothier décide, comme nous, que, quoique l'action née du prêt soit éteinte par trente ans, néanmoins, si la chose est encore dans la main de l'emprunteur ou de son héritier après ce temps, le prêteur peut se la faire rendre, parce que, dit-il, ceux-ci n'ont pu en acquérir la propriété par quelque laps de temps que ce fût (à moins, ainsi que le porte l'article 2238, dont le principe n'est pas nouveau, que la cause de leur possession n'eût été intervertie, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'ils auraient opposée au propriétaire).

545. Quoique le prêt à usage ait pour objet un corps certain, néanmoins l'action se divise entre les héritiers de l'emprunteur (art. 1220); mais celui des héritiers qui serait détenteur de la chose, ou qui l'aurait fait périr, pourrait être poursuivi pour le tout, et condamné pour le tout, conformément à l'article 1221, et à ce que nous avons dit sur cet article, au tome XI, n° 284. *Vide* aussi la loi 3, § 3, ff. *Commod.*

Elle se divise pareillement entre les héritiers du prêteur, qui ne peuvent l'exercer chacun que pour leur part héréditaire (art. 1220), à moins qu'il n'y ait eu partage de la succession, et que, par le partage,

la chose n'ait été attribuée au lot de l'un d'eux, auquel cas celui-ci aurait l'action pour le tout, en vertu de l'article 883, et les autres n'en auraient plus.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DE CELUI QUI PRÊTE A USAGE.

SOMMAIRE.

- 544. *Quand le prêteur peut-il retirer la chose prêtée ?*
- 545. *Disposition de l'article 1889, peu conforme aux principes du Droit.*
- 546. *Ce que peut faire le prêteur qui a un pressant besoin de la chose, lorsque l'emprunteur ne veut pas la lui rendre.*
- 547. *Cas où le prêteur a prêté de bonne foi une chose qui ne lui appartenait pas, et qui a été redemandée à l'emprunteur par le propriétaire, avant la fin de l'usage convenu.*
- 548. *Obligation du prêteur de rembourser à l'emprunteur les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose prêtée.*
- 549. *Autre obligation du même, relativement aux vices de la chose qui ont causé du préjudice à l'emprunteur, lorsqu'il les connaissait et qu'il n'en a pas prévenu ce dernier.*

544. Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. (Art. 1888.)

*Contractus ineundi sunt voluntatis, initi sunt necessitatis*¹.

545. Néanmoins le Code, suivant en cela l'avis de Puffendorf et de Pothier, contre le sentiment commun des docteurs, et, disons-le, contre les véritables prin-

¹ Voyez la loi 17, § 3, ff. *Commodati*, où le principe de notre article est parfaitement établi et motivé.

cipes du Droit, autorise le prêteur à redemander la chose avant le temps convenu, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, s'il lui est survenu à lui-même un besoin pressant et imprévu de la chose : en ce cas, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui restituer. (Art. 1889.)

Le motif de cette décision est que le prêteur n'aurait probablement pas fait le prêt s'il avait prévu qu'il aurait lui-même un pressant besoin de la chose, et qu'il n'est pas juste que son désir d'obliger l'emprunteur lui soit nuisible : *Beneficium suum cuique non damnosum esse debet*. Mais on peut répondre que le contrat a été fait purement et simplement, et que c'était au prêteur à faire ses réserves : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur mutuel consentement. (Art. 1134.)

On peut dire aussi que peut-être l'emprunteur aurait trouvé une pareille chose à emprunter ailleurs, s'il n'eût pas compté sur celle qui lui a été prêtée, et que le priver maintenant du droit qui lui avait été librement accordé de s'en servir, c'est l'exposer à éprouver quelque perte, par la difficulté où il pourrait se trouver d'en avoir dans le moment une autre, même à prix d'argent. Un donateur ne pourrait révoquer la donation qu'il a faite, sur le motif qu'il a perdu depuis une grande partie de sa fortune, même toute sa fortune ; et cependant il pourrait tout aussi bien dire que s'il avait prévu qu'il aurait besoin un jour du bien qu'il a donné, il ne l'aurait pas donné : or, pour-

quoi en est-il autrement en matière de prêt? Dira-t-on que le prêteur n'a conféré que l'usage seulement de la chose, et pendant un certain temps? Mais on ne lui demande rien de plus. Ainsi, il y avait parité parfaite avec le cas de donation.

Aussi, comme cette disposition est une dérogation aux principes du Droit, nous ne pensons pas qu'on doive en étendre l'esprit jusqu'à décider que l'emprunteur doit indemniser le prêteur, si celui-ci, par suite du besoin qu'il a eu de la chose, en a loué une semblable, au lieu de demander la restitution de la sienne; et cela, quand bien même il ne lui aurait pas été possible de se la faire rendre de suite, parce qu'elle n'était pas alors sur les lieux, l'emprunteur l'ayant emmenée en voyage pour la faire servir à l'usage convenu. La seule modification que le Code ait apportée au principe de l'article 1888, est celle que renferme l'article suivant, relatif à la restitution avant le temps convenu.

Et le juge ne doit même ordonner cette restitution que dans le cas où le besoin du prêteur serait réellement urgent, et, de plus, qu'autant que celui-ci ne pouvait raisonnablement le prévoir lorsqu'il a fait le prêt; car s'il a pu le prévoir, et qu'il n'ait pas fait de réserve, c'est une preuve qu'il a entendu préférer l'avantage du prêteur au sien, et il ne doit pas être admis à revenir contre ce qu'il a fait librement. Ce doit donc être un besoin résultant de quelque circonstance imprévue, et auquel le prêteur ne pourrait non plus satisfaire en employant quelque autre chose de

même espèce qui serait à sa disposition. Tel est évidemment l'esprit de notre article.

546. Dans le cas où le prêteur aurait ce besoin pressant et imprévu, si l'emprunteur ne voulait pas lui rendre la chose, comme la matière requiert célérité, le prêteur pourrait l'assigner en référé devant le président du tribunal, lequel rendrait une ordonnance portant que l'emprunteur sera tenu de remettre de suite la chose au prêteur, et autoriserait celui-ci, en cas de refus, à la faire saisir et à se la faire remettre *manu militari*.

Mais si la restitution ne pouvait se faire de suite sans un grand dommage pour l'emprunteur, celui-ci pourrait être reçu à remplir son obligation par équivalent, en fournissant à ses dépens au prêteur une chose semblable jusqu'à ce qu'il pût lui rendre la sienne. C'était même l'avis de Pothier.

547. Si le prêteur avait prêté de bonne foi la chose d'autrui, il ne devrait aucuns dommages-intérêts à l'emprunteur forcé par le propriétaire de la rendre avant l'expiration du temps pour lequel on la lui avait prêtée, ou avant de s'en être servi pour l'usage convenu; car à ce cas s'appliquerait parfaitement la règle ci-dessus citée, que le bienfait ne doit pas devenir préjudiciable au bienfaiteur, raison pour laquelle, en principe, la garantie n'est pas due en matière de donation, pour le cas d'éviction de la part d'un tiers.

Mais s'il y avait eu mauvaise foi de la part du prêteur, qui savait que la chose pourrait être demandée à l'emprunteur avant l'expiration du temps convenu,

et qui ne l'a point averti, il pourrait, suivant les circonstances, être condamné envers lui à des dommages-intérêts.

548. Une seconde obligation du prêteur, c'est de rembourser à l'emprunteur les dépenses que celui-ci a faites, non pas pour user de la chose, mais pour la conserver. L'article 1890, qui statue sur ce cas, porte : « Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été « obligé, pour la conservation de la chose, à quelque « dépense extraordinaire, nécessaire, et tellement « urgente qu'il n'ait pas pu en prévenir le prêteur, « celui-ci sera tenu de la lui rembourser. »

Tel serait le cas où j'aurais prêté à quelqu'un une écurie pour y loger son cheval pendant un certain temps, ou même sans fixer de temps (ce qui serait un contrat de précaire proprement dit), et que cette écurie, menaçant ruine tout-à-coup, l'emprunteur l'aurait fait étayer, sans avoir eu le temps de me prévenir : je serais tenu de lui rembourser le montant de sa dépense.

Tel serait aussi le cas où ayant prêté mon cheval à quelqu'un pour faire un certain voyage, le cheval serait venu à tomber malade en route, sans qu'il y eût de faute de la part de l'emprunteur : les dépenses que celui-ci aurait faites pour faire soigner ce cheval devraient lui être remboursées par moi ; car j'aurais été obligé de les faire moi-même si je ne l'avais pas prêté, on le suppose.

Et il est même à remarquer que, quand bien même l'écurie, dans le premier cas, serait venue ensuite à

brûler par accident, sans la faute de l'emprunteur, ou que le cheval, dans le second, serait venu à mourir de cette maladie, je ne serais point pour cela affranchi de l'obligation de rembourser la dépense; car, ayant été une fois faite utilement, j'en suis devenu débiteur envers l'emprunteur. C'est un principe que nous avons eu plus d'une fois occasion d'appliquer, notamment sur la gestion des affaires d'autrui, au tome XIII, n° 671.

549. Enfin, lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, c'est un devoir pour le prêteur d'en avertir l'emprunteur, s'il les connaît. Dans ce cas, s'il lui livre la chose sans l'avertir de ces défauts, et qu'il en soit résulté quelque dommage pour l'emprunteur, il en est responsable (art. 189 f), parce que c'est un dol.

Tel serait le cas où quelqu'un m'ayant demandé mon cheval à emprunter, et moi ayant l'intention de le lui vendre ensuite, je le lui ai prêté en lui dissimulant un vice dangereux qu'avait ce cheval, et qui lui a fait éprouver quelque dommage : j'en suis responsable.

Mais si j'ignorais moi-même le vice du cheval, je ne serais pas tenu du dommage, parce que le contrat étant de pure bienfaisance de ma part, il ne serait pas juste qu'il tournât à mon préjudice, quand j'ai agi de bonne foi, en vue seulement d'obliger l'emprunteur.

Telles sont les règles relatives au prêt à usage, ou commodat. Maintenant nous allons expliquer celles qui concernent le prêt de consommation, ou simplement prêt. Elles diffèrent en plus d'un point des pre-

nières; aussi l'on pourrait justement dire que ce sont deux espèces de contrat.

DEUXIÈME PARTIE.

DU PRÊT DE CONSOMMATION, OU SIMPLE PRÊT.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DU PRÊT DE CONSOMMATION.

SOMMAIRE.

- 550. *Définition du prêt de consommation.*
- 551. *Choses qui peuvent être l'objet de ce prêt.*
- 552. *Suite.*
- 553. *Ce ne serait pas un prêt de consommation, si des choses d'une autre espèce devaient être rendues en paiement de celles qui ont été prêtées.*
- 554. *Dans ce contrat, on considère la quantité, et non les individus; aut corpora.*
- 555. *Aussi les choses, depuis le prêt, sont aux risques de l'emprunteur.*
- 556. *Mais pour cela il faut qu'il y ait eu remise des choses, et non pas seulement promesse de les prêter, car il n'y aurait pas encore prêt.*
- 557. *Pour qu'il y ait prêt, il n'est pas nécessaire que ce soit celui qui prête qui livre les choses, ni qu'elles soient livrées à celui qui les emprunte.*
- 558. *Si je compte à quelqu'un, même à votre insu, mes deniers comme étant les vôtres, en votre nom, vous acquerrez l'action de prêt contre lui en ratifiant ce que j'ai fait.*
- 559. *Conversion d'un dépôt en un prêt de consommation.*
- 560. *Autre cas analogue.*
- 561. *Conversion en prêt, de sommes dues par un mandataire au mandant : controverse élevée parmi les juriscônultes romains sur ce cas.*
- 562. *Autre cas particulier où il y a également prêt de consommation.*
- 563. *Régulièrement il n'y a qu'à le propriétaire des choses qui*

624 LIVRE III.— MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

puisse en faire un prêt de consommation, par lui ou par le ministère d'un tiers.

564. *Mais si le propriétaire ratifie le prêt fait par un tiers en son propre nom, il y a prêt valable entre ce dernier et celui qui a reçu les choses.*
565. *La consommation de bonne foi, par l'emprunteur, des choses prêtées par le non-propriétaire, valide aussi le prêt entre eux.*
566. *Application de la règle, en fait de meubles possession vaut titre, au cas où un tiers a prêté mes choses sans mon aveu.*
567. *Régulièrement un incapable ne peut faire un prêt de consommation; mais le prêt peut se valider en certain cas.*
568. *Et même avant qu'il fût validé, les choses périraient pour l'emprunteur, de quelque manière qu'elles vinssent à périr.*
569. *Pour qu'il y ait prêt, il faut le concours de la volonté des deux parties à cet effet: conséquence.*
570. *Autre conséquence.*
571. *On peut ne faire un prêt que sous condition: exemple.*
572. *De sa nature le prêt de consommation est gratuit.*
573. *L'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat: conséquence.*
574. *Objection.*
575. *Observation sur le cas où l'emprunteur a été en demeure, et que les espèces ont subi depuis une augmentation de valeur simplement légale.*
576. *Cas où ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés.*
577. *Renvoi à un volume précédent pour la discussion d'une question controversée.*

550. Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. (Art. 1892.)

551. Ces choses se consomment, ou naturellement,

comme du blé, du vin, du bois à brûler, qui cessent d'exister par l'usage qu'on en fait; ou civilement, comme du numéraire, qui se consomme, pour la personne qui le dépense, par l'emploi qu'elle en fait, ou comme du papier, qu'on emploie pour écrire ou pour imprimer un ouvrage; ou elles se consomment enfin par le changement de forme, comme du drap, de la toile, dont on fait des vêtemens ou du linge.

552. On peut aussi prêter des animaux, en les considérant, non dans l'individu, mais comme quantité, et à raison de l'espèce : par exemple, si un boucher prête à son confrère six moutons, pour servir ses pratiques, à la charge que celui-ci lui en rendra autant de même qualité, c'est un véritable prêt de consommation, un *mutuum* proprement dit. Mais lorsque ce sont les mêmes individus qui doivent être rendus, parce que telle a été l'intention des parties, alors ce n'est plus un prêt de consommation, c'est seulement un prêt à usage. Tel est le cas où je prête à mon voisin mes bœufs pour labourer sa terre. C'est ce que veut dire l'article 1894, portant « qu'on ne peut pas donner à titre de « prêt de consommation des choses qui, quoique de « même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les « animaux : alors c'est un prêt à usage. » Dans le cas ci-dessus, du prêt de six moutons fait par un boucher à son confrère, qui doit les tuer, et en rendre de semblables, le prêt, au contraire, est un prêt de consommation, un véritable *mutuum*, et non un *commodatum*, parce que, bien que ces animaux diffèrent plus ou moins les uns des autres dans l'individu, néan-

moins ils n'ont été considérés que dans leur espèce par les parties, pour lesquelles la même quantité, de la même espèce et de la même qualité, sera la parfaite représentation de ceux qui ont été donnés à prêt. Aussi Cujas définit-il le *mutuum* (que nous appelons, dans notre Droit, *prêt de consommation*) *creditum quantitatis datæ eâ lege ut ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eâdem*¹.

De là, si je prête à quelqu'un mon exemplaire du Code civil, ce sera un prêt à usage, parce que j'entends bien que ce sera ce même exemplaire qui devra m'être rendu; au lieu que si un libraire, à qui l'on demande un certain nombre d'exemplaires du Code civil de telle édition, qu'il n'a pas dans son magasin, les emprunte de son confrère, c'est un prêt de consommation, parce que la vente qu'il en fait est une consommation de la chose, une consommation civile, si l'on peut s'exprimer ainsi, et que ce qu'il doit rendre, c'est, non pas les exemplaires mêmes qu'il a empruntés, mais des exemplaires semblables, c'est-à-dire du même ouvrage et de la même édition. Du reste, s'il n'avait pas placé ceux qu'il a empruntés, rien ne s'opposerait à ce qu'il les fit servir à sa libération, puisqu'ils font partie de la classe des choses dans lesquelles se trouvent comprises celles qu'il doit restituer. En un mot, le prêt de consommation a lieu de choses *quæ pondere, numero, mensurâve constant*; ve-

¹ Le mot *genere* est pris ici pour *classe*, et le mot *specie* pour l'individu, comme généralement dans les lois romaines; au lieu que dans le Code civil, le mot *espèce* est tantôt pris pour signifier des choses de même sorte, et tantôt pour exprimer l'idée d'une seule et même chose, l'individu.

luti, vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro, quas res, aut numerando, aut metiendo, aut appendendo, in hoc damus ut accipientium fiant. pp. Instit. quib. mod. re. contrah. oblig.

555. Et il faut que ce qui devra être rendu soit de la même classe de choses que celles qui sont livrées ; en sorte que si je vous livre une certaine quantité de vin pour que vous me rendiez une certaine quantité de blé, ce n'est pas un prêt, mais un échange : *Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. L. 2, ff. de Rebus creditis.*

554. Ainsi, tout ce qui est prêté comme quantité, et seulement en considérant la classe, l'espèce à laquelle appartient la chose, forme l'objet d'un prêt de consommation ; mais ce qui est prêté comme individu, comme corps certain, forme l'objet d'un prêt à usage. Dans le premier cas, ce ne sont pas les objets eux-mêmes qui doivent être restitués, quoiqu'on puisse les faire servir au paiement, s'ils ne sont point détériorés, c'est une pareille quantité de mêmes choses, et de pareille qualité ou bonté. L'obligation est acquittée par équipollence, ou pour mieux dire elle ne consiste qu'en cela, en sorte qu'il n'y aurait pas prêt de consommation si les choses, quoique fongibles de leur nature, devaient être restituées identiquement, d'après la volonté de celui qui les aurait livrées : ce serait un prêt à usage *ad ostentationem* ; car celui qui les aurait re-

ques n'en serait pas devenu propriétaire : *Non alienantur nummi qui sic dantur ut restituantur*. L. 55, ff. de Solut.

Il faut, en effet, pour qu'il y ait prêt de consommation, que l'emprunteur devienne propriétaire des choses prêtées, sous l'obligation d'en rendre autant de même espèce et bonté : *Indè etiam mutuum appellatum est, quia ità à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat* ; pp. Instit. loco citato. Au contraire, dans le commodat, ce sont les objets mêmes qui ont été prêtés que l'on doit rendre, et non pas de semblables, ni même de meilleurs dans la même classe ou espèce.

555. Aussi, dans le prêt à usage, la chose prêtée, comme nous l'avons dit plus haut, est, de droit commun, aux risques du prêteur, parce qu'il en reste propriétaire, et aussi parce que l'emprunteur est débiteur d'un corps certain ; au lieu que dans le prêt de consommation, elle est aux risques de l'emprunteur, de quelque manière que la perte ait lieu, parce qu'il en est devenu propriétaire par l'effet du prêt (art. 1893), et aussi parce qu'il est débiteur d'une quantité, et que *quantitas aut genus non perit*.

556. Mais notre règle relative à la perte de la chose n'est toutefois applicable qu'autant que le prêt est réellement formé lorsque la perte arrive : jusque-là, au contraire, les deniers, ou autres choses, sont aux risques de celui à qui ils appartiennent ; car le prêt ne se forme que par la tradition des choses qui en sont l'objet : c'est un contrat *réel*. Ainsi, la simple promesse de prêter n'est point un prêt ; le prêt ne se réalisera

que par la livraison de la chose que l'on veut prêter. De là, si je conviens avec vous que je vous prêterai demain une certaine somme qui se trouve dans mon secrétaire, avec ou sans intérêt, n'importe, et que des voleurs viennent m'enlever les deniers pendant la nuit, ou que ma maison vienne à brûler avec tout ce qui s'y trouve, la perte de ces deniers est supportée par moi, et non par vous, attendu qu'il n'y avait pas encore de prêt au moment où la perte est arrivée. Ces espèces ne vous appartenaient point encore, quoiqu'elles vous fussent promises à titre de prêt : vous n'en étiez pas pour cela devenu créancier comme d'un corps certain ; ce qui aurait rendu applicable l'article 1138, et aurait, en conséquence, mis la perte à votre charge : vous aviez seulement une promesse de ma part de vous les prêter, de vous en rendre propriétaire par l'effet d'un prêt ; mais, encore une fois, une promesse de prêter n'est point un prêt, et n'en tient point lieu, quoiqu'elle puisse d'ailleurs, dans notre Droit¹, donner lieu aux dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part de celui qui l'a faite, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n° 487, sur le prêt à usage.

557. Au reste, pour qu'il y ait prêt, il n'est pas nécessaire que ce soit le prêteur lui-même qui compte les deniers à l'emprunteur, ni que ce soit à celui-ci qu'ils soient comptés. Ainsi, il y a prêt lorsque, sur

Nous disons *dans notre Droit*, parce qu'en Droit romain cette promesse, à moins qu'elle n'eût été faite en la forme de la stipulation, n'eût été qu'un simple pacte qui n'aurait produit aucune action, les pactes n'en produisant généralement pas.

votre demande, je donne ordre à Paul, mon débiteur, de vous compter, ou de compter à votre créancier, telle somme que vous voulez emprunter de moi, et qu'il la compte en effet. Paul est libéré envers moi, et vous êtes mon débiteur à titre de prêt ¹.

Il ne serait même pas nécessaire que Paul fût mon débiteur ²; mais, dans ce cas, il faut distinguer. Si je donne à Paul l'ordre de vous compter en mon nom telle somme, que vous me demandez à emprunter, et que je n'ai pas par devers moi, il y a deux prêts, dès que Paul vous a compté la somme, si mon intention et la sienne ont été que j'en serais débiteur envers lui, à titre de prêt, non pas seulement à titre de simple mandat. Dans ce cas, en effet, il y a prêt entre Paul et moi, et prêt aussi entre moi et vous. Mais Paul n'a pas d'action contre vous; car c'est à moi qu'il a prêté. Ici une seule numération forme deux contrats de prêt, parce que, comme il vient d'être dit, il n'est pas nécessaire que les deniers soient comptés par le prêteur lui-même, ni qu'ils soient comptés à l'emprunteur personnellement: il suffit qu'ils le soient à quelqu'un indiqué par lui, et en son nom, par exemple à son procureur, à son créancier, à quelqu'un à qui il en veut faire donation. Paul est censé m'avoir compté à moi-même la somme et à titre de prêt, et moi vous l'avoir remise au même titre ³.

¹ L. 15, ff. de *Rebus creditis*.

² L. 9, § 8, ff. de *Rebus creditis*.

³ Cette doctrine est conforme à celle d'Ulpien, dans la loi 15, ff. de *Rebus creditis*, précitée, où il admet, par dérogation aux principes purs du Droit, et *utilitatis commercii causâ*, qu'il y a également prêt dans le

Mais si je donne simplement à Paul l'ordre de vous prêter telle somme, qu'il vous prête en effet, avec ou sans intérêt, n'importe, il n'y a pas ici deux prêts : il y a un mandat entre Paul et moi, et un prêt entre Paul et vous : je suis ce que les jurisconsultes romains appelaient *mandator pecuniæ credendæ* ; à ce titre, je suis sans doute garant, comme une caution, du remboursement de la somme¹ ; mais je ne suis point un emprunteur vis-à-vis de Paul, je suis un mandant ; et je ne suis pas non plus un prêteur de deniers vis-à-vis de vous, puisque ce n'est point en mon nom que Paul vous a compté la somme, c'est au sien ; je lui ai seulement donné le mandat de vous la prêter, et ce n'est qu'entre lui et vous qu'il y a contrat de prêt. Au lieu que, dans l'espèce précédente, je lui ai donné l'ordre de vous compter la somme en mon nom, dans l'intention de l'emprunter moi-même de lui, et de vous la prêter à mon tour ; en sorte qu'il y a deux prêts : l'un de Paul à moi, et l'autre de moi à vous ; et vous ne devez rien à Paul. Ce sont des traditions feintes, qui tiennent lieu de traditions réelles.

558. Bien mieux, si, en votre absence, et à votre insu, je compte mes deniers à Jean, comme étant les

cas où je charge mon débiteur de vous compter ce qu'il me doit, cas dans lequel vous recevez des deniers qui ne m'appartiennent pas, des deniers qui me sont simplement dus, où la propriété des espèces ne passe pas de moi à vous, mais de mon débiteur à vous : or, la raison est la même, quoique celui qui vous les compte ne me les doive pas : cette circonstance est indifférente en ce qui touche la question de savoir s'il y a prêt entre vous et moi ; et, de plus, dans l'espèce, il y a deux prêts : un de Paul à moi, parce qu'il ne me devait rien, et qu'il a entendu me prêter, et un de moi à vous.

¹ L. 71, § 2, ff. de Fidejuss. et mandat.

vôtres, lui faisant ainsi un prêt en votre nom, l'action de prêt vous est acquise contre lui aussitôt que vous avez ratifié ce que j'ai fait ¹; car c'est alors comme si vous m'aviez donné mandat de faire ce prêt en votre nom, d'après la règle *ratihabitio mandato æquiparatur*. Or, d'après ce qu'on vient de voir, nul doute qu'il n'y eût prêt entre vous et Jean, si vous m'aviez donné mandat de lui compter mes deniers en votre nom, et que je les lui eusse en effet comptés; et j'ai contre vous, après votre ratification, l'action de mandat pour être remboursé; mais je n'ai point contre Jean l'action de prêt, parce que je ne lui ai pas fait le prêt en mon nom, mais au vôtre. Et si vous n'aviez pas voulu ratifier ce que j'ai fait, j'aurais simplement action contre Jean, et ce ne serait point l'action de prêt, car, encore une fois, je ne lui ai rien prêté; ce serait l'action que les juriscultes romains nommaient *condictio sine causâ*.

559. A plus forte raison y a-t-il prêt lorsque, détenteur de deniers que vous m'avez confiés à titre de dépôt, nous convenons que j'en serai désormais débiteur à titre de prêt, par la permission que vous me donnez de les employer pour mes besoins, avec ou sans intérêt, n'importe ²; car, dans ce cas, comme vous êtes propriétaire des deniers déposés, il n'y a même pas besoin de supposer une tradition ou restitution de ces deniers pour que le prêt s'opère; le seul consentement suffit. En conséquence, depuis ce mo-

¹ L. 9, § 8, ff. de *Rebus creditis*.

L. 9, § 9, ff. de *Rebus creditis*; L. 34, ff. *Mandati vel contrâ*.

ment les deniers sont à mes risques, de quelque manière qu'ils vinssent à périr ¹, attendu que je ne suis plus débiteur d'un corps certain, ainsi que je l'étais à raison du dépôt; je suis maintenant débiteur d'une quantité, *debitor generis* : or, *genus non perit*.

560. Mais si, lorsque vous m'avez fait le dépôt de ces deniers, vous m'aviez permis de les employer pour mes besoins, *si cela me convenait*, à la charge de vous en rendre autant, il n'y aurait eu prêt que du moment où je me serais servi des deniers, et ce n'eût été que de ce moment qu'ils auraient été à ma charge, comme le décide fort bien Ulpien dans la loi 10, ff. *de Rebus creditis*. La raison en est simple : c'était une pure faculté que vous m'aviez accordée de me servir des deniers ; jusqu'à ce que j'eusse usé de cette faculté, le contrat fait entre nous conservait donc sa nature de contrat de dépôt ; et dans le dépôt, les risques sont à la charge du déposant.

564. Ulpien, dans la loi 15, ff. *de Rebus creditis*, décide aussi qu'il y a prêt dans le cas où, étant débiteur envers vous, à titre de mandat, de sommes que j'ai reçues de vos débiteurs, nous sommes convenus que je vous devrais désormais ces sommes à titre de prêt, aussi avec ou sans intérêt, n'importe. Il suppose que je vous les ai payées, et que vous me les avez ensuite remises à titre de prêt ; et pour rendre ces traditions superflues, *celeritatis causâ cunjungeretur actionum*, il décide, avec raison, en s'éloignant de la subtilité des principes du Droit, qu'il y a prêt

¹ Même loi 9, § 9, ff. *de Rebus creditis*.

entre nous, et que l'action de mandat, par conséquent, est éteinte par novation.

Au contraire, Africain, dans la loi 34, ff. *Mandati*, déjà citée, ne voyait pas un prêt dans ce cas, parce que, disait-il, s'il en devait être ainsi, rien n'empêcherait de convertir toute espèce d'obligation en prêt par une simple convention ; tandis que, dans le prêt, la propriété des espèces doit passer du prêteur à l'emprunteur, et ici le mandataire est encore propriétaire des deniers dont il est débiteur à raison du mandat. C'était une subtilité qui n'a point arrêté Ulpien, plus progressif et plus moderne.

562. Il y a également prêt si, lorsque vous me demandez de l'argent à emprunter, et que, n'en ayant pas, je vous livre, par exemple, des couverts d'argent, pour les vendre et garder à titre de prêt le prix qui en proviendra. C'est aussi la décision d'Ulpien, dans la loi 11, ff. *de Rebus creditis*. Africain, au contraire, dans la loi 34, ff. *Mandati*, précitée, ne paraît pas non plus avoir vu un prêt dans ce cas. C'est comme si vous m'aviez remis le prix de la vente, et que je vous aie, à mon tour, remis les deniers pour vous en faire un prêt.

565. Puisque le prêteur doit conférer à l'emprunteur la propriété des choses prêtées, il suit de là que celui qui n'en est pas propriétaire ne peut régulièrement en faire le prêt, à moins qu'il n'ait reçu du propriétaire, ou de la loi, pouvoir à cet effet ¹ : *In mutui*

¹ De la loi, par exemple un tuteur qui fait un prêt des deniers du mineur, en sa qualité de tuteur.

datione oportet dominum esse dantem. L. 2, § 4, ff. de Rebus creditis.

De là, un associé qui n'a pas reçu pouvoir à cet effet de ses co-associés ne fait pas valablement un prêt des deniers communs, si ce n'est pour sa part : *Quod si communem pecuniam numeravit socius, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiunt* (si ce n'est toutefois pour sa part), *quia suæ partis tantum alienationem habuit. L. 16, ff. de Reb. creditis.*

564. Mais si le propriétaire des choses données à prêt par un autre, et en son nom, sans autorisation de sa part, a ensuite approuvé ce qui a été fait, le prêt est devenu par là valable, *quia ratihabitio mandato æquiparatur*; et, comme le prêt n'a pas été fait au nom du propriétaire des deniers, mais bien au nom de celui qui les a comptés, c'est à ce dernier qu'appartient l'action de prêt, sauf à lui à faire raison au propriétaire, qui a bien voulu ratifier ce qui a été fait.

565. De plus, lors même que le propriétaire des deniers ou des choses prêtées sans son aveu, n'a pas ratifié le prêt, néanmoins, si celui qui les a reçus à prêt les a consommés de bonne foi, le prêt par là est devenu valable, et l'action qui naît du prêt appartient à celui qui l'a fait, sauf au propriétaire son recours contre lui pour avoir disposé de sa chose sans son aveu : *Nam etsi fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, tamen consumptis eis, nascitur conditio (huic furi). L. 13, ff. de Reb. credit.* Pour payer valablement, il faut aussi être propriétaire, et néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre

chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement ait été fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose (art. 1238). Le paiement, qui n'était pas valable d'abord, l'est devenu par la consommation que le créancier a faite de bonne foi de la chose payée, parce qu'elle ne peut plus lui être enlevée par celui qui en était propriétaire, la revendication n'étant donnée que contre le possesseur actuel ou contre celui qui, par dol, a cessé de posséder; et il n'est passible envers l'ancien propriétaire d'aucune action personnelle, puisqu'il n'a pas contracté avec lui. Or, il en est absolument de même dans le cas du prêt : celui qui l'a reçu et qui a consommé de bonne foi les choses prêtées, n'a point traité avec le propriétaire de ces choses, et il ne les possède plus, puisque nous les supposons consommées; enfin il n'a pas non plus cessé par dol de les posséder, puisque nous supposons aussi qu'il les a consommées de bonne foi. Le prêt, qui n'était pas valable dès le principe, l'est donc devenu *ex post facto*. *Bonæ fidei consumptio reconciliavit mutuum*, disent les interprètes. Et l'action du prêt, en principe, ne peut pas appartenir à un autre qu'au prêteur, ou à son héritier, quelle que fût sa mauvaise foi, fût-il même un voleur des choses prêtées, car c'est lui qui a prêté, et non le propriétaire. En vain celui-ci ratifierait-il, il n'aurait pas pour cela, en principe pur, cette même action, puisque le prêt n'a pas été fait en son nom. Mais comme le prêteur est son débiteur à ce sujet, il serait en droit de se faire

céder l'action, par application de l'article 1303, portant que, lorsque la chose a péri, qu'elle est mise hors du commerce ou perdue, le débiteur est tenu, s'il a quelque action par rapport à cette chose, de la céder à son créancier. Et nous ne pensons pas que les autres créanciers de celui qui a fait le prêt pourraient concourir, sur le produit de l'action exercée contre l'emprunteur, avec la personne qui était propriétaire des deniers ou autres objets prêtés : car cette action provenant uniquement de la chose de cette personne, il est juste qu'elle en ait seule le produit.

566. Ce n'est pas tout : comme, dans notre Droit, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279), et que la revendication n'est donnée qu'à celui qui a perdu le meuble, ou auquel il a été volé, on peut soutenir que si un prêt a été fait, hors ces cas de perte ou de vol, par celui qui n'était pas propriétaire des choses prêtées, le prêt est valable dès le principe, pourvu que celui qui l'a reçu fût de bonne foi en le recevant (art. 1141); quand bien même il n'aurait pas encore consommé les choses; car il n'en pourrait être évincé. En traitant *du paiement*, au tome XII, n° 30, nous avons démontré qu'un paiement en pareil cas serait valable, et que la circonstance de la *consommation* des espèces (et de bonne foi), mentionnée dans l'article 1238, n'est point de rigueur aujourd'hui pour que le paiement soit valable dès le principe; qu'il suffit que le créancier ait reçu de bonne foi, parce qu'en effet, au moyen de cette condition, et la chose n'ayant été ni perdue ni volée, il ne peut pas être évincé. Dans le

Droit romain aussi, pour payer valablement, il fallait être propriétaire de la chose donnée en paiement, à l'effet d'en conférer la propriété au créancier, et néanmoins, lorsque celui qui avait reçu en paiement la chose d'autrui ne pouvait plus en être évincé, parce qu'il en avait acquis la propriété par l'usucapion, le paiement était alors valable, et le débiteur libéré : *Is qui alienum hominem in solutum dedit, usucapto homine, liberatur*. L. 60, ff. de Solut. Or, il en doit être de même du prêt : il doit être valable aussi dès que l'emprunteur ne peut plus être évincé de la chose à lui prêtée ; l'effet de l'exception, *en fait de meubles, la possession vaut titre*, doit être à cet égard le même que l'effet, en Droit romain, de l'exception tirée de l'usucapion, en ce qui concernait le paiement : il y a absolument identité de motifs.

567. Si un incapable, par exemple un mineur non émancipé, donne à quelqu'un des deniers ou des denrées à titre de prêt, comme, en principe, il ne peut en conférer la propriété, il n'y a réellement pas de prêt. En conséquence, les choses, tant qu'elles existent dans la main de celui qui les a reçues, peuvent être revendiquées contre lui par celui qui administre les biens de l'incapable ¹. Mais s'il les a reçues et consommées de bonne foi, croyant que celui qui lui faisait le prêt

¹ Nous disons : *Tant qu'elles existent dans la main de celui qui les a reçues, peuvent être revendiquées contre lui*; parce qu'en effet si elles avaient passé dans les mains d'un tiers, elles ne pourraient, dans notre Droit, être revendiquées contre le tiers, du moins en général, à cause de notre règle *en fait de meubles la possession vaut titre*. Au lieu qu'en Droit romain, l'on disait, en pareil cas, que les espèces pouvaient être revendiquées *sicubi extant*. § 2, Instit. quib. alien. licet vel non.

était majeur, le prêt est devenu valable par cette consommation, et le mineur a acquis par là l'action du prêt¹. Si celui qui a reçu les choses les a reçues ou même consommées de mauvaise foi, le Droit romain le déclarait passible de l'action dite *ad exhibendum*², qui avait pour effet de le faire condamner au paiement d'une pareille quantité, et aux dommages-intérêts, s'il y avait lieu³.

Chez nous, où les actions n'ont pas, à proprement parler, de dénominations spéciales, cette dernière se confondrait avec celle du prêt, et l'une produirait, en général, le même résultat que l'autre.

568. Au surplus, quoique en principe l'incapable, en faisant ce prêt, n'ait pas conféré à celui qui l'a reçu la propriété des choses prêtées, néanmoins il ne faut pas tirer de là la conséquence que, si ces choses étaient venues à périr par cas fortuit chez ce dernier, la perte serait supportée par l'incapable : elle serait supportée, au contraire, par celui qui a reçu les choses, de quelque manière qu'elle fût arrivée; car il serait contraire à tous les principes du Droit de rétorquer contre une personne ce qui a été établi en sa faveur : or, c'est en faveur de l'incapable que son incapacité a été déclarée. Les personnes capables de s'engager ne peuvent se prévaloir de l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée avec qui elles ont contracté (art. 1125). Par rapport à celui qui a reçu les

¹ L. 19, § 1, ff. de *Rebus credit.*, et § 2, Instit., quib. alien. licet vel non.

² Même §.

³ *Vide* Vinnius sur ce § 2, Inst. Quib. alien. licet vel non.

choses, il y a réellement contrat de prêt, et, depuis le contrat, ces choses sont aux risques de l'emprunteur, de quelque manière que la perte arrive. (Art. 1893.)

569. Comme le prêt est un contrat, il suit de là que, pour qu'il existe réellement, il faut le concours de la volonté de celui qui prête et de la volonté de celui qui emprunte. En conséquence, si je crois vous faire un dépôt, et que vous pensiez recevoir la chose à titre de prêt, il n'y a réellement pas de prêt; et il n'y a pas davantage de dépôt, car il n'y a pas non plus concours de nos volontés pour former ce contrat. Et il en est de même si je crois vous faire un prêt de consommation, *mutuum*, tandis que vous pensez recevoir simplement un commodat *ad ostentationem* : il n'y a ni prêt ni commodat. Telle est la décision d'Ulpien, dans la loi 18, § 1, ff. *de Rebus creditis* : *Si ego quasi depoenens tibi dederò, tu quasi mutuum accipias, nec depositum nec mutuum est. Idem est si quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratiâ accepi.*

Mais si, dans l'un ou l'autre cas, les espèces ont été consommées, il y a action contre celui qui les a reçues, sans qu'il puisse alléguer qu'il n'y a pas eu prêt. (*Ibid.*)

570. Dans le *pp.* de la même loi, Ulpien suppose aussi que je vous ai compté une somme dans l'intention de vous en faire don, mais que vous l'avez reçue dans la pensée d'un emprunt, et il dit que Julien décidait, en pareil cas, qu'il n'y a pas donation (ce qui est incontestable, puisqu'il n'y a pas eu concours de volontés à ce sujet); mais il se demande s'il y a prêt :

pas davantage, répond-il ; bien plus, la propriété des espèces ne vous a pas été conférée ¹, puisque vous les avez reçues dans une autre intention que celle que j'avais en vous les livrant. (D'après cela je puis les revendiquer si elles existent encore.) Mais, si vous les avez consommées, et que j'exerce contre vous l'action personnelle pour que vous soyez tenu de m'en rendre autant (*licet condictione tenearis*), vous pourrez me repousser par l'exception de mauvaise foi, parce que c'est d'après votre volonté que j'ai employé ces deniers.

571. On peut ne faire un prêt que sous condition : par exemple, si je vous compte des deniers, en vous déclarant qu'ils ne deviendront vôtres qu'autant que telle chose arrivera, auquel cas vous les aurez alors à titre de prêt, et que vous serez, en conséquence, obligé envers moi comme emprunteur, il n'y aura prêt que lorsque l'événement prévu sera arrivé. L. 8, ff. de *Reb. credit.*

572. De sa nature, le prêt de consommation est gratuit ; mais, comme nous le verrons plus bas, on peut aujourd'hui stipuler des intérêts dans le prêt, et pour toutes choses prêtées.

¹ Mais Julien n'était pas d'accord avec Ulpien sur ce point ; car il dit positivement, au contraire, dans la loi 36, ff. de *Acquirendo rerum dominio*, que la propriété des espèces vous est transférée dans ce cas : *Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis verò dissentiamus : non animadverto cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi cum deberi.* NAM ET SI PECUNIAM NUMERATAM TIBI TRADAM DONANDI GRATIA, TU EAM QUASI CREDITAM ACCIPIAS, CONSTAT PROPRIETATEM AD TE TRANSIRE, NEC IMPEDIMENTO ESSE, QUOD CIRCA CAUSAM DANDI ATQUE ACCIPIENDI DISSENSERIMUS.

575. Quoique, dans le prêt de consommation, l'obligation de l'emprunteur soit de rendre la même quantité de chose que celle qu'il a reçue, et en même qualité (art. 1892 et 1902), néanmoins l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.

S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement. (Art. 1895.)

On a par là tranché la controverse qui s'était élevée parmi les jurisconsultes¹, et que nous avons analysée en traitant du paiement, au titre des Contrats et des Obligations conventionnelles en général, tome XII, n° 91. On a suivi le sentiment de Dumoulin² et de Donnéau³.

Ce que l'on considère, en effet, dans les monnaies, c'est la valeur que la loi y attache; c'est la somme, et non les espèces : *In pecuniâ, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*; L. 94, § 1, ff. de Solut.; en sorte qu'en rendant une somme égale, l'emprunteur est censé rendre autant de pièces ou d'espèces qu'il en a reçues.

Ea materia formâ publicâ percussa usum dominium-que, non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate.
L. 1, ff. de Contrah. empt.

¹ Vide Vinnius ad Instit. tit. quib. mod. re oblig. contrah., § de mutuo.

² Tract. de usuris, n° 693 et seq.

³ Ad legem 3, ff. de Rebus creditis.

De là, si un prêt de 1,000 francs a eu lieu en pièces de cinq francs, par exemple, et que la valeur de ces pièces soit ensuite élevée à six francs, ou abaissée à quatre francs : dans le premier cas, si l'emprunteur paie avec des pièces de la même espèce, fût-ce avec les mêmes que celles qu'il a reçues, parce qu'il ne les a pas employées, il ne sera obligé d'en compter que cent soixante-six et une fraction, au lieu de deux cents qu'il a reçues ; et dans le second cas, il devra en compter deux cent cinquante.

574. Il est cependant certain, d'un autre côté, que si, depuis le prêt, il y a eu une augmentation de valeur simplement légale dans la monnaie prêtée¹, et que l'emprunteur rembourse en cette monnaie, il rend en réalité une valeur moindre que celle qu'il a reçue, parce que le prix des salaires, des denrées et autres choses nécessaires à la vie, augmente en raison de l'augmentation de valeur simplement légale qu'éprouvent les monnaies : d'où il suit que le prêteur, qui ne peut plus se procurer avec ce qui lui est rendu, la même quantité de choses qu'il pouvait avoir, au temps du prêt, avec ce qu'il a livré, éprouve réellement une perte ; au fond, il reçoit moins que ce qu'il a prêté, quoiqu'il reçoive la même somme légalement parlant. Cela est incontestable ; l'expérience est là pour l'attester. Et comme, pour se procurer cette somme, aux fins de la rendre, l'emprunteur aura eu moins de choses à aliéner, il profite de cette augmentation, et rend en

¹ Nous disons *simplement légale*, parce que si la monnaie est augmentée aussi en raison de la quantité ou de la qualité de la matière, le prix des denrées reste le même sous ce rapport.

réalité moins qu'il n'a reçu. Bien certainement, si une loi doublait la valeur de la monnaie actuelle, les denrées augmenteraient de prix en proportion, ou à peu près. Aussi beaucoup d'auteurs pensaient-ils que l'emprunteur devait rendre la somme prêtée, suivant le cours qu'avait, au temps du prêt, la monnaie avec laquelle il en fait le remboursement. Mais on en a décidé autrement : la chance de gain ou de perte est pour l'un comme pour l'autre, selon qu'il y aura augmentation ou diminution de valeur dans les espèces ¹.

575. Au surplus, ceux-là mêmes dont le sentiment a prévalu tombaient d'accord que, si l'emprunteur a été en demeure de rendre la somme prêtée, et que depuis sa mise en demeure les espèces aient augmenté de valeur légale, il doit être tenu des dommages-intérêts envers le prêteur, pour la perte que ce retard lui a causée ; et par la même raison, ils le regardaient aussi comme passible des dommages-intérêts dans le cas où les espèces qu'il rendrait auraient subi, depuis sa mise en demeure, une altération dans le poids ou dans le titre, en conservant d'ailleurs leur valeur numérique ; car, dans l'un ou l'autre cas, rendant en réalité une valeur moindre, pour le prêteur, que celle qu'il aurait eue si la restitution lui eût été faite quand elle de-

¹ M. Delvincourt dit que l'on a considéré la raison d'état ; mais il nous semble que la raison d'état n'aurait point été blessée par l'adoption du système contraire ; car la nouvelle monnaie n'aurait pas moins servi au paiement : seulement les parties se seraient fait raison de la différence de la valeur réelle, telle que nous l'entendons, d'avec celle qui avait été prêtée ; et en cela la raison d'état n'aurait souffert aucune atteinte. Ce qui aurait blessé la raison d'état, c'eût été le refus qu'eût pu faire le prêteur de la nouvelle monnaie que le débiteur aurait voulu faire servir à sa libération ; mais il n'est pas question de cela dans le point discuté.

vait l'être, il est juste, disaient-ils, qu'il répare le préjudice qu'il a causé ¹.

576. La règle que l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat, et, en conséquence, que l'emprunteur ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du paiement, soit qu'il y ait eu augmentation ou diminution de valeur dans les espèces, cette règle, disons-nous, n'est point applicable si le prêt a été fait en lingots. (Art. 1896.)

Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela. (Art. 1897.)

Ainsi, si j'ai prêté à un individu des métaux en nature, par exemple, deux marcs d'argent, à tel titre, dans un temps où le marc valait cinquante francs, et que les besoins du commerce aient élevé à cinquante-deux francs le marc d'argent à ce même titre, l'emprunteur ne devra pas moins me rendre le même poids d'argent que celui que je lui ai prêté, et au même titre, c'est-à-dire de la même qualité. Et réciproquement, si le marc d'argent à ce titre valait cinquante-deux francs lors du prêt, quand bien même il n'en vaudrait plus que cinquante à l'époque où doit se faire le remboursement, je ne pourrais demander autre chose que deux marcs d'argent au même titre. Ici, en effet, ce n'est pas une somme, mais une quantité de matière, qui a

¹ *Vide* tome XII, n° 94.

été prêtée, et, dès que cette quantité est restituée en matière de même qualité, l'emprunteur rend tout ce qu'il doit, ni plus ni moins.

Il en est de même, et par la même raison, du cas où deux hectolitres de froment ayant été prêtés dans un temps et dans un lieu où ce froment valait quinze francs l'hectolitre, la même qualité de blé vaut, au temps et au lieu où doit se faire la restitution, dix-huit francs, ou seulement douze francs l'hectolitre : l'emprunteur doit restituer la même quantité de blé que celle qu'il a reçue, et en même qualité, et ne doit rendre que cela.

Nous verrons tout à l'heure s'il y a lieu aux dommages-intérêts, et en quoi ils consistent, lorsque l'emprunteur a été en demeure de faire la restitution, et que la denrée empruntée a subi une diminution ou une augmentation de valeur depuis la mise en demeure jusqu'au jugement de condamnation.

577. Au tome XII, n° 93, nous avons discuté la question de savoir quel est l'effet d'un prêt d'un certain nombre de pièces de monnaie d'une certaine espèce, par exemple de tant de pièces de cinq francs prêtées non pas *tanquàm summa*, *sed tanquàm corpora*, et lorsqu'il y a eu depuis le prêt, variation dans la valeur de cette monnaie. Nous y décidons que la règle de l'article 1895 n'est point applicable, même dans le cas où il s'agit d'un prêt de consommation, et non pas seulement d'un commodat *ad ostentationem*, et, à plus forte raison, dans ce dernier cas. Les parties ont évidemment envisagé les pièces prêtées, comme des

lingots, et l'article 1896 veut que, lorsque le prêt a été fait en lingots, la règle établie en l'article précédent ne soit plus applicable. Comme nous exposons à l'endroit précité les objections que l'on fait contre cette décision¹, nous nous contenterons d'y renvoyer pour apprécier les réponses que nous faisons nous-même à ces objections, afin d'éviter des répétitions inutiles.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU PRÊTEUR.

SOMMAIRE.

578. *Le prêt de consommation est un contrat unilatéral.*
579. *Mais le prêteur doit y apporter la bonne foi : conséquence.*
580. *Suite et discussion d'un exemple donné par Pothier.*
581. *De ce que le prêteur ne peut redemander les choses prêtées, avant le terme convenu, n'est-ce pas là plutôt l'absence d'un droit qu'une obligation de sa part ?*
582. *Cas dans lesquels l'emprunteur est déchu du bénéfice du terme que le prêteur lui avait accordé.*
583. *Dispositions des articles 1900 et 1901, sur le cas où il n'a pas été fixé de terme pour la restitution du prêt.*

578. Quoique le contrat de prêt, de sa nature, soit purement unilatéral, et ne produise en conséquence des obligations que d'un seul côté, néanmoins les rédacteurs du Code ont cru devoir établir quelques règles d'après lesquelles le prêteur aussi aurait des obligations à remplir. Mais, en réalité, ces obligations ne dérivent pas du contrat de prêt, elles dérivent de la bonne foi, qui doit régner dans tous les contrats quelconques, et qui oblige le prêteur à ne point tromper

¹ Pothier, *Contrat de prêt de consommation*, n° 36, est d'un sentiment contraire au nôtre sur ce point.

l'emprunteur, à ne point lui cacher, par cela même, les vices de la chose prêtée, qu'il connaît, et que l'emprunteur ne connaîtrait pas. (Pothier, n° 51.)

579. Aussi, dans le prêt de consommation comme dans le prêt à usage, le prêteur est responsable des vices que la chose prêtée a pu causer à l'emprunteur, s'il les connaissait et n'en a pas averti ce dernier. (Art. 1898 et 1891 combinés.)

580. Pothier donne cet exemple du cas où le prêteur est obligé envers l'emprunteur, à raison des vices de la chose prêtée.

« Si, dit-il, vous avez prêté une certaine quantité de mauvaise huile à quelqu'un qui ne s'y connaissait pas, à la charge de vous en rendre autant, et que vous la lui ayez prêtée comme bonne, ou même que, sans assurer qu'elle était bonne, vous lui en ayez dissimulé le vice, non-seulement l'emprunteur ne sera pas obligé de vous rendre de bonne huile, n'étant obligé de vous en rendre que de la même qualité que celle qu'il a reçue ; mais encore, si l'usage qu'il a fait de cette huile, dont vous lui avez dissimulé le vice, lui a causé quelque préjudice, vous devez être tenu de ses dommages-intérêts.

« Si vous lui avez prêté de bonne foi cette mauvaise huile, que vous croyiez bonne, il ne sera, à la vérité, obligé de vous en rendre que de la même qualité ; mais vous ne serez tenu d'aucuns dommages-intérêts pour le préjudice que l'usage qu'il a fait de cette huile lui a causé ; car vous n'êtes obligé à rien autre chose qu'à apporter la bonne foi au contrat. »

Mais cet exemple donné par Pothier est-il bien choisi ? L'emprunteur peut-il alléguer qu'il ne se connaissait pas en huile ? Un acheteur ne serait point admis à prétendre des dommages-intérêts en pareil cas, ni même à faire résilier la vente et à rendre simplement la chose : ce ne serait pas là un vice redhibitoire ; car les vices redhibitoires, d'après Pothier lui-même, sont les défauts *cachés* qui rendent la chose impropre à l'usage auquel on la destine, et dont l'acheteur n'a pu s'assurer ; c'est la définition que le Code donne de ces vices, dans les articles 1641 et 1642, dont le dernier porte positivement que le vendeur n'est point tenu des vices apparens, *et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même*. Or, ici l'on ne peut pas dire que l'emprunteur n'a pu se convaincre des défauts de l'huile qu'on lui a prêtée. Un acheteur, abstraction faite de toute manœuvre employée pour le tromper, ne serait pas admis à dire qu'il ne s'y connaissait pas quand il a acheté la chose. A plus forte raison en doit-il être ainsi en matière de prêt, où l'emprunteur n'est, au surplus, tenu de rendre l'huile prêtée que de la même qualité, et où le contrat est dans son seul intérêt.

Nous pensons donc qu'il faut, pour que le prêteur soit responsable du préjudice que les vices de la chose prêtée ont pu causer à l'emprunteur, faute par lui de les avoir déclarés, quand il les connaissait, nous pensons, disons-nous, qu'il est nécessaire que l'emprunteur n'ait pu les connaître lui-même, comme en matière de vente ; et c'est là un point à décider d'après les circonstances du fait. Mais la simple ignorance

de l'emprunteur qui ne se connaissait pas en huile, comme dans l'exemple donné par Pothier, ne nous paraîtrait pas suffisante pour qu'il pût réclamer des dommages-intérêts, attendu qu'il pouvait faire goûter l'huile par quelqu'un de plus expérimenté que lui en cette matière : c'est sa faute de ne l'avoir pas fait, et il doit se l'imputer. On ne peut dire qu'il ne pouvait se convaincre lui-même des défauts de la chose, et il serait absurde de lui donner une action en dommages-intérêts qui serait refusée en pareil cas à un acheteur.

584. Au nombre des obligations du prêteur, le Code met l'absence du droit pour lui de pouvoir redemander les choses prêtées, avant le terme convenu. (Art. 1899.)

Cependant on ne peut pas dire que l'absence d'un droit constitue une obligation. Dans le cas du prêt à usage, le prêteur ne peut non plus redemander la chose avant le terme convenu, mais c'est que cela constitue effectivement pour lui une obligation résultant du contrat de prêt ; car sans cela il pourrait réclamer la chose quand bon lui semblerait, parce qu'elle est à lui. Mais dans le prêt de consommation, la chose prêtée n'est plus au prêteur, elle appartient à l'emprunteur ; le prêteur n'est qu'un simple créancier qui, ayant accordé un terme, ne peut agir avant le terme, non pas à cause d'une obligation de sa part, car il n'est réellement point obligé, mais à raison de l'absence du droit pour lui de pouvoir agir plus tôt. On ne peut raisonnablement dire que je suis

obligé envers vous, parce que je ne puis vous demander ce que vous ne me devez pas ; autrement tous les hommes seraient obligés les uns envers les autres. Il y a bien sans doute des obligations qui consistent à ne pas faire telle chose, mais ce sont des obligations spéciales, qui donnent un certain droit à celui envers qui elles ont été contractées, comme, par exemple, lorsque je m'interdis le droit d'élever mon mur au-delà de telle hauteur, de vous empêcher de passer sur mon terrain : il naît de là un droit de servitude à votre profit sur mon fonds. Mais, lorsque vous ne me devez rien, on ne peut pas dire, en Droit, que je suis obligé envers vous, en tant que je ne puis rien vous demander ; autrement l'absence de toute obligation réelle produirait une obligation. Or, il en est de même du cas où vous me devez une somme payable seulement dans deux ans : l'absence du droit, pour moi, de pouvoir vous la demander avant le terme, ne saurait constituer une obligation de ma part envers vous ; peu importe que le terme ne suspende pas l'obligation, et qu'ainsi vous soyez réellement mon débiteur dès à présent ; vous ne l'êtes toujours qu'avec l'avantage du terme qui vous a été accordé.

L'obligation du prêteur à usage, de ne pas redemander la chose avant le temps convenu, résulte, comme nous venons de le dire, du contrat de prêt, et constitue réellement une obligation ; et c'est pour en modifier les effets, que les rédacteurs du Code, suivant en cela le sentiment de quelques auteurs, mais s'éloignant du droit commun, ont admis que le prê-

teur peut se faire rendre la chose avant le terme convenu, s'il lui est survenu quelque besoin pressant et imprévu de cette chose (art. 1889); et l'on ne voit pas qu'ils aient établi une semblable disposition en matière de prêt de consommation. Cette différence entre deux contrats également de bienfaisance, ne peut tenir qu'à ce que, dans l'un, le prêteur est propriétaire de la chose prêtée, et dans l'autre, il n'est qu'un simple créancier ordinaire : or, ne l'étant que sous un terme, ce n'est pas pour lui une obligation que de ne pas pouvoir demander le paiement avant le terme : c'est uniquement l'absence d'un droit.

582. Mais si l'emprunteur tombe en faillite ou en déconfiture, comme il est alors privé du bénéfice du terme, suivant ce que nous avons dit sur l'article 1188, au tome XI, n° 116 et *seq.*, le prêteur peut agir de suite.

Il en serait de même si l'emprunteur avait par son fait diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat au prêteur (art. 1188), ou, ce qui revient au même, s'il ne donnait pas celles qu'il a promises. (Art. 1977, par *argum.*)

585. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution des choses prêtées, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai, suivant les circonstances.. (Art. 1900.)

Il le peut même aussi, en vertu de l'article 1244, dans le cas où il a été fixé un terme à l'emprunteur, et que ce terme est échu, en prenant en considération la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve.

S'il a seulement été convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixe un terme de paiement suivant les circonstances. (Art. 1901.)

Dans ce cas, le juge doit lui fixer un délai, et qu'il détermine suivant les circonstances : au lieu que lorsqu'il n'a rien été dit touchant l'époque de la restitution, le juge *peut* fixer un délai, comme il peut ordonner que la restitution se fera sur-le-champ. L'article 1900 lui laisse une faculté à cet égard, et il doit prendre en considération quelle a pu être, d'après les circonstances dans lesquelles le prêt a eu lieu, et les ressources probables de l'emprunteur au temps où il a été fait, et l'intention vraisemblable des parties touchant l'époque où devait se faire la restitution. Il a égard aussi à ses ressources actuelles.

Si la solvabilité de l'emprunteur a notablement diminué depuis le prêt, le juge, dans l'un ou l'autre des cas ci-dessus, peut, sur la demande du prêteur, ordonner que l'emprunteur, auquel il accorde un délai, sera tenu de fournir une caution.

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DE L'EMPRUNTEUR.

SOMMAIRE.

- 584. *L'emprunteur doit rendre les choses prêtées en même quantité et qualité, et au terme convenu.*
- 585. *Les denrées ou marchandises doivent être rendues au lieu où elles ont été livrées, sauf convention contraire.*
- 586. *Quid du numéraire.*
- 587. *Disposition de l'article 1903.*

588. *Observation sur cet article, rapproché de l'article 1149.*
 589. *Textes du Droit romain sur les dispositions qu'il contient, et interprétations de Godefroy, de Pothier et de Cujas, au sujet de ces mêmes textes.*
 590. *L'emprunteur qui ne rend pas les choses prêtées, ou leur valeur, quand il devait le faire, en doit l'intérêt à compter de la demande en justice, mais rien de plus à titre de dommages-intérêts.*
 591. *Si l'emprunteur qui s'est laissé demander la chose en justice, faute de l'avoir rendue quand il devait le faire, peut ensuite offrir de la rendre, ou s'il en doit le prix, et avec l'intérêt depuis la demande.*
 592. *Si l'intérêt a lieu de plein droit à compter de la demande, dans les cas des articles 1900 et 1901.*

584. L'emprunteur doit rendre les choses prêtées en même quantité et qualité ¹, et au terme convenu. (Art. 1902.)

Et, lorsque le prêt consiste en une somme d'argent, il doit, comme on l'a vu, rendre la somme numérique portée au contrat, en monnaie ayant cours au jour du paiement, soit qu'il y ait eu, ou non, augmentation ou diminution de valeur dans les espèces depuis le prêt; en sorte qu'il peut avoir à en rendre une plus grande ou une moindre quantité que celle qu'il a reçue. Mais, comme les espèces qu'il rend sont réputées avoir la même valeur que celles qui lui ont été comptées, il est censé rendre la même chose, la même quantité, et ne rendre que cela.

585. Le Code ne s'explique pas positivement sur le

¹ *Quum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus ut æquæ bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriores rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo, quod agitur pro cauto habendum sit; id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis et eadem bonitate solvatur quod datum sit. L. 3, ff. de Reb. cred.*

lieu où doit se faire la restitution ou paiement ; mais l'emprunteur doit aussi rendre les choses qu'il a reçues au lieu convenu pour le paiement, et, s'il n'y a pas de convention à ce sujet, il doit, si ce sont des denrées ou autres choses à lui livrées au compte, au poids ou à la mesure, les restituer au lieu où il les a reçues. Il ne peut pas offrir de les rendre dans le lieu de son domicile, ni le créancier exiger que ce soit dans ce lieu que la restitution lui soit faite ; car la valeur des choses prêtées pourrait y être fort différente de ce qu'elle serait dans le lieu où le prêt a été effectué. L'article 1247, qui porte que, hors le cas où il y a convention sur le lieu du paiement, et hors le cas aussi où la dette est d'un corps certain, le paiement doit être fait au domicile du débiteur, n'est point applicable ici ¹, parce qu'il pourrait y avoir préjudice grave pour l'une ou pour l'autre des parties, si les choses prêtées devaient être restituées dans un autre lieu que celui où elles ont été livrées, et par conséquent injustice. Par exemple, si j'ai emprunté, à ma campagne, d'un voisin, une pièce de vin qui vaut ordinairement de quarante à cinquante francs la pièce dans cet endroit, je serais grandement lésé si j'étais obligé de la rendre à Paris, où j'ai mon domicile, et où le vin vaut ordinairement le double, à cause du transport et des droits d'entrée. Et si, en sens inverse, mon domicile étant à la campagne, et ayant été passer quelques mois à Paris, j'y ai emprunté une pièce

¹ C'est ce que nous avons déjà dit en traitant du paiement, au titre des *Contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome XII, n° 98.

de vin, je dois la rendre à Paris, et non pas au lieu de mon domicile ; autrement le prêteur éprouverait un grave préjudice : il recevrait une valeur bien moindre que celle qu'il a prêtée. L'article 1903, seconde disposition, est dans cet esprit, car il veut que, si le lieu de la restitution n'a pas été réglé par la convention, l'emprunteur qui est dans l'impossibilité de rendre les choses en nature, soit tenu d'en payer le prix eu égard à la valeur *du lieu où l'emprunt a été fait*.

Ainsi, si ce n'est point à son domicile que le prêteur a prêté les choses, il ne peut exiger que l'emprunteur lui en fasse la restitution à ce domicile, pas plus que l'emprunteur ne pourrait la lui faire malgré lui : elle doit avoir lieu à l'endroit où les choses ont été livrées.

Il en est de même si, le prêt ayant eu lieu au domicile du créancier, celui-ci a depuis transporté son domicile ailleurs.

586. Mais dans les prêts de numéraire, et surtout lorsque l'emprunteur a donné son billet purement et simplement, sans indication de lieu pour la restitution, comme il n'y a pas les mêmes inconvénients que dans les prêts de denrées, on peut raisonnablement croire, ainsi que nous l'avons déjà dit au tome XII, n° 98, que cet emprunteur, dont le créancier a suivi la foi, comme dans les autres obligations avec terme, a entendu payer à son domicile, et que le créancier y a consenti, par application de la disposition générale de l'article 1247 précité.

Toutefois, les circonstances dans lesquelles a eu

lieu le prêt pourraient faire décider le contraire, surtout quand il s'agit de petites sommes : on peut croire alors que le prêteur n'a pas entendu se déranger pour recevoir ce qu'il a prêté.

Mais nous appliquerions volontiers la règle de l'article 1247 si le prêt était à intérêt.

587. Suivant l'article 1903 : « Si l'emprunteur est dans l'impossibilité de rendre les choses prêtées, il est tenu d'en payer la valeur eu égard au temps et au lieu où la chose devait être rendue d'après la convention. »

« Si ce temps et ce lieu n'ont pas été réglés, le paiement se fait au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. »

588. Cet article donne lieu à quelque difficulté. Il est possible, en effet, que les choses prêtées aient augmenté de valeur depuis le moment où elles devaient être restituées d'après la convention, jusqu'au jour de la demande, et aussi depuis la demande jusqu'au jour du jugement. L'article 1904 fait bien courir les intérêts à compter du jour de la demande en justice, mais l'on sent aisément que ces intérêts sont dus pour une autre cause ; ils le sont pour la privation que le créancier éprouve, durant le procès, de la jouissance de ce qui lui est dû ; ils lui seraient pareillement dus dans le cas où la valeur de la chose n'aurait éprouvé aucune variation, bien mieux, dans le cas même où elle aurait diminué. Or, l'article 1149 porte que les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, et l'on

comprend très-bien que si le prêteur, faute de restitution du blé qu'il avait prêté, a été obligé d'en acheter à un prix supérieur au prix que devra lui payer l'emprunteur d'après le texte de l'article 1903, il éprouve réellement une perte, même avec les intérêts judiciaires qui pourront lui être dus.

Ce n'est pas tout : l'article dit : Si l'emprunteur *est dans l'impossibilité de rendre la chose prêtée*, etc. : or, de quelle impossibilité veut-on parler ? Est-ce d'une impossibilité absolue, comme si, par exemple, les choses de l'espèce de celles qui ont été prêtées avaient cessé, depuis le prêt, d'être dans le commerce, par l'effet de quelque loi, ou de quelque circonstance extraordinaire ? Cela est tout-à-fait improbable : les auteurs ne se sont point occupés d'un cas semblable ; c'est d'une impossibilité relative à l'emprunteur qu'ils parlent tous ; c'est, en un mot, du fait de non restitution des choses en nature, n'importe quelle en est la cause. L'obligation d'un usufruitier de choses qui se consomment par l'usage est, quant à la restitution, de même nature que celle d'un emprunteur, et l'article 587, pour autoriser l'usufruitier à payer la valeur des choses, quand il ne les restitue pas en nature, n'exige pas qu'il justifie d'une impossibilité absolue d'en pouvoir rendre de la même espèce, en même quantité et qualité ; il a même le choix à cet égard. On ne doit donc pas donner un autre sens à ces mots. Mais la difficulté sur le premier point est plus grave.

En effet, puisque les dommages-intérêts, en principe, se composent de la perte éprouvée et du gain

manqué (art. 1149), et néanmoins que l'article 1903 veut que, en cas de non restitution des choses prêtées au temps et au lieu convenus, l'emprunteur soit simplement condamné à en payer la valeur selon ce temps et ce lieu, il est évident qu'il y a antinomie dans les dispositions du Code, dans le cas où les denrées prêtées ont augmenté de valeur depuis le jour où elles devaient être rendues; car, si elles l'avaient été quand elles devaient l'être, le prêteur aurait profité ou pu profiter de cette augmentation; et, comme nous l'avons dit, les intérêts judiciaires auxquels il a droit ne le dédommagent même en aucune façon de cette privation de gain, puisqu'ils ne sont que la compensation de la privation de jouissance de sa chose pendant le procès. La décision de l'article est parfaitement raisonnable pour le cas où les choses n'ont point augmenté de valeur, et même aussi pour celui où elles ont diminué de prix, car le prêteur les aurait probablement vendues de suite, si elles lui avaient été rendues aussitôt qu'elles devaient l'être. Mais dans le cas d'augmentation de valeur, cette disposition n'est plus en harmonie avec celle de l'article 1149, si elle doit être appliquée purement et simplement.

589. La difficulté s'augmente encore de la contradiction de plusieurs textes du Droit romain sur ce point, et même, il faut le dire, du peu d'accord qui règne dans les décisions de leurs interprètes.

Ainsi, le jurisconsulte Julien, dans la loi 22 au titre *de Rebus creditis*, au Digeste, distingue bien, comme notre article 1903, entre le cas où il y a eu un temps

et un lieu convenus pour la restitution du prêt, et le cas contraire; mais il ne s'occupe point de la circonstance que les choses prêtées auraient ou non augmenté de valeur depuis le moment où elles devaient être rendues : *Vinum quod mutuuum erat, per judicem petitum est. Quæsitum est cujus temporis æstimatio fieret : utrùm cùm datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cùm res judicaretur? Sabinus respondit : si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset ; si non, quanti tunc cùm petitum esset. Interrogavi cujus loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset ; si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.* Cette loi est parfaitement d'accord avec notre article 1903 pour le cas où il y a eu convention sur le temps et le lieu de la restitution, mais elle en diffère pour le cas contraire; car elle veut alors que l'on ait égard à la valeur du jour et du lieu de la demande, tandis que notre article s'attache, en ce cas, au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. Mais ce n'est pas sur ce point que roule la difficulté, puisque l'article est positif à ce sujet.

Gaius, dans la loi 4, ff. de *Condict. triticiaria*, a suivi absolument la décision de Julien sur les deux cas.

Au contraire, Ulpien, dans la loi 3 au même titre, dit que, dans les choses qui peuvent s'estimer, et qui ne sont pas rendues ou payées au temps où elles devaient l'être, il faut avoir égard à l'augmentation de valeur qu'elles ont pu éprouver jusqu'au moment du jugement : *in hac actione (triticiaria) si quærat, res, quæ petita est, cujus temporis æstimationem recipiat, re-*

rius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Que si, au contraire, elles ont diminué de valeur depuis que le débiteur a été mis en demeure, on doit s'attacher à la valeur qu'elles avaient lorsque le débiteur a été constitué en demeure.

Godefroy, dans ses notes sur la loi 4, dit, pour concilier ces textes : *Sic sentio : tempus litis contestæ spectari, si tunc plurimi res fuit ; sin minus, tempus condemnationis et sententiæ.*

Et Pothier, dans son traité du *Prêt de consommation*, n° 41, s'exprime ainsi, sans faire, sur le point qui nous occupe en ce moment, de distinction entre le cas où un temps et un lieu ont été convenus pour la restitution, et le cas contraire : « Cette décision ¹ a lieu dans le
« cas auquel l'emprunteur n'a pas été en demeure de
« rendre, et auquel les parties, aussitôt que la de-
« mande en a été faite, sont convenues entre elles,
« pour leur commodité réciproque, que l'emprunteur
« paierait l'estimation de la chose. Mais, lorsque l'em-
« prunteur a été mis en demeure de rendre la chose
« prêtée, si le prix de la chose qu'il doit rendre est
« augmenté depuis la demande, il doit être condamné
« à le payer sur le pied que la chose vaut au temps

¹ Que « l'emprunteur est condamné à rendre la chose prêtée, en pareille
« quantité et bonté, ou à son défaut, l'estimation, suivant sa valeur au
« temps et au lieu convenus par le contrat pour la restitution ; ou, si ce
« lieu et ce temps n'ont pas été convenus, suivant sa valeur eu égard au
« temps et au lieu où la chose a été donnée. » Pothier cite ici la loi 22,
ff. *de Rebus creditis*, mais avec une altération ; car il dit : eu égard au
lieu où la chose a été donnée, et le jurisconsulte dit *ubi petitum est*,
ce qui peut être bien différent. Du reste, la décision de Pothier, sur ce
point particulier, est préférable, sans contredit, et elle a été adoptée par
le Code.

« de la condamnation ; car la peine de la démettre est
 « que le débiteur en indemnise le créancier, en lui
 « faisant raison non-seulement de la perte que la de-
 « mettre lui a fait souffrir, mais du profit dont elle
 « le prive (traité *des Obligations*, n° 143). Or, il est
 « évident qu'elle le prive de l'augmentation qui est
 « survenue dans le prix ; car, si le débiteur lui eût li-
 « vré la chose lorsqu'elle lui a été demandée, le créan-
 « cier, qui aurait la chose, profiterait de l'augmenta-
 « tion qui est survenue sur cette chose. C'est ainsi
 « que Cujas, dans son ouvrage sur les lois de Julien,
 « concilie cette loi (22 *de Rebus creditis*) avec la loi
 « 3, ff. *de Condict. tritic.*, où il dit que l'estimation de
 « la chose due se fait eu égard à ce qu'elle vaut au
 « temps de la condamnation. »

Cependant, Cujas lui-même a écrit le contraire sur la loi 59, ff. *de Verb. obl.*, qui est de Julien, comme la loi 22 *de Reb. creditis*. Il s'exprime ainsi sur le cas où il y avait un terme fixé pour la restitution du prêt, et où il y a eu, non pas arrangement entre les parties dès la demande, circonstance imaginée par Pothier, mais condamnation du débiteur : *Finge : frumentum mutuo accepi, et promisi me id redditurum kalendis Juliis. Si frumentum pluris sit kalendis Juliis, quam tempore contractus, nisi frumentum solvero quanti fuerit kalendis Juliis, condemnabor : æquè si minoris fuerit, ejus temporis æstimationem præstando liberabor ; NEC AMPLIUS CRESCET OBLIGATIO. Idem et in cæteris rebus juris est.*

Ainsi, ou Cujas s'est contredit, ou Pothier lui a

prêté une décision qui n'était pas la sienne : *nec amplius crescet obligatio*, quoique la chose qui n'est pas rendue en nature eût augmenté de valeur depuis l'époque convenue pour la restitution ; rien n'est plus positif que ce passage, et l'on ne trouve, dans les lois romaines, sur lesquelles s'appuie cependant Pothier, aucune trace de la distinction qu'il fait entre le cas où les parties s'accordent sur la somme à payer, aussitôt la demande formée, et le cas où il faut, au contraire, en venir à une condamnation ; tous les textes supposent même qu'il y aura jugement. Si l'on objectait que Cujas ne s'est occupé ici que de l'augmentation de valeur qui a pu survenir depuis le prêt jusqu'à l'époque fixée pour la restitution, et non de celle qui a pu avoir lieu depuis cette dernière époque jusqu'au jugement, nous répondrions que l'une était cependant aussi facile à prévoir que l'autre, et Cujas n'aurait pas dû s'exprimer d'une manière aussi générale qu'il l'a fait, si l'on devait avoir égard aussi à la seconde.

590. Quoi qu'il en soit, rien n'indique que les rédacteurs du Code aient admis la distinction à laquelle a eu recours Pothier pour concilier entre elles les lois romaines citées ci-dessus. Le montant de l'obligation de l'emprunteur qui ne rend pas les choses au temps et au lieu convenus est de la valeur de ces choses à ce temps et à ce lieu, plus, d'après l'article 1904, les intérêts de cette somme à compter de la demande en justice. Et s'il n'y a pas eu de temps ni de lieu fixés pour la restitution, l'emprunteur doit payer la valeur qu'avaient les choses au temps et au lieu où elles ont

été prêtées. Si une époque a été fixée pour la restitution et qu'il n'ait rien été dit sur le lieu où elle devrait être faite, on s'attachera à la valeur des choses à cette époque dans le lieu où elles ont été prêtées; et, *vice versa*, si un lieu différent a été convenu, mais qu'il n'ait rien été dit touchant l'époque où les choses devaient être rendues, on s'attachera à la valeur qu'elles avaient dans le lieu convenu au temps où le prêt a été fait; et les intérêts seront également dus à compter de la demande, dans ces divers cas, sauf ce qui va être dit sur celui où le juge accorde un délai en vertu des articles 1900 et 1901; et sans préjudice des intérêts qui auraient été convenus jusqu'à la restitution, mais sans qu'il y ait lieu à ces derniers intérêts à partir de la demande, puisqu'ils sont remplacés par ceux qui courent, en vertu de l'article 1904, à compter de cette époque. L'article 1149 est une disposition générale, et l'article 1903 une disposition spéciale sur le cas de prêt. On a probablement voulu prévenir les difficultés qui auraient pu s'élever au sujet de ces allégations d'augmentation de valeur. D'ailleurs s'il y a eu diminution, le prêteur n'aura pas à en souffrir.

591. Toutefois, pour que la loi soit égale pour les deux parties, il faut que l'emprunteur qui s'est laissé assigner faute de restitution ne puisse plus, contre le gré du créancier, offrir les choses en nature dans le cours du procès, au cas où elles auraient diminué de valeur depuis la demande, même avec les intérêts depuis qu'elle a été formée; autrement il profiterait seul de la chance favorable, en laissant la mauvaise à la

charge du créancier. En effet, si, ayant reçu du blé qui valait, par exemple, 20 francs l'hectolitre à l'époque où il en devait faire la restitution d'après le prix du temps et du lieu où elle devait être faite suivant la convention, ou d'après le prix du temps et du lieu où le prêt a été fait, s'il n'y avait rien eu de dit à cet égard, il offrait ensuite du blé lorsque ce blé ne vaudrait plus que 15 francs l'hectolitre, tandis qu'il en valait peut-être 25 au moment de la demande, qui ne voit qu'il profiterait de sa demeure à remplir son obligation, et ferait de la sorte supporter la perte au prêteur? Or, cela ne doit pas être : la demande en justice, en ce cas, doit opérer une conversion de l'obligation de rendre les denrées prêtées, en une obligation de somme, dont le montant a été déterminé d'après la valeur indiquée par l'article 1903, et suivant la distinction qu'il établit entre le cas où le temps et le lieu de la restitution ont été fixés dans le contrat, et le cas contraire. Cet article dit positivement que l'emprunteur qui ne rend pas les choses prêtées.... en doit *payer la valeur*, etc.

Si l'on objectait que, d'après la manière dont nous interprétons nous-même cet article, le prêteur est bien privé de l'avantage de l'augmentation survenue depuis la demande jusqu'au jugement, et même de celle survenue depuis l'époque où la restitution devait être faite d'après la convention jusqu'à la demande, nous répondrions que cela est vrai, mais que l'article est positif à cet égard ; au lieu qu'il n'autorise pas l'emprunteur qui n'a pas rendu les choses prêtées

quand il devait les rendre, à les offrir depuis la demande formée contre lui, puisqu'au contraire il doit, en ce cas, en payer la valeur suivant le prix du temps et du lieu convenus pour la restitution, ou suivant le prix du temps et du lieu où le prêt a été fait, s'il n'a rien été dit touchant l'époque et le lieu où les choses prêtées devaient être rendues.

Au surplus, cette dernière décision n'est point applicable au cas où le juge est autorisé, d'après les articles 1900 et 1901, à accorder un terme à l'emprunteur, et qu'il l'accorde en effet; car alors l'obligation reste la même. En rendant les choses prêtées au terme que le juge lui a accordé, l'emprunteur satisfait pleinement au jugement; seulement, s'il ne le faisait pas, il devrait être condamné, par un nouveau jugement, à payer le prix des choses dues, suivant la valeur qu'elles avaient au temps et au lieu où il devait les rendre d'après le premier jugement, ou suivant la valeur du temps et du lieu où le prêt a été fait, au choix du créancier. C'eût été en effet suivant cette dernière valeur que l'estimation aurait été faite si le débiteur n'avait pas obtenu de terme; or, puisqu'il n'a pas rendu les choses à cette époque, les droits du créancier doivent être entiers; et si nous accordons à ce dernier l'option, c'est parce qu'en effet le débiteur ne peut pas se plaindre de payer la valeur des choses au terme que le juge lui avait accordé, lorsqu'il ne restitue pas les choses elles-mêmes.

592. L'emprunteur qui ne rend pas les choses prêtées, ou leur valeur, au terme convenu, en doit bien

l'intérêt à compter du jour de la demande en justice, et il en est de même s'il n'offre pas de la rendre au lieu où il doit la rendre, car c'est comme s'il ne la rendait pas ; mais l'article 1904 ne s'explique ainsi que relativement au cas où le contrat de prêt contenait un temps fixé pour la restitution. Or, si le contrat est muet à cet égard, et que le juge accorde un délai à l'emprunteur, suivant les circonstances, il peut bien le faire à la charge de l'intérêt, mais s'il l'a accordé purement et simplement, les intérêts n'ont pas dû courir jusqu'à l'expiration de ce délai, parce que l'emprunteur alors n'est point à proprement parler en demeure : le juge interprète quelle a pu être l'intention des parties touchant la durée du temps pendant lequel il aurait à jouir des choses prêtées. Et à plus forte raison en est-il ainsi du cas où le contrat portait que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens ; car alors le juge doit lui accorder et lui fixer un délai, qui est censé faire partie de contrat, dont il est l'interprète ; et, dans ce cas, il nous paraît qu'il ne doit même pas fixer le délai à la charge de l'intérêt, sauf à lui à le régler suivant les circonstances, ainsi que l'article 1901 lui en donne le pouvoir. Nous raisonnons, au surplus, dans la supposition où des intérêts n'auraient pas été stipulés, ainsi qu'ils pouvaient l'être en toute espèce de prêt de consommation, comme on va le voir au paragraphe suivant.

CHAPITRE IV.

DU PRÊT A INTÉRÊT.

SOMMAIRE.

593. *Anciennement il était défendu de stipuler des intérêts dans un simple prêt de consommation.*
 594. *Ce qui a été changé par un décret de l'Assemblée Constituante.*
 595. *Plus tard, on a même considéré l'argent comme marchandise, et permis, en conséquence, de stipuler des intérêts au taux qu'il plairait aux parties de convenir.*
 596. *Dans le Code, on a considéré le prêt à intérêt sous un double rapport.*

593. Le contrat de prêt est bien gratuit de sa nature, mais les lois modernes ont permis d'y stipuler des intérêts ; au lieu qu'anciennement, aussi bien en Droit civil qu'en Droit canonique ¹, les stipulations d'intérêt en matière de prêt étaient illicites, comme usuraires, quel que fût le taux de l'intérêt.

Pour tirer un intérêt de l'argent on avait été réduit à imaginer le contrat de constitution de rente, dont nous parlerons tout à l'heure ; et, dans ce cas, l'intérêt prenait le nom d'*arrérages*.

594. Mais les publicistes ² et les économistes ayant vivement réclamé contre ces prohibitions, comme

¹ Mais nous n'entendons point parler du Droit romain.

L'intérêt s'y appelait *usura*, et l'on donnait anciennement le nom d'*usure* à toute espèce d'intérêts stipulés dans un prêt, quel qu'en fût le taux.

² Voyez Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XXII, chap. XIX et XX, qui considérait l'argent comme pouvant être licitement loué, pourvu que le prix de ce loyer fût modéré, en rapport avec l'usage ou la jouissance des deniers.

contraires au bien de l'agriculture et du commerce, et même comme propres à faciliter les usures énormes déguisées, l'Assemblée Constituante décréta, le 2 octobre 1789, que « tous particuliers, corps, « communautés et gens de main morte, pourraient à « l'avenir prêter l'argent à terme fixe, avec stipulation d'intérêt suivant le taux déterminé par la loi, « sans entendre rien innover aux usages du commerce. »

Comme l'intérêt légal (en d'autres matières que le prêt) était alors de cinq pour cent, sauf la retenue du cinquième, représentatif des contributions, on put dès lors en stipuler un semblable dans les prêts; mais la retenue du cinquième étant alors de droit, elle avait lieu aussi dans le prêt. Ce ne fut que le 22 novembre 1790, que la même Assemblée permit la stipulation de la non retenue ¹.

§95. La loi du 11 avril 1793, en déclarant expressément l'argent *marchandise*, ouvrit la porte à l'usure la plus monstrueuse, tellement que les stipulations d'intérêts devinrent une speculation ordinaire.

Ce fut sous l'influence de ces principes, dont on ne croyait pas encore pouvoir s'affranchir sans quelque inconvénient, que furent rédigées les dispositions suivantes du Code civil : « Il est permis de stipuler des « intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières. » (Art. 1905.)

« L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt

¹ Voyez au Répertoire de M. Favard de Langlade, l'histoire de la législation sur l'intérêt, au mot *Intérêts*.

« conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. » (Art. 1907.)

Ces dernières expressions faisaient clairement entendre qu'une loi future viendrait régler le taux de l'intérêt conventionnel ; et, c'est en effet ce qui a eu lieu par la loi du 3 septembre 1807, dont nous rapporterons bientôt les dispositions.

596. Les rédacteurs du Code ont considéré le prêt à intérêt sous un double point de vue : ou comme un prêt ordinaire, ou comme un contrat de constitution de rente, selon que le remboursement du capital est, de droit commun, exigible ou non. Mais, en réalité, dans le dernier cas, le contrat n'est point un véritable prêt, et les rédacteurs du Code l'ont eux-mêmes reconnu en disant qu'en ce cas le prêt *prend* le nom de *constitution de rente*. (Art. 1909.)

Quoi qu'il en soit, nous distinguerons les deux espèces de contrats, et pour cela nous traiterons de chacun d'eux dans une section particulière.

SECTION PREMIÈRE.

DU PRÊT A INTÉRÊT PROPREMENT DIT.

SOMMAIRE.

- 597. *Le Code permet de stipuler des intérêts, et au taux qu'il plaira aux parties de convenir, dans le prêt de toute sorte de choses mobilières.*
- 598. *Mais le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.*
- 599. *Le paiement d'intérêts non stipulés n'est pas sujet à répétition.*
- 600. *A moins qu'il n'y ait eu erreur ou usure.*
- 601. *Texte de la loi du 3 septembre 1807.*

602. *Cette loi n'a porté aucune atteinte aux effets des stipulations insérées dans des actes ou contrats antérieurs, même en ce qui concernait les intérêts échus depuis sa promulgation : décision contraire réfutée.*
603. *Si elle s'applique aux contrats de constitution de rente moyennant un capital qu'on s'interdit d'exiger.*
604. *La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le paiement, et en opère la libération.*
605. *Si cette règle s'applique à toute espèce de dette produisant intérêts.*
606. *Elle ne constitue point, au surplus, une de ces présomptions contre lesquelles la loi n'admet pas de preuve contraire.*

597. Nous venons de dire qu'il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières. (Art. 1905.)

Ainsi, je puis très-bien, en prêtant vingt mesures de blé pour un an, stipuler que l'emprunteur m'en rendra vingt et une.

Et d'après l'article 1907, l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.

598. Mais, dans la vue probablement de mettre un frein à la cupidité des prêteurs, le même article exige que le taux de l'intérêt conventionnel soit fixé par écrit. Cela veut clairement dire que la preuve par témoins d'une convention verbale d'intérêts est inadmissible, même quand il s'agirait d'une valeur au-dessous de cent cinquante francs.

Bien mieux, il n'y aurait même pas lieu à déférer le serment, ni à faire interroger le débiteur sur le fait de cette promesse d'intérêt. La loi voulait qu'elle fût rédigée par écrit, afin de prévenir toute difficulté à ce

sujet. On peut considérer la promesse non rédigée par écrit, comme, en Droit romain, on considérait la promesse d'intérêts qui, dans un contrat de prêt, n'était point faite en la forme de la stipulation, mais du simple pacte, promesse qui ne produisait aucune action. Et nous ne croyons pas que la loi du 3 septembre 1807 ait implicitement abrogé cette disposition.

Mais l'article 1907, qui veut que le taux de l'intérêt conventionnel soit fixé par écrit, ne doit pas être entendu en ce sens, que la stipulation d'intérêts est nulle lorsqu'elle a été déguisée et fondue dans un acte avec le capital; elle ne serait nulle, ou plutôt réductible, qu'autant qu'elle serait excessive ¹.

599. L'emprunteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés ne peut ni les répéter ni les imputer sur le capital. (Art. 1906.)

Il est censé avoir voulu reconnaître le service qui lui a été rendu; il a acquitté une sorte d'obligation naturelle: or, celui qui a acquitté volontairement une obligation naturelle ne peut répéter ce qu'il a payé. (Art. 1235.)

600. Mais si c'était par erreur que le débiteur eût payé quelque chose pour des intérêts qui n'étaient pas stipulés, par exemple, s'il en avait payé par erreur de plus forts que ceux qui avaient été convenus, nul doute qu'il ne pût répéter, ou imputer sur le capital qui serait encore dû, ce qu'il aurait indûment payé; car, indépendamment du motif d'erreur, qu'il pourrait

¹ Voyez, en ce sens, l'arrêt de la cour de cassation du 25 janvier 1815; Sirey, 15, I, 265.

faire valoir, il aurait aussi celui tiré du dol du créancier. Il en serait de même si un héritier, croyant fausement que la somme due par son auteur était due avec intérêt, avait payé quelque chose à titre d'intérêt, sans que le créancier l'eût averti de son erreur.

Enfin si, au sujet d'un prêt fait depuis la loi du 3 septembre 1807, le débiteur avait payé des intérêts usuraires stipulés par le contrat, il pourrait répéter ou faire imputer sur le capital ce qui excéderait le taux permis.

604. Cette loi est ainsi conçue :

Art. 1^{er}. « L'intérêt conventionnel ne pourra ex-
« céder, en matière civile, cinq pour cent, ni en ma-
« tière de commerce, six pour cent, le tout sans re-
« tenue.

2. « L'intérêt légal sera, en matière civile, de cinq
« pour cent; et en matière de commerce, de six pour
« cent, aussi sans retenue.

3. « Lorsqu'il sera prouvé que le prêt convention-
« nel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé
« par l'article premier, le prêteur sera condamné,
« par le tribunal saisi de la contestation, à restituer
« cet excédant, s'il l'a reçu, ou à souffrir une réduc-
« tion sur le principal de la créance, et pourra même
« être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal de
« police correctionnelle, pour y être jugé conformé-
« ment à l'article suivant.

4. « Tout individu qui sera prévenu de se livrer
« habituellement à l'usure, sera traduit devant le tri-
« bunal de police correctionnelle, et, en cas de con-

« viction, condamné à une amende qui ne pourra
 « excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à
 « usure.

« S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroque-
 « rie de la part du prêteur, il sera condamné, outre
 « l'amende ci-dessus, à un emprisonnement qui ne
 « pourra excéder deux années.

5. « Il n'est rien innové aux stipulations d'intérêts
 « par contrats ou autres actes faits jusqu'au jour de
 « la publication de la présente loi. »

602. Cette dernière disposition est l'application du principe général, que la loi n'a pas d'effet rétroactif (art. 2 du Code civil), principe conservateur et hors duquel tout serait bouleversé dans les traités des citoyens¹.

Et non-seulement on doit le décider ainsi à l'égard des intérêts convenus par les actes ou contrats passés sous l'empire de lois qui permettaient de stipuler les intérêts au taux qui conviendrait aux parties, et échus à l'époque de la publication de la loi ci-dessus, mais encore à l'égard d'intérêts ou arrérages stipulés par ces contrats ou actes, et échus seulement depuis cette loi ; car autrement on donnerait aussi atteinte au principe de la non-rétroactivité.

Toutefois, le contraire a été jugé par la cour d'Angen, et sur le pourvoi en cassation, est intervenu arrêt de rejet. A la vérité, il ne s'agissait pas, dans l'espèce,

¹ Voyez au Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *Intérêts*, deux arrêts de cassation rendus par application de ce principe et de l'article 5 de la loi du 3 septembre précitée, l'un du 11 avril 1810, et l'autre du 29 janvier 1812.

de réduire au taux de la loi de 1807, des intérêts stipulés, par un contrat antérieur, à un taux plus élevé, et échus depuis la publication de cette loi ; il s'agissait, au contraire, d'intérêts réclamés à six pour cent en matière de commerce, en vertu de la même loi, quand le fait qui leur avait donné naissance s'était passé sous l'empire d'une loi qui en fixait le taux seulement à cinq pour cent, et intérêts échus sous l'empire de la loi de 1807. Mais l'on sent que le principe est le même ; on n'a pu décider de la sorte qu'en reconnaissant qu'à l'égard d'intérêts échus depuis cette loi, quoique promis par un contrat antérieur, c'était cette même loi qui en déterminait le taux.

Dans l'espèce, le sieur Ser avait touché de la veuve Delpon une somme de 192 francs au mois de prairial an vii, et une somme de 1095 en germinal an ix, pour faits de commerce. En 1813, les héritiers Delpon assignent Ser en paiement de ces sommes, avec les *intérêts légitimes*. S'élève alors la question de savoir si les intérêts échus postérieurement à la loi du 3 septembre 1807 doivent être payés au taux de six pour cent, conformément à cette loi, qui, en matière de commerce, fixe l'intérêt à ce taux, ou bien au taux de cinq pour cent, conformément aux lois existantes en l'an vii et en l'an ix, sous l'empire desquelles les quasi-contrats s'étaient formés, et qui fixaient l'intérêt à cinq pour cent en matière de commerce comme en matière civile.

Jugement du tribunal de Cahors, qui décide que les intérêts échus depuis la loi du 3 septembre 1807 doivent être payés à six pour cent.

Appel et arrêt confirmatif de la cour d'Agen, du 4 juin 1814.

Pourvoi en cassation, pour fausse application de l'article 2 de la loi du 3 septembre 1807, et violation de l'article 5 de la même loi, et de l'article 2 du Code civil.

Pour le demandeur en cassation, l'on a dit que les lois n'ont point d'effet rétroactif, et qu'appliquer celle de septembre 1807 aux intérêts échus depuis sa publication, mais dus à raison de quasi-contrats antérieurs, c'était évidemment lui donner un effet rétroactif; car le principe de la non-rétroactivité veut que l'on exécute les conventions suivant la loi sous l'empire de laquelle elles ont eu lieu; et il en est de même des autres faits qui produisent des obligations, tels que les quasi-contrats. Tout ce qui est relatif à un engagement déjà formé lors de la publication d'une nouvelle loi ne doit pas moins être régi par la loi ancienne, quoique tel ou tel fait relatif à ce contrat n'ait eu lieu que sous la loi nouvelle; autrement les particuliers ne pourraient traiter avec sécurité: ce serait tromper leur attente, que de soumettre les effets de leur engagement à une loi qu'elles ne pouvaient même pas prévoir.

Mais ces raisons, bien fortes, selon nous, n'ont point été écoutées, et par arrêt du 13 mai 1817, le pourvoi a été rejeté, en ces termes:

« Attendu que, dans l'allocation, telle qu'elle est
 « faite par l'arrêt attaqué, des intérêts de sommes ca-
 « pitales dont la condamnation est prononcée contre
 « le demandeur, la cour d'Agen n'a fait de la loi du

« 3 septembre 1807 que la plus juste application,
« et n'a pu encourir le reproche d'avoir entaché sa
« décision du vice de rétroactivité, parce que cette loi
« est de la nature de celles qui saisissent les indivi-
« dus, et ont l'effet de régir leurs contrats ou quasi-
« contrats, du jour de leur promulgation, ce qui écarte
« la violation de l'article 2 du Code civil, et de l'ar-
« ticle 5 de ladite loi ; rejette. »

Il est impossible, suivant notre opinion, de donner à une décision judiciaire un motif plus frivole et plus arbitraire que celui-ci : « *La loi du 3 septembre 1807 est de la nature de celles qui saisissent les individus et ont l'effet de régir leurs contrats ou quasi-contrats, du jour de leur promulgation.* » Les lois qui saisissent les individus sont celles qui règlent leur capacité, telle que celle sur la majorité, etc. ; mais les lois qui régissent l'effet des conventions n'exercent leur empire que sur celles qui ont été arrêtées depuis leur promulgation : tout autre système est captieux, arbitraire et plein de dangers.

M. Favard de Langlade ¹ a dit, pour justifier cette doctrine : « Sans doute que tout ce qui touche à la substance d'un contrat, à sa forme, à l'interprétation de ses dispositions, ne peut être régi que par la loi sous l'empire de laquelle il a été consenti ; et ce serait donner un effet rétroactif à cette loi, que de décider les contestations qui s'élèvent à cet égard par une loi postérieure.

« Mais il n'en est pas ainsi des faits résultant de ce

¹ Répertoire, v^o *Intérêts*, § 6.

contrat, qui se perpétuent et se renouvellent tous les jours, comme les arrérages d'une rente, les intérêts d'une créance : ceux de ces faits qui se sont passés sous l'empire de la nouvelle loi seront régis par elle, et elle n'aura point en cela d'effet rétroactif, puisqu'ils lui sont postérieurs. Il y aurait effet rétroactif si, par l'effet de la loi du 3 septembre 1807, on réduisait des intérêts échus avant sa publication, parce qu'il s'agirait *de droits acquis* ; mais quand elle a été publiée, les intérêts à échoir n'étaient *qu'une simple espérance*, et les lois ne s'arrêtent pas devant de semblables droits. C'est ainsi que, par arrêt du 12 mai 1819, la cour de cassation a décidé que le débiteur d'une rente constituée consentie sous une loi qui n'autorisait pas le créancier à exiger le remboursement du capital, faute de paiement des arrérages pendant deux années, peut cependant être forcé au remboursement, si, depuis la publication du Code civil, il laisse passer deux ans sans acquitter les arrérages. »

La cour de cassation n'a pas seulement jugé ce dernier point une fois, elle l'a jugé plusieurs ; mais, sans nous expliquer à ce sujet quant à présent, nous pouvons du moins dire que nous ne voyons pas la similitude qu'on prétend trouver entre ce cas et celui d'intérêts échus sous l'empire d'une loi nouvelle, et stipulés dans un contrat antérieur, à un taux différent de celui établi par cette loi. On dit que ces intérêts sont des *faits* passés sous l'empire de la loi nouvelle : mais qu'est-ce que cela fait à la question ? Ces faits ne sont pas moins le résultat d'un contrat passé sous la

loi ancienne ; ils ont été prévus et réglés, et le temps nécessaire sans doute à leur accomplissement n'est pas ce qui les a produits : leur cause créatrice, c'est le contrat. *Les intérêts échus sous l'empire de la loi nouvelle n'étaient pour le créancier qu'une simple espérance avant la promulgation de cette loi.* Qu'est-ce que cela veut dire ? Une loi nouvelle a-t-elle pu, sans rétroactivité, détruire, altérer ou modifier cette espérance ? Non, certes. On n'oserait pas soutenir qu'une loi nouvelle pourrait, sans rétroactivité, changer la nature ou les effets d'une convention sous condition suspensive, sous prétexte que la condition n'était pas encore accomplie lors de sa promulgation, et que le fait de son accomplissement est un fait nouveau ; et cependant c'est bien relativement à une créance conditionnelle qu'il est vrai de dire qu'il n'y a qu'une simple espérance, *tantum spes debitum iri*. Mais, au contraire, les intérêts d'une créance, les arrérages d'une rente, ne forment point une simple espérance : ils forment des dettes à terme, et le terme ne suspend point l'engagement ; il en retarde seulement l'exécution. Les raisonnemens ci-dessus ne sont donc que de purs sophismes, de pures subtilités, des mots au lieu de principes. Il faut tenir, au contraire, que la disposition de l'article 5 de la loi du 3 septembre 1807 a voulu que les contrats existant lors de sa promulgation fussent exécutés selon leur forme et teneur. Où eût été d'ailleurs la nécessité de cette disposition relativement aux intérêts déjà échus, lorsque le Code civil permettait de les stipuler au taux qui convien-

draît aux parties ? N'allait-il pas de soi que le débiteur ne pourrait répéter ces intérêts, ni se dispenser de les payer, s'il ne l'avait pas encore fait ? L'article 2 du Code civil n'eût-il pas été un obstacle invincible à une telle prétention ? L'utilité de la disposition ne se faisait donc sentir que pour les intérêts futurs, et elle a été portée précisément pour prévenir l'effet des raisonnemens que nous venons de réfuter : cela est de toute évidence. N'a-t-on pas d'ailleurs jugé maintes fois, et par arrêt de cassation, nonobstant ces raisonnemens, que les arrérages de rente foncière et le prix des baux à ferme, qui ne se prescrivaient anciennement que par trente ans, et échus avant le Code, n'étaient point soumis à la prescription de cinq ans, établie par l'article 2277, quoiqu'il se fût écoulé cinq ans, depuis le Code, au moment où ils étaient réclamés¹ ? Cependant ce laps de cinq ans écoulé sous le Code était bien un fait passé sous l'empire de la loi nouvelle. Mais les cours royales n'avaient pu juger comme elles l'avaient fait, qu'en méconnaissant le principe que les prescriptions commencées lors de la publication de la loi sur *la Prescription* doivent être réglées conformément aux lois anciennes. (Art. 2281.)

Le principe de la décision combattue serait en outre d'une évidente injustice ; car celui qui avait prêté son argent, sous la foi d'une loi qui lui permettait de stipuler des intérêts à tel taux, et qui n'a pu cependant le redemander avant l'échéance du terme, aurait pu,

¹ Voyez notamment l'arrêt de cassation du 21 décembre 1812 (Sirey, 13, I, 182) ; celui du 28 décembre 1813 (Sirey, 14, I, 92) ; et enfin celui du 30 janvier 1816 : Sirey, 16, I, 221.

de cette manière, éprouver un véritable préjudice, puisqu'il n'aurait peut-être pas prêté au taux de la nouvelle loi ; il aurait peut-être acheté des biens, ou fait une opération de commerce, ou placé ses fonds dans quelque compagnie, etc.

605. Nous ne saurions partager non plus l'opinion de M. Favard de Langlade sur un autre point : il dit dans son Répertoire, *vº Intérêts*, que la loi du 3 septembre 1807 ne s'applique pas aux contrats de constitution. Il s'exprime ainsi : « La loi du 3 septembre
« ne s'applique pas aux arrérages des rentes consti-
« tuées à un taux plus élevé que l'intérêt légal, parce
« qu'elle ne parle que du *prêt à intérêt* proprement
« dit, et non du *contrat de constitution*, où le capital
« étant aliéné, le prêteur a définitivement renoncé au
« droit d'en exiger le remboursement. C'est bien aussi
« ce qu'avait décidé l'édit du mois de février 1770,
« qui, en fixant les intérêts au denier vingt, avait
« ajouté : *N'entendons rien innover aux contrats de*
« *constitution, ni aux billets portant promesse de passer*
« *contrat de constitution*. Et le Code civil a clairement
« confirmé cette distinction, en classant à part ces
« deux contrats, par ses articles 1905, 1907 et 1909. »

Le Code civil regarde, au contraire, comme un *prêt*, le contrat de constitution fait moyennant un capital dont on s'interdit d'exiger le remboursement : l'article 1909 donne positivement le nom de *prêteur* à celui qui livre le capital, et cet article est placé sous le chapitre intitulé *du Prêt à intérêt*¹. Il statue sur la sti-

¹ L'article 1912 lui donne pareillement ce nom.

pulation d'intérêt moyennant un capital que le *prêteur* s'interdit d'exiger, et la loi de septembre 1807 dit d'une manière générale, par son article 1^{er}, que l'*intérêt conventionnel* ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent, et en matière de commerce, six pour cent, le tout sans retenue. Or, on ne peut nier que, dans le cas aussi de constitution, il n'y ait un *intérêt conventionnel*, un *intérêt stipulé* ; le Code civil le dit positivement. Qu'importe que, d'après diverses dispositions du Code lui-même ¹, et d'après la doctrine, les intérêts prennent, en ce cas, plus particulièrement le nom d'*arrérages* ; cela ne fait rien à la question. Le législateur, en rédigeant la loi de 1807, n'avait pu oublier que le Code civil considérait comme *intérêt conventionnel* celui qui est stipulé moyennant un capital que le *prêteur* s'interdit d'exiger, et par conséquent il a voulu l'embrasser dans sa disposition, aussi bien que celui qui est stipulé pour un prêt ordinaire ; la preuve, c'est qu'il n'a pas rappelé dans cette loi la réserve faite dans l'édit de 1770, et dont M. Favard tire argument. La circonstance que le prêteur, dans le cas de constitution, s'interdit d'exiger le remboursement, est indifférente en ce qui concerne l'usure, qu'on a dû vouloir aussi proscrire en cette matière comme en matière de prêt simple et ordinaire ; autrement il faudrait aller jusqu'à dire qu'il est licite de stipuler le taux de la rente à cinquante pour cent, et encore au-delà, car une fois la démarcation franchie, on ne pourrait qu'arbitrairement poser une limite ; et celui qui a

¹ Notamment dans les articles 574 et 1409.

besoin d'argent souscrirait à ces conditions désastreuses, aussi bien dans un contrat de constitution que dans un simple prêt. Objecterait-on qu'il aura la faculté de rembourser, pour se libérer d'un intérêt aussi ruineux, tandis que celui qui emprunte à terme et à intérêt est obligé de payer les intérêts pour le temps convenu? Mais que l'on songe donc que, dans le contrat de constitution, le créancier peut aujourd'hui stipuler que son remboursement ne lui sera pas fait avant dix ans (art. 1911), et c'est précisément ce que ferait un prêteur avide : on donnerait le nom de constitution de rente à un acte qui ne serait au fond qu'un simple prêt avec usure énorme. Non, les rédacteurs de la loi de 1807 n'ont pu vouloir distinguer à cet égard : il n'y a rien dans la loi ni dans le discours de l'orateur¹ qui a présenté le projet de loi à l'adoption du corps législatif, qui indique qu'on ait entendu faire cette distinction. Ils se sont attachés *aux stipulations d'intérêt*, à *l'intérêt conventionnel*, et uniquement à cela : or, c'est un intérêt conventionnel, celui qui est fixé moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger. (Article 1909.)

604. Comme il est naturel que le créancier impute d'abord sur les intérêts, s'il lui en est dû, ce qui lui est payé par le débiteur, tellement que la loi elle-même, en l'absence d'une imputation différente, la ferait sur les intérêts (art. 1254), on a déduit de là cette règle, que la quittance du capital donnée sans

¹ M. Jolivet.

réserve des intérêts en fait présumer le paiement, et en opère la libération. (Art. 1908.)

605. Et quoique cette règle soit placée ici à l'occasion du prêt à intérêt, au lieu de l'être au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, nous sommes portés à penser qu'elle est applicable aussi aux autres dettes produisant intérêts ou arrérages, nonobstant le principe que les présomptions légales ne doivent pas facilement s'étendre d'un cas à un autre; car la raison est absolument la même dans les autres dettes.

606. Au surplus, cette présomption n'est pas du nombre de celles qui excluent toute preuve contraire ¹. L'article 1352, qui porte que « nulle preuve n'est » admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur « le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins » qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce « qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire, » n'est point applicable à ce cas; car, bien que l'article 1908 n'ait pas réservé la preuve contraire, néanmoins, comme il ne s'agit ici ni d'un cas où la loi annule l'acte, ni d'un cas où elle dénie l'action en justice, mais bien d'une simple présomption de libération, cette présomption peut et doit céder à l'évidence de la preuve du contraire ²; et cette preuve pourrait très-bien résulter d'un acte ou d'une lettre où le débiteur

¹ C'est ce que nous avons déjà dit en parlant *des présomptions*, tome XIII, n° 431.

² *Vide* même volume, n° 412.

reconnaîtrait qu'il doit encore les intérêts, et que c'est à raison de telle ou telle circonstance qu'il a demandé et que le créancier lui a donné une quittance sans faire la réserve desdits intérêts. L'aveu du débiteur détruirait aussi l'effet de la présomption, et le serment pourrait très-bien lui être déféré par le créancier.

SECTION II.

DE LA CONSTITUTION DE RENTES MOYENNANT UN CAPITAL QU'ON S'INTERDIT D'EXIGER.

SOMMAIRE.

- 607. *On peut stipuler un intérêt moyennant un capital qu'on s'interdit d'exiger, et le prêt, dans ce cas, prend le nom de constitution de rente.*
- 608. *Ce contrat était inconnu dans le Droit romain ; motifs qui l'ont fait introduire.*
- 609. *La rente constituée en perpétuel peut toutefois avoir une autre cause que l'aliénation d'un capital.*
- 610. *La rente constituée moyennant un capital peut être en perpétuel ou en viager ; renvoi à un titre ultérieur pour la rente viagère.*
- 611. *La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable : modification.*
- 612. *Conséquence, dans l'ancien Droit, du principe que cette rente est essentiellement rachetable.*
- 613. *Si le remboursement peut se faire par les héritiers du débiteur pour la part de chacun d'eux.*
- 614. *Trois cas d'exception au principe que le créancier ne peut exiger le remboursement du capital.*
- 615. *La jurisprudence décide aussi, à l'égard d'un contrat ancien, que le débiteur peut être contraint au rachat, s'il a cessé de remplir ses obligations pendant deux années.*
- 616. *Le juge ne peut accorder de délai au débiteur qui se trouve dans ce cas.*
- 617. *De quand l'on doit compter les deux années.*
- 618. *Les deux années doivent être consécutives.*

619. *Dans le cas où la rente est portable, le débiteur se met de lui-même en demeure en ne la servant pas : conséquence.*
620. *Quand elle est quérable, il doit être mis en demeure, et de quelle manière il peut l'être.*
621. *Le remboursement ne peut être exigé de celui des héritiers du débiteur qui fait le service de la rente pour sa part, quoique son cohéritier ne l'ait pas servie pour la sienne, sauf l'effet de l'action hypothécaire.*
622. *S'il peut être exigé pour défaut de service de la rente pendant deux ans, dans les cas où elle a été constituée pour autre cause que l'aliénation d'un capital.*
623. *L'article 1912, n° 1^{er}, ne s'applique pas à un prêt ordinaire.*
624. *Les offres de remboursement faites par le débiteur, et non agréées par le créancier, ni déclarées valables par un jugement passé en force de chose jugée, n'autorisent pas ce dernier à l'exiger.*
625. *Et quand ce n'est que par suite de dol ou de surprise de la part du créancier que le débiteur a cessé de servir la rente pendant deux ans consécutifs, le remboursement ne peut pas non plus être exigé.*
626. *Si les juges peuvent accorder un délai au débiteur pour fournir les sûretés promises par le contrat ; et si des sûretés équivalentes à celles qui avaient été indiquées peuvent être fournies à leur place, lorsque le débiteur ne peut pas fournir les premières.*
627. *Le débiteur qui a détruit ou diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat est comme celui qui n'a pas fourni celles qu'il avait promises.*
628. *Quid de celui qui a aliéné une partie des biens hypothéqués pour sûreté de la rente ?*
629. *Renvoi à un volume précédent pour le cas où le remboursement devient exigible par suite de la faillite ou de la déconfiture du débiteur.*
630. *Renvoi aussi relativement à la compensation entre le débiteur et le créancier, débiteur de son côté envers lui.*

607. On peut stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger.

Dans ce cas, le prêt prend le nom de constitution de rente. (Art. 1909.)

608. Ce contrat, inconnu dans le Droit romain, a pris naissance dans le Droit canonique, vers le quatorzième siècle. Il fut imaginé pour donner le moyen de tirer un revenu de l'argent en aliénant à toujours le capital, et pour obvier ainsi aux inconvénients qu'offraient les prohibitions de stipuler des intérêts en matière de prêt. Il fallait bien aussi trouver un moyen de procurer de l'argent à ceux qui ne voulaient pas vendre leurs biens-fonds, ou qui n'en avaient pas, et qui ne pouvaient toujours trouver à emprunter gratuitement.

Au lieu de voir dans cet acte un prêt, on feignait une vente : on supposait que celui qui s'obligeait à servir la rente, vendait cette rente, moyennant le capital qui lui était compté ; et le contrat, au lieu de s'appeler prêt, a été nommé *constitution de rente*. L'interdiction du droit de pouvoir exiger le remboursement le faisait en effet singulièrement différer du prêt de consommation. Mais, d'un autre côté, comme il ne paraissait pas conforme aux principes de la liberté naturelle qu'un homme pût rester obligé à perpétuité, ainsi que ses héritiers, il fut reconnu qu'il serait de l'essence de la constitution de rente en perpétuel, d'être essentiellement rachetable à la volonté du débiteur. C'était comme une vente faite à réméré stipulé à toujours.

Mais depuis qu'il a été licite de retirer un intérêt de l'argent prêté, les contrats de constitution de rente

ont dû, comme on le sent bien, être infiniment moins communs, et, en effet, il ne s'en fait que bien rarement pour aliénation d'un capital.

609. Toutefois, quoique l'article 1909 ne parle de ce contrat qu'à l'occasion d'un capital dont celui qui le compte s'interdit d'exiger le remboursement, la constitution de rente en perpétuel peut néanmoins avoir lieu aussi pour autre cause : elle peut avoir lieu à titre gratuit, ou par voie de transaction ou d'accommodement, ou pour vente ou cession d'un immeuble, auquel cas elle est régie par l'article 530, sauf ce que nous dirons *infra*, n° 622.

610. La rente constituée moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger peut être constituée de deux manières : en perpétuel ou en viager. (Article 1910.)

Mais les règles concernant les rentes viagères étant établies au titre *des Contrats aléatoires* (art. 1914), nous renvoyons à ce titre pour en faire l'analyse.

611. La rente constituée en perpétuel est essentiellement rachetable. (Art. 1911.)

Néanmoins, par dérogation aux anciens principes, les parties peuvent convenir que le rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne peut excéder dix ans, ou sans avoir averti le créancier au terme d'avance qu'elles auront déterminé. (*Ibid.*)

Mais l'on sent que ce terme ne devrait pas excéder dix années.

Il pourrait toutefois aller jusque-là, parce que ce ne serait point contraindre le débiteur à rester obligé

à la rente plus de dix années depuis qu'il aurait manifesté la volonté de s'en libérer. Le Code n'ayant pas dit quel serait ce terme d'avance, et ayant dit que les parties pourraient le déterminer, il est naturel de croire qu'il a entendu leur permettre de convenir que le remboursement ne pourrait être fait qu'après dix ans depuis l'avertissement.

Et si l'acte portait que le débiteur ne pourra pas faire le rachat avant quinze ans, par exemple, à partir du contrat, on ne devrait pas regarder la clause comme nulle dans son ensemble, de manière que le débiteur pût faire le rachat de suite, ou dans les dix ans : le délai fixé devrait seulement être réduit, et à dix années à partir du contrat, par argument de l'article 1660, qui défend bien de stipuler la faculté de réméré pour plus de cinq ans, mais qui veut cependant, si elle a été stipulée pour un temps plus long, qu'elle soit seulement réduite à ce terme.

642. Anciennement, toute clause qui tendait à empêcher le débiteur de se libérer à volonté dénaturait le contrat de constitution de rente, et le laissait avec le caractère de prêt déguisé, lorsqu'il avait eu lieu moyennant l'aliénation d'un capital : d'où l'on tirait la conséquence que ce qui avait été payé à titre d'arrérages n'était en réalité qu'un intérêt, une *usure*, qui, à ce titre, était imputable sur le capital, que le débiteur pouvait rembourser à volonté, nonobstant la clause.

643. Lorsque le débiteur est venu à mourir laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux peut-il se libérer in

dividuellement, nonobstant le refus du créancier de recevoir une part seulement du capital ?

Dans l'ancien Droit, l'on décidait bien que le paiement des arrérages pouvait se faire par chacun des héritiers du débiteur, pour sa part héréditaire ; il n'y avait aucune difficulté à cet égard. Mais l'on décidait le contraire quant au remboursement du capital¹, à moins que le créancier n'y consentît. On se fondait sur ce que le contrat de constitution de rente était considéré comme une vente de cette rente, qu'en faisait le débiteur au créancier, avec faculté pour le premier et ses héritiers de pouvoir toujours s'en racheter : or, disait-on, de même qu'un acheteur à réméré ne peut être forcé de souffrir le réméré pour partie seulement, quoique exercé par les héritiers du vendeur (art. 1669 et 1670 combinés) ; de même le créancier de la rente, qui en est réputé l'acheteur, ne doit pas être contraint d'en souffrir le remboursement partiel, quoique offert par un héritier du débiteur.

Mais comme aujourd'hui, que le prêt à intérêt est permis, la constitution de rente n'est plus considérée sous le même point de vue ; que c'est un prêt, avec interdiction seulement de pouvoir exiger le remboursement du capital, si ce n'est encore dans les cas déterminés par la loi, on ne devrait plus suivre les mêmes principes, du moins pour les rentes constituées depuis que le prêt à intérêt est permis : l'obligation, sous ce rapport, est une obligation ordinaire,

¹ Notamment Dumoulin et Pothier, qui considéraient l'obligation comme indivisible *solutione*, même quant aux héritiers du débiteur, et indépendamment de l'effet de l'hypothèque.

divisible par conséquent entre les héritiers du débiteur, aussi bien pour le capital que pour les arrérages, et par conséquent remboursable par chaque héritier, pour sa part, sous la limitation, toutefois, exprimée dans la seconde partie de l'article 1911, et sauf l'effet de l'action hypothécaire.

Au reste, fidèle au principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif, et que tous les effets d'un contrat doivent se régir par la loi, la coutume ou l'usage du lieu sous l'empire desquels il a pris naissance, nous ne déciderions pas la même chose à l'égard d'un contrat ancien; car le créancier, en faisant ce contrat, savait que son remboursement ne pourrait lui être fait par partie malgré lui par les héritiers du débiteur, et son attente ne doit pas être trompée.

Quant aux héritiers du créancier, si la rente a été divisée entre eux, il ne saurait y avoir de difficulté: le débiteur peut faire le remboursement de la part de l'un d'eux sans le faire pour la part des autres. Cela ne regarde point celui auquel il est offert. Mais quand la rente appartient en entier à l'un des héritiers du créancier, par l'effet du partage de la succession, il y a un peu plus de doute, à cause de l'article 883, portant que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement aux objets échus à son lot; aussi M. Delvincourt n'accordait-il pas, dans ce cas, au débiteur, le droit de rembourser la rente partiellement. Mais, suivant nous, l'article 883 ne s'applique point aux créances, que la loi elle-même (art. 1220) divise entre les héritiers du créancier, et

par conséquent, le partage qui est fait ensuite, et qui attribue la totalité de la rente à l'un des héritiers, ne peut nuire en aucune façon aux tiers ; ce n'est là qu'une cession de la part des autres héritiers, et voilà tout. Or, le débiteur de la rente ayant eu le droit, dès la mort du créancier, de faire le remboursement à chacun de ses héritiers, pour sa part, il n'a pas dû en être privé par le partage fait ensuite entre eux, ou par tout autre acte qui aurait attribué la totalité de la rente à l'un d'eux.

644. Quoique, par la nature du contrat de constitution de rente en perpétuel, le créancier s'interdise le droit de pouvoir exiger le remboursement du capital qu'il a fourni, néanmoins il peut être relevé de cette interdiction en certains cas :

1° Lorsque le débiteur cesse de remplir ses obligations pendant deux années ;

2° S'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat ;

3° Lorsqu'il tombe en faillite ou en déconfiture.
(Art. 1912 en 1931.)

Analysons chacun de ces cas.

645. *Lorsque le débiteur cesse de remplir ses obligations pendant deux années.* La jurisprudence a appliqué cette disposition aux rentes anciennes constituées sous l'empire de lois ou coutumes qui n'autorisaient pas le créancier à exiger son remboursement par le fait seul que le débiteur avait cessé de faire le service de la rente pendant deux années consécutives. La cour de Turin avait pensé que ce serait donner à l'article 1912

un effet rétroactif, que de l'appliquer à un contrat ancien ; mais la cour de cassation, après un délibéré de trois jours, en la chambre du conseil, et contrairement aux conclusions du ministère public, a cassé l'arrêt, le 6 juillet 1812 ¹, sur le motif que les *faits d'exécution* d'un acte antérieur, mais qui se sont passés sous le Code, sont et doivent être régis par le Code. Depuis, la jurisprudence s'est formée en ce sens, ainsi qu'il résulte notamment des arrêts du 8 avril 1818, et 12 mai 1819, rapportés au répertoire de M. Favard de Langlade, v^o *Prêt*, n^{os} 7, 8 et 9, et qui ont eu à juger aussi d'autres points, dont nous allons parler.

Pour dire notre pensée, nous croyons que l'on a donné à l'article 1912 un effet rétroactif, et que le motif ci-dessus, qui a principalement servi de base au premier de ces arrêts, est extrêmement subtil, pour ne rien dire de plus. Sans doute, le débiteur d'une rente constituée par un contrat ancien, et qui cesse d'en faire le service, doit pouvoir être contraint au remboursement, en vertu du principe, existant de tout temps, que lorsque l'une des parties ne remplit pas ses engagements, l'autre doit être déliée des siens (art. 1184) ; mais dans ce cas, c'est aux tribunaux à prononcer la résiliation du contrat, et ils peuvent accorder au débiteur des délais, suivant les circonstances. Or, comme anciennement le seul défaut de paiement des arrérages de la rente pendant deux années ne donnait pas lieu de suite au remboursement forcé, que les tribunaux accordaient un plus long délai, on aurait

¹ Sirey, 1812, part. I, pag. 281.

pu, en suivant l'esprit de la loi ou de la coutume sous l'empire de laquelle le contrat avait été passé, fixer au débiteur, en retard de deux ans, un certain temps pour qu'il eût à se libérer des arrérages échus, faute de quoi le remboursement eût été exigible.

646. Au lieu que pour les rentes constituées sous le Code, les tribunaux n'ont pas cette faculté : c'est une déchéance prononcée par la loi elle-même ; ce n'est pas à proprement parler une résiliation de contrat, de la nature de celle sur laquelle statue l'article 1184, car la constitution de rente n'est pas à proprement parler un contrat synallagmatique : c'est une déchéance, pour le débiteur, de la faculté de pouvoir garder à toujours le capital au moyen du service de la rente, déchéance prononcée par la loi elle-même, et que les tribunaux ne font qu'appliquer. En sorte que l'article 1244 ne peut être invoqué par le débiteur qui a cessé pendant deux ans de remplir ses obligations, ni être appliqué d'office par le juge : c'est comme si les parties elles-mêmes avaient formellement écrit la condition résolutoire dans le contrat ¹.

647. Mais quand le débiteur doit-il être considéré comme ayant cessé pendant deux années d'avoir rempli ses obligations ? Faut-il compter les deux ans à partir du jour du dernier paiement effectué, ou seulement du jour où devait se faire le dernier de ceux qui n'ont pas été faits ? La cour de Caen, par son arrêt

¹ Voyez en ce sens, dans Sirey, tome XIII, part. I, pag. 597 et suivantes, les arrêts de la cour de Dijon et de la cour de cassation en date du 21 juillet 1809, et du 4 novembre 1812, que nous avons déjà eu occasion de citer en analysant l'article 1184, au tome XI, n° 89.

du 26 juillet 1820, avait jugé en ce dernier sens. La question lui étant spécialement soumise, elle trouva l'interprétation de l'article 1912 tellement ardue, qu'elle crut devoir renvoyer la cause à une audience solennelle, où elle décida que le débiteur qui n'avait pas payé, à leur échéance, ni l'année d'arrérages exigibles, au terme du contrat de constitution, le 10 septembre 1816, ni l'année exigible le 10 septembre 1817, quoique valablement mis en demeure par le créancier, ne pouvait encore être contraint au rachat : qu'il n'eût pu l'être qu'au 10 septembre 1818, et faute par lui d'avoir payé avant cette dernière époque; c'était, comme l'on voit, reconnaître que la déchéance n'est encourue qu'au bout de trois ans à partir du jour où le dernier paiement a été effectué.

Les motifs de cette décision, longuement développés dans l'arrêt, se réduisaient, en dernière analyse, comme l'a fort bien observé M. Favard de Langlade, dans son Répertoire, au mot *Prêt*, à une espèce d'abus des mots *remplir ses obligations*. « Les défendeurs, a dit la cour, n'ayant pas été débiteurs des arrérages de la rente avant leur échéance, n'avaient pas eu jusque-là d'*obligations à remplir*; ce n'est donc que de cette échéance que doivent courir les deux années de l'article 1912. »

Sur le pourvoi formé contre cet arrêt, on a dit, pour le demandeur :

1^o Que les arrérages de rentes constituées sont dus *de die in diem*, quelle que soit l'époque de leur exigibilité; que l'obligation de les acquitter existe indé-

pendamment de celle d'en réaliser le paiement à l'échéance du terme convenu, et que c'est pour cela que la loi s'est servie de ces expressions, *remplir ses obligations*.

2° Qu'en tout cas, il est indifférent que les défendeurs aient ou n'aient pas eu d'obligations à remplir avant l'échéance fixée au 10 septembre de chaque année, puisqu'en n'acquittant à leur échéance, ni les arrérages de l'année exigible le 10 septembre 1816, ni ceux de l'année exigible le 10 septembre 1817, il est évident que, pendant ces deux années, ils avaient cessé de remplir leurs obligations.

En conséquence de ces conclusions est intervenu, le 12 novembre 1822, arrêt de cassation, en ces termes :

« Vu l'article 1912 du Code civil :

« Attendu que cet article dispose que le débiteur
« d'une rente constituée en perpétuel peut être con-
« traint au rachat, s'il cesse, pendant deux années,
« de remplir ses obligations ; que cette disposition est
« conçue dans des termes qui ne sont pas susceptibles
« d'équivoque, et signifient clairement que le débiteur
« qui, pendant deux années, n'en a pas acquitté les
« arrérages au jour de l'échéance, peut être contraint
« à rembourser le capital ;

« Attendu, en fait, que les défendeurs et les dé-
« faillans avaient été mis en demeure, par l'acte extra-
« judiciaire du 20 septembre 1816, de payer les
« arrérages dus et exigibles de la rente dont il s'agit,
« constituée en perpétuel par leur auteur, le 10 sep-

« tembre 1754 ; qu'à cette époque, ils étaient débiteurs
« d'une première année, échue le 10 septembre 1816,
« et d'une seconde année, le 10 septembre 1817 ;
« qu'ainsi, pendant ces deux années 1816 et 1817,
« ils avaient cessé de remplir leurs obligations ; que,
« dans cette position, le sieur Thibout était en droit
« de demander qu'ils fussent contraints au rachat du
« capital, et qu'en le déclarant non-recevable dans
« cette demande, sous le prétexte que les deux années
« mentionnées par l'article 1912 du Code civil ne
« doivent commencer à courir que du jour de l'é-
« chéance d'une première année, en sorte que le
« rachat n'est exigible qu'après le non-paiement de
« trois années d'arrérages, la cour royale a ajouté au
« texte de la loi, qui n'accorde aucun délai autre que
« celui de deux années, et expressément violé l'ar-
« ticle 1912 du Code civil :

« La cour donne défaut contre les défaillans, et,
« adjugeant le profit du défaut, casse et annule l'arrêt
« de la cour royale de Caen du 26 juillet 1820, etc. »

648. Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut bien être contraint au remboursement du capital s'il cesse de remplir ses engagements pendant deux années, mais il faut pour cela que ce soit pendant deux années consécutives ; en sorte que, s'il a cessé de les remplir, par exemple, en 1841, il n'est pas assujetti au remboursement, s'il les a remplis en 1842, quoiqu'il ne les ait pas remplis en 1843. L'imputation, dans les quittances, en pareil cas, sera donc d'une grande importance ; et, suivant ce que nous avons dit

en traitant *des offres*, au tome XII, n° 206, le débiteur peut faire des offres valables des arrérages échus en telle année, sans être tenu d'offrir en même temps ceux des années précédentes, afin d'éviter la déchéance prononcée par l'article 1912. Mais comme Dumoulin et Pothier enseignent que le créancier ne peut être contraint de recevoir les dernières années avant d'avoir reçu les précédentes, parce que cela mettrait, disaient-ils, de la confusion dans ses comptes, *ne rationes ejus turbentur*, il convient de se reporter à l'endroit précité pour apprécier les raisons que nous opposons à ce faible motif.

619. Il faut, de plus, que le débiteur soit en demeure; et à cet égard la jurisprudence a fort bien distingué, selon nous, entre le cas où les arrérages ont été stipulés payables chez le créancier, et le cas où ils ont été stipulés payables chez le débiteur, ou, ce qui revient au même (art. 1247), qu'il n'a rien été dit dans le contrat touchant le lieu du paiement, entre le cas où la rente est *portable*, et le cas où elle est *quérable*, comme l'on dit dans la pratique.

Dans le cas où elle est portable, le débiteur se met de lui-même en demeure par le défaut de paiement des arrérages de la rente pendant deux années consécutives, et il encourt ainsi l'action en remboursement forcé, quand bien même il ferait des offres avant une demande en justice formée par le créancier, avant même un commandement, avant même une simple sommation de payer. A ce cas ne s'applique point l'article 1139, mais bien, au contraire, la règle *dies pro*

homine interpellat. « Attendu, en fait, a dit la cour de
« cassation dans son arrêt du 8 avril 1818, confir-
« matif d'une décision de la cour de Bourges en date
« du 14 février 1816, que la rente dont il s'agit était
« portable au lieu désigné dans l'acte du 25 juin 1784 ;
« qu'il est constant que les demandeurs, débiteurs de
« cette rente, ont cessé de remplir leurs obligations
« pendant plus de deux ans, de payer et *porter* les
« arrérages au lieu convenu pour le paiement, et que
« ce n'est qu'après l'expiration des deux années qu'ils
« en ont fait des offres réelles ;

« Attendu, en Droit, 1^o que l'article 1912 du
« Code civil dispose formellement que le débiteur
« d'une rente constituée en perpétuel peut être con-
« traint au rachat s'il cesse de remplir ses obligations
« pendant plus de deux années ; qu'il résulte de cette
« disposition que, dès le moment où les deux années
« sont expirées, le capital de la rente constituée de-
« vient exigible, de même que s'il avait été prêté à
« terme ; que le droit est donc définitivement acquis
« au créancier de contraindre le débiteur au rachat,
« et que ce droit ne peut lui être enlevé par des offres
« réelles que le débiteur ferait tardivement après l'ex-
« piration des deux années ;

« Que l'article 1912 ne soumet pas le créancier,
« dans le cas prévu, à l'obligation de mettre le débi-
« teur en demeure avant de former sa demande en
« rachat, et que la disposition de cet article est spé-
« ciale sur la matière des rentes constituées en perpé-
« tuel ; que les articles 1139 et 1656 ne statuent que

« sur des contrats d'espèces différentes, et que d'ail-
 « leurs, ni ces articles, ni les articles 1183 et 1184,
 « ne peuvent être applicables à des prêts en argent,
 « qui ne sont pas des contrats synallagmatiques;

« De tout quoi il suit que l'arrêt dénoncé, loin d'a-
 « voir violé, dans l'espèce, l'article 1912, en a fait,
 « au contraire, une juste application, la cour re-
 « jette, etc. »

Un arrêt de la même cour du 16 décembre sui-
 vant a consacré les mêmes principes¹.

620. Il n'en est pas de même dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la rente est *quérable* : la cessation du paiement pendant deux années n'autorise pas le créancier à exiger le remboursement du capital avant d'avoir mis le débiteur en demeure. Mais lorsque celui-ci est en demeure, soit par un commandement, soit par une sommation, s'il ne satisfait point à ce commandement ou à cette sommation, il peut être contraint au rachat, quand même il aurait fait des offres réelles avant l'exercice de l'action en remboursement, ainsi que l'a jugé la cour suprême, par arrêt de cassation du 12 mai 1819, dont l'espèce, avec l'arrêt, est rapportée au Répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Prêt*, n° 8.

Même décision dans un arrêt de la même cour du 18 décembre 1822.

En vain a-t-on dit pour le débiteur, qu'il lui fallait au moins un délai moral pour satisfaire à la somma-

¹ Sirey, 1819, I, 174. L'espèce du premier se trouve dans le Répertoire de M. Favard de Langlade, v° *Prêt*, n° 7.

tion ; qu'il pourrait ne pas se trouver chez lui au moment où elle lui est faite : on a répondu qu'il devait y être, ou laisser les fonds à quelqu'un des siens ; qu'il est averti par le contrat, qu'il doit payer tel jour, et que ce délai moral invoqué n'étant point déterminé par la loi, on ne pourrait le fixer qu'arbitrairement, que ce serait là une source de difficultés.

Mais remarquez bien que si le créancier débute par une demande en remboursement, au lieu de faire une sommation au débiteur de payer les arrérages échus, celui-ci n'est pas par là constitué en demeure, de manière à ne pouvoir plus offrir les arrérages ; car on ne lui en a pas demandé le paiement ; on lui a demandé autre chose : il peut donc encore les offrir, tant qu'un acte ne le constituera pas en demeure de les payer. Toutefois, le créancier n'est pas obligé de faire deux actes : dans son exploit de demande en remboursement, il peut faire sommation de payer de suite les arrérages échus, et si le débiteur n'y satisfait pas sur-le-champ, il ne peut plus faire des offres, et par conséquent éviter le remboursement.

Et il ne suffit pas, lorsque la rente est *quérable*, que le débiteur ait été seulement sommé de payer la première ou la dernière des deux années qu'il n'a pas payées ; il faut qu'il ait été mis en demeure pour toutes deux ; car la sommation relative à l'une d'elles seulement ne peut évidemment avoir effet pour l'autre, et il n'est pas vrai de dire alors qu'il a été mis en demeure pour n'avoir pas rempli ses obligations pendant deux années : or, dans ce cas, où la rente est quéra-

ble, l'on reconnaît qu'il faut qu'il soit mis en demeure de les remplir, pour qu'il doive être contraint au rachat. Il faut donc lui faire sommation pour les deux années. Du reste, on peut le faire par le même acte.

621. Et remarquez aussi que, si le débiteur est décédé, laissant plusieurs héritiers, comme chacun d'eux, suivant ce qui a été dit plus haut, ne doit que sa part dans les arrérages, que c'est là la seule obligation qu'il ait à remplir, s'il l'a effectivement remplie, il ne peut pas être contraint au remboursement, même pour sa part, à raison de ce que son cohéritier n'a pas rempli la sienne; sauf l'effet de l'action hypothécaire, quant à la part de ce dernier, dans le cas où celui qui a payé la sienne dans les arrérages serait détenteur, en tout ou partie, des immeubles hypothéqués pour sûreté du service de la rente, conformément à l'article 2114. Mais on ne pourrait pas lui demander sa part personnelle dans le capital, puisqu'il n'a point encouru l'action en remboursement forcé, et que la dette, quant au capital lui-même, se divise entre les héritiers du débiteur, comme en matière de prêt proprement dit.

622. Quoique l'article 1912 soit placé au titre du *Prêt*, et fasse suite à ceux qui parlent de la rente constituée en perpétuel moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger, néanmoins il ne nous paraît pas douteux que le débiteur d'une rente constituée par transaction, ou pour vente de denrées ou autres choses mobilières, ou par arrangement de partage, ne puisse également être contraint au rachat, s'il cesse de rem-

plir ses obligations pendant deux années. L'expression générale de *débiteur*, employée dans cet article, nous paraît demander cette solution; et d'ailleurs la raison est la même que dans le cas d'abandon ou de remise d'un capital.

Et comme nous l'avons dit sur l'article 530, au tome IV, n° 147 à 156 *inclusivè*, si le prix de la vente ou de la cession d'un immeuble a été converti en une rente constituée en perpétuel, notre article 1912 est alors applicable. Cela serait incontestable si la convention avait eu lieu par un acte postérieur; mais, de plus, cette décision recevrait aussi son application quoique ce fût par l'acte même de vente ou de cession que la convention eût eu lieu, si, des termes dont se seraient servies les parties, il résultait qu'elles ont entendu créer une rente de cette nature, par une sorte de novation, à la place du prix d'abord mentionné dans l'acte. Dans le cas contraire, on appliquerait les décisions que nous avons données au même endroit. Les différences sont au surplus fort importantes sous d'autres rapports : il est inutile de les rappeler ici, puisqu'elles ont été suffisamment expliquées à cet endroit.

Mais il nous paraîtrait dur d'appliquer cet article à celui qui aurait constitué la rente à titre purement gratuit, quoique ce fût par contrat de mariage : un donateur ne devrait pas être traité avec cette rigueur. Quant à son héritier, ou quant à l'héritier de celui qui aurait constitué une rente de cette nature par son testament, ce qui sera rare, mais ce qui n'est point in-

terdit, c'est autre chose : les motifs n'existent point, du moins au même degré ; et l'on devrait aussi, suivant nous, leur appliquer la disposition de notre article.

625. Au surplus, elle ne s'applique pas à un emprunteur ordinaire qui a cessé de payer pendant deux ans les intérêts stipulés. Il a bien fallu venir au secours du créancier d'une rente, qui ne peut pas exiger son remboursement, et qui n'est pas payé des arrérages ; mais un prêteur ordinaire n'est pas dans le même cas : il poursuivra le débiteur à l'époque fixée pour le remboursement ; il peut même le poursuivre de suite pour les intérêts échus ; et si le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, ou diminue par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat au créancier, la dette devient dès-lors exigible, aux termes de l'article 1188.

Aussi, importe-t-il bien de voir quelle a été l'intention des parties dans un acte dont les termes seraient obscurs : si elles ont entendu faire un contrat de constitution de rente, ou simplement un prêt sans fixation d'époque de remboursement, comme on le prévoit dans l'article 1900 pour le cas d'un prêt fait sans intérêt. Suivant nous, s'il avait simplement été dit, dans un acte contenant numération de deniers, que l'emprunteur en paiera les intérêts à cinq pour cent *jusqu'au remboursement*, ce serait plutôt un prêt, qu'une constitution de rente, surtout si l'acte était sous signature privée ; car les contrats de constitution se font généralement par acte public, et d'ordinaire on y stipule une hypothèque, pour assurer le service de la rente.

624. De ce que le débiteur aurait offert son remboursement, ce ne serait pas une raison pour que le créancier pût l'exiger, si les offres n'avaient pas été agréées par lui, ou déclarées valables par un jugement passé en force de chose jugée, même dans le cas où les offres auraient été suivies de consignation; car jusque-là le débiteur a eu le droit de les retirer. (Art. 1261 et 1262¹.)

625. Et lorsque c'est par le dol personnel du créancier, que le débiteur a été empêché d'acquitter exactement les arrérages, l'article 1912 cesse d'être applicable, attendu que le dol et la fraude font exception à toutes les règles².

Tel serait, par la même raison, le cas où le débiteur produirait un écrit ou une lettre par laquelle le créancier déclarait lui accorder des délais.

626. Sur le second cas prévu à notre article 1912, lorsque le débiteur d'une rente constituée en perpétuel manque à fournir les sûretés promises par le contrat, nous ne pensons pas que la déchéance ou le remboursement forcé du capital ait lieu de plein droit par ce seul fait. Dans ce cas, le tribunal pourrait, suivant nous, accorder un délai dans lequel ces sûretés seraient fournies.

¹ Voyez l'arrêt de cassation du 3 janvier 1809, rapporté au Répertoire de M. Favard de Langlade, avec l'espèce; en observant toutefois qu'il n'y est pas fait mention de la circonstance que les offres avaient été suivies de consignation; mais cette circonstance est indifférente: la consignation n'opère pas par elle-même un paiement définitif et irrévocable: la preuve s'en trouve dans l'article 1261.

² Voyez l'arrêt de la cour de cassation, section civile, du 31 août 1818: Sirey, 1819, I, 70.

Et si les termes de l'acte n'indiquaient pas que c'est à ces sûretés que s'est spécialement attaché le prêteur, l'emprunteur devrait être admis à en fournir d'équivalentes. Par exemple, s'il avait promis de fournir une caution, et qu'il n'en pût pas ensuite trouver une convenable, il devrait être admis à fournir un gage suffisant, par argument de l'article 2041, qui le décide ainsi à l'égard de celui qui, obligé par la loi ou par un jugement à en fournir une, n'a pu en trouver. De même, si l'emprunteur avait promis de fournir une hypothèque sur une maison qui est venue à brûler aussitôt après le contrat, il devrait être reçu à en fournir une sur un immeuble qui présenterait autant de sûreté au prêteur, et cela, par argument de l'article 2131.

Le défaut, par l'emprunteur, de fournir les sûretés promises par le contrat, peut n'être pas l'effet d'une mauvaise volonté de sa part; il a pu en être empêché par quelque circonstance particulière : il peut d'ailleurs y avoir contestation sur le point de savoir s'il a ou non suffisamment rempli ses obligations à cet égard, et ces raisons, qui ont motivé la disposition de l'article 1184, sont également applicables ici. Au lieu que, quand il s'agit du défaut de service de la rente pendant deux années, l'emprunteur n'a aucune excuse à faire valoir : il était averti de la déchéance qu'il encourrait s'il ne remplissait pas ses obligations pendant tout ce temps : ce qu'il devait, c'étaient des sommes, qu'un débiteur de rente, sous le Code, s'oblige rigoureusement à payer aux échéances, sinon il est forcé

au remboursement, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années.

627. Mais l'on doit assimiler au débiteur qui n'a pas fourni les sûretés promises par le contrat, celui qui a détruit ou diminué celles qu'il avait données (1188). Tel serait le cas du débiteur d'une rente qui avait donné une hypothèque sur une maison pour sûreté du service de la rente, et qui aurait démoli la maison. Mais si c'était par accident que cette maison fût venue à périr, ou à éprouver des dépérissemens de manière à ne présenter plus les sûretés suffisantes, le débiteur devrait être admis à fournir un supplément d'hypothèque¹; mais il devrait en fournir un, sinon le remboursement du capital pourrait être exigé, conformément à l'article 2131.

628. Le débiteur d'une rente peut-il être contraint au remboursement du capital lorsqu'une partie quelconque des biens hypothéqués pour sûreté de la rente ont été vendus, si cette partie de biens peut être purgée de l'hypothèque, et, par suite, le créancier être exposé à recevoir un paiement partiel? Est-ce là une diminution des sûretés données par le créancier?

Plusieurs arrêts², que nous analysons au tome XI,

¹ La cour de Paris, par son arrêt du 22 août 1814, avait bien jugé en ce sens, mais sa décision a été cassée par arrêt du 17 mars 1818, dont nous parlons au titre *des Privilèges et hypothèques*, tome XIX, n° 380. La cour de cassation a vu dans l'article 2131 une obligation alternative au choix du créancier, quoique la perte ou diminution des biens hypothéqués fût le résultat d'un pur cas fortuit. Tel n'est pas notre avis. *Voyez* ce que nous disons à ce sujet à l'endroit précité.

² Celui de la cour d'Amiens du 9 juin 1808; celui de rejet du 9 janvier 1810 (Sirey, 1812, I, 139), et celui de cassation du 4 mai 1812: Sirey, 1812, I, 131.

n° 126 et suivans, ont décidé qu'un débiteur ordinaire est déchu du bénéfice du terme, pour avoir vendu une partie seulement des biens hypothéqués à la dette : or, la raison est la même pour le cas d'une rente, puisque le remboursement peut un jour en être exigé, et que, par suite de la purge de l'hypothèque de la partie de biens aliénés, le créancier de la rente se trouve également exposé à recevoir un remboursement partiel. Mais cette jurisprudence ne serait point applicable au cas où le contrat d'aliénation interdirait formellement à l'acquéreur de purger l'hypothèque. En second lieu, elle ne devrait pas s'appliquer non plus à celui où la partie de biens vendue l'aurait été pour un prix qui suffirait amplement au remboursement du capital de la rente, au cas où l'acquéreur voudrait purger¹. Enfin il nous paraît même bien rigoureux, dans les autres cas, de forcer le débiteur au remboursement avant que l'acquéreur se mette en mesure de purger. Comme c'est un point que nous avons suffisamment discuté à l'endroit cité, nous nous contenterons d'y renvoyer.

629. Le cas où le remboursement devient exigible par suite de la faillite ou de la déconfiture du débiteur, ne donne lieu à aucune observation particulière. Voyez, à ce-sujet, tome XI, n° 116 et suivans.

630. Le débiteur d'une rente constituée en perpétuel, créancier d'une somme exigible due par celui auquel il doit la rente, et égale au moins au capital

¹ Dans l'espèce de l'arrêt de la cour d'Amiens, la partie d'immeubles aliénée était cependant infiniment minime, relativement à la totalité des objets hypothéqués.

de cette rente, peut lui opposer la compensation, et par là éteindre la rente, pourvu qu'il n'y eût pas lieu d'appliquer la disposition de la seconde partie de l'article 1911. Mais le débiteur de la somme exigible ne peut pas lui opposer la compensation, parce que de cette manière, ce serait exiger le remboursement de la rente : il ne le pourrait que dans le cas où il serait en droit d'exiger ce remboursement. C'est dire clairement qu'il n'y a pas lieu à la compensation légale. Et quant au point de savoir si le débiteur de la rente peut l'éteindre pour partie seulement par voie de compensation facultative, sans offrir le remboursement du surplus, nous l'avons décidé négativement au tome XII, n° 410, où nous donnons la raison de cette décision. Mais il le peut sans difficulté s'il offre en même temps le paiement de la différence entre le capital de la rente et ce qui lui est dû. A plus forte raison le pourrait-il s'il lui était dû au-delà du capital de la rente, et que sa créance fût exigible. Mais deux rentes, même parfaitement égales, ne pourraient s'éteindre par voie de compensation que d'un commun accord, puisqu'aucune des deux dettes ne serait *exigible*, du moins de droit commun.

FIN DU DIX-SEPTIÈME VOLUME.



TABLE DES MATIÈRES.

TITRE VIII.

Du Contrat de louage.

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales et définitions des divers contrats de louage. Pag. 1

CHAPITRE II.

Du louage des choses. 15

SECTION PREMIÈRE.

Des choses qui peuvent être la matière du contrat de louage. *ibid.*

SECTION II.

Des personnes qui peuvent former le contrat de louage. 20

SECTION III.

Règles communes aux baux de maisons et de biens ruraux. 31

§ I^{er}. Comment se forme et se prouve le contrat de louage d'immeubles. *ibid.*

§ II. Des obligations du bailleur. 44

§ III. Des droits et des obligations du preneur. 64

§ IV. Comment finit le contrat de louage des choses, et dispositions relatives à la fin ou résiliation du contrat. 99

SECTION IV.

Des règles particulières aux baux à loyer. 155

SECTION V.

Des règles particulières aux baux à ferme. 173

CHAPITRE III.

Du louage d'ouvrage. 221

Notions préliminaires. *ibid.*

SECTION PREMIÈRE.

Du louage des domestiques et des ouvriers. 225

SECTION II.

Des voituriers par terre ou par eau. Pag. 243

SECTION III.

Des devis et marchés. 254

CHAPITRE IV.

Du bail à cheptel. 278

SECTION PREMIÈRE.

Dispositions générales. *ibid.*

SECTION II.

Du cheptel simple. 281

SECTION III.

Du cheptel à moitié. 314

SECTION IV.

Du cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou à son colon
partiaire. 316§ I^{er}. Du cheptel donné au fermier. 317

§ II. Du cheptel donné au colon partiaire. 322

SECTION V.

Du contrat improprement appelé cheptel. 326

TITRE IX.

Du contrat de société. 328

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales sur la nature du contrat de société, sur sa
forme et sa preuve. *ibid.*

SECTION PREMIÈRE.

De la nature du contrat de société. *ibid.*

SECTION II.

De la forme et de la preuve du contrat de société. 346

CHAPITRE II.

Des diverses espèces de sociétés. 356

SECTION PREMIÈRE.

Des sociétés universelles.	Pag. 356
§ I ^{er} . De la société universelle de tous biens présens.	357
§ II. De la société universelle de gains.	375
§ III. Entre quelles personnes peuvent avoir lieu les sociétés soit de tous biens présens, soit seulement de toute espèce de gains. .	385

SECTION II.

Des sociétés particulières.	400
-------------------------------------	-----

CHAPITRE III.

Des engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers. . . .	407
--	-----

SECTION PREMIÈRE.

Des engagements des associés entre eux ou envers la société.	408
§ I ^{er} . A quelle époque commence, et combien de temps dure la société	409
§ II. Des obligations de chaque associé envers la société.	416
§ III. Des obligations de la société envers chaque associé, ou des droits de chacun d'eux envers elle, ou sur les choses qui en composent le fonds.	432
§ IV. Des parts.	455
§ V. De l'administration des affaires de la société.	496

SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers.	516
---	-----

CHAPITRE IV.

Des manières dont finit la société, du partage, et de ses effets. . . .	536
---	-----

SECTION PREMIÈRE.

Des manières dont finit la société.	<i>ibid.</i>
---	--------------

SECTION II.

Du partage de la société, et de ses effets.	572
Disposition relative aux sociétés de commerce.	574

TITRE X.

Du prêt.	575
Notions préliminaires.	<i>ibid.</i>

PREMIÈRE PARTIE.

Du prêt à usage.	577
--------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du prêt à usage, des choses qui peuvent en être la matière, et des personnes entre lesquelles il peut avoir lieu. Pag. 577

SECTION PREMIÈRE.

De la nature du prêt à usage. *ibid.*

SECTION II.

Des choses qui peuvent être la matière du prêt à usage. 586

SECTION III.

Des personnes entre lesquelles peut avoir lieu le contrat de prêt à usage. 589

CHAPITRE II.

Des engagements de l'emprunteur. 595

CHAPITRE III.

Des engagements de celui qui prête à usage. 617

DEUXIÈME PARTIE.

Du prêt de consommation, ou simple prêt. 623

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du prêt de consommation. *ibid.*

CHAPITRE II.

Des obligations du prêteur. 647

CHAPITRE III.

Des engagements de l'emprunteur. 653

CHAPITRE IV.

Du prêt à intérêt. 668

SECTION PREMIÈRE.

Du prêt à intérêt proprement dit. 670

SECTION II.

De la constitution de rente moyennant un capital qu'on s'interdit d'exiger. 685

FIN DE LA TABLE.

LIVRES DE FONDS.

Commentaire sur le Code pénal, contenant la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher, par CARNOT; seconde édition, d'après le dernier texte du Code pénal; 2 vol. in-4°. 36 fr.

Traité de la législation criminelle en France, par M. Le Graverend, 3^e édit., revue et corrigée sur les notes manuscrites de l'auteur et d'après les changements survenus dans la législation et la jurisprudence, par M. DUVERGIER, directeur des affaires civiles au ministère de la justice; 2 vol. in-4°. 36 fr.

Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle, par M. MANGIN, conseiller à la Cour de cassation; 2 vol. in-8°. 18 fr.

Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions, par le même, précédé d'une introduction par M. FAUSTIN HÉLIE; 1 vol. in-8°. 8 fr.

Cette réunion d'ouvrages sur l'ensemble de notre droit criminel forme la bibliothèque la plus complète que l'on puisse désirer sur cette matière importante.

Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France et de quelques autres états anciens et modernes, par M. J. REY (de Grenoble), conseiller à la Cour royale de Grenoble, 2^e édition entièrement refondue; 1839, 2 vol. in-8°. 12 fr.

Cours de procédure civile et de droit criminel, par M. BERRIAT-SAINT-PRIX, professeur à la Faculté de Paris, 6^e édit., entièrement refondue; 3 vol. in-8°. 18 fr. 50 c.

Institutes du droit administratif français, ou **Éléments du Code administratif**, par M. DE GERANDO, pair de France, professeur à la Faculté de droit de Paris, 2^e édit.; 4 vol. in-8°. 36 fr.

Codes français (les) conformes aux textes officiels, avec la conférence des articles entre eux; par M. C. BOURGUIGNON, nouvelle édition entièrement refondue, contenant: l'indication de la *législation intermédiaire*, les lois, décrets, ordonnances, avis du conseil d'état, circulaires qui expliquent, complètent, modifient ou abrogent certaines dispositions des Codes; les lois de la presse, les tarifs en matière civile et criminelle, les lois sur l'organisation et la discipline judiciaires, l'enregistrement, le timbre, les hypothèques, les droits de greffe, etc., etc., spécialement tous les textes donnés comme matières de thèses par la Faculté de droit de Paris; précédée d'une table chronologique, et suivie d'une table alphabétique, par M. P. ROYER-COLLARD, avocat à la Cour royale de Paris, professeur à la Faculté de droit; 1 vol. grand in-8° de 1,500 pages imprimé sur papier vélin collé. 10 fr., et relié 12 fr.

Lettres sur la profession d'avocat, par MM. CAMUS et DUPIN aîné, 5^e édit., entièrement refondue et considérablement augmentée; 2 gros vol. in-8°. 87 fr.

Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, contenant le précis des observations faites sur chaque article et les motifs de la décision du Conseil, les observations pour les concilier et en faciliter l'intelligence, par M. MALEVILLE, l'un des rédacteurs du Code civil, 3^e édit. 4 vol. in-8°. 20 fr.

Cet ouvrage est le meilleur résumé qui existe des travaux préparatoires sur le Code civil.

Corbeil, imp. de Caix.

Duranton, Alexandre
Cours de droit français suivant le 17



* 2 8 0 6 2 *