

Rau, Charles-Frédéric (1803-1877). Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, par MM. C. Aubry,... C. Rau,... 3e édition.... 1856-1858.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

4

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND

DE C.-S. ZACHARIÆ,

PAR MM.

C. AUBRY,

Doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit
de Strasbourg,

Juge suppléant au tribunal de la même ville,
Chevalier de la Légion d'Honneur.

C. RAU,

Professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de
Strasbourg,

Juge suppléant au tribunal de la même ville,
Chevalier de la Légion d'Honneur.



TROISIÈME ÉDITION,
ENTIÈREMENT REFOUNDUE ET COMPLÉTÉE.

TOME TROISIÈME.



PARIS,

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE.

COSSE, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION

ET DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA MÊME COUR ET AU CONSEIL D'ÉTAT.

Place Dauphine, 27.

1856.

DROIT CIVIL

THÉORIQUE FRANÇAIS.

Suite de la seconde partie.

SECONDE DIVISION.

DES DROITS PERSONNELS.

PREMIÈRE SUBDIVISION.

DES DROITS PERSONNELS PROPREMENT DITS (JUS OBLIGATIONUM),

PREMIÈRE SECTION.

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

SOURCES. Code Napoléon, art. 1101-1315.—Les rédacteurs du Code Napoléon ont renfermé dans un seul et même titre les règles générales qui concernent les obligations et celles qui sont relatives aux contrats. Ils ont, dans cette matière, pris pour guide principal et même exclusif, à quelques exceptions près, le Droit romain, qu'ils n'ont cependant pas puisé aux sources elles-mêmes, mais dans les ouvrages de Dumoulin, de Domat et surtout dans ceux de Pothier. Ces derniers offrent, par conséquent, le meilleur commentaire de cette partie du Code.—BIBLIOGRAPHIE : *Traité des obligations*, par Pothier.—*Traité des obligations*, par Commaille ; Paris, 1805, in-8°.—*Traité des conventions ou Commentaire sur les lois des 17 et 19 pluviôse an XII, formant les titres III et IV du livre III du Code Napoléon* ; Paris, 1807, in-8°.—*Traité des contrats et obligations*, par Daubenton ; Paris, 1813, 3 vol. in-12.—*Traité des obligations*, par Carrier ; Dijon, 1819, 1 vol. in-8°.—*Traité des contrats et des obligations en général*, par Duranton ; Paris, 1821, 4 vol. in-8°. M. Duranton a refondu cet ouvrage dans son *Cours de Droit civil*, auquel se réfèrent, sauf indication contraire, toutes nos citations.

I. NOTION DE L'OBLIGATION.

§ 296.

A tout droit correspond une obligation ¹.

Il en est ainsi, même des droits réels, qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n'appartiennent pas l'obligation de ne point y porter atteinte. Cependant cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n'est point l'objet immédiat de ces droits, dont l'existence est indépendante de l'accomplissement de toute obligation.

Les droits personnels, au contraire, ont pour objet une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister ².

Il ne peut être ici question que des obligations qui forment l'objet des droits personnels. Toutefois, les principes concernant les obligations de cette nature s'appliquent, en règle générale, à toute espèce d'obligations.

Une obligation est la nécessité juridique par suite de laquelle une personne est astreinte envers une autre, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cpr. art. 1101. La personne autorisée à exiger l'accomplissement d'une obligation se nomme créancier ; celle qui est tenue de l'accomplir se nomme débiteur. C'est pour cette raison que l'obligation et le droit personnel qui en est le corrélatif sont aussi appelés dette et créance ³.

¹ En Droit romain, le mot *obligatio* ne s'appliquait qu'aux obligations correspondant à des droits personnels. Dans le langage juridique français, on se sert indifféremment du mot *obligation*, que le droit correspondant soit personnel ou réel. Le terme *engagement* se prend spécialement pour désigner, parmi les obligations correspondant à des droits personnels, celles qui naissent d'un fait personnel à l'obligé. C'est improprement que l'art. 1370 applique ce terme à des obligations dérivant de la loi.

² La théorie des droits personnels se réduit donc à l'exposé des principes concernant les obligations qui en forment l'objet. Le rapport existant entre un droit personnel et l'obligation qui y correspond peut être comparé à celui qui unit l'effet à la cause. Un rapport inverse existe entre un droit réel et l'obligation qui y est corrélatif.

³ Une créance est aussi appelée *dette active*. On oppose à cette dernière expression celle de *dette passive*, pour désigner une dette proprement dite. Cpr. Code de commerce, art. 439 et 444.

II. DIVISIONS DES OBLIGATIONS.

§ 297.

1. *Des obligations civiles et des obligations naturelles*¹.

Les devoirs sont, ou des devoirs de pure morale, ou des devoirs juridiques (*obligations*).

Les obligations sont ou naturelles ou civiles.

Les obligations naturelles sont les devoirs qui, d'après le caractère des actes auxquels ils s'appliquent, seraient légitimement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le Droit positif n'a point élevés au rang d'obligations civiles, ou auxquels il a retiré l'efficacité attachée à de pareilles obligations².

Les obligations naturelles peuvent être, ou simplement dépourvues de la sanction du Droit positif, ou frappées de réprobation par ce Droit, en ce sens qu'on ne saurait, sans se mettre en opposition, soit avec le texte, soit avec l'esprit et le but de la loi,

¹ Cpr. *Dissertation* de M. Saturnin Vidal sur l'obligation naturelle (*Revue étrangère*, 1844, VIII, p. 342 et 367). Suivant cet auteur, la distinction des obligations naturelles et des devoirs purement moraux, ne présenterait dans notre Droit aucun intérêt, puisque les derniers pourraient comme les premières servir de cause à une obligation civile ou à un paiement. Cette théorie, inexacte à son point de départ, en ce qu'elle ne tient aucun compte du caractère propre des devoirs juridiques, qui consiste dans l'admissibilité d'une coercition extérieure, a de plus le tort de répudier les traditions de nos anciens auteurs, traditions qui ont évidemment servi de guide aux rédacteurs du Code. Voy. Pothier, *Des obligations*, nos 1, 173 et 197; Jaubert, *Rapport au Tribunat* (Loché, *Lég.*, XII, p. 464, n° 6). Elle conduit, d'ailleurs, à des solutions de détail qui nous paraissent inadmissibles. Pour justifier cette appréciation, nous nous bornerons à faire remarquer que M. Saturnin Vidal serait, dans son système, nécessairement amené à considérer comme des actes à titre onéreux, sous le rapport du fond, aussi bien que sous celui de la forme, les engagements contractés par un sentiment de pure bienfaisance ou de générosité : ce qui ne nous paraît pas admissible. Cpr. texte et note 23, *infra*.

² On définit ordinairement les obligations naturelles en disant, que ce sont celles qu'imposent la délicatesse, l'honneur ou les convenances. Cette définition manque de précision. Elle est surtout inexacte en ce qui concerne les devoirs de conscience, qui ne constituent que des devoirs de pure morale, ou des obligations imparfaites, selon l'expression de Pothier, et qui sont dénuées comme telles, de tout caractère juridique, lorsque, d'après les indications de la conscience publique, ils ne sont pas légitimement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure. Cpr. cependant § 345, texte et note 5.

leur accorder un effet juridique quelconque. Parmi les premières se trouve, par exemple, l'obligation des pères et mères de pourvoir à l'établissement de leurs enfants. On doit notamment ranger au nombre des secondes l'obligation de servir des intérêts dépassant le taux légal, et celle de payer, à l'occasion de la cession d'un office, un prix supérieur au prix porté au traité apparent.

Les obligations civiles sont celles qui sont sanctionnées, d'une manière complète, par le Droit positif. Elles sont purement civiles dans le cas où, en l'absence de tout lien naturel, elles tirent exclusivement leur origine du Droit positif. Telle est l'obligation qui résulte d'une condamnation erronée ou injuste, passée en force de chose jugée, et, en général, toute obligation dérivant d'une présomption légale qui, dans tel cas donné, se trouve en fait contraire à la vérité, et dont la loi ne permet cependant pas de démontrer la fausseté.

Il est certains devoirs auxquels la loi reconnaît implicitement ou virtuellement le caractère d'obligations naturelles. On doit notamment ranger dans cette catégorie :

1° L'obligation qui incombe aux pères et mères, de pourvoir à l'établissement de leurs enfants, par mariage ou autrement ³.

2° Les engagements annulés ou rescindés en raison d'une incapacité légale, lorsque ceux qui les ont contractés se trouvaient de fait dans les conditions requises pour donner un consentement libre et éclairé. Tels sont les engagements des mineurs parvenus à l'âge de discernement, ceux des femmes mariées non autorisées, et ceux qui ont été contractés par des interdits, dans un intervalle lucide ⁴.

3° Les engagements dérivant d'une convention qui réunit les conditions générales requises en matière de contrats, mais pour la poursuite desquels la loi, par des raisons d'utilité sociale, a dénié toute action. Telles sont les dettes de jeu et de pari ⁵.

4° L'obligation qui pèse sur le failli concordataire de désintéresser intégralement ses créanciers, malgré la remise qu'il a obtenue par son concordat ⁶.

³ Arg. art. 204, 1438 et 1439. Cpr. § 500, texte n° 2.

⁴ Arg. art. 1311 et 2012, *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 364, n° 113). *Rapport au Tribunal*, par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 460, n° 5).

⁵ Arg. art. 1235 cbn. 1967.

⁶ Arg. Code de commerce, art. 604 et suiv.

5° Les engagements naturels, reconnus et sanctionnés par la législation sous l'empire de laquelle ils ont été contractés, mais auxquels une loi nouvelle a retiré toute efficacité civile par des motifs politiques. Telle est l'obligation de servir une rente féodale ou mélangée de féodalité, supprimée sans indemnité par les lois révolutionnaires⁷.

6° Les obligations à la fois naturelles et civiles, qui ont été déclarées prescrites⁸, ainsi que celles de même nature, dont l'exécution ne peut plus être efficacement poursuivie, en raison de l'autorité de la chose jugée ou d'une prestation de serment⁹.

En dehors des obligations naturelles précédemment énumérées, on doit encore reconnaître ce caractère à tous les devoirs que le Droit positif aurait dû ou pu sanctionner sans sortir de sa sphère légitime, et sans empiéter sur le domaine de la morale. Tels sont entre autres :

1° Les devoirs imposés par la piété filiale ou par les liens du sang. C'est ainsi que le devoir du frère de fournir des aliments à son frère légitime ou naturel qui se trouve dans l'indigence constitue une obligation naturelle¹⁰. Il en est de même du devoir qui incombe aux père et mère d'un enfant naturel non légalement reconnu, de le nourrir et de l'élever¹¹.

2° Le devoir pour l'héritier de respecter et d'exécuter les dernières volontés de son auteur, quoiqu'elles n'aient été exprimées que verbalement¹².

3° Les devoirs de reconnaissance, alors du moins que les ser-

⁷ En tenant compte de l'origine historique des rentes féodales, on est forcé de reconnaître que l'obligation de les servir ne constituait pas une obligation purement civile, mais qu'elle comportait en même temps un lien naturel, qui a dû survivre à l'extinction de l'obligation civile. Toullier, VI, 486 et 383. Civ. cass., 3 juillet 1844, Sir., 44, 1, 321. Angers, 31 juillet 1822, Sir., 22, 2, 30. Req. rej., 19 juin 1832, Dalloz, 1832, 4, 250.

⁸ Arg. art. 2223. Cpr. § 775, texte et note 2, et la note suivante.

⁹ Arg. art. 1354, 1363 et 2052 cbn 1352, al. 2. Cpr. L. 28 et L. 60, *præ*. D. *de cond. ind.* (42, 6), L. 28, § 4, D. *rat. rem. hab.* (46, 8).—Les présomptions légales de la nature de celles dont il est question au texte, en s'opposant à l'exercice du droit d'action, peuvent bien être considérées comme enlevant à l'obligation sa complète efficacité civile, mais ne portent aucune atteinte au lien naturel. Pothier, n° 145. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu. (Loché, *Lég.*, XII, p. 364, n° 113.)

¹⁰ Cpr. art. 205 à 207. Req. rej., 22 août 1826, Sir., 27, 1, 152. Voy. aussi : Civ. rej., 3 août 1844, Sir., 45, 1, 10; Civ. cass., 4 août 1824, Sir., 24, 1, 371.

¹¹ Cpr., § 568 *ter*, note 9.

¹² Req. rej., 26 janvier 1826, Sir., 27, 1, 139.

vices rendus sont de la nature de ceux qui se rendent communément à prix d'argent. C'est ce qui a lieu au cas de soins extraordinaires donnés soit par un domestique, soit par un mandataire qui se serait chargé d'un mandat gratuit ¹³.

4° Le devoir auquel se trouve soumis le débiteur qui s'est libéré en assignats d'une somme qu'il avait reçue en espèces, de bonifier la différence entre la valeur nominale de ce papier-monnaie et sa valeur réelle au moment du paiement ¹⁴.

Enfin, on ne doit considérer que comme des obligations naturelles, les engagements que les parties ont qualifiés d'engagements d'honneur, ou ceux qui, d'après leur intention commune, ne devaient pas donner au créancier une action en justice. Une pareille intention peut, selon les circonstances, être admise pour la promesse qu'un débiteur tombé en faillite ou en déconfiture aurait faite à ses créanciers, dans un concordat ou contrat d'attribution, de les désintéresser au cas de retour à meilleure fortune ¹⁵.

A la différence des obligations civiles, qu'on peut faire valoir sous la garantie de l'État par voie d'action ou d'exception, les obligations naturelles n'engendrent point d'action. Cependant, elles ne sont pas dénuées de toute efficacité juridique; elles produisent, d'après les principes du Droit français, les effets suivants ¹⁶ :

1° L'obligation naturelle fournit une exception contre la demande en répétition de ce qui a été volontairement payé en l'acquit d'une pareille obligation ¹⁷. Art. 1235 et 1967. Il ne faut cependant pas conclure de là, que l'accomplissement volontaire d'une obligation naturelle lui confère le caractère d'obligation civile. Ainsi, l'exécution partielle d'une obligation naturelle n'autorise pas le créancier à réclamer par voie d'action le paiement du surplus de cette obligation ¹⁸.

¹³ Cpr. § 659, texte *in fine*, et note 24; § 702, texte et note 2.

¹⁴ Grenoble, 25 août 1809, Sir., 10, 2, 353.

¹⁵ Bordeaux, 31 mai 1848, Sir., 48, 2, 684. Colmar, 31 décembre 1850, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, 1850, p. 178.

¹⁶ Les obligations naturelles dans le sens du Droit romain produisaient, suivant ce Droit, des effets plus étendus et plus énergiques que n'en produisent chez nous les obligations naturelles définies et indiquées au présent paragraphe. C'est ainsi qu'elles donnaient lieu à compensation. Cpr. § 326, texte et note 11; Toullier, VI, 388; Duranton, X, 25.

¹⁷ Cpr. sur la *condictio indebiti*, § 442.

¹⁸ Quoique susceptible d'être convertie en une obligation civilement efficace, une

2° Une obligation naturelle peut servir de cause à un engagement civilement efficace¹⁹; en d'autres termes, elle est susceptible d'être convertie en une obligation civile²⁰. Cette règle souffre cependant exception quant aux dettes de jeu²¹.

Les engagements contractés par suite d'une obligation naturelle préexistante constituent bien moins des actes de libéralité, que des actes à titre onéreux; ils ne sont, ni pour le fond, ni pour la forme, soumis aux règles concernant les dispositions à titre gratuit²². C'est à ce point de vue surtout, qu'il importe de distinguer les obligations naturelles et les devoirs de morale ou obligations imparfaites. Les engagements pris en raison des devoirs de la dernière espèce, et notamment ceux qui n'ont été inspirés que par un sentiment de pure générosité ou de bienfaisance, ne peuvent, soit quant au fond, soit quant à la forme, être envisagés que comme des actes de libéralité²³.

3° Les obligations contractées par des personnes civilement incapables de s'engager peuvent être valablement cautionnées, et le cautionnement en reste efficace, lors même qu'elles ont dégénéré en obligations purement naturelles, par suite de la nullité qui en a été prononcée. Art. 2012.

Du reste, ce qui vient d'être dit sur les effets des obligations naturelles ne s'applique qu'à celles qui sont simplement dépourvues d'une sanction civile. La loi n'accorde et ne peut accorder aucun effet aux engagements qui auraient été contractés au mépris d'une disposition d'ordre public, et qui, par ce motif, sont

obligation naturelle ne revêt cependant pas le caractère d'obligation civile par suite d'une simple confirmation : *Confirmatio nil dat novi*. Req. rej., 25 octobre 1808, Sir., 11, 1, 323. Civ. cass., 27 juillet 1818, Sir., 19, 1, 126. Angers, 31 juillet 1822, Sir., 23, 2, 30. Orléans, 23 avril 1842, Sir., 43, 2, 383. C'est pour n'avoir pas tenu compte de la différence que nous venons de faire, que Toullier (VI, 186. Cpr. VI, 390 et 391) a été amené à critiquer le premier de ces arrêts.

¹⁹ Toullier, VI, 186. Durantou, X, 337 et suiv. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Cause des obligations, n° 32.

²⁰ C'est ainsi notamment qu'une rente féodale ou mélangée de féodalité peut être valablement convertie, par voie de novation, en une rente foncière pure et simple. Merlin, *Quest.*, v° Rente foncière, § 22. Civ. cass., 15 février 1815, Sir., 15, 1, 183. Caen, 26 avril 1817, Sir., 24, 1, 45. Sect. réun. cass., 26 juillet 1823, Sir., 23, 1, 378. Civ. cass., 28 janvier 1840, Sir., 40, 1, 230. Caen, 28 novembre 1840, Sir., 41, 2, 90. Voy. aussi les arrêts cités aux notes 7 et 18, *supra*.

²¹ Cpr. § 386, texte et note 3.

²² Cpr. les autorités citées au § 659, note 24; et § 702, note 2.

²³ Civ. cass., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 466. Orléans, 23 avril 1842, Sir., 43, 2, 383.

à considérer comme frappés de réprobation, alors même qu'abstraction faite de cette cause de nullité, ces engagements réuniraient les conditions requises pour la validité des obligations. Art. 1131 et 1133. C'est ainsi que le paiement volontaire d'intérêts usuraires ne forme aucun obstacle à leur répétition²⁴, et que la promesse de payer de pareils intérêts ne saurait servir de cause à une obligation ultérieure. C'est ainsi encore que les sommes payées en vertu d'un traité secret fait à l'occasion d'une cession d'office, sont sujettes à répétition²⁵, et que la promesse de payer une somme supérieure à celle qui se trouve portée au traité officiel ne peut servir de cause à une nouvelle obligation.

§ 298.

2. *Des obligations simples ou multiples au point de vue du nombre des créanciers ou des débiteurs, et particulièrement, des obligations conjointes et des obligations solidaires.*

Les obligations existent le plus souvent au profit d'un seul créancier et à la charge d'un seul débiteur. Mais elles peuvent

²⁴ Loi du 3 septembre 1807, art. 3. Cpr. Lois des 15 juin, 1^{er} juillet et 19 décembre 1850, art. 1.

²⁵ La jurisprudence s'était d'abord prononcée en sens contraire, sur le fondement que l'engagement de payer, pour prix d'un office, une somme supérieure à celle qui se trouve fixée par le traité officiel constituait, lorsque tout s'était loyalement passé entre les parties, une obligation naturelle à laquelle devait s'appliquer la disposition du second alinéa de l'art. 1235. Paris, 31 janvier 1840, Sir., 40, 2, 126. Req. rej., 7 juillet 1841, Sir., 41, 1, 693. Rouen, 18 février 1842, Sir., 42, 2, 201. Req. rej., 23 août 1842, Sir., 43, 1, 123. Mais cette manière de voir était inexacte : L'art. 1235 ne se réfère évidemment pas aux obligations naturelles frappées de réprobation par le Droit positif : la loi civile ne pourrait, sans se mettre en contradiction avec elle-même, leur accorder un effet quelconque, fût-ce même le simple bénéfice d'une exception contre l'action en répétition de sommes payées en vertu de pareille obligations. Le paiement, en ce cas, est à considérer comme fait sans cause *juste*, c'est-à-dire, susceptible d'être prise en considération par le juge. Arg. art. 6 et 1131. L. 1, § 3, D. de cond. sine causa. (12, 7). Duvergier, *Dissertation, Revue étrangère et française*, 1840, VII. p. 568. Aussi la jurisprudence est-elle aujourd'hui fixée dans ce sens. Civ. cass., 30 juillet 1844, Sir., 44, 1, 582. Req. rej., 1^{er} août 1844, Sir., 44, 1, 584. Caen, 12 février 1845, Sir., 45, 2, 184. Req. rej., 11 août 1845, Sir., 45, 1, 642. Req. rej., 17 décembre 1845, Sir., 46, 1, 137. Civ. cass., 5 janvier 1846, Sir., 46, 1, 116. Paris, 5 décembre 1846, Sir., 47, 2, 228. Nîmes, 10 mai 1847, Sir., 48, 2, 147. Riom, 26 décembre 1848, Sir., 49, 1, 29. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Lyon, 24 août 1849, Sir., 50, 2, 14. Req. rej., 3 décembre 1849, Sir., 50, 1, 380.

être établies en faveur de plusieurs créanciers ou imposées à plusieurs débiteurs : dans ce cas elles sont appelées conjointes¹.

Les obligations conjointes sont ou simplement conjointes, ou solidaires.

1° Des obligations simplement conjointes.

Dans les obligations simplement conjointes, la créance ou la dette se divise, en ce qui concerne les rapports des créanciers et des débiteurs, en autant de parts égales qu'il y a de créanciers ou de débiteurs (parts viriles, c'est-à-dire déterminées *pro numero virorum*).

Cette règle est cependant sujette à modification, lorsqu'il se trouve, parmi les créanciers ou les débiteurs, plusieurs personnes qui doivent être considérées comme n'en formant qu'une seule², et qui, dès lors, ne sont à compter que pour une tête. La même règle est encore modifiée par la circonstance que l'un des créanciers ou des débiteurs originaires se trouve représenté par plusieurs héritiers. Dans ce cas, la part du défunt se subdivise entre ses héritiers au prorata de leurs portions héréditaires. Art. 1220.

D'un autre côté, rien n'empêche que la division par portions égales ou viriles ne soit modifiée par le titre constitutif de l'obligation, qui peut partager la créance ou la dette en portions inégales, sans changer pour cela le caractère de l'obligation. Que, si le partage inégal n'était que le résultat d'une convention intervenue, soit entre les créanciers seulement, soit seulement entre les débiteurs, la créance ou la dette ne s'en diviserait pas moins par portions égales, en ce qui concerne les rapports des créanciers avec les débiteurs. Art. 1862, 1863 et arg. de ces art.

Les parts des divers créanciers ou débiteurs dans l'obligation conjointe sont à considérer comme constituant autant de créances ou de dettes, distinctes les unes des autres, qu'il existe de créanciers ou de débiteurs³.

¹ Si une obligation, ayant pour objet une seule et même prestation, avait été contractée *ex intervallo* par deux personnes, celle qui se serait engagée en dernier lieu (sans solidarité bien entendu) serait, en général, à considérer comme débitrice simplement conjointe. Mais le débiteur originaire resterait obligé pour le tout, à moins que le contraire ne dût s'induire des termes dans lesquels le nouvel engagement aurait été pris et accepté. Cpr. Delvincourt, II, part. II, p. 502; Toullier, VI, 723; Duranton, XI, 488.

² C'est ce qui a lieu de droit pour le mari et la femme communs en biens. Toullier, VI, 746 à 748.

³ Cpr. L. 410, D. de V. O. (45, 4); Toullier, VI, 714.

De là résultent les conséquences suivantes :

a. Chaque créancier ne peut réclamer et chaque débiteur n'est tenu de payer que sa part de la créance ou de la dette. Art. 1220. Celui des débiteurs qui aurait payé l'intégralité de la dette ne serait pas légalement subrogé aux droits du créancier contre les autres débiteurs. Cpr. art. 1251, n° 3.

b. L'insolvabilité de l'un des débiteurs doit être supportée par le créancier, et non par les autres débiteurs. Arg. *a contrario* art. 1214, al. 2.

c. Les actes interruptifs de prescription, émanés d'un seul des créanciers, ou dirigés contre un seul des débiteurs, ne profitent pas aux autres créanciers, et ne sont point opposables aux autres débiteurs. Art. 2249, al. 2 et 3.

d. La suspension de prescription qui a lieu du chef de l'un des créanciers seulement ne profite point aux autres ; et réciproquement, lorsque la prescription est suspendue à l'égard de l'un des débiteurs seulement, cette suspension ne peut être opposée aux autres.

e. La constitution en demeure de l'un des débiteurs ou la faute par lui commise, est absolument sans effet à l'égard des autres. Arg. *a contrario*, art. 1205 et 1207.

f. Lorsque l'obligation conjointe est accompagnée d'une clause pénale, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à l'obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. Art. 1233, al. 1.

Toutefois, ces diverses conséquences cessent de recevoir application, ou sont soumises à des modifications plus ou moins importantes, quand l'obligation conjointe est une obligation indivisible proprement dite, ou même une obligation divisible de la nature de celles dont s'occupe l'art. 1221⁴.

Dans les rapports des créanciers entre eux, ou des débiteurs entre eux, l'obligation conjointe ne se divise plus, en principe, par portions égales, mais au prorata de l'intérêt que chacun d'eux peut avoir dans l'association ou la communauté à laquelle se rattache la créance ou la dette. Toutefois, comme les parts des cointéressés sont, jusqu'à preuve contraire, présumées égales, la division se fera de fait par portions viriles, à moins que cette preuve ne soit rapportée. Art. 1853 et 1863.

⁴ Cpr. à cet égard, § 301.

2° *Des obligations solidaires.*1) *De la solidarité entre créanciers.*

L'obligation est solidaire entre créanciers, lorsque, d'après le titre qui la constitue, chacun d'eux est à considérer, dans ses rapports avec le débiteur, comme créancier pour le total. Art. 1197.

La solidarité entre créanciers ne peut résulter que d'une convention ou d'un acte de dernière volonté qui l'établit expressément⁵. Il n'existe pas de cas de solidarité légale entre créanciers. Arg. art. 1197 cbn. 1202.

En pure théorie, chaque créancier solidaire devrait, dans ses rapports avec le débiteur, être considéré comme seul et unique créancier. Il résulterait de ce principe, qu'avait admis le Droit romain⁶, que chaque créancier solidaire aurait le droit de disposer seul de la créance, et que l'obligation éteinte à son égard d'une manière quelconque⁷, le serait également à l'égard de tous les autres. Mais cette conséquence est en opposition avec les dispositions du Code Napoléon, qui présume que les créanciers solidaires sont associés entre eux pour le bénéfice de la créance, et qui, d'après cette présomption, refuse aux divers créanciers solidaires le pouvoir de disposer individuellement de la totalité de la créance, et n'attribue à chacun d'eux, pour ce qui excède sa part dans cette créance, qu'un simple mandat à l'effet de poursuivre et de recevoir le paiement de ce qui est dû aux autres⁸.

Ce mandat entraîne les effets suivants :

a. Chaque créancier solidaire a le droit d'exiger la totalité de la créance, sans que le débiteur puisse lui opposer l'exception de division⁹. Art. 1197.

⁵ Cpr. sur le sens du mot *expressément*, texte et note 28, *infra*.

⁶ L. 2, D. *de duob. reis* (45, 2).

⁷ Il est entendu qu'il ne s'agit ici que des causes d'extinction proprement dites et non de celles qui, comme la confusion, ont seulement pour effet de priver le créancier de son droit d'action. Cette distinction était également admise par le Droit romain, qui l'étendait au cas d'une cession faite *potentiori*, et au simple pacte *de non petendo*.

⁸ Delvincourt, II, 502. Duranton, XI, 170.

⁹ Cette conséquence ne peut être étendue aux héritiers de l'un des créanciers solidaires : on doit, même quand il s'agit d'une obligation solidaire, appliquer aux

b. Le débiteur a la faculté de payer le montant de la dette à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, à moins qu'il n'ait été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Art. 1198, al. 1.

c. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires l'interrompt également en faveur des autres¹⁰. Art. 1199.

d. La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit des autres. Art. 1199 et arg. de cet art. cbn. art. 1206 et 1207.

e. Le débiteur libéré envers l'un des créanciers solidaires, par suite du paiement effectif de la totalité de la créance ou de compensation intégrale¹¹, l'est également vis-à-vis des autres. Art. 1197.

f. La novation ou la transaction faite par l'un des créanciers solidaires et le jugement qu'il a obtenu profitent aux autres, s'ils jugent convenable de s'en prévaloir¹².

Il résulte, au contraire, des restrictions sous lesquelles le mandat dont s'agit est présumé donné, que le débiteur libéré envers l'un des créanciers solidaires par suite de remise de la dette, de novation ou de transaction, ne l'est, à l'égard des autres, que pour la part de celui qui a fait la remise, qui a concouru à la novation ou à la transaction¹³, et que la prestation du serment déféré par l'un des créanciers solidaires, ou le jugement obtenu contre l'un d'eux, n'entraîne, au profit du débiteur, une présomption légale de libération, que pour la part de ce créancier¹⁴. Art. 1198, al. 2, 1365, al. 2, 2051 et arg. de ces articles.

héritiers la règle *nomina hæreditaria ipso jure inter hæredes divisa sunt*. L'obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible. Art. 1219. Cpr. art. 1220 et 1224; Pothier, n° 324.

¹⁰ Mais l'acte par lequel la prescription aurait été interrompue au profit d'un héritier de l'un des créanciers ne l'interromprait pas en faveur des autres héritiers; et il ne l'interromprait en faveur des autres créanciers que pour la part de cet héritier dans la totalité de la créance. Arg. art. 2249. Cpr. note 9 *supra*; Delvincourt, II, p. 500; Duranton, XI, 480.

¹¹ *Compensatio est instar solutionis*. Duranton, XI, 478. M. Delvincourt (*loc. cit.*) émet un avis contraire, en se fondant sur l'art. 1294, al. 3, dont il croit pouvoir tirer un argument d'analogie. Il nous semble que c'est un argument *a contrario* que fournit cet article : *Quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias*.

¹² Cpr. § 421, texte et note 3; § 769, texte et note 41. Voy. aussi § 753, texte n° 4.

¹³ Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, XI, 476. Cpr. § 421, texte et note 4.

¹⁴ Duranton, XI, 479. Cpr. § 769, texte et note 41.

D'un autre côté, et par une conséquence nécessaire de ce qui vient d'être dit, le créancier solidaire dont la créance est éteinte, ne peut, sauf en ce qui concerne l'interruption de prescription, se prévaloir de ce que les droits des autres créanciers sont encore entiers¹⁵.

Les créanciers solidaires étant, à raison même de leur qualité, réputés associés les uns des autres, le bénéfice de la créance doit, abstraction faite de toute convention, se partager entre eux par portions égales ou viriles¹⁶, et le créancier qui en a perçu la totalité est tenu envers chacun des autres du montant de leurs parts respectives¹⁷.

2) De la solidarité entre débiteurs.

(1) Notion de cette solidarité. — Des cas dans lesquels elle a lieu.

L'obligation est solidaire entre débiteurs, lorsque, d'après le

¹⁵ Ainsi, lorsque la prescription a été suspendue à raison de la minorité de l'un des créanciers (art. 2252), les autres ne peuvent s'en prévaloir : la créance est éteinte, sauf la part du mineur. La maxime que le mineur relève le majeur en fait de prescription, n'est vraie qu'autant qu'il s'agit de prestations indivisibles. Merlin, *Rép.*, v^o Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 2, n^o 10; *Quest. eod.* v^o, § 14. Troplong, *De la prescription*, II, 739. Civ. rej., 30 mai 1814, Sir., 14, 1, 204. Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 310. MM. Delvincourt (II, 499) et Duranton (XI, 480) soutiennent l'opinion contraire, en assimilant les effets de la suspension de prescription à ceux de l'interruption; mais cette assimilation n'est aucunement exacte. L'acte interruptif de prescription émané du mandataire doit nécessairement profiter au mandant; personne, au contraire, n'osera soutenir que la minorité du mandataire doive suspendre la prescription au profit du mandant majeur.

¹⁶ A moins qu'il ne soit justifié que les divers créanciers ont des parts différentes, auquel cas la division se fait au prorata de l'intérêt de chacun.

¹⁷ Delvincourt, II, p. 502. Toullier, VI, 729. M. Duranton, qui avait enseigné, dans son *Traité des contrats* (II, 542 et 543), qu'en Droit français, comme en Droit romain, le bénéfice de la créance n'était pas, de plein droit, et en règle générale, partageable entre les créanciers solidaires, s'est, dans son *Cours de Droit civil*, (XI, 470 à 473), rangé à l'opinion énoncée au texte. Cette opinion, à l'appui de laquelle on ne peut que très-subsidiairement invoquer les expressions finales de l'art. 1197, qui sont plutôt énonciatives que dispositives, est fondée sur l'ensemble des dispositions qui régissent la solidarité entre créanciers. Le Code est évidemment parti d'un point de vue tout à fait différent de celui du Droit romain, en refusant aux différents créanciers solidaires la faculté de disposer d'une manière absolue de la créance, et en ne les considérant que comme mandataires respectifs les uns des autres : ces dispositions ne peuvent s'expliquer qu'en supposant entre ces créanciers une communauté d'intérêts.

titre qui la constitue, chacun d'eux est à considérer, dans ses rapports avec le créancier, comme débiteur de l'intégralité de la prestation, en d'autres termes, lorsque chaque débiteur se trouve obligé *in totum et totaliter*, comme s'il était seul débiteur. Art. 1200¹⁸.

La solidarité entre débiteurs peut résulter, soit d'une convention ou d'un acte de dernière volonté¹⁹, soit de la loi. Art. 1202.

Parmi les dispositions de la loi qui prononcent la solidarité, il en est qui ne sont en réalité que simplement déclaratives de la volonté des parties. Telles sont, par exemple, les dispositions qui établissent la solidarité entre plusieurs commodataires conjoints, entre les comandants, entre les associés en nom collectif, entre les souscripteurs, donneurs d'aval et endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre²⁰. Dans ces différents cas, la solidarité est plutôt conventionnelle que légale proprement dite; elle produit tous les effets qu'engendre une obligation contractée avec une clause expresse de solidarité.

La solidarité prononcée par les art. 396 et 1033 contre le mari cotuteur et la mère tutrice, et contre les exécuteurs testamentaires qui ont reçu en commun la saisine du mobilier héréditaire, produit également tous les effets qui viennent d'être indiqués, parce qu'elle se rattache à une obligation préexistante, résultant de l'acceptation ou de la délation des fonctions indivisément confiées à ces personnes, qui sont ainsi appelées à les exercer les unes pour les autres et à se représenter respectivement.

A côté des dispositions dont nous venons de parler, il en est d'autres qui, dans des vues d'ordre public, ou pour la garantie de certains intérêts, soumettent plusieurs personnes à la responsabilité solidaire des suites d'un fait dommageable. Tels sont, par exemple : l'art. 395 qui rend le second mari solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par la mère; l'art. 1442 portant que le subrogé tuteur, qui n'a point

¹⁸ La définition donnée par l'art. 1200 manque de précision. Une obligation n'est pas solidaire par cela seul que chaque débiteur peut être contraint au paiement du total. Cet effet est également attaché aux obligations indivisibles, et même à certains égards aux obligations divisibles dont parle l'art. 1121. Il faut, pour qu'une obligation soit véritablement solidaire, que chacun des débiteurs *debeat totum et totaliter*, comme s'il était seul obligé. Pothier, n° 262.

¹⁹ Pothier, n° 269. Delvincourt, II, part. II, p. 502. Toullier, VI, p. 720.

²⁰ Code Nap., art. 1887 et 2002. Code de comm., art. 22, 118, 140 et 187.

obligé l'époux survivant à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs; l'art. 1734 qui déclare les colocataires d'un bâtiment solidairement responsables de l'incendie de ce bâtiment; enfin l'art. 55 du Code pénal, aux termes duquel tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais ²¹.

Les dispositions de cette nature ne créent pas, directement et par elles-mêmes, des obligations parfaitement solidaires ²². Elles donnent seulement au créancier le droit d'agir pour le total contre l'une ou l'autre des personnes responsables, et celui de provoquer contre toutes une condamnation solidaire. Il en résulte que les effets attachés aux obligations solidaires proprement dites ne s'étendent pas tous et nécessairement aux cas de responsabilité légale dont il vient d'être parlé, tant et aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu de condamnation solidaire. C'est ainsi, par exemple, que jusque-là, les actes interruptifs de prescription et les demandes en justice dirigées contre l'un des obligés n'ont point, en général, pour effet d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts moratoires à l'égard des autres ²³. C'est encore ainsi, que le jugement obtenu par l'un des obligés, le serment qu'il a prêté, ou la remise qui lui a été faite, ne libèrent les autres obligés que dans la proportion du recours qu'ils auraient eu à exercer contre lui. Mais une fois la condamnation solidaire prononcée, toutes les règles relatives aux rapports

²¹ Voy. aussi décret du 18 juin 1811, art. 456. — L'art. 55 du Code pénal s'applique tout aussi bien au cas où les dommages-intérêts, dus en raison d'un crime ou d'un délit, sont demandés devant un tribunal civil, qu'à celui où ils sont réclamés devant un tribunal de justice répressive: *lex non distinguit*. Voy. d'ailleurs, Code d'inst. crim., art. 4 à 3. Delvincourt, II, part. II, p. 498. Carnot, *Commentaire du Code pénal*, sur l'art. 55, n° 4. Duranton, XI, 494. Civ. rej., 6 septembre 1813, Sir., 14, 1, 57. Req. rej., 23 décembre 1818, Sir., 19, 1, 178. Cpr. aussi: Crim. rej., 15 juin 1844, Sir., 45, 1, 73. Voy. en sens contraire: Bordeaux, 16 février 1829, Sir., 29, 2, 300.

²² La distinction que nous indiquons ici entre les obligations solidaires (*obligatio correalis*) et les cas de responsabilité solidaire (*obligatio in solidum*), était admise en Droit romain. Voy. Ribbentrop, *Zur lehre von der correal obligation*; Fritz, sur Wening-Ingenheim, *System der Pandecten*, III, p. 182 et suiv.

²³ Voy. dans ce sens: *Observations* de Devilleneuve (Sir., 52, 1, 689, note 3). Voy. cependant, pour le cas où il s'agit de délits de Droit criminel: Code d'inst. crim., art. 637 et 638.

du créancier et des débiteurs solidaires deviennent applicables à l'obligation ainsi reconnue ²⁴. Quant à la répartition de la dette entre les différents obligés, elle ne se fait pas nécessairement *pro portione virili*, conformément à l'art. 1213 : les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, admettre une autre base de répartition ²⁵.

La solidarité conventionnelle ne se présume pas : il faut qu'elle résulte expressément du titre constitutif de l'obligation, ou d'une disposition légale, déclarative de la volonté présumée des parties. Art. 1202. Ainsi, les covendeurs d'une chose indivise ne sont pas, à moins de stipulation formelle, soumis à la garantie solidaire, encore que la vente ait été passée au profit de plusieurs acquéreurs qui se seraient solidairement engagés envers eux ²⁶. Ainsi encore, les copropriétaires par indivis d'un immeuble ne sont pas, de plein droit, obligés solidairement envers les ouvriers ou entrepreneurs qui ont fait des réparations à cet immeuble, soit que tous les copropriétaires ensemble aient traité avec les ouvriers, soit qu'un seul ait agi comme mandataire des autres ²⁷. Toutefois, les expressions *solidairement*, *solidarité*, ne sont pas sacramentelles ; elles peuvent être remplacées par des équipolents ²⁸.

Quant à la responsabilité légale qui peut conjointement peser sur plusieurs personnes, elle n'a lieu *in solidum* qu'autant que

²⁴ Les commentateurs du Droit romain ne sont point d'accord sur le point de savoir si la condamnation prononcée *in solidum* dans un cas de responsabilité légale, convertit ou non cette responsabilité en une véritable obligation corréale. Cpr. Fritz, *op. et loc. cit.* L'affirmative, que nous avons admise, ne nous paraît pas douteuse en Droit français. Aucun texte de loi ne permet de supposer que le législateur ait voulu établir, du moins en général, des différences quelconques entre les effets d'un engagement contracté d'une manière solidaire, et ceux d'une condamnation prononcée solidairement.

²⁵ Voy. notamment, sur le cas prévu par l'art. 1734 : § 367, texte n° 3, et note 15.

²⁶ Duranton, XI, 469. Troplong, *De la vente*, n° 435. Colmar, 23 juillet 1811, Sir., 12, 2, 99. Rennes, 20 août 1811, Sir., 13, 2, 114. Voy. encore : 11 mars 1852, Sir., 52, 2, 445.

²⁷ Civ. cass., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 600. Voy. en sens contraire : Orléans, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 202.

²⁸ Ainsi, les débiteurs sont obligés solidairement, lorsqu'ils s'engagent *l'un pour l'autre, un seul pour le tout, chacun pour le tout*. Cpr. Delvincourt, II, part. II, p. 499 ; Toullier, VI, 721 ; Duranton, XI, 490 ; Req. rej., 7 septembre 1814, Sir., 16, 1, 318 ; Grenoble, 20 janvier 1830, Sir., 30, 2, 133 ; Req. rej., 9 janvier 1838, Sir., 38, 1, 746.

cet effet lui a été formellement ou virtuellement attribué par une disposition de la loi ²⁹. On doit, en vertu des art. 1382 et 1383, considérer comme virtuellement soumises à responsabilité solidaire toutes les personnes qui ont commis ensemble et de concert un délit civil, c'est-à-dire un fait illicite accompagné de l'intention de nuire, et qui, cependant, ne se trouve pas incriminé par la loi pénale ³⁰. C'est ainsi notamment, que plusieurs personnes qui ont commis de concert un stellionat, sont solidairement responsables des dommages-intérêts dus à la partie lésée ³¹. La jurisprudence va même plus loin, elle décide que le préjudice causé par la réunion de plusieurs quasi-délits, c'est-à-dire de plusieurs faits dommageables non accompagnés de l'intention de nuire, doit, lorsque le résultat en est indivisible, être solidairement réparé par leurs auteurs, bien qu'il n'ait existé entre eux ni concert, ni même communauté d'intérêts ³².

(2) *Des effets de la solidarité entre débiteurs.*

Les effets de l'obligation solidaire vont être successivement envisagés aux points de vue du lien juridique qui en résulte

²⁹ Le 1^{er} alinéa de l'art. 1202 qui s'occupe de la solidarité conventionnelle, exige bien qu'elle soit expressément stipulée. Mais il en est autrement du second alinéa du même article, qui, en parlant de la solidarité légale, l'admet dans tous les cas où elle résulte d'une disposition de la loi, sans exiger que la disposition soit expresse. Cpr. la note suivante.

³⁰ En pareil cas, en effet, chacune des personnes qui a participé au délit est à considérer comme étant individuellement l'auteur du dommage qu'il a causé, et en doit par conséquent la réparation intégrale. *Unusquisque fraudis particeps, auctor est*; Rauter, *Cours de législation criminelle*, I, 484. Merlin, *quest.*, v^o Solidarité, § 41. Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 545. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 443, 473 et suiv. Rodière, *De la solidarité*, n^o 49. Req. rej., 3 juillet 1817, Sir., 18, 1, 338. Req. rej., 12 février 1818, Sir., 19, 1, 439. Nancy, 18 mai 1827, Sir., 27, 2, 229. Paris, 26 février 1829, Sir., 29, 2, 436. Bordeaux, 16 mars 1832, Sir., 30, 2, 630. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 804. Req. rej., 7 août 1837, Sir., 37, 1, 889. Crim. rej., 3 décembre 1836, Sir., 38, 1, 82. Req. rej., 7 août 1837, Sir., 37, 1, 889. Req. rej., 7 mai 1839, Sir., 39, 1, 483. Civ. cass., 29 décembre 1852, Sir., 53, 1, 94. Cpr. aussi : Req. rej., 27 février 1827, Sir., 27, 1, 228 ; Civ. rej., 29 février 1836, Sir., 36, 1, 293. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 464 ; Duranton, XI, 494.

³¹ Req. rej., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 369. Req. rej., 20 juillet 1852, Sir., 52, 1, 689.

³² Req. rej., 11 juillet 1826, Sir., 27, 1, 236. Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 804. Cpr. aussi : Bordeaux, 9 février 1839, Sir., 39, 2, 499.

pour chaque débiteur, de la prestation qui en forme l'objet, de la représentation des débiteurs les uns par les autres au regard du créancier, enfin des rapports des codébiteurs entre eux.

a. Chaque débiteur se trouvant tenu pour le total de la dette, comme s'il était seul obligé, le créancier a le droit de s'adresser, pour le paiement intégral de sa créance, à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que ce dernier puisse lui opposer le bénéfice de division; et les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'agir également contre les autres. Art. 1203 et 1204. Par la même raison, le créancier qui serait devenu débiteur de l'un des débiteurs solidaires, est aussi autorisé à lui opposer la totalité de sa créance en compensation de sa dette. Réciproquement, le créancier ne peut refuser le paiement intégral qui lui est offert par l'un des débiteurs ³³, ni repousser la compensation que l'un des débiteurs lui opposerait de son chef pour la totalité de la créance. Art. 1208, al. 1, et arg. *a contrario*, art. 1294, al. 3.

Du reste, rien ne s'oppose à ce que le débiteur poursuivi seul par le créancier ne mette ses codébiteurs en cause, pour les faire condamner à contribuer avec lui au paiement de la dette ³⁴. Les codébiteurs non poursuivis ont aussi la faculté d'intervenir dans l'instance ³⁵.

L'obligation solidaire se composant d'autant de liens juridiques qu'il y a de débiteurs, ces différents liens doivent, en ce qui concerne leur validité et leurs modalités, être appréciés séparément pour chacun des débiteurs. Ainsi, l'obligation peut, sous le rapport des conditions relatives à la validité du consentement et à la capacité des divers débiteurs, être annulable ou rescindable à l'égard de l'un d'eux, et valable vis-à-vis des autres. Arg., art. 1208, al. 2. Ainsi encore, l'obligation peut être conditionnelle ou à terme pour l'un des débiteurs, et pure et simple quant aux autres. Art. 1201. Les exceptions résultant, soit des vices du consentement ou de l'incapacité de l'un des débiteurs, soit des modalités sous lesquelles il s'est engagé, ne peuvent être proposées que par ce débiteur. Art. 1208, al. 2. Ces exceptions sont appelées purement personnelles. Il est toutefois à remarquer qu'une

³³ Bordeaux, 14 avril 1825, Sir., 26, 2, 171. Req. rej., 15 mars 1827, Sir., 1, 378.

³⁴ Arg. art. 1213 et art. 175 du Code de procédure. Duranton, XI, 245.

³⁵ Bordeaux, 19 août 1826, Dalloz, 1830, 2, 46.

exception de cette nature peut exister au profit de tous les codébiteurs, et alors elle leur devient commune. Art. 1208, al. 1.

b. L'obligation solidaire, quoique se décomposant en autant de liens juridiques qu'il y a de débiteurs, est cependant une, quant à la prestation qui en forme l'objet. Le paiement fait par l'un des codébiteurs solidaires libère donc tous les autres. Art. 1200. Il en est de même de la perte de la chose due, arrivée par cas fortuit et avant toute mise en demeure, ainsi que de la novation et de la remise volontaire de la dette faites sans réserves, encore que le créancier n'ait traité qu'avec un seul des débiteurs. Arg. *a contrario*, art. 1205. Art. 1201, 1284 et 1285. Il résulte encore de l'idée ci-dessus exprimée, que chaque débiteur est autorisé à se prévaloir des exceptions de nullité, relatives, non plus à la capacité ou au consentement de ses coobligés, mais à la cause même de l'obligation, à son objet, ou aux clauses et conditions sous lesquelles elle a été contractée. Ces exceptions sont appelées réelles, par opposition aux exceptions personnelles dont il a été précédemment question. Art. 1208, al. 1.

En partant de la double idée que la compensation équivaut à paiement (*compensatio est instar solutionis*), et qu'elle a lieu de plein droit, on devrait admettre que chacun des débiteurs est autorisé à se prévaloir, pour le total de la dette, de la compensation qui s'est opérée du chef de l'un de ses codébiteurs; mais la loi en a disposé autrement. Art. 1294, al. 3³⁶. Toutefois,

³⁶ Le troisième alinéa de l'art. 1294 a été ajouté à la demande du Tribunat, qui faisait remarquer que, si le débiteur solidaire était autorisé à opposer la compensation opérée du chef de son codébiteur, ce dernier pourrait se trouver engagé malgré lui dans des procès désagréables, relativement à l'existence de sa créance, et à la question de savoir si elle est ou non susceptible d'être opposée en compensation. Locré, *Leg.*, XII, p. 279, n° 57. Ce motif, que le législateur lui-même n'a pas trouvé assez concluant pour refuser à la caution le droit d'invoquer la compensation du chef du débiteur principal, ne saurait justifier la disposition du troisième alinéa de l'art. 1294. Mais, à notre avis, cette disposition peut s'expliquer par une autre raison. Si les codébiteurs étaient admis à se prévaloir de la compensation opérée du chef de l'un d'eux, ce dernier se verrait, contre son gré, et sans le fait du créancier, obligé de les accepter pour débiteurs, jusqu'à concurrence de la part pour laquelle il aurait un recours à exercer contre chacun d'eux, et se trouverait ainsi dans la fâcheuse nécessité de les poursuivre. Or, il ne doit pas dépendre de l'un des débiteurs de placer son codébiteur dans une pareille situation. Le même inconvénient ne se présente plus à l'occasion de la compensation opposée par la caution, du chef du débiteur principal, puisque celui-ci ne peut jamais avoir de recours à exercer contre

cette disposition n'empêche pas que la compensation ne puisse être opposée jusqu'à concurrence de la part dans la dette de celui des codébiteurs du chef duquel elle a eu lieu ³⁷. Elle devient même, pour le total de la dette, une exception commune à tous les codébiteurs, lorsqu'elle a été opposée par celui dans la personne duquel elle s'est opérée ³⁸.

Quant à la confusion, qui a bien moins pour effet d'éteindre l'obligation elle-même que d'en dégager le débiteur, elle ne peut, de sa nature même, être opposée par les codébiteurs de celui en la personne duquel elle s'est opérée, que pour sa part dans la dette commune. Art. 1209 et 1301.

c. Les débiteurs solidaires étant tenus, les uns pour les autres, au total de la dette, ils doivent, dans l'intérêt du créancier, et pour tout ce qui est relatif à la conservation de ses droits, être considérés comme se représentant les uns les autres. Il résulte de ce principe :

Que les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs, ou sa reconnaissance de la dette, interrompent la prescription à l'égard de tous. Art. 1206 et 2249, al. 1.

Que les actes d'exécution exercés contre l'un des débiteurs, en vertu d'un jugement par défaut qui les condamne solidairement, empêchent à l'égard de tous la péremption de ce jugement ³⁹, et

elle. Cette explication fait donc complètement disparaître l'opposition apparente qui existe entre les alinéas un et trois de l'art. 1294.

³⁷ Le débiteur solidaire poursuivi pour le total, et qui, s'il était forcé de payer, aurait un recours à exercer contre son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part contributive de ce dernier dans la dette, doit être admis à opposer, pour cette part, la compensation opérée du chef de ce dernier, comme il pourrait invoquer la confusion qui se serait faite dans sa personne. S'il en était autrement, la compensation ne profiterait pas même à celui en faveur duquel elle a eu lieu. D'ailleurs, l'inconvénient qui résulterait d'une compensation opposée pour le total, n'existe plus quand il n'est question que d'une compensation partielle, qui ne soumet pas celui du chef duquel elle a été opposée à la nécessité d'un recours. Enfin, cette manière d'interpréter le 3^e alinéa de l'art. 1294 évite un circuit d'actions, et c'est une raison de plus pour l'admettre dans la pratique. Domat, *Lois civiles*, part. I, liv. III, tit. III, sect. 4, art. 8. Pothier, n^o 274. Delvincourt, II, part. II, p. 507 et 508. Toullier, VI, 733 à 737; VII, 377. Duranton, XII, 429 et 430. Cpr., Toulouse, 14 août 1818, Sir., 17, 2, 221.

³⁸ Pothier, n^o 274. Toullier, VI, 732. Duranton, XII, 431. Rouen, 30 juin 1810, Sir., 11, 2 111. Cpr. aussi : Civ. rej., 24 décembre 1734, Sir., 35, 1, 141.

³⁹ Le jugement par défaut rendu contre tous les codébiteurs solidaires, forme

que le même effet doit être attaché à l'acquiescement donné par l'un des débiteurs à un pareil jugement⁴⁰.

Que la mise en demeure de l'un des débiteurs produit son effet à l'égard de tous, du moins en ce qui concerne la conservation de l'obligation, de telle sorte que si la chose qui en forme l'objet, vient à périr, quoique par cas fortuit, après la mise en demeure de l'un des débiteurs, ils restent tous obligés au paiement du prix de cette chose. Art. 1205 cbn. art. 1302.

Que la faute de l'un des débiteurs perpétue l'obligation à l'égard de tous, en ce sens qu'ils restent tous obligés au paiement du prix de la chose qui a péri par suite de cette faute. Art. 1205 cbn. art. 1302.

Enfin, que dans l'obligation solidaire accompagnée d'une clause pénale, la contravention de l'un des débiteurs les soumet tous à l'application de la peine⁴¹.

par lui-même un titre parfait, tant qu'il n'a pas été frappé d'opposition : l'exécution dans les six mois n'est pas une condition de son efficacité, et la péremption, pour défaut d'exécution dans ce délai, ne constitue qu'une sorte de prescription ou déchéance du bénéfice du jugement, à laquelle doivent s'appliquer les dispositions des art. 1206 et 2249, alinéa 1^{er}. Il ne s'agit, pour le créancier, que de conserver son titre et ses droits tels quels, en évitant une déchéance, et nullement de se créer un nouveau titre, ou de donner à son titre une force qu'il n'avait pas. L'exécution du jugement contre l'un des débiteurs laisse intacte la faculté d'opposition appartenant à ses codébiteurs, et n'a d'autre effet que d'empêcher la péremption. Merlin, *Rép.*, v^o Présomption, sect. II, § 1, n^o 42. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 645. Boncenne, *Théorie de la procédure*, III, p. 69. Civ. cass., 7 décembre 1825, Sir., 26, 1, 207. Toulouse, 22 août 1826, 29 janvier 1827 et 8 décembre 1830, Sir., 27, 2, 63 et 222, 31, 2, 150. Paris, 14 août 1828, Sir., 29, 2, 134. Pau, 16 août 1837, Sir., 38, 2, 343. Civ. rej., 2 février 1841, Sir., 41, 1, 417. Bourges, 7 juillet 1842, Sir., 44, 2, 9. Caen, 14 mai 1849, Sir., 49, 2, 696. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 238 ; Troplong, *De la prescription*, II, 630 ; Limoges, 14 février 1822, Sir., 22, 2, 169 ; Nîmes, 28 novembre 1826, Sir., 27, 2, 61 ; Nîmes, 24 janvier 1829, Sir., 29, 2, 69 ; Amiens, 7 juin 1836, Sir., 36, 2, 499 ; Paris, 8 mai 1837, et 3 mai 1838, Sir., 38, 2, 343 ; Agen, 19 janvier 1849, Sir., 49, 2, 137.

⁴⁰ Cette proposition se justifie par les raisons développées à la note précédente. Poitiers, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 141. Bordeaux, 3 août 1833, Sir., 34, 2, 137. Civ. cass., 14 avril 1840, Sir., 40, 1, 491. Voy. en sens contraire : Caen, 14 décembre 1827, Sir., 28, 2, 144 ; Paris, 2 mars 1829, Sir., 29, 2, 226 ; Amiens, 7 juin 1836, Sir., 36, 2, 499.

⁴¹ S'il en est autrement, aux termes de l'art. 1205, des dommages-intérêts dus, en l'absence de clause pénale, par suite de la faute de l'un des débiteurs, la raison en est que l'obligation de les payer est une obligation nouvelle, dont la cause se trouve uniquement dans la contravention du débiteur qui l'a commise. Au

Le principe de la représentation des débiteurs solidaires les uns par les autres, au regard du créancier, ne s'étend pas aux faits ou actes qui auraient pour résultat, soit de créer à leur charge des obligations nouvelles, soit de détériorer leur condition, telle que l'a faite le titre constitutif de l'engagement⁴².

Ainsi, les dommages-intérêts dus à raison de la perte de la chose, arrivée par la faute de l'un des débiteurs, ou même par cas fortuit après sa mise en demeure, ne peuvent être réclamés contre les autres. Art. 1205. Toutefois, lorsque l'obligation a pour objet le paiement d'une somme d'argent, la mise en demeure de l'un des débiteurs fait courir les intérêts moratoires contre tous⁴³. Art. 1207. Ainsi encore, la transaction consentie par l'un des débiteurs, le jugement rendu contre l'un d'entre eux, le refus de l'un d'eux de prêter un serment qui lui aurait été déféré par le créancier, ou la prestation par ce dernier d'un serment que lui aurait déféré l'un des débiteurs, ne peuvent être opposés aux autres⁴⁴.

Les débiteurs solidaires étant, en raison de la solidarité même, censés associés, en ce qui concerne la dette commune, ils doivent être considérés comme mandataires les uns des autres, pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier. Ainsi, tous les débiteurs sont admis à se prévaloir de la transaction conclue par l'un d'eux, du jugement qu'il a obtenu, du serment qu'il a prêté, et du refus fait par le créancier de prêter celui qu'il lui aurait déféré⁴⁵, à supposer, bien entendu, que ces divers

contraire, dans l'hypothèse d'une clause pénale, la contravention n'est qu'un événement qui donne ouverture à une obligation conditionnelle préexistante, stipulée accessoirement à l'obligation principale. Dumoulin, *Tract. de div. et ind.* part. III, n° 126. Pothier, n° 273, *in fine*, et 356, *in fine*. Duranton, XI, 371.

⁴² Pothier, *loc. cit.* Toullier, VI, 631. Duranton, XI, 217.

⁴³ Cette exception, que n'avaient admise ni le Droit romain, ni l'ancienne jurisprudence française, est assez difficile à justifier. Les rédacteurs du Code paraissent avoir été amenés à l'établir par une fausse assimilation entre les effets de l'interruption de prescription, et ceux de la mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires. Quoique cette mise en demeure et l'interruption de prescription puissent quelquefois résulter du même acte, ce n'est pas une raison pour les assimiler sous le rapport de leurs effets : celle-ci ne tend qu'à la conservation de l'obligation originaire, tandis que la première impose au débiteur une obligation nouvelle.

⁴⁴ Cpr. § 421, texte et note 2 ; § 769, texte et note 42 ; § 753, texte n° 4 *in fine*, et n° 6 *in fine*. Voy. aussi art. 1280.

⁴⁵ Cpr. § 421, texte et note 1 ; § 769, texte et note 42 ; § 753, texte n° 4, texte n° 6 et note 23.

actes se rapportent à l'obligation commune, et non à l'engagement d'un seul des débiteurs ⁴⁶.

d. Au point de vue des rapports des codébiteurs solidaires entre eux, la dette se divise au prorata de l'intérêt de chacun d'eux dans l'objet à raison duquel elle a été contractée ; et comme cet intérêt est, jusqu'à preuve contraire, présumé égal, la division s'opère par portions viriles, à moins que cette preuve ne soit rapportée. Art. 1213.

Le codébiteur qui a payé au delà de sa part dans la dette commune, jouit pour cet excédant d'un recours contre ses codébiteurs. Il peut exercer ce recours, tant au moyen de l'action *mandati*, qu'en vertu de la subrogation légale aux droits et actions du créancier ⁴⁷. Il est autorisé à réclamer, au moyen de l'action *mandati*, non-seulement ce qu'il a payé au créancier en capital, intérêts et frais, au delà de sa part personnelle, mais encore les intérêts de cet excédant, que la créance par lui soldée fût ou non productive d'intérêts ⁴⁸. La subrogation, au contraire, n'autorise pas le subrogé à réclamer des intérêts que le créancier lui-même n'aurait pas été fondé à exiger.

Soit qu'il agisse par l'action *mandati*, ou en vertu de la subrogation légale, le codébiteur solidaire ne peut exercer son recours contre ses codébiteurs que dans la proportion de la part pour laquelle chacun d'eux doit contribuer à la dette commune. Art. 1214, al. 1 ⁴⁹. Il en est ainsi, dans le cas même où il se serait fait conventionnellement subroger aux droits du créancier ⁵⁰. Si l'un des débiteurs se trouve insolvable, la perte résultant de son insolvabilité se répartit toujours, nonobstant toute subrogation même conventionnelle, entre les codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement. Art. 1214, al. 2.

⁴⁶ Cpr. Req. rej., 30 janv. 1827, Sir., 27, 1, 106.

⁴⁷ Cpr. 1^o art, 1852, 1999 et 2028 ; 2^o art. 1251, n^o 3.

⁴⁸ Arg. art. 2001 et 2028. Lors même qu'on ne voudrait point admettre l'existence d'un véritable mandat, toujours serait-on forcé de reconnaître que, dans leurs rapports réciproques, les codébiteurs ne sont que cautions les uns des autres, pour tout ce qui excède la part de chacun d'eux dans la dette. Delvincourt, II, part. II, p. 503. Duranton, XI, 245. Bordeaux, 16 juillet 1830, S., 30, 2, 361.

⁴⁹ Cette disposition ne s'applique pas plus au tiers détenteur d'un fonds hypothéqué, qu'elle ne s'applique à la caution qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires. Art. 2030. De même que cette dernière, le premier n'est pas tenu de la dette pour son propre compte. Cpr. art. 2478. Req. rej., 27 février 1816, Sir., 16, 1, 436.

⁵⁰ Voy. les autorités citées au § 321, note 58.

Lorsqu'il est justifié que la dette solidaire n'a été contractée que dans l'intérêt d'un seul des codébiteurs, les rapports entre ce dernier et les autres codébiteurs sont régis par les règles du cautionnement. Art. 1216.

Du reste, sauf dans cette dernière hypothèse, l'un des codébiteurs ne peut, même après l'échéance de l'obligation, et tant qu'il n'a pas payé ou qu'il n'est pas poursuivi, agir contre les autres, pour les contraindre à contribuer avec lui au paiement de la dette commune ⁵¹.

(3) *Des causes qui font cesser la solidarité, ou qui en modifient les effets.*

Une obligation solidaire devient simplement conjointe quand le créancier consent à diviser la dette entre tous les codébiteurs. Lorsqu'il se borne à décharger de la solidarité l'un des débiteurs, l'obligation reste solidaire à l'égard des autres, mais avec les deux restrictions suivantes :

Si le créancier a reçu du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité le paiement de la part de ce dernier dans la dette, il ne conserve son action solidaire contre les autres que déduction faite de cette part. Art. 1210 ⁵².

Le créancier, qu'il ait ou non reçu du débiteur déchargé le paiement d'une partie de la dette, est obligé de supporter personnellement la portion pour laquelle ce débiteur eût été tenu de contribuer aux parts des insolvables, de telle sorte qu'il ne

⁵¹ *Nec obstat*, art. 2032 : *non est eadem ratio*. Riom, 18 août 1840, Sir., 40, 2, 449.

⁵² L'art. 1210, qui statue sur la décharge expresse de la solidarité, suppose, comme l'art. 1214 qui s'occupe de la décharge tacite, que le débiteur n'a été déchargé que moyennant le paiement de sa part dans la dette. Le créancier qui a déchargé de la solidarité un débiteur dont il n'a rien reçu, conserve, sans restriction, son action solidaire contre les autres débiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé. Il en serait cependant autrement, s'il n'y avait pas simple décharge de la solidarité, mais remise de la dette elle-même au profit exclusif de l'un des codébiteurs. Dans ce cas, le créancier perdrait toute action contre le débiteur déchargé, et ne conserverait que sous la déduction de la part de ce dernier, son action solidaire contre les autres débiteurs, qui par le fait du créancier, ne peuvent plus avoir de recours à exercer contre le débiteur déchargé. Telle était l'espèce de l'arrêt du 30 novembre 1819 (Civ. cass., Sir., 20, 4, 415). Cpr. art. 1215. Pothier, nos 275 et 277, Delvincourt, II, p. 540. Duranton, II, 224 et 231.

peut agir contre les autres débiteurs que sous la déduction de cette portion. Art. 1215 ⁵³.

Quoique la remise de la solidarité ne se présume pas en règle générale, le créancier est cependant censé la consentir dans les trois hypothèses suivantes :

Lorsqu'en recevant de l'un des débiteurs une somme égale à la portion dont ce dernier est tenu, il lui délivre quittance pour sa part. Art. 1211, al. 2.

Lorsque la demande formée contre l'un des débiteurs pour sa part, a été suivie de l'acquiescement de ce débiteur, ou d'un jugement de condamnation. Art. 1211, al. 3.

Enfin lorsque, pendant dix années consécutives, le créancier a reçu divisément de l'un des codébiteurs sa part dans les arrérages ou intérêts de la dette. Art. 1212 ⁵⁴.

Les faits qui, dans ces trois hypothèses, entraînent décharge de la solidarité cessent de la produire, si le créancier a réservé la solidarité ou ses droits en général ⁵⁵. Ils n'opèrent, d'ailleurs,

⁵³ L'art. 1215 dit bien que la part du débiteur insolvable doit être contributivement répartie entre tous les codébiteurs solvables, même entre ceux qui ont été précédemment déchargés de la solidarité. Mais il ne faut pas croire que cette opération ait pour but de faire supporter à ces derniers les conséquences d'une insolvabilité dont ils n'ont plus à répondre, puisque, par la décharge de la solidarité, ils sont devenus débiteurs simplement conjoints, et que, dès lors, ils ne sont plus tenus au delà de leurs parts dans la dette. Si l'art. 1215 ordonne la répartition de la part du débiteur insolvable entre tous les débiteurs solvables sans exception, c'est uniquement pour indiquer que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés, que sous la déduction des portions contributives des débiteurs déchargés, portions dont les premiers cessent d'être tenus, parce que, par le fait du créancier, ils ne peuvent plus avoir à cet égard de recours à exercer contre les seconds. Pothier, n° 275. Delvincourt, II, p. 510. Toullier, VI, 739. Duranton, XI, 231.

⁵⁴ Il faut, en outre, remarquer que, toutes les fois que le créancier reçoit de l'un des codébiteurs la portion dont il est tenu dans les intérêts ou arrérages de la dette, et lui délivre, sans faire de réserves, une quittance pour sa part, il est censé remettre à ce débiteur la solidarité pour les intérêts et arrérages qu'il a reçus divisément. C'est de cette manière que doivent être entendues les expressions *pour les arrérages ou intérêts échus*, dont se sert l'art. 1212. La remise de la solidarité étant la conséquence de la quittance donnée au débiteur pour sa part, cette remise ne peut évidemment s'appliquer qu'aux intérêts ou arrérages compris dans la quittance. Si, par exemple, trois années d'intérêts sont échues, et que le créancier reçoive divisément, sans faire de réserves, les intérêts de la première, il ne perd la solidarité que pour les intérêts de celle-ci, et non pour ceux des deux autres. Delvincourt, II, p. 511. Duranton, XI, 236.

⁵⁵ Lorsque la quittance délivrée à l'un des débiteurs ou la demande formée

qu'une décharge individuelle au profit de celui des débiteurs qu'ils concernent, et laissent subsister l'action solidaire contre les autres débiteurs. Art. 1211, al. 1, et arg. de cet article.

Le décès de l'un des débiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers ne fait pas cesser la solidarité, mais elle en modifie les effets, en ce sens que la dette, bien que restant, d'une manière absolue, solidaire quant aux débiteurs originaires, se divise entre les héritiers du débiteur décédé, dans la proportion de leurs parts héréditaires. Chacun des héritiers n'est obligé envers le créancier que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire; mais pour cette part, il demeure solidairement obligé avec chacun des débiteurs originaires. Il en résulte notamment : que l'interpellation faite à l'un de ces derniers, ou sa reconnaissance de la dette, interrompt la prescription à l'égard de chacun des héritiers pour la part dont il est tenu envers le créancier; et que l'interpellation faite à l'un des héritiers, ou sa reconnaissance de la dette, interrompt la prescription vis-à-vis tous les codébiteurs originaires pour la part dont il est tenu, mais ne l'interrompt que pour cette part. Il en résulte, d'un autre côté, que l'interpellation faite à l'un des héritiers, ou sa reconnaissance de la dette, ne produit aucun effet par rapport à ses cohéritiers. Art. 2249.

Des règles analogues s'appliquent à la faute ou à la mise en demeure de l'un des débiteurs originaires, ou de l'un des héritiers d'un débiteur décédé.

La déchéance prononcée par l'art. 2037 contre le créancier qui, par son fait, a rendu impossible la subrogation de la caution au bénéfice des sûretés fournies pour le débiteur, ne s'applique point au créancier d'une obligation solidaire. Ce dernier conserve, malgré sa renonciation aux sûretés données par l'un des débiteurs, son action solidaire contre les autres pour le total de sa créance ⁵⁶, à moins qu'il n'ait agi avec une intention de mal-

contre lui, pour sa part, contiennent des réserves du créancier, ces réserves doivent nécessairement l'emporter sur la conséquence qu'on voudrait tirer des expressions *pour sa part*. Arg. art. 1211, al. 2 et 3 cbn. al. 1. Pothier, n° 277. Duranton, XI, 234. Dans la troisième hypothèse, les réserves du créancier s'opposent également aux inductions que l'on voudrait tirer de la réception d'un paiement divisé pendant dix années consécutives; c'est ce que dit formellement l'art. 1212.

⁵⁶ L'art. 2037 consacrant une véritable déchéance, le caractère de la disposition qu'il renferme ne permet pas de l'étendre, par voie d'analogie, aux débiteurs solidaires. Cette extension se trouve d'ailleurs repoussée par la nature différente de

veillance, ou dans un but de spéculation déloyale, auxquels cas il pourrait, en vertu de l'art. 1382, être déclaré déchu vis-à-vis des

l'engagement de la caution et de celui des débiteurs solidaires. La caution ne s'engage pas pour elle-même, et en raison d'un intérêt personnel dans la dette. Lors donc qu'elle garantit le paiement d'une obligation pour laquelle le débiteur principal a fourni d'autres sûretés, on peut et on doit présumer qu'elle n'a entendu s'engager qu'en contemplation de ces sûretés, et dans l'espérance de pouvoir, au moyen de la subrogation aux droits du créancier, récupérer les sommes payées en l'acquit du débiteur principal. Le codébiteur solidaire, au contraire, s'engage pour lui-même, et par un motif qui, au regard du créancier du moins, doit être réputé intéressé. Si, indépendamment de la solidarité, ce dernier a exigé ou obtenu de l'un des codébiteurs solidaires des sûretés accessoires, cette circonstance n'est plus de nature à faire présumer que c'est en vue de ces sûretés que les autres codébiteurs ont consenti la solidarité. On doit bien plutôt admettre que la cause impulsive de l'engagement solidaire se trouve dans l'intérêt particulier des diverses personnes qui l'ont contracté. Vainement objecterait-on, que la subrogation légale établie par le n° 3 de l'art. 1251, au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter, impose virtuellement au créancier l'obligation de conserver les sûretés attachées à sa créance. En effet, il est historiquement certain que l'admission de la subrogation légale a eu pour unique objet de dispenser ceux au profit desquels elle a été établie de requérir la cession d'actions. Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 557; *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Leg. XII*, p. 370, n° 129). D'un autre côté, l'obligation éventuelle où peut se trouver le créancier de céder ses actions, n'emporte pas de sa nature la nécessité pour ce dernier, de conserver les sûretés attachées à sa créance. Tout ce qu'on peut rationnellement en conclure, c'est qu'il ne doit pas se placer dans l'impossibilité d'effectuer la cession d'actions, en renonçant à sa créance elle-même. Quant aux sûretés accessoires, le créancier n'est tenu de les céder que telles qu'il les possède au moment du paiement fait entre ses mains, sans qu'on puisse, sur le seul fondement du bénéfice de cession d'actions, et indépendamment de toute autre considération, lui opposer une déchéance quelconque en raison de la diminution ou de la perte de ces sûretés. Le Droit romain admit, il est vrai, une modification à ces principes en faveur du *mandator credendæ pecuniæ* et du *fidejussor indemnitis*, auxquels il permettait de repousser l'action du créancier qui avait perdu, par son fait ou par sa négligence, les sûretés attachées à sa créance. Cette modification, que justifiait parfaitement la nature particulière de l'engagement du *mandator credendæ pecuniæ* et du *fidejussor indemnitis*, fut ensuite, sous notre ancienne jurisprudence, étendue par des motifs d'équité dont la valeur est, à certains égards, contestable, non-seulement à toute caution indistinctement, mais encore au codébiteur solidaire et même au tiers détenteur, pour le cas, du moins, où le créancier s'était, par un fait positif de sa part, mis hors d'état de céder les sûretés primitivement constituées en sa faveur. Cpr. Dumoulin, *Tract. de usuris*, quest. 89, n°s 680 et suiv.; Loiseau, *Du déguerpissement*, liv. II, chap. VIII, n°s 15 et suiv.; Pothier, *De l'hypothèque*, chap. II, art. 2, § 6, et *Coutume d'Orléans*, titre XX, n°s 42 et suiv. Tel n'est plus, à notre sentiment, le système du Code Napoléon. D'une part, le rapprochement des art. 2029 et 2037 indique que les

autres débiteurs, jusqu'à concurrence de la part de celui qui avait fourni les sûretés auxquelles il a renoncé.

§ 299.

3. *Des obligations positives et des négatives.*—4. *Des obligations personnelles et des réelles.* — 5. *Des obligations de donner et de celles de faire ou de ne pas faire.*

1° Les obligations positives sont celles qui imposent au débiteur la nécessité de faire ou de donner quelque chose.

Les obligations négatives sont celles en vertu desquelles le débiteur est tenu d'omettre, c'est-à-dire de ne pas faire quelque chose. Art. 1101.

2° On appelle obligations réelles, celles dont le débiteur n'est pas tenu personnellement et sur son patrimoine, et qui ne pèsent sur lui que comme possesseur de certaines choses ou de certains biens¹. Telles sont les obligations que la loi impose au propriétaire en cette qualité. Voy. art. 646, 656, 663. Telles sont encore toutes les obligations correspondant à des droits réels ou à des droits personnels susceptibles d'être poursuivis contre des suc-

rédateurs de ce Code n'ont point regardé la subrogation légale établie par le premier de ces articles en faveur de la caution, comme emportant nécessairement, et par elle-même, l'obligation pour le créancier de conserver ses sûretés accessoires. Dans cette supposition, en effet, la disposition de l'art. 2037 serait devenue inutile. D'un autre côté, la combinaison des art. 2037 et 1285 démontre que, si les rédacteurs du Code ont considéré la position de la caution comme assez favorable pour l'affranchir de son obligation, lorsque la subrogation aux hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus s'opérer par le fait de ce dernier, ils n'ont pas pensé que la même faveur dût s'attacher à la position du codébiteur solidaire. Bien loin d'établir, à son profit, une disposition analogue à celle de l'art. 2037, ils n'ont, dans l'art. 1285, prononcé de déchéance partielle contre le créancier, que pour le cas où il aurait renoncé à sa créance elle-même à l'égard de l'un des codébiteurs. Ces diverses considérations nous engageant à rétracter l'opinion que nous avons émise dans nos premières éditions. Voy., dans ce sens : Caen, 30 mars 1833, Sir., 35, 1, 338 ; Toulouse, 19 mars 1842, Sir., 43, 2, 185 ; Req. rej., 5 décembre 1843, Sir., 44, 1, 71 ; Riom, 2 juin 1846, Sir., 46, 2, 370 ; Dijon, 30 avril 1847, Sir., 47, 2, 602 ; Bordeaux, 14 février 1849, Sir., 49, 2, 500 ; Paris, 8 mars 1851, Sir., 51, 2, 427 ; Bourges, 10 juin 1851, Sir., 51, 2, 681 ; Req. rej., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1, 104. Cpr. Trop-Long, *Du cautionnement*, n° 563. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 5 ; Duranton, XVIII, 382, à la note ; Mourlon, *Des subrogations*, p. 480 et 514. — Zachariæ paraît émettre sur la question deux solutions contraires. Cpr. § 298, note 30, § 428, note 3.

¹ Cpr. sur ce point : Toullier, III, 344 et suiv.

cesseurs même à titre particulier; par exemple, l'obligation imposée au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, de payer ou de délaisser (art. 2168); et celle en vertu de laquelle l'acquéreur d'un immeuble loué peut, le cas échéant, être tenu de respecter le bail. Art. 1743.

Les obligations personnelles sont, au contraire, celles dont le débiteur est tenu personnellement et sur son patrimoine.

3° Les obligations de donner sont celles dont la prestation consiste dans la délivrance d'une chose, que le créancier est autorisé à réclamer, en vertu d'un titre quelconque².

Les obligations de faire ou de ne pas faire sont celles dont la prestation consiste, soit dans l'accomplissement d'un fait autre que celui de la délivrance d'une chose, soit dans l'omission d'un fait quelconque.

Le débiteur d'une obligation de faire ne peut être personnellement contraint à l'accomplissement d'une telle obligation³, qui, en cas d'inexécution, se résout en dommages-intérêts⁴. Art. 1142. Lorsque le débiteur refuse d'accomplir une obligation de faire, le créancier n'a donc, en thèse générale, que le droit de réclamer la réparation du dommage qu'il éprouve. Si cependant l'obligation de faire est de nature à pouvoir être exécutée par un tiers, ou sans l'intervention personnelle du débiteur, le créancier est autorisé à en demander l'exécution aux frais de ce dernier⁵. Art. 1144. Du reste, les dispositions de l'art. 1142 ne s'appliquent pas aux obligations correspondant aux droits personnels qui s'exercent de la même manière que les droits réels.

² Il n'y a pas de différence à établir à cet égard, entre les titres translatifs de propriété et ceux qui ne le sont pas. Cpr. Duranton, X, 394.

³ *Nemo ad faciendum cogi potest*. Cette maxime n'énonce pas seulement une vérité morale, mais un principe juridique consacré par l'art. 1142 du Code Napoléon. Le sens en est, sous ce dernier rapport, que les tribunaux ne peuvent prononcer la contrainte par corps (voy. cependant art. 2063), ou des condamnations pécuniaires excédant les dommages-intérêts légalement dus (cpr. art. 1149), pour forcer indirectement le débiteur à l'accomplissement d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

⁴ Il ne faut pas en conclure que toute obligation de faire ou de ne pas faire constitue une obligation alternative. Le paiement des dommages-intérêts ne peut être considéré comme une exécution de l'obligation, mais seulement comme la compensation du défaut d'exécution. Duranton, X, 458 et 459.

⁵ Les juges ne sont cependant pas obligés de faire droit à ces conclusions. Ils peuvent, s'ils l'estiment convenable, se borner à prononcer des dommages-intérêts contre le débiteur. Req. rej., 20 décembre 1820, Sir., 21, 1, 432.

Quant à l'obligation de ne pas faire, elle se résout aussi, en principe, en dommages-intérêts. Art. 1142. Toutefois, lorsqu'il est possible de détruire ce qui a été fait en contravention à une pareille obligation, le créancier doit, s'il le demande, être autorisé à faire opérer cette destruction aux frais du débiteur, et ce, sans préjudice aux dommages-intérêts qui pourraient lui être dus. Art. 1143.

L'obligation de donner peut avoir pour objet la délivrance d'une chose déterminée dans son individualité⁶, ou seulement quant à son espèce. Comme, dans l'une et l'autre hypothèse, la délivrance n'exige pas l'intervention personnelle du débiteur, il en résulte que l'obligation de donner diffère de l'obligation de faire ou de ne pas faire, en ce qu'elle ne se résout pas en dommages-intérêts, et que le créancier peut toujours, en demandant l'accomplissement de l'obligation elle-même⁷, se faire autoriser, soit à se mettre en possession de la chose, lorsqu'elle est déterminée dans son individualité⁸, soit à se la procurer aux frais du débiteur, lorsqu'elle n'est déterminée que quant à son espèce⁹.

La délivrance qui doit avoir lieu en exécution d'une obligation de donner, s'accomplit de la manière indiquée aux art. 1604 et suivants et 1689¹⁰, lorsque cette obligation procède d'un titre

⁶ C'est-à-dire, d'après la terminologie du Code, d'un corps certain et déterminé, ou simplement d'un corps certain. Cpr. art. 1221, n° 2, 1245, 1247, 1264, 1302. Le Code oppose aux corps certains et déterminés les choses qui ne sont déterminées que quant à leur espèce. Cpr. art. 1129 et 1246. Il attache au mot *espèce* (*species*) l'idée que les Romains attachaient au mot *genre* (*genus*). C'est pour nous conformer à la terminologie du Code, tout en mettant plus de précision dans les termes, que nous opposons les choses déterminées dans leur individualité aux choses déterminées seulement quant à leur espèce.

⁷ Si l'art. 1136 dit que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la garder jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts envers le créancier, c'est uniquement dans le but d'accorder au créancier le droit de demander des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation ou retard dans son exécution, et non pour lui interdire la faculté de réclamer l'accomplissement de l'obligation même. Delvincourt, II, p. 527.

⁸ Duranton, X, 393 et 395.

⁹ Toullier, VII, 64. L'art. 1144 s'applique *a fortiori* à l'obligation de donner, et l'on ne conçoit pas comment la Cour de Bruxelles a pu juger le contraire par arrêt du 9 janvier 1809 (Sir., 10, 2, 532).

¹⁰ Ces articles, placés au titre de la vente, s'appliquent par analogie à toute délivrance à faire en exécution de titres translatifs de propriété ou de droits réels immobiliers.

translatif de propriété ou de droits réels immobiliers. Dans les autres cas, la manière dont la délivrance s'effectue, est déterminée par les règles spéciales de la convention d'où résulte l'obligation de donner ¹¹.

Lorsque l'obligation de donner a pour objet la délivrance d'une chose déterminée dans son individualité, elle comprend en outre l'obligation de veiller, jusqu'à la livraison, à la conservation de cette chose, en y apportant tous les soins d'un bon père de famille ¹². Art. 1136 et 1137.

L'obligation de donner emporte encore, dans certaines hypothèses ¹³, celle de garantir au créancier la libre jouissance de la chose et de l'indemniser en cas d'éviction.

§ 300.

6. *Des obligations simples ou composées, sous le rapport de la prestation qui en forme l'objet.*

Une obligation est simple ou composée, suivant qu'elle a pour objet une ou plusieurs prestations.

L'obligation composée peut être conjonctive ou alternative.

Une obligation est conjonctive, lorsque le débiteur est, en vertu d'un seul et même titre, tenu à la fois de plusieurs prestations indépendantes les unes des autres ¹. Il y a, dans une obligation conjonctive, autant d'obligations distinctes, qu'il y a de prestations différentes à accomplir par le débiteur ².

¹¹ Ainsi, l'obligation de délivrer, imposée au bailleur d'une maison, n'est pas remplie comme celle du vendeur par le seul fait de la remise des clefs (cpr. art. 1635) : le preneur a droit d'exiger une mise en possession réelle. Arg. art. 1719, al. 1 et 3. Ainsi encore, le bailleur est tenu de livrer la chose louée en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720) ; tandis que le vendeur est libéré de son obligation, en délivrant la chose vendue dans l'état où elle se trouvait au moment de la vente. Art. 1614. Cpr. §§ 354 et 366.

¹² Cpr. sur l'étendue de cette obligation, et en général sur la théorie des fautes, § 308, n° 2.

¹³ Les dispositions des art. 1626 et suivants ne doivent pas être étendues à toute obligation de donner. Cpr. § 310 ; Duranton, X, 396.

¹ Ainsi, lorsque je promets de livrer mon cheval et mon bœuf, pour deux prix distincts, l'obligation est composée ou conjonctive ; mais elle est simple, lorsque je m'engage à livrer tous mes bestiaux, pour un seul et même prix. Par la même raison, l'obligation de rembourser un capital avec intérêts n'est pas une obligation conjonctive, mais une obligation simple. Cpr. Toullier, VI, 686 à 688.

² *Tot sunt stipulationes quot species.* L. 29, præ. D. de V. O. (45, 1).

Une obligation est alternative, lorsque le débiteur n'est tenu des diverses prestations qui en forment l'objet, que séparément, et en ce sens qu'il sera libéré au moyen de l'accomplissement d'une seule d'entre elles. Art. 1189 et 1196. Le choix entre ces diverses prestations appartient de droit au débiteur, lorsqu'il n'a pas été expressément accordé au créancier. Art. 1190. Mais le débiteur ne peut se libérer que par l'accomplissement intégral de l'une des prestations, et non par un accomplissement partiel des unes et des autres. Art. 1191. Ce principe doit même être appliqué dans le cas où le débiteur a laissé plusieurs héritiers, ainsi que dans l'hypothèse où il existe plusieurs débiteurs³. Réciproquement, le créancier auquel a été déferé le choix à faire entre les différentes prestations comprises dans l'obligation, ne peut réclamer que l'accomplissement intégral de l'une d'entre elles, et non l'accomplissement partiel de toutes à la fois⁴.

Il ne faut pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation facultative. Cette dernière est celle qui, bien que n'ayant pour objet qu'une seule et même prestation, donne au débiteur la faculté de se libérer en remplaçant cette prestation par une autre⁵. L'obligation facultative diffère donc essentiellement de l'obligation alternative, en ce que la première ne porte que sur une seule prestation, tandis que la seconde en comprend plusieurs. La prestation accessoire, au moyen de laquelle le débiteur d'une obligation facultative est autorisé à se libérer, ne peut être considérée comme formant l'objet de cette obligation, à laquelle elle se trouve seulement adjointe pour la facilité du paiement. *Non est in obligatione, sed adjecta tantum solutionis gratiâ*. De là, découlent les conséquences suivantes :

1° Pour déterminer la nature d'une obligation facultative, et pour résoudre, par exemple, la question de savoir si une obligation de cette espèce est mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible, on doit avoir uniquement égard à la prestation principale qui en forme l'objet⁶. Au contraire, le caractère d'une

³ L. 45, D. *de legat.* (2°). Duranton, XI, 439. — Mais il recevrait exception dans le cas où l'obligation alternative aurait pour objet des prestations annuelles, parce que, dans cette hypothèse, il y a autant d'obligations distinctes que d'années. L. 24, § 6, D. *de act. empt. vend.* (49, 4). Cpr. Duranton, XI, 440 et 441.

⁴ Duranton, XI, 438 et 439.

⁵ Les art. 894 et 4684 offrent des exemples d'obligations facultatives.

⁶ Cpr. art. 4674, 4684 ; Duranton, IV, 98, et XI, 456, à la note ; Toullier, XI, 700.

obligation alternative reste en suspens jusqu'au paiement, et se détermine d'après la prestation au moyen de laquelle ce paiement s'effectue ⁷.

2° Lorsqu'une obligation facultative est entachée de quelque vice inhérent à la prestation principale, cette obligation est nulle, quoique aucun vice ne se rencontre dans la prestation accessoire. Il suffit, au contraire, pour la validité d'une obligation alternative, que l'une ou l'autre des prestations comprises dans cette obligation, soit exempte de vice. Cette prestation est, dans ce cas, censée former l'objet unique de l'obligation, qui dégénère ainsi en obligation simple. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où l'obligation alternative renfermerait deux prestations, dont l'une ne pouvait être l'objet d'une obligation ⁸. Art. 1192, et arg. de cet article.

3° Le créancier d'une obligation facultative peut ne comprendre dans sa demande en paiement que la prestation principale sans faire aucune mention de la prestation accessoire. Au contraire, le créancier d'une obligation alternative au choix du débiteur, doit comprendre dans sa demande en paiement les différentes prestations qui en forment l'objet, en laissant au débiteur la liberté d'accomplir celle que bon lui semblera.

4° L'obligation facultative est éteinte, conformément à l'art. 1302, lorsque la chose formant l'objet de la prestation principale a péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il ne fût en demeure. Il en serait ainsi, lors même que l'objet de la prestation accessoire n'aurait point péri. L'obligation alternative, au contraire, ne s'éteint qu'autant que les diverses choses formant l'objet des prestations qui se trouvent comprises dans cette obligation ont toutes péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il ne fût en demeure ⁹. Art. 1195, 1196 et 1302. Dans l'hypothèse contraire, l'obligation continue de subsister, soit comme obligation alternative, lorsqu'il existe encore plusieurs des choses qui s'y trouvaient originairement comprises, soit comme obligation simple, lorsque toutes ces choses ont péri, à l'exception d'une seule ¹⁰. Art. 1193, al. 1, et art. 1195.

⁷ Toullier, VI, 699. Duranton, XI, 157.

⁸ Duranton, XI, 154.

⁹ Si cependant l'une de ces choses avait péri par la faute du créancier, l'obligation serait éteinte, quoique les autres existassent encore. Dans cette hypothèse, le débiteur est censé avoir livré la chose périée. Toullier VI, 697

¹⁰ Cpr. Douai, 13 novembre 1844, Sir., 45, 2, 370.

Si la perte est arrivée par la faute du débiteur, ou après sa mise en demeure, on doit, pour déterminer les conséquences de cette perte et les obligations qu'elle impose au débiteur, distinguer entre le cas où le choix ne lui a pas été enlevé et celui où il a été accordé au créancier. Art. 1193 et 1194.

Du reste, ces principes s'appliquent également au cas où la prestation est devenue impossible à accomplir, par toute autre cause que par la perte de la chose. Arg. art. 1192 et 1193¹¹.

§ 301.

7. Des obligations divisibles et des obligations indivisibles¹.

Une obligation est indivisible, lorsqu'une impossibilité juridique ou physique s'oppose à ce que l'objet de la prestation puisse être divisé matériellement ou intellectuellement². Art. 1217³. L'obli-

¹¹ L. 16, *præ. D. de V. O.* (45, 1). L'art. 1193 qui porte : « Si l'une des deux choses promises périt *et* ne peut plus être livrée, » doit être lu ainsi qu'il suit : Si l'une des deux choses périt *ou* ne peut plus être livrée. Autrement, il renfermerait un véritable pléonasme.

¹ Les rédacteurs du Code ont, sauf quelques modifications de détail, suivi dans cette matière la doctrine de Pothier (*Des obligations*, nos 288 et suiv.), qui, lui-même, avait pris pour guide le Traité de Dumoulin (*Extrictio labyrinthi dividi et individi*; *C. Molinæi opera*, t. III, p. 89 et suiv.). Les auteurs modernes ont critiqué assez amèrement les dispositions du Code, auquel ils reprochent d'avoir, dans l'art. 1218, déclaré indivisibles des obligations qui, d'après l'art. 1221, n° 5, se trouveraient rangées au nombre des obligations divisibles. Cpr. Toullier, VI, 782 et suiv.; Duranton, XI, 247. Ce reproche ne nous paraît pas fondé. Voy. note 36, *infra*. — Cpr. sur cette matière : *Analyse de l'ouvrage allemand de Julius Rubo*, par Guis (*Revue étrangère*, 1844, VIII, p. 448 et 371); *De la Solidarité et de l'Indivisibilité*, par Rodière, Paris, 1852, 1 vol. in-8°.

² *Id est quando præstatio, nec in partes quantas, nec in partes quotas, dividi potest.* Ainsi, par exemple, l'obligation de livrer un cheval n'est pas une obligation indivisible en elle-même : un cheval ne peut, il est vrai, être divisé matériellement, mais rien n'empêche de se faire l'idée d'un cheval dont plusieurs héritiers ou acquéreurs seraient copropriétaires, chacun pour une moitié, pour un tiers, ou pour un quart. Un cheval est donc susceptible de division intellectuelle, puisqu'il peut se partager en parties *aliquotes* : et l'on pourrait, par exemple, livrer le tiers d'un cheval, en cédant le tiers indivis dans un cheval dont on serait copropriétaire. Cpr. Pothier, n° 289; Toullier, VI, 775.

³ L'indivisibilité définie par l'art. 1217, correspond, d'après tous les commentateurs du Code, à celle que Dumoulin appelle *individuum contractu*, et que Pothier (n° 292) nomme, avec plus de raison, *indivisibilité absolue*. Ce dernier auteur cherche à en expliquer les caractères en disant, qu'elle se rencontre dans les obligations qui ne peuvent être ni stipulées ni promises par parties.

gation de constituer une servitude réelle ou d'en souffrir l'exercice, celle de concéder une hypothèque ou de délaisser un immeuble hypothéqué, sont des obligations indivisibles, par suite du principe juridique de l'indivisibilité des servitudes⁴ et des hypothèques⁵. L'obligation de ne pas faire un voyage dans telle ville est une obligation indivisible à raison de l'impossibilité physique qui s'oppose à la division de ce fait négatif⁶.

Une obligation est également indivisible, lorsque la chose ou le fait qui en forment la matière, quoique divisibles en eux-mêmes, cessent de l'être à raison du rapport sous lequel ils sont devenus l'objet de la prestation. Art. 1218⁷. Telle est l'obligation de construire une maison⁸. Telle est encore celle de livrer un terrain destiné, d'après la commune intention des parties, à une construction qui exige la totalité de ce terrain⁹.

⁴ Toute servitude réelle est indivisible, soit qu'on la considère activement et comme droit, soit qu'on la considère passivement et comme charge. Les art. 709 et 710 le présupposent évidemment. Voy. aussi Duranton, XI, 259 et 260.

⁵ *Hypotheca est in toto et in qualibet parte*. L. 6. C. de distrac. pign. (8, 28). Art. 2114, al. 2.

⁶ Ce serait une grave erreur que de regarder comme indivisibles toutes les obligations de ne pas faire. Les obligations de cette espèce sont divisibles, lorsque le fait que l'on a promis d'omettre est susceptible de division, c'est-à-dire, d'être omis pour partie, et qu'on peut ainsi ne contrevenir que pour partie à sa promesse. Pothier, n° 290. Duranton, XI, 253.

⁷ L'indivisibilité définie par cet article, correspond, ainsi que l'enseignent les commentateurs du Code (cpr. Toullier, VI, 792; Duranton, XI, 256), à celle que Dumoulin (part. III, nos 57 et suiv.) appelle *individuum obligatione*. Cpr. Pothier, n° 293.

⁸ La construction d'une maison est un fait divisible, lorsqu'on considère cette construction en elle-même, comme un fait susceptible de s'accomplir successivement et par parties. Mais, dans l'obligation de construire une maison, on envisage moins le fait passager de la construction que son résultat final et permanent, c'est-à-dire, la maison à construire. Or, une maison n'existe comme telle que par la réunion de toutes les parties qui la constituent; elle est indivisible dans sa forme spécifique; sa construction est donc également indivisible dès qu'elle devient l'objet d'une obligation. Les mêmes observations s'appliquent à toute entreprise ayant pour objet une chose d'une forme déterminée. Dumoulin, *op. cit.*, part. III, n° 76. Pothier, n° 293. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 52, 2, 202. Civ. cass., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 603.

⁹ Quoiqu'un terrain, considéré en lui-même, et abstraction faite de l'usage auquel il peut être destiné, soit divisible, il cesse de l'être, lorsqu'il devient l'objet d'une obligation, dans laquelle il est envisagé comme un emplacement destiné à une construction ou à tout autre usage qui exige la totalité de ce terrain. Dumoulin, *op. cit.*, part. IX, nos 342 à 345. Pothier, n° 296. Voy. aussi sur l'obligation de livrer des titres ou documents : Bordeaux, 24 juin 1834, Sir., 34, 2, 580.

Ces deux espèces d'obligations indivisibles diffèrent l'une de l'autre, en ce que, dans les premières, la chose à livrer ou le fait à accomplir sont indivisibles par leur nature, c'est-à-dire, abstraction faite de l'obligation dont ils forment la matière; tandis que, dans les secondes, la chose ou le fait ne sont pas indivisibles en eux-mêmes, mais seulement à raison de la circonstance qu'ils sont devenus la matière d'une obligation sous un point de vue qui rend leur division impossible¹⁰.

Toutes les obligations qui ne rentrent pas dans l'une des classes d'obligations indivisibles ci-dessus établies sont divisibles.

Une obligation, divisible en elle-même, ne peut être considérée comme indivisible par cela seul que, dérivant d'un contrat commutatif, elle est corrélatrice à une obligation indivisible. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation de payer le prix de constructions exécutées pour le compte de plusieurs copropriétaires par indivis n'a aucun caractère d'indivisibilité¹¹.

Du reste, il faut bien se garder de confondre les obligations indivisibles avec les obligations solidaires. Les unes et les autres sont, il est vrai, exigibles en totalité de la part de chacun des créanciers contre chacun des débiteurs; mais cet effet, commun à ces deux espèces d'obligations, procède, dans l'obligation solidaire, du titre même qui la constitue, tandis que, dans l'obligation indivisible, elle n'est que le résultat de l'impossibilité d'accomplir partiellement la prestation qui en est l'objet. Dans une obligation indivisible, chacun des débiteurs ne devrait payer, et chacun des créanciers ne pourrait réclamer que sa part, si la prestation était susceptible d'accomplissement partiel; tandis qu'il en est tout autrement dans l'obligation solidaire¹². Ainsi,

¹⁰ Dumoulin (part. II, n° 223) nous paraît avoir nettement indiqué cette différence dans le passage suivant : *Non enim causatur individuitas, nisi ex eo quod res debita, vel sui natura, vel ut debita est, non potest præstari seu solvi pro parte.*

¹¹ Civ. cass., 23 juin 1854, Sir., 54, 1, 603. Voy. en sens contraire, Orléans, 3 avril 1854, Sir., 52, 2, 202. La Cour d'Orléans a perdu de vue que l'indivisibilité d'une obligation ne peut résulter que de l'impossibilité de son exécution partielle.

¹² C'est ce que Dumoulin explique en disant : *In obligatione correali totaliter debetur ex obligatione; in obligatione individua totum debetur ex necessitate, sed non totaliter.* Cpr. sur les différences qui existent entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible; Duranton, XI, 266; et les notes 13, 14, 18, 19 et 22, *infra*.

une obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible¹³ (art. 1219); et réciproquement, une obligation indivisible n'est pas pour cela solidaire¹⁴.

Les obligations divisibles doivent, lorsqu'il n'existe qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur, être exécutées comme si elles étaient indivisibles. Art. 1220. Cpr. cep. art. 1244.

La distinction des obligations en divisibles et indivisibles n'a donc d'importance que dans les deux hypothèses suivantes¹⁵ : 1° lorsqu'il existe, dès le principe, plusieurs créanciers ou débiteurs conjoints (art. 1222); 2° lorsque le créancier ou le débiteur, unique dans l'origine, se trouve, avant l'extinction de l'obligation, représenté par plusieurs héritiers (art. 1220 et 1223).

Dans ces deux hypothèses, l'indivisibilité d'une obligation entraîne les conséquences suivantes :

1° Chaque créancier¹⁶ peut demander l'accomplissement intégral de l'obligation, et libérer valablement le débiteur. Art. 1224, al. 1. Mais il n'est point autorisé à faire seul remise de la totalité de la dette¹⁷, ni même à recevoir la totalité d'une prestation di-

¹³ L'indivisibilité produit, à certains égards, des effets plus étendus que la solidarité, notamment en ce qui concerne l'interruption ou la suspension de prescription. Art. 2249, al. 2. Cpr. § 298, notes 9 et 15.

¹⁴ A certains égards, la solidarité entraîne des conséquences plus rigoureuses que l'indivisibilité, et la proposition énoncée dans le texte sert évidemment de base aux dispositions de l'art. 1225, qui donne au codébiteur d'une obligation indivisible un droit dont ne jouit pas le codébiteur solidaire. Cpr. note 19 *infra*; § 298, texte et note 34. On ne conçoit pas dès lors comment la Cour de cassation (Req. rej., 11 janvier 1825, Sir., 25, 4, 285), a pu juger qu'une obligation indivisible de sa nature est toujours solidaire, lors même que la solidarité n'a pas été stipulée.

¹⁵ Les conséquences qui résultent de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations, sont les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Quoiqu'il ne soit textuellement question, dans la plupart des dispositions du Code (cpr. art. 1220, 1224, 1224, 1225, 1232 et 1233), que des héritiers du créancier ou du débiteur, ces dispositions n'en sont pas moins applicables aux créanciers et aux débiteurs originaires d'une obligation conjointe. Art. 1222 et arg. de cet article cbn. 1223.

¹⁶ Sous les expressions *chaque créancier, chaque débiteur*, nous comprendrons toujours, dans la suite de ce paragraphe, non-seulement chacun des créanciers ou des débiteurs primitifs, mais encore chacun de leurs héritiers.

¹⁷ Le créancier solidaire ne le peut même pas (art. 1198, al. 2); et le pourrait-il, il devrait en être autrement du créancier d'une obligation indivisible, *in qua non totaliter debetur*. La remise ne restera cependant pas sans effet, car l'indivisibilité de l'obligation ne s'oppose pas absolument à sa remise partielle : les autres créanciers ne pourront plus demander l'accomplissement intégral de la

visible, qui se trouverait substituée à la prestation primitive¹⁸. Art. 1224, al. 2.

2° Chaque débiteur peut être poursuivi pour l'accomplissement intégral de l'obligation. Art. 1222 et 1223. Toutefois, le débiteur ainsi poursuivi est autorisé, à moins que la prestation ne soit de nature à ne pouvoir être accomplie que par lui, à demander un délai pour appeler en cause ses codébiteurs, et faire diviser la condamnation à prononcer¹⁹. Art. 1225. Par l'effet de cet appel en cause, le débiteur originairement poursuivi ne peut plus être condamné seul, mais tous les codébiteurs doivent être condamnés à exécuter conjointement, et chacun pour sa part, l'obligation indivisible. Si, par le refus de l'un d'eux de concourir à cette exécution intégrale, l'obligation n'est point accomplie, elle se convertit en dommages-intérêts, au paiement desquels les différents codébiteurs ne sont tenus que pour leur part, à l'exception cependant de celui par le refus duquel l'exécution intégrale n'a pu avoir lieu, lequel peut être poursuivi pour la totalité des dommages-intérêts. Arg. art. 1232.

prestation que sous la condition d'indemniser le débiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui des créanciers qui a fait la remise. Art. 1224, al. 2. Pothier, n° 328. Duranton, XI, 313 et 314.

¹⁸ C'est ce qui peut arriver, soit par suite de novation, soit à raison de l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qui s'est convertie en dommages-intérêts. — La raison du principe énoncé au texte se trouve dans cette idée, que le créancier d'une obligation indivisible ne l'est pas *totaliter*, qu'il n'a droit qu'à sa part, dès que l'accomplissement partiel de la prestation devient possible. Sous ce rapport, les droits du créancier solidaire, qui l'est *totaliter*, sont beaucoup plus étendus. Pothier, n° 327. Duranton, XI, 313.

¹⁹ La raison en est que le codébiteur d'une obligation indivisible n'en est pas tenu *totaliter*. Les expressions *et faire diviser la condamnation*, ne se trouvent pas, il est vrai, dans l'art. 1225; mais les développements ajoutés par Dumoulin (part. II, nos 469 et suiv.; part. III, nos 90 et 104) et par Pothier (n° 334) à la proposition énoncée dans cet article, ne permettent pas de douter qu'il ne doive recevoir l'interprétation que nous lui avons donnée. Cette interprétation est, d'ailleurs, justifiée par l'exception même que l'art. 1225 apporte à la règle qu'il établit. Enfin, on ne concevrait pas que l'effet de l'appel en cause, autorisé par l'art. 1225, dût se borner à faire statuer sur le recours dont le codébiteur poursuivi jouit contre ses codébiteurs, puisque toute personne qui a droit à garantie peut appeler en cause ses garants (Code de procédure, art. 175), que le codébiteur solidaire jouit lui-même de cette faculté de Droit commun, quoique le Code ne contienne à son égard aucune disposition spéciale (cpr. § 298, texte et note 34), et qu'elle se trouve également accordée au codébiteur d'une obligation indivisible, dans le cas même où la prestation est de nature à ne pouvoir être accomplie que par lui. Duranton, XI, 303, 304, 305 et 311.

3° L'interruption de prescription opérée par l'un des créanciers, et la suspension de prescription établie en faveur de l'un d'eux, profitent à tous les autres Art. 709 et 710, et arg. de ces articles ²⁰.

4° L'interruption de prescription opérée contre l'un des débiteurs conserve intégralement les droits du créancier contre tous. Art. 2249, al. 2 ²¹.

5° Lorsque l'obligation indivisible est accompagnée d'une clause pénale, la peine est encourue par la contravention d'un seul des codébiteurs. Cependant, la peine ne peut être demandée en totalité que contre le débiteur contrevenant; les autres n'en sont tenus que pour leur part ²², pourvu que l'objet qui fait la matière de la peine soit lui-même divisible ²³. Art. 1232. Cpr. art. 1233, al. 2.

Les propositions ci-dessus énoncées sont, en principe, inapplicables aux obligations divisibles, qui, sauf le cas de solidarité ²⁴, se divisent activement et passivement, non-seulement entre les créanciers et entre les débiteurs primitifs, mais encore entre leurs héritiers, conformément aux règles relatives aux obligations simplement conjointes.

Il convient cependant de rappeler ici ces règles, pour indiquer les rapports sous lesquels elles restent complètement applicables, et ceux sous lesquels elles reçoivent des modifications partielles, quant aux obligations dont s'occupe l'art. 1221, et qu'on désigne communément sous le nom d'obligations indivisibles *solutione*.

²⁰ Les dispositions de ces articles ne sont que des conséquences de l'indivisibilité des servitudes, et dès lors elles doivent être étendues, par analogie, à tous les cas d'indivisibilité. On ne comprendrait pas une suspension ou une interruption partielle de la prescription dans une créance indivisible. Pothier, nos 682 et 698. Civ. rej., 14 août 1840. Sir., 40, 1, 753. Voy. cependant Duranton, XI, 267, et la note suivante.

²¹ M. Duranton (*loc. cit.*) soutient que l'art. 2249, al. 2, ne s'applique qu'aux obligations indivisibles définies par l'art. 1217 et non à celles dont s'occupe l'art. 1218. Cet auteur n'a émis cette opinion, erronée selon nous, que parce qu'il n'a pas su distinguer les obligations indivisibles de l'art. 1218, des obligations divisibles dont parle l'art. 1224, n° 5. Cpr. Toullier. VI, 797; et note 36 *infra*.

²² Tous les débiteurs solidaires sont, au contraire, tenus solidairement de la peine encourue par la contravention d'un seul. *Non obstat* art. 1205. Cpr., § 298, texte et note 41.

²³ Duranton, XI, 368 et 369.

²⁴ Cpr. § 298 sur les obligations solidaires et les obligations simplement conjointes.

1° Chaque créancier ne peut réclamer que sa part de la créance, alors même qu'il s'agit d'une obligation indivisible *solutione*²⁵. Art. 1220.

2° Chaque débiteur n'est tenu que de sa part de la dette. Art. 1220.

Aux termes de l'art. 1221, cette seconde règle reçoit exception :

1) Dans le cas où la dette est hypothécaire, en ce que tout débiteur détenteur d'un immeuble hypothéqué peut être poursuivi pour la totalité de la dette²⁶.

2) Lorsque la dette a pour objet la délivrance d'une chose déterminée dans son individualité²⁷ qui se trouve, par suite de partage²⁸, entre les mains de l'un des débiteurs, en ce que le

²⁵ En permettant de poursuivre pour le tout chacun des débiteurs, l'article 1221 ne donne cependant pas à chacun des créanciers le droit de poursuite pour le tout. Il ne modifie les effets de l'indivisibilité que relativement aux débiteurs, et non par rapport aux créanciers. Arg. des mots : *reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur*. Duranton, XI, 276. Req. rej., 9 novembre 1847, Sir., 48, 4, 288. Cpr. cep. Duranton, XI, 288.

²⁶ Le débiteur détenteur de l'immeuble hypothéqué ne peut toutefois être poursuivi, pour la totalité de la dette, que sur cet immeuble, et non sur ses autres biens; d'un autre côté, tous les débiteurs restent tenus de la dette pour leur part. Il en résulte : 1° que cette prétendue exception n'en est réellement pas une; 2° que, quoique garantie par une hypothèque, l'obligation personnelle ne cesse pas pour cela d'être divisible, et ne devient pas même indivisible *solutione*, dans le sens qui sera expliqué à la note 36 *infra*. Si l'action hypothécaire peut être exercée pour la totalité de la dette, c'est moins une exception aux conséquences de la divisibilité des obligations, qu'une conséquence de l'indivisibilité du droit hypothécaire et de l'obligation réelle qui y est corrélatrice. Aussi, l'art. 2249, al. 2, donne clairement à entendre que l'hypothèque ne rend pas indivisible l'obligation personnelle à laquelle elle est attachée, et Pothier (nos 295, 301 et 302) ne range pas la dette hypothécaire parmi les obligations indivisibles *solutione*. Cpr. Toullier, VI, 762 et 763; Duranton, XI, 277 à 280.

²⁷ L'expression *corps certain*, employée dans le n° 2 de l'art. 1221, ne peut s'appliquer qu'aux choses déterminées dans leur individualité, et non à celles qui le seraient seulement quant à leur espèce. Cpr. § 299, note 6. La question de savoir si la dette d'une chose, déterminée quant à son espèce seulement, peut être acquittée par parties, doit être décidée par application du n° 5 de l'art. 1221. Duranton, XI, 286 et 299. Toullier, VI, 775.

²⁸ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 358, n° 404). S'il n'a point encore été fait de partage, chacun des débiteurs ne peut être poursuivi et condamné que pour sa part, puisque, la chose se trouvant indivise, aucun d'eux ne jouit à lui seul de la faculté de la livrer en totalité, et qu'ainsi le motif sur lequel est basée la disposition de l'art. 1221, n° 2, n'existe pas dans cette hypothèse. Duranton, XI, 283 et suiv.

débiteur, possesseur de cette chose, peut être poursuivi seul, et doit être condamné en totalité²⁹ à l'accomplissement de l'obligation de livrer³⁰.

3) Lorsqu'il s'agit de la dette alternative, au choix du créancier, de choses dont l'une est indivisible, en ce que les débiteurs ne peuvent, sous prétexte de la divisibilité de l'une des prestations comprises dans la dette alternative, empêcher le créancier de choisir la prestation indivisible³¹.

4) Dans le cas où l'un des débiteurs a été chargé seul, par le titre constitutif³² ou par un titre postérieur³³, de l'exécution de

²⁹ La faculté dont jouit le créancier, de poursuivre et de faire condamner pour le tout celui des débiteurs qui possède la chose due, ne le prive pas du droit de poursuivre et de faire condamner les autres débiteurs pour leur part. Pothier, n° 302.

³⁰ Les termes de l'art. 1224, n° 2, indiquent qu'il ne s'agit point ici d'un simple délaissement à faire en vertu d'une action en revendication, mais de l'accomplissement d'une obligation de livrer, dont l'exécution est réclamée au moyen d'une action personnelle. La disposition de l'art. 1224, n° 2, consacre, quant à cette obligation, et surtout en ce qui concerne l'interruption de la prescription, une véritable exception aux effets de la divisibilité. Quant à l'action en revendication, elle doit toujours, conformément à la règle *vindicatio rem sequitur*, être dirigée contre le détenteur.

³¹ Tel est le véritable sens de la disposition assez obscure du n° 3 de l'art. 1224 (*Exposé de motifs*, par Bigot-Prémeneu, Loqué, *Lég.*, XII, p. 358, n° 401), qui d'ailleurs était complètement inutile, parce que la chose s'entend assez d'elle-même. Du reste, que le choix appartienne aux débiteurs ou au créancier, l'obligation alternative, dont le caractère demeure en suspens jusqu'au choix à faire, devient divisible ou indivisible, suivant que la prestation choisie est elle-même divisible ou indivisible. La disposition dont nous nous occupons, ne peut donc, sous aucun rapport, être considérée comme une exception au principe établi par l'art. 1224. Il faut enfin remarquer que, dans le cas même où les deux prestations comprises dans l'obligation alternative sont toutes deux divisibles, et que le choix appartient aux débiteurs, ces derniers ne peuvent pas forcer le créancier à recevoir partie de l'une des prestations et partie de l'autre. Art. 1194. Cpr. § 300, texte et note 3; Pothier, n°s 312 et 313; Toullier, VI, 765; Duranton, XI, 289 et 290.

³² Que ce titre soit une convention ou un testament, peu importe : *lex non distinguit*. Toullier, VI, 773. Duranton, XI, 292, 293 et 294. La loi 56, § 4, D. de V. O. (45, 1), qui déclarait inutile la convention par laquelle un débiteur aurait, en contractant avec le créancier, chargé du paiement de la dette un seul de ses héritiers, n'a jamais été suivie en France, du moins dans le sens rigoureux que ses termes semblent indiquer. Cpr. sur l'interprétation de cette loi : Dumoulin, part. II, n°s 30 et 31; Pothier, n° 313; Toullier, 772 et 773; Chabot de l'Allier, *Des successions*, sur l'art. 873, n° 8; Duranton, XI, 296.

³³ *Exposé de motifs*, par Bigot-Prémeneu (Loqué, *Lég.*, XII, p. 358, n° 401).

l'obligation ³⁴, en ce que ce débiteur est tenu de la totalité de la dette ³⁵.

5) ³⁶ Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engage-

³⁴ Il faut bien se garder de confondre le cas où l'un des débiteurs n'a été chargé que de l'exécution de l'obligation, sauf son recours contre ses autres codébiteurs, et celui où il a été chargé de l'obligation elle-même. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 369, n° 131). Duranton, XI, 292, 295 et 296.

³⁵ Les autres débiteurs peuvent encore, dans ce cas, être poursuivis pour leur part; cela ne fait aucun doute. Il n'en est pas de même de la question de savoir, si le débiteur chargé seul du paiement de la dette, et qui peut être poursuivi pour le tout, aux termes du dernier alinéa de l'art. 1224, doit aussi être condamné pour le tout, lors même qu'il demanderait à mettre en cause ses codébiteurs afin de faire diviser la condamnation. M. Duranton (XI, 297) invoque pour la négative, un argument *a fortiori*, tiré de l'art. 1225. Cet argument ne nous paraît pas concluant. Il s'agit en effet, dans l'art. 1225, d'une obligation indivisible dont l'exécution partielle ne peut avoir lieu, malgré la division de la condamnation. Cette division ne produit réellement d'effet que dans le cas où l'obligation originaire se convertit en dommages-intérêts, faute d'exécution intégrale. Dans l'art. 1224, au contraire, il est question d'une obligation essentiellement divisible, et qui pourrait être exécutée partiellement, si le jugement prononçait la division de la condamnation. Or, comme cette exécution partielle porterait nécessairement atteinte au titre qui a chargé l'un des débiteurs de l'exécution intégrale de l'obligation, il en résulte que la division de la condamnation, ainsi que la mise en cause demandée dans le but de la faire prononcer, ne sont pas admissibles, et que, par conséquent, l'héritier poursuivi doit être condamné pour le tout. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que l'art. 1224, en accordant au débiteur poursuivi son recours contre ses codébiteurs, suppose nécessairement qu'il a été condamné seul à l'exécution intégrale de l'obligation, et que l'art. 1225 distingue bien nettement le cas où le débiteur poursuivi peut mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation, du cas où il doit être condamné seul, sauf son recours.

³⁶ Le n° 5 de l'art. 1224 a été textuellement extrait de Pothier (n° 316). Cet auteur, adoptant la terminologie usitée parmi les anciens docteurs (cpr. Dumoulin, part. II, n° 257), appelle indivisibles *solutione tantum*, les obligations qui, quoique divisibles en elles-mêmes, ne peuvent cependant pas, contre la volonté du créancier, être acquittées par parties, et ce, à raison de l'intention expresse ou présumée des contractants. Quoiqu'en aient dit certains commentateurs, qui nous paraissent ne pas avoir assez approfondi la doctrine de Dumoulin et de Pothier (cpr. Toullier, VI, 782 et suiv.; Duranton, XI, 247), ces obligations sont essentiellement distinctes des obligations indivisibles dont s'occupe l'art. 1218. L'indivisibilité de ces dernières obligations est bien aussi subordonnée, si l'on veut, à la volonté des contractants, en ce sens qu'ils sont les maîtres de déterminer le rapport sous lequel la chose à livrer ou le fait à accomplir formera la matière de l'obligation. Mais, ce rapport une fois déterminé, l'indivisibilité de la prestation en devient la conséquence nécessaire, à tel point que les parties ne pourraient pas, sans dénaturer l'objet de la prestation, convenir d'un paie-

ment³⁷, soit de la chose qui en fait l'objet³⁸, soit de la fin qu'il est destiné à remplir³⁹, que l'intention⁴⁰ des parties ou du disposant a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Dans ce cas, chacun des débiteurs peut être poursuivi⁴¹,

ment partiel. Au contraire, les obligations dont s'occupe le n° 5 de l'art. 1224, ont pour objet des choses ou des faits qui restent divisibles, sous quelque rapport qu'on les envisage; et si le paiement ne peut en avoir lieu par parties, ce n'est point par suite d'une impossibilité inhérente à la prestation elle-même, et parce qu'un pareil paiement dénaturerait l'objet de cette prestation, mais parce qu'il porterait atteinte aux droits du créancier, fondés sur la volonté expresse ou présumée des contractants.

³⁷ C'est-à-dire, du caractère particulier de la convention ou du fait qui forme la cause génératrice de l'obligation. Il est assez difficile d'indiquer des hypothèses dans lesquelles l'obligation ne serait indivisible *solutione*, que par suite de sa nature. Les exemples que donnent les auteurs semblent en effet rentrer dans la catégorie des obligations indivisibles *solutione*, à raison de leur objet ou de leur fin. Telle est, entre autres, la dette d'aliments qui, dans la supposition même qu'elle fût indivisible *solutione*, ce que nous n'admettons pas (cpr. § 552, note 18), le serait plutôt, à raison de la fin que de la nature de l'engagement. Mais la difficulté ou même l'impossibilité de trouver un exemple d'application de cette disposition de l'art. 1224, n'autoriserait point à dire que les obligations dont il vient d'être parlé, se confondent avec les obligations indivisibles *obligatione*, définies par l'art. 1218.

³⁸ Dans le cas, par exemple, où cette chose, déterminée seulement quant à son espèce (cpr. quant aux choses déterminées dans leur individualité, note 27, *supra*), est à la vérité susceptible de parties intellectuelles, mais ne peut être divisée en parties réelles. Dumoulin, part. III, n° 228. Pothier, nos 340. Toullier, VI, 775.

³⁹ C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'une personne s'est obligée envers une autre, à lui payer une somme d'argent pour la tirer de prison. Pothier, n° 346. Toullier, VI, 780.

⁴⁰ C'est à l'intention des parties ou du disposant qu'il faut s'attacher pour décider si une obligation, qui ne peut être rangée parmi celles qu'énumèrent les quatre premiers numéros de l'art. 1224, est ou non indivisible *solutione*, dans le sens du n° 5 du même article. C'est donc ici une question de fait, qui doit être appréciée d'après les éléments indiqués au texte, en les combinant avec toutes les circonstances de nature à faire connaître quelle a été la véritable intention des parties ou du disposant.

⁴¹ D'après l'ancienne jurisprudence (cpr. Pothier, nos 346 et 347), le codébiteur d'une obligation indivisible *solutione*, quoique non autorisé à se libérer en n'offrant seulement que sa part, ne pouvait cependant pas être poursuivi pour le tout. Il en est autrement sous l'empire du Code, qui attribue à l'indivisibilité *solutione* des effets beaucoup plus étendus, en donnant au créancier le droit de poursuite pour le tout. Cette innovation ne nous paraît pas heureuse : elle conduit, comme nous le disons dans la suite du texte, à la conséquence que la prescription est interrompue pour le tout contre le débiteur poursuivi pour la totalité de la dette, et cette conséquence est difficile à justifier.

et doit être condamné pour la totalité de la dette ⁴², sauf son recours.

3° L'interruption ou la suspension de prescription n'a d'effet qu'en faveur du créancier qui l'a opérée, ou du chef duquel elle a eu lieu, lors même qu'il s'agit d'une obligation indivisible *solutione*.

4° L'interruption de prescription n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur contre lequel elle a été opérée. Art. 2249, al. 2. Mais la prescription est, en ce qui le concerne, interrompue pour le tout, quand, en vertu d'une des exceptions indiquées sous le n° 2, il a été poursuivi pour la totalité de la dette.

5° Lorsque l'obligation divisible est accompagnée d'une clause pénale, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à l'obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. Art. 1233, al. 1. Il en serait cependant autrement, si l'obligation était indivisible *solutione*, auquel cas la peine pourrait être exigée pour la totalité contre celui des débiteurs qui a empêché l'exécution intégrale, et pour leur part contre les autres débiteurs, sauf leur recours. Art. 1233, al. 2 ⁴³.

§ 302.

8. Des obligations conditionnelles et des obligations non conditionnelles.

1° Généralités.

Une obligation est conditionnelle, lorsqu'elle dépend d'une condition.

Une condition, *hoc sensu* ¹, est un événement futur et incer-

⁴² Dans ce cas, comme dans celui que prévoit le n° 4 de l'art. 1224, le débiteur poursuivi pour la totalité de la dette ne peut, par les raisons déjà indiquées en la note 35, mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation.

⁴³ L'art. 1233, al. 2, exige bien que la clause pénale ait été ajoutée dans l'intention d'empêcher un paiement partiel ; mais cette intention peut être expresse ou tacite, et les circonstances de nature à faire admettre qu'il a été dans la volonté des parties que l'obligation ne pût être acquittée partiellement, doivent d'ordinaire faire présumer également que la clause pénale a été ajoutée dans ce but. La disposition de cet article s'applique donc, du moins en règle générale, à toutes les obligations indivisibles *solutione*. Cpr. Pothier, n° 363.

¹ Cpr. sur les autres acceptions du mot *condition* : Toullier, VI, 467 ; Duran-

tain ², auquel se trouve subordonnée l'existence définitive, ou la résolution d'une obligation. Art. 1168.

Il résulte de cette définition qu'un événement futur, qui doit nécessairement arriver, ne forme pas une condition, mais un simple terme, soit certain, soit incertain.

Il en résulte, d'un autre côté, qu'un événement accompli ne constitue pas une véritable condition, quoiqu'il soit encore ignoré des parties. Toutefois, un pareil événement peut, en raison de l'incertitude qui existe quant à son accomplissement, et de la nécessité de le vérifier, être assimilé, jusqu'à certain point, à une condition, en ce sens qu'il produit provisoirement des effets analogues.

Toute obligation doit être réputée non conditionnelle, à moins qu'elle n'ait été soumise à une condition par une disposition de la loi ³, ou par un acte de la volonté de l'homme ⁴.

Les conditions se divisent :

1) En suspensives et résolutoires, suivant que leur accomplissement donne ou enlève à l'obligation sa force juridique ⁵. Art. 1181 et 1183.

2) En casuelles, potestatives et mixtes, suivant que leur accomplissement dépend, soit du hasard, soit de la volonté de l'une

ton, XI, 5. — Cpr. aussi sur la différence qui existe entre la condition, le mode, les charges, la cause déterminante ou simplement impulsive d'une obligation, et la démonstration de la chose qui en fait l'objet : Toullier, VI, 505 à 524 ; Duranton, XI, 40 à 43.

² *Quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* § 6, *Inst. de V. O.* (3, 45). Voy. aussi L. 400, *D. de V. O.* (45, 1). L'explication donnée au texte fait disparaître l'antinomie apparente que présentent les art. 1168 et 1181. Duranton, XI, 41 et 73.

³ Cpr., par exemple, art. 953 et suiv., 1184, 1588 et 1657.

⁴ Ainsi, le changement des circonstances dans lesquelles l'obligation a pris naissance ne constitue une condition résolutoire, que lorsque la loi contient à ce sujet une disposition spéciale. Cpr. Merlin, *Rép.*, v^o Acte sous seing privé, § 2.

⁵ La condition à laquelle est subordonnée la résolution du droit de l'une des parties peut aussi être envisagée comme une condition suspensive de l'ouverture d'un droit inverse en faveur de l'autre, et réciproquement. Cpr. art. 1659, 1053 et 2125. Cette observation est importante pour justifier l'application à la condition résolutoire de certaines dispositions qui sembleraient ne concerner que la condition suspensive, et *vice versa*. — Du reste, il peut quelquefois, d'après les termes dont les parties ont fait usage, s'élever des doutes sur le véritable caractère de la condition qu'elles ont apposée à leur convention. En pareil cas, on doit, conformément à la règle *conditio non præsumitur*, considérer la condition, plutôt comme simplement résolutoire, que comme suspensive. Cpr. Zachariæ, § 302, note 3 ; Duranton, XI, 44.

des parties⁶, soit de l'une et de l'autre de ces causes⁷. Art. 1169 et 1171.

3) En possibles et impossibles, suivant que leur accomplissement est ou non physiquement et juridiquement possible. Art. 1172. Une condition doit être réputée physiquement impossible, non-seulement lorsque les lois de la nature s'opposent d'une manière absolue à son accomplissement, mais encore lorsque la difficulté de cet accomplissement est telle qu'elle équivaut à une véritable impossibilité⁸. Au contraire, une condition n'est point à considérer comme impossible, lorsqu'elle ne l'est que relativement à celui auquel elle a été imposée⁹. Il ne faut pas confondre avec les conditions juridiquement impossibles, celles qui consisteraient dans un acte positif ou négatif contraire à la loi ou aux bonnes mœurs.

4) En affirmatives et négatives, suivant que, pour leur accomplissement, l'événement qui les constitue doit ou ne doit pas arriver¹⁰.

5) En expresse ou tacites, suivant qu'elles résultent, soit d'une clause formelle de la convention ou de la disposition, soit de la volonté présumée des parties ou du disposant.

Les parties peuvent apposer à leurs conventions, le donateur ou le testateur à ses dispositions, les conditions que bon leur semble, sous les modifications suivantes :

Toute condition affirmative, physiquement ou juridiquement impossible, rend nulle l'obligation qui s'y trouve soumise. Art. 1172. Au contraire, les conditions négatives de cette espèce ne

⁶ Telle est la condition d'aller ou de ne pas aller à Paris, imposée à l'une ou à l'autre des parties. Mais il est important de remarquer que, si la condition d'aller en un certain lieu est potestative en général, elle peut cesser de l'être dans certaines circonstances, par exemple, à raison de la difficulté des chemins. Cette observation s'applique, en général, à toutes les conditions potestatives. Toullier, V, 493, VI, 613.

⁷ La condition dont l'accomplissement dépend de la volonté d'un tiers est une condition casuelle. C'est pour cette raison que l'art. 1171 appelle mixte, la condition qui dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Duranton, XI, 49.

⁸ Cpr. L. 6, D. *de cond. inst.* (28, 7); L. 4, § 1, *de stat. lib.* (40, 7).

⁹ Cpr. L. 34, L. 437, § 5, D. *de V. O.* (45, 1); Toullier, VI, 22 et 482. Voy. aussi Req. rej., 20 décembre 1834, Sir., 32, 1, 44.

¹⁰ Cette division, dont le Code ne fait point expressément mention, se trouve implicitement indiquée dans la définition de l'art. 1168. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XII, p. 160, n° 2).

portent aucune atteinte à la validité de l'obligation, qui se trouve, d'ailleurs, pourvue d'une juste cause, ou qui a été passée dans la forme des actes de donation¹¹. Art. 1173.

En ce qui concerne les conditions portant sur des faits contraires à la loi ou aux bonnes mœurs, elles invalident ou n'invalident pas la convention, suivant qu'elles tendent ou ne tendent pas à favoriser l'immoralité ou des infractions à la loi. On doit, d'après cette règle, et sauf les modifications résultant de circonstances particulières, décider : que de pareilles conditions ne forment point obstacle à la validité de l'obligation, lorsqu'elles portent sur le fait d'un tiers¹²; que, tout au contraire, elles entraînent la nullité de l'obligation, lorsqu'elles ont pour objet le fait de celui au profit duquel elle a été contractée (art. 1172); enfin, que l'engagement subordonné au cas où le promettant commettrait, soit un délit, soit une action immorale, ou négligerait l'accomplissement d'un devoir, est parfaitement valable, mais que l'engagement est nul, quand il est contracté pour le cas où le promettant accomplirait un devoir, ou ne commettrait point, soit un délit, soit une action immorale¹³.

Les règles suivant lesquelles certaines conditions, soit impossibles, soit portant sur des faits contraires à la loi ou aux bonnes mœurs, annulent l'obligation à laquelle elles sont apposées, ne s'appliquent point aux dispositions entre-vifs ou testamentaires, dispositions dans lesquelles elles doivent être réputées non écrites. Art. 900¹⁴.

¹¹ Duranton, XI, 33.

¹² *Non obstat* art. 1172. La loi n'a eu en vue dans cet article que les conditions illicites ou immorales dépendant du fait de l'une des parties. Si l'obligation contractée sous une pareille condition portait sur le fait d'un tiers, elle ne constituerait en réalité qu'une garantie donnée par l'une des parties à l'autre, pour le préjudice que pourrait causer à celle-ci le fait illicite ou immoral de ce tiers. Or, en général, un tel engagement ne présente quant aux parties elles-mêmes, rien de contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, et ne peut être considéré comme favorisant la conduite illégale ou immorale du tiers, qui n'est point appelé à en profiter. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, p. 475, § 422. Wening-Ingenheim, *System des Pandekten Rechts*, II, § 234.

¹³ Cette distinction, loin d'être en opposition avec les termes de l'art. 1172, y est parfaitement conforme, puisque dans la première des hypothèses indiquées au texte, l'engagement n'a rien de contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (cpr. L. 121, § 4, D. de V. O. (45, 4); tandis que dans la seconde, il présente évidemment ce caractère. Savigny et Wening-Ingenheim, *op. et loc. cit.*

¹⁴ Cpr. sur cet art., § 692, texte et note 2.

Toute obligation contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien de la seule volonté de celui qui s'oblige, est nulle ¹⁵. Art. 1174 ¹⁶. Cette règle n'empêche cependant pas que, si, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve obligée sous une condition de cette espèce, elle ne puisse réclamer l'exécution de l'obligation contractée par l'autre partie ¹⁷, et ne soit, dans ce cas, juridiquement tenue d'exécuter, de son côté, l'obligation corrélatrice à celle dont elle requiert l'accomplissement ¹⁸.

Les conditions doivent être accomplies suivant l'intention

¹⁵ *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit.* L. 108, § 1, D. de V. O. (45, 1). Lorsque le débiteur n'est obligé que sous son bon plaisir, il ne peut y avoir ni lien de droit, ni obligation juridique. Pothier, n° 205.

¹⁶ La condition potestative dans le sens de l'art. 1174, n'est pas, comme dans le sens de l'art. 1170, celle dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'une des parties, mais celle qui fait dépendre de cette volonté le lien même de l'obligation. C'est par suite d'un paralogisme que les rédacteurs du Code ont été amenés à rédiger d'une manière vicieuse une règle que Pothier (*loc. cit.*), dont ils ont évidemment voulu suivre la doctrine, énonce dans les termes que nous avons employés au texte. Ainsi, on doit bien regarder, comme entraînant la nullité de l'obligation, la condition *si je le veux* (L. 46, § 3, D. de V. O. 45, 1), mais non la condition *si je vais ou si je ne vais pas à Paris*. Toullier, VI, 494 et 495. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 507, n° 4. — La condition *si je le juge raisonnable*, qu'il ne faut pas confondre avec la condition *si cela est raisonnable*, est également potestative dans le sens de l'art. 1174. Toullier, VI, 499. Duranton, XI, 21, 22 et 23. — *Quid* de la locution *quand je le voudrai*? constitue-t-elle un terme ou une condition potestative? Cpr. Pothier, n° 47; Toullier, VI, 498; Duranton, XI, 27. — L'interprétation que nous venons de donner de l'art. 1174, ne s'applique point aux donations entre-vifs, qui, d'après la maxime: *donner et retenir ne vaut*, sont nulles par cela seul qu'elles dépendent d'une condition qu'il est au pouvoir du donateur d'accomplir ou d'omettre. Art. 944. Cpr. sur cet art., § 699, texte et notes 5 à 7.

¹⁷ La raison en est que l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui envers qui on s'oblige, est valable. Ici ne s'applique plus l'art. 1174. Ainsi, les ventes d'objets qu'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat (cpr. art. 1587), et les ventes conclues avec la clause *si displicuerit* (cpr. L. 3, D. de contrah. empt. 18, 1; L. 4, C. de aedit. act. 4, 58), sont valables, quoique faites sous des conditions qui les rendent dépendantes de la volonté de l'acheteur, et doivent être exécutées si ce dernier en requiert l'exécution. Voy. aussi: Req. rej. 2 juillet 1839, Sir., 39, 1. 975; Paris, 20 juillet 1840, Sir., 40, 2, 445.

¹⁸ Ainsi, quoique dans les ventes dont il a été question à la note précédente, l'acquéreur ne soit pas tenu de garder les choses qui en forment l'objet, il est cependant, lorsqu'il les garde, obligé d'en payer le prix.

vraisemblable des parties¹⁹. Art. 1175. Cpr. art. 1156. Il en résulte, par exemple, qu'une condition ne peut être réputée accomplie qu'autant qu'elle l'a été intégralement, et que l'accomplissement partiel d'une condition ne donne point, dans une proportion correspondante, ouverture au droit qui y est subordonné, alors même qu'il s'agit d'un fait essentiellement divisible²⁰.

Lorsqu'aucun délai n'a été fixé pour l'accomplissement d'une condition, elle peut être utilement accomplie, à quelque époque que ce soit. Art. 1176. Elle peut même l'être après la mort du créancier (arg. art. 1179), si ce n'est dans l'hypothèse prévue par l'art. 1040, ou lorsqu'elle consiste dans un fait qui doit être accompli par le créancier personnellement²¹. Du reste, si l'obligation conditionnelle a pour objet un corps certain, la condition ne s'accomplit plus utilement après la perte de la chose, arrivée par cas fortuit. Art. 1182, al. 2.

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps déterminé, cette condition est censée défaillie, par cela seul que ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. Si, au contraire, aucun délai n'a été fixé pour l'accomplissement de la condition, celle-ci n'est censée défaillie, que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. Art. 1176. Cette distinction sert également à déterminer quand une condition négative est ou non censée défaillie. Art. 1177.

La condition est réputée accomplie lorsque c'est par le fait du débiteur obligé sous cette condition qu'elle ne l'a pas été, à moins que ce fait n'ait été de la part de ce dernier que l'exercice d'un droit²². On doit, au contraire, réputer défaillie la condition, même potestative, qui n'a pas été accomplie par suite d'un cas fortuit²³.

¹⁹ Pothier, nos 206 et suiv. Toullier, VI, 586 et suiv. Duranton, XI, 43 et suiv. L'art. 1175 a pour objet de décider la controverse sur la question de savoir, si les conditions doivent être accomplies *in forma specifica*, ou si elles peuvent l'être *per equipollens*.

²⁰ LL. 22 et 56, D. *de cond. et demonst.* (35, 4). Pothier, nos 215 à 217. Toullier, VI, 598 à 607. Duranton, XI, 53 à 55.

²¹ Duranton, XI, 45.

²² Art. 1178. L. 20, § 5, L. 38, D. *de statu liberis* (40, 7). Pothier, n° 212. Toullier, VI, 609, à la note. Duranton, XI, 64. Cpr. Req. rej., 5 mai 1848, Sir., 49, 4, 462.

²³ Cette règle reçoit, suivant les circonstances, exception en ce qui concerne les

L'accomplissement d'une condition rétroagit au jour même où l'obligation a été formée ²⁴. Ainsi, les droits et les obligations conditionnels se transmettent aux héritiers du créancier et du débiteur, de la même manière que les droits et obligations non conditionnels, à l'exception cependant des cas où la condition ne peut plus être accomplie après la mort du créancier. Art. 1179 et arg. de cet article.

Une condition, une fois accomplie ou défaillie, ne peut plus revivre par suite d'événements postérieurs ²⁵.

2° De la condition suspensive.

1) Tant que la condition suspensive est en suspens, c'est-à-dire tant qu'il est encore incertain si elle sera ou non accomplie, l'obligation soumise à cette condition n'a point encore d'existence définitive ²⁶.

Il en résulte, par exemple :

a. Que le débiteur d'une obligation soumise à une condition suspensive peut répéter, *condictione indebiti*, ce qu'il a payé avant l'accomplissement de cette condition ²⁷.

b. Que, si l'objet dû est une chose déterminée dans son individualité, cette chose demeure, tant que la condition n'est point accomplie, aux risques et périls du débiteur ²⁸. Celui-ci ne peut, dans le cas où la condition ne s'est accomplie qu'après la perte

conditions potestatives apposées à des legs ou même à des donations entre-vifs. Arg. art. 900. Pothier, n° 243. Toullier, 640 à 644. Duranton, XI, 62 à 65.

²⁴ Cette règle s'applique aux dispositions testamentaires aussi bien qu'aux contrats, à l'exception des conséquences qu'on pourrait en déduire par rapport à la transmissibilité des legs conditionnels aux héritiers du légataire, et à l'appréciation de la capacité de ce dernier. Toullier, V, 493 ; VI, 544. Duranton, IX, 310 à 313 ; XI, 66 et 67.

²⁵ *Conditio semel impleta non resumitur. Conditio quæ defuit non restauratur.* Toullier, VI, 642 et 643.

²⁶ Cette locution nous semble plus exacte que celle du deuxième alinéa de l'art. 1181, d'après laquelle la condition suspensive retarderait seulement l'exécution, et ne suspendrait pas l'existence de l'obligation, ce qui tendrait à confondre l'effet de cette condition avec celui du terme. Cpr. art. 1185. Duranton, XI, 72.

²⁷ Arg. *a contrario*, art. 1185 et 1186. L. 16, D. *de cond. indeb.* (12, 6). Pothier, n° 248. Duranton, XIII, 688. Cpr. art. 1377.

²⁸ Il est cependant à remarquer que, dans les contrats à titre gratuit, le dommage résultant de la perte de la chose tombe en définitive sur le créancier, lorsque, postérieurement à cette perte, la condition vient à être accomplie. Duranton, XI, 76.

de la chose, réclamer l'exécution de l'obligation contractée à son profit, en échange de celle à laquelle il s'est lui-même soumis. Cette dernière obligation est en effet censée n'avoir jamais existé faute d'objet, et la première doit être considérée comme n'ayant jamais existé faute de cause²⁹. Art. 1182, al. 1 et 2.

c. Que la prescription ne court pas contre le créancier, tant que la condition n'est pas accomplie. Art. 2257, al. 1³⁰.

Quoique l'obligation soumise à une condition suspensive n'existe pas d'une manière définitive tant que cette condition n'est point accomplie, le créancier n'en possède pas moins un droit éventuel à la prestation qui forme la matière de cette obligation³¹. Il en résulte qu'il peut, *pendente conditione*, faire tous les actes conservatoires de ce droit, et qu'il est autorisé à produire dans les distributions de deniers ou ordres ouverts sur le débiteur, pour s'y faire colloquer en sa qualité de créancier sous condition³². Il en résulte encore qu'un droit conditionnel est susceptible d'être garanti par une hypothèque ou par un cautionnement, et qu'il peut former l'objet d'une renonciation ou d'un transport. Il en résulte enfin, qu'un droit de cette nature ne souffre aucune atteinte de la promulgation d'une loi nouvelle³³.

2) La condition suspensive venant à défaillir, l'obligation est, de plein droit, à considérer comme n'ayant jamais existé. Ainsi, par exemple, le créancier qui aurait été mis en possession de la chose formant l'objet de l'obligation, serait obligé de la restituer, avec tous ses accessoires et avec tous les fruits qu'elle a produits³⁴.

3) La condition suspensive venant à s'accomplir, l'obligation

²⁹ C'est à tort que l'art. 1182, al. 2, dit qu'en pareil cas *l'obligation est éteinte*, car, en réalité, elle n'a jamais eu d'existence. Toullier, VI, 583, à la note. Duranton, XI, 74 et 76. Delvincourt, sur l'art. 1182. Voy. aussi L. 12, D. *de reb. cred.* (12, 1).

³⁰ Duranton, XI, 71.

³¹ *Pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri.* Pothier, n° 218.

³² Art. 1180. Cpr. § 311 sur les actes conservatoires ; et § 285 sur le mode de collocation des créances conditionnelles.

³³ Cpr. sur ces diverses propositions : § 266, n° 4 ; § 324, n° 1 et § 359 ; § 30, II, 3°.

³⁴ La position du créancier sous condition suspensive peut, dans cette hypothèse spéciale, être assimilée à celle dans laquelle se trouve en général le créancier sous condition résolutoire. L. 8, D. *de peric. et commod. rei vend.* (16, 8). Toullier, VI, 547.

est à considérer comme n'ayant été, dès le principe, soumise à aucune condition. Art. 1179.

Il en résulte, par exemple :

a. Que, si l'objet de l'obligation est un immeuble déterminé dans son individualité, le créancier est autorisé à faire annuler tous les actes par lesquels le débiteur a, au préjudice de ses droits, concédé, *pendente conditione*, des droits réels sur cet immeuble³⁵.

b. Que le débiteur est tenu de délivrer la chose formant l'objet de l'obligation, avec tous les accroissements qu'elle a reçus pendant que la condition se trouvait en suspens³⁶, et avec tous les fruits perçus pendant le même espace de temps³⁷. Toutefois, la nature même du contrat et les clauses sous lesquelles il a été formé peuvent faire admettre qu'il a été dans l'intention des parties de dispenser le débiteur de tenir compte des fruits. Il

³⁵ Toullier (VI, 546) et Merlin (*Quest.*, v^o Hypothèque, § 3) enseignent avec raison que cette conséquence cesse de recevoir son application, au cas où il s'agit d'une condition consistant dans un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté du débiteur. A plus forte raison, en serait-il ainsi d'une condition apposée à un acte synallagmatique, et qui consisterait dans un pur acte de volonté de la part du débiteur. Cpr. L. 9, § 1, D. *qui pot. in pig.* (20, 4).

³⁶ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 341 et 342, n^o 68), Duranton, XI, 80.

³⁷ MM. Toullier (VI), 544, 545 et 548) et Duranton (XI, 82) ne partagent pas cette opinion; ils attribuent au débiteur les fruits qu'il a perçus *medio tempore*: le premier, par application des art. 549 et 550, le second, par argument de l'art. 1182, al. 3, combiné avec la maxime *eum sequi debent commoda quem sequuntur incommoda*. Ces raisonnements ne nous paraissent pas concluants. Les dispositions des art. 559 et 540 sont absolument étrangères à la question, puisque le débiteur, personnellement obligé envers le créancier à la délivrance de la chose qui forme l'objet de l'obligation conditionnelle, ne peut être placé sur la même ligne que le tiers possesseur de bonne foi, dans l'intérêt duquel ont été établies ces dispositions. Quant à l'art. 1182, al. 3, nous ne croyons pas qu'on en puisse tirer argument, parce que l'exception qu'il consacre au principe de la rétroactivité établie par l'art. 1179, n'est rien moins que rationnelle (cpr. note suivante), et qu'ainsi, on doit en restreindre l'application à l'hypothèse dont il s'occupe : *quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias*. Enfin, l'argument tiré de la maxime *eum sequi debent commoda quem sequuntur incommoda*, est ici sans force, puisque, malgré la disposition de l'art. 1182, al. 3, qui met les détériorations casuelles à la charge du débiteur, on admet que les accroissements doivent profiter au créancier. Cpr. texte et note 36, *supra*. Nous ajouterons que l'opinion de MM. Toullier et Duranton est inconciliable avec celle qu'ils admettent pour l'hypothèse d'une condition résolutoire. Cpr. texte et note 44 *infra*.

en serait ainsi, par exemple, en fait d'échange, ou pour le cas d'une vente faite avec la clause que l'acquéreur ne devra les intérêts du prix qu'à partir de l'accomplissement de la condition.

Pour rester conséquent au principe de rétroactivité ci-dessus établi, le législateur aurait également dû mettre à la charge du créancier les détériorations que la chose a pu subir, *pendente conditione*, sans la faute du débiteur. Mais, par une fausse assimilation de cette hypothèse avec celle où la chose a totalement péri, il a mis de fait les risques à la charge du débiteur, en laissant au créancier la faculté de résoudre l'obligation, lorsqu'il ne veut pas prendre la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix ³⁸. Art. 1182, al. 3. Que si les détériorations ont été causées par la faute du débiteur, le créancier a le choix, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts. Art. 1182, al. 4.

3° De la condition résolutoire.

1) Tant que la condition résolutoire est en suspens, l'obligation doit être envisagée comme non conditionnelle ³⁹. Art. 1183, al. 2. Cependant, la personne à laquelle doit profiter la résolution, est autorisée à prendre toutes les mesures conservatoires du droit qu'elle avait aliéné, et qui devra lui faire retour en cas d'accomplissement de la condition ⁴⁰. Art. 1180.

³⁸ La loi 8, *præ. D. de peric. et commod. rei vend.* (18, 6), suivie dans notre ancienne jurisprudence française (cpr. Pothier, n° 219), était beaucoup plus rationnelle, et les raisons données par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 341 et 342, n° 68,) pour motiver le changement de législation introduit par le Code, nous semblent de bien peu de poids. Il existe une immense différence entre le cas où la chose a totalement péri, et celui où elle a seulement été détériorée. Dans le premier, l'obligation de livrer n'a jamais existé faute d'objet, et l'obligation de payer n'a jamais existé faute de cause. Il ne saurait donc être question de la rétroactivité d'obligations qui sont censées n'avoir jamais existé. Dans le second cas, au contraire, les détériorations que la chose a subies n'empêchent pas qu'elle n'existe, que par conséquent elle ne puisse former, d'une part, l'objet de l'obligation de livrer, et d'autre part la cause de l'obligation de payer. Le dommage résultant de ces détériorations devrait donc, en vertu du principe de la rétroactivité, être supporté par le créancier de la chose qui les a subies. Art. 1245. Cpr. Toullier, VI, 538 ; Duranton, XI, 80.

³⁹ Delvincourt, sur l'art. 1183. Toullier, VI, 548. L'art. 1665 est une conséquence de ce principe.

⁴⁰ Cpr. notes 5 et 32 *supra*.

2) La condition résolutoire venant à défaillir, l'obligation est à considérer comme n'ayant été soumise, dès le principe, à aucune condition.

3) La condition résolutoire venant à s'accomplir, l'obligation est à considérer comme n'ayant jamais existé; en d'autres termes, la résolution s'en opère d'une manière rétroactive. *Generaliter resolutio fit ex tunc*. Art. 1183 et 1179.

Il en résulte, par exemple :

a. Que la partie dont le droit se trouve résolu par l'arrivée d'une condition résolutoire est tenue de restituer la chose qui lui avait été livrée sous cette condition, avec les accroissements qu'elle a reçus, et les fruits qui en ont été perçus, *pendente conditione* ⁴¹, sauf, en ce qui concerne la restitution des fruits, les exceptions établies par la loi ou par la volonté de l'homme ⁴².

b. Que tous les droits réels concédés sur un immeuble, par une personne qui n'en était devenue propriétaire que sous une condition résolutoire, s'évanouissent après l'accomplissement de cette condition, à moins d'une exception fondée sur la loi ou sur la volonté de l'homme ⁴³.

4) La condition résolutoire opère, en général, son effet de plein droit, dès l'instant où elle se trouve accomplie, sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la résolution en justice. Il importe peu, à cet égard, que la condition soit casuelle, mixte ou potestative, et qu'elle soit affirmative ou négative ⁴⁴. Il est égale-

⁴¹ L. 6, *D. de in diem addic.* (18. 2). Toullier, VI, 563. Duranton, XI, 94. Cpr. note 34, *supra*.

⁴² Voy. les exceptions consacrées par les art. 856, 928, 955, 962, 1673 et 1682.

⁴³ Cpr. sur cette règle et sur les exceptions dont elle est susceptible, § 196.— Il est bien entendu que si la condition résolutoire n'a été stipulée que postérieurement à la translation de propriété, elle reste sans efficacité à l'égard des tiers qui, avant la stipulation de cette condition, auraient acquis des droits réels sur l'immeuble. Toullier, VI, 578.

⁴⁴ Ce principe n'a jamais été contesté pour les conditions purement casuelles. Il ne peut pas non plus souffrir de difficulté en ce qui concerne les conditions plus ou moins dépendantes de la volonté du débiteur, lorsqu'il s'agit d'une condition affirmative. Enfin, on ne voit pas pourquoi il ne s'appliquerait pas également, du moins en thèse générale, à la condition négative d'un fait plus ou moins dépendant de la volonté du débiteur. Pour les conditions résolutoires négatives, autres du moins que celles qui porteraient sur l'inexécution des obligations imposées à l'une des parties, il ne peut, tout comme pour les affirmatives, y avoir de contestation que sur le point de savoir si l'événement formant condition est ou non arrivé. Et, dès qu'il est constant que l'événement constitutif d'une condition résolutoire négative

ment indifférent qu'elle soit expresse ou tacite⁴⁵. Art. 1183, al. 1^{er}.

Toutefois, cette règle ne s'applique pas à la condition résolutoire connue sous le nom de *pacte commissoire*. On appelle ainsi la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu, si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait point aux obligations qu'il lui impose. La loi sous-entend cette clause dans tous les contrats parfaitement synallagmatiques. Art. 1184, al. 1. Cpr., art. 954. En général⁴⁶, le pacte commissoire exprès ou tacite n'opère pas de plein droit : il ne produit son effet qu'en vertu du jugement qui déclare la convention résolue⁴⁷. Le juge saisi de la demande en résolution est autorisé à la rejeter, si l'inexécution des obligations imposées à la partie contre laquelle elle est formée n'est pas entièrement imputable à cette dernière, ou ne présente pas assez de gravité pour motiver la résolution.

live ne s'est pas réalisé, la résolution est acquise, sans que le juge puisse accorder un délai pour l'accomplissement ultérieur du fait à l'inexécution duquel elle avait été subordonnée.

⁴⁵ Art. 960 et arg. de cet article.

⁴⁶ Voyez cependant art. 1657. Cpr. art. 1912 et § 398.

⁴⁷ La question de savoir si le pacte commissoire produit ou non son effet de plein droit était résolue affirmativement par le Droit romain, et négativement par l'ancienne jurisprudence française. Elle ne paraît explicitement décidée par l'art. 1184, que relativement au pacte commissoire tacite ou sous-entendu; et la plupart des auteurs (cpr. Delvincourt, II, texte, p. 133, et notes, p. 487; Toullier, VI, 554; Duranton, XI, 88; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 512 et suiv., n^o 4) induisent, *a contrario*, des termes dans ce cas, insérés au second alinéa de cet article, que la disposition en est inapplicable au pacte commissoire exprès. Cet argument ne nous paraît pas concluant. En effet, en rapprochant les deux premiers alinéas de l'art. 1184, qui reproduisent également les termes ci-dessus rappelés, il paraît certain que leur insertion dans le second alinéa n'a point eu pour but de limiter la disposition qu'il renferme au pacte commissoire tacite, mais de faire ressortir la différence qui existe entre la condition résolutoire en général, dont l'effet a lieu de plein droit (arg. art. 1183), et le pacte commissoire en particulier, qui n'entraîne qu'après jugement la résolution du contrat dans lequel il se trouve stipulé ou sous-entendu. C'est en ce sens que l'art. 1184 a été interprété par Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs au Corps législatif* (Loché, *Lég.*, XII, p. 342, n^o 70). D'ailleurs, abstraction faite de l'art. 1184, ne serait-il pas contraire à la maxime *nemo jus ignorare censetur*, et à l'art. 1135, d'accorder plus de force à la convention qui repose sur la volonté expresse des parties, qu'à la convention fondée sur leur volonté légalement présumée? Et pourquoi une condition que la loi attache à la nature d'un contrat, indépendamment de toute stipulation, serait-elle exécutée avec plus de rigueur, quand les parties ont pris le soin inutile de la rappeler d'une manière formelle?

Il peut même, en l'absence de pareils motifs d'excuse, accorder au défendeur un délai, pour le mettre en situation de remplir ses engagements. Art. 1184, al. 3. Cpr. Art. 956, 1654 à 1656. Les propositions précédentes reçoivent exception lorsqu'il a été stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit, ou sans jugement ⁴⁸. En pareil cas, la résolution est encourue dès que le débiteur a été constitué en demeure ⁴⁹. Le juge ne peut plus dès lors lui accorder de délai, et des offres réelles faites ultérieurement ne sauraient le relever de cette résolution ⁵⁰.

5) Lorsque la condition résolutoire n'a été établie que dans l'intérêt d'une seule des parties, celle-ci peut, quoique la condition se trouve accomplie, demander l'exécution de l'obligation existant à son profit. Art. 1184, al. 2.

⁴⁸ Lorsque les parties ne se sont pas bornées à stipuler un pacte commissaire pur et simple, et qu'elles ont ajouté que ce pacte produirait son effet de plein droit, il n'est pas douteux que cette convention, qui n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, ne doive produire son effet. Art. 1134. Tous les arrêts invoqués par les auteurs dont nous avons combattu l'opinion, à la note précédente, ont été rendus dans des espèces pareilles ou analogues à celle que nous venons d'indiquer. Cpr. Civ. cass., 2 décembre 1811, Sir., 41, 4, 56; Paris, 28 thermidor an XI, et 22 novembre 1816, Bruxelles, 19 novembre 1818, et 11 février 1820, Req. rej., 19 août 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 515 et 516, notes 4 à 5; Liège, 1^{er} août 1810, et Dijon, 31 juillet 1817, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Louage, p. 924, notes 1 et 2. Ces arrêts ne sont donc pas au fond contraires à la doctrine que nous avons exposée, quoique les motifs de quelques-uns d'entre eux reposent sur la distinction que nous avons cru devoir rejeter.

⁴⁹ Tant que le débiteur n'est point en demeure, il peut, en exécutant ses engagements, empêcher l'accomplissement de la condition résolutoire résultant du pacte commissaire. Il suit de l'abrogation de la maxime *dies interpellat pro homine* (art. 1139), que, dans le cas même où il a été stipulé que le pacte commissaire produirait son effet de plein droit, faute par le débiteur d'exécuter ses engagements dans un délai déterminé, la résolution s'opère bien de plein droit, mais qu'elle n'a point lieu par la seule échéance du terme, et ne résulte que de la mise en demeure du débiteur opérée conformément aux principes généraux. En rappellant cette règle à propos du pacte commissaire stipulé en matière de vente immobilière, l'art. 1656 n'a fait qu'énoncer une conséquence nécessaire de l'art. 1139, et n'a point, ainsi que l'enseignent les commentateurs (cpr. Toullier, VI, 555; Duranton, XVI, 375 et 377; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 515, n° 5), consacré une exception ou une modification aux principes qui régissent la résolution de plein droit.—Cpr. sur les différentes manières dont le débiteur peut être constitué en demeure, § 308, n° 4.

⁵⁰ Troplong, *De la vente*, II, 669. Duvergier, *De la vente*, I, 537 et 463. Req. rej. 19 août 1824. Sir., 25, 4, 49. Riom, 5 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563. Dijon, 22 janvier 1847, Sir., 48, 2, 206.

§ 303.

9. *Des obligations ajournées et des obligations échues.*

Une obligation est ajournée ou à terme lorsque l'exécution en a été reculée à une certaine époque qui n'est point encore arrivée :

Une obligation est échue lorsque l'époque à laquelle elle doit être exécutée est arrivée ; peu importe qu'un terme ait ou non été accordé dans l'origine.

Le terme est certain quand l'époque à laquelle il écherra est connue d'avance. Il est incertain dans le cas où il se trouve attaché à un événement qui, quoique devant nécessairement arriver, peut se réaliser à une époque plus ou moins éloignée. Si l'incertitude portait sur l'événement lui-même, l'obligation ne serait plus simplement ajournée, mais conditionnelle, quelle que fût la locution dont les parties se seraient servies pour exprimer la modalité de la convention. Ainsi, la promesse faite par une personne de payer une certaine somme à l'époque où elle se mariera est une promesse conditionnelle, tandis que l'engagement pris pour le cas où un tiers viendrait à décéder ne constitue qu'un engagement simplement ajourné. Du reste, en matière de conventions, le terme incertain produit les mêmes effets que le terme certain ¹.

Le terme est de droit ou de grâce. Il est de droit, lorsqu'il est, soit établi par l'acte duquel l'obligation découle ou par un acte postérieur, soit concédé par la loi. Il est de grâce, lorsqu'il est accordé par le juge ².

Le terme de droit est exprès ou tacite, suivant qu'il est formellement stipulé, ou qu'il résulte de la nature même de l'obligation ³.

¹ Il en est autrement en matière de legs. Cpr. §§ 712 et 717. — Voy. sur les diverses propositions énoncées au texte : Toullier, VI, 651 ; Savigny, *System des römischen Rechts*, III, §§ 425 et 426, p. 204 et suiv.

² Cpr. sur les cas dans lesquels le juge a la faculté d'accorder des délais de grâce, et sur la manière dont il peut exercer cette faculté : art. 4184, 4244, 4655, 4656 et 4900 ; Code de procédure, art. 422 à 424 ; Code de commerce, art. 457 et 487 ; § 349. — Cpr. encore, sur les règles spéciales qui régissent les délais de grâce : art. 4292 ; Code de procédure, art. 424 ; note 42, *infra*.

³ Cpr. art. 1875 *cbn.* 1888 et 1901 ; § 319, texte n° 2, notes 41 à 43 ; § 5, *Inst.*

Le terme diffère essentiellement de la condition suspensive. Il ne suspend pas la force juridique de l'obligation, il en retarde seulement l'exécution⁴. Art. 1185. Aussi, le débiteur ne peut-il pas répéter ce qu'il a payé avant l'échéance du terme⁵. Art. 1186.

Le terme est, en général, présumé stipulé dans l'intérêt unique du débiteur. Art. 1187. Il en résulte :

1° Que ce dernier ne peut être poursuivi avant l'expiration du terme (art. 1186), c'est-à-dire, avant le lendemain du jour de son échéance⁶, à moins qu'il ne soit tombé en faillite⁷ ou en déconfiture⁸, qu'il n'ait diminué par son fait⁹ les sûretés don-

de V. O. (3, 15); L. 75, *D. de V. O.* (45, 1); Toullier, VI, 652; Duranton, XI, 400.

⁴ L'axiome *qui a terme ne doit rien*, tiré de la loi 41, § 1, *D. de V. O.* (45, 1), ne veut pas dire que l'obligation n'existe que par l'échéance du terme; il signifie seulement que le débiteur ne peut être poursuivi avant cette échéance. Art. 1186. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 343, n° 72). Toullier, VI, 662.

⁵ Le débiteur qui a payé par erreur, avant l'échéance du terme, une somme non productive d'intérêts, ne peut-il pas du moins réclamer l'escompte de cette somme, pendant le temps qui s'écoulera depuis sa réclamation jusqu'à l'époque fixée pour le paiement de la dette? Cpr. Duranton, XI, 413; Delvincourt, II, p. 490.

⁶ Le jour de l'échéance doit être accordé tout entier au débiteur. Ce n'est qu'après l'expiration de ce jour, qu'il devient certain qu'il ne paiera pas au terme convenu. § 2, *Inst. de V. O.* (3, 15). Code de commerce, art. 161 et 162. Toullier, VI, 681. Duranton, XI, 444.

⁷ Code de commerce, art. 444.—L'exigibilité résultant de la faillite donne bien au créancier le droit de se présenter à la distribution du prix des biens de son débiteur. Mais produit-elle tous les effets de l'exigibilité ordinaire? Autorise-t-elle, par exemple, la compensation? Cpr. § 326, note 16. Donne-t-elle au créancier hypothécaire du failli le droit de poursuivre l'expropriation des immeubles de ce dernier? Cpr. Bruxelles, 5 décembre 1844, Sir., XII, 2, 284.

⁸ La déconfiture entraîne, comme la faillite, la déchéance du terme accordé au débiteur. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*. Arg. art. 1613, 1913 et 2032, n° 2. *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1188 (Loché, *Lég.*, XII, p. 161, n° 44). Delvincourt, II, p. 490. Toullier, VI, 670.—L'exigibilité résultant de la déconfiture, autorise-t-elle la compensation? Cpr. § 326, note 17.

⁹ L'art. 1188 est inapplicable au cas où les sûretés ont été diminuées, indépendamment du fait du créancier, par cas fortuit ou force majeure. Toullier, VI, 669. Mais si, dans cette hypothèse, le débiteur ne peut être privé, d'une manière absolue, du bénéfice du terme, il paraît cependant résulter des art. 2020 et 2131, que le créancier a le droit de demander un supplément de sûreté, et de conclure au remboursement dans le cas où le débiteur ne pourrait ou ne voudrait le lui fournir. Cpr. sur la conciliation des art. 1188 et 2131 : § 286,

nées par le contrat au créancier ¹⁰, ou qu'il n'ait pas fourni celles qu'il lui avait promises ¹¹. Art. 1188 ¹².

2° Que le créancier ne peut refuser le paiement offert avant l'expiration du terme.

La présomption ci-dessus établie cesse, lorsqu'il résulte, soit des termes ou de la nature de la convention, soit des circonstances dans lesquelles elle a été formée et dont le juge est souverain appréciateur, que le terme a été convenu dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier ¹³, ou dans l'intérêt unique de ce dernier. Au premier cas, on ne doit admettre que la première des conséquences ci-dessus indiquées, et rejeter la seconde. Art. 1258, n° 4. Au second cas, on est conduit à des conséquences diamétralement opposées. Cpr. art. 1944.

Le créancier peut, avant l'échéance du terme, prendre toutes les mesures conservatoires de son droit ¹⁴.

§ 304.

10. Des obligations principales et des obligations accessoires.

De deux obligations, l'une doit être considérée comme prin-

¹⁰ L'art. 1188 ne s'applique donc pas au cas où, tout en diminuant son patrimoine, qui forme le gage commun de ses créanciers (art. 2092), le débiteur ne porte pas atteinte aux sûretés spéciales données à l'un d'entre eux. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 524, n° 11. Aix, 16 août 1811. Sir., 15, 2, 126. — Cpr. sur les différentes manières dont le débiteur peut diminuer les sûretés hypothécaires, § 286.

¹¹ *Eadem est ratio*. Arg. art. 1912, n° 2, et 1977. Duranton, XI, 123. Pau, 3 juillet 1807, Sir., 14, 2, 256.

¹² L'art. 124 du Code de procédure indique encore d'autres circonstances, à raison desquelles le débiteur se trouve déchu du délai de grâce, mais on ne peut étendre les dispositions de cet article au délai de droit, qui se présente sous un aspect bien plus favorable. *Non est eadem ratio*.

¹³ Dans les papiers négociables, et en général dans toutes espèces de promesses commerciales, le terme est présumé stipulé tant en faveur du créancier qu'en faveur du débiteur. Code de commerce, art. 146, 187, et arg. de ces articles. Delvincourt, II, p. 494. Toullier, VI, 677. — Il en est de même dans le prêt à intérêt. Toullier, VI, 667. Cpr. Duranton, XI, 109.

¹⁴ Arg. *a fortiori*, art. 1180 cbn. 1185. Code de procédure, art. 125. Cpr. L. du 3 sept. 1807; et § 311. — Le créancier peut-il, avant l'échéance du terme, prendre contre le débiteur des conclusions en condamnation, en offrant de ne mettre à exécution qu'après cette échéance, le jugement qu'il provoque? Cpr. Toullier, VI, 664; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 523, n° 6.

principale, et l'autre comme accessoire, quand la première est le fondement sur lequel repose l'existence de la seconde ¹.

Cette corrélation existe entre deux obligations :

1° Lorsque l'une des obligations est la conséquence légale de l'autre. C'est ainsi que les dommages-intérêts constituent une obligation accessoire de l'obligation principale à raison de laquelle ils sont dus ².

2° Lorsque l'une des obligations est formée en considération de l'autre, et se rattache à celle-ci comme le moyen à la fin. Tels sont la clause pénale, le cautionnement, et le nantissement ³.

Le sort des obligations accessoires de la seconde espèce est, en général, subordonné à celui de l'obligation principale à laquelle elles se rattachent. Ainsi, elles s'éteignent avec elle ; et la nullité qui la frappe les atteint également ⁴.

Ce principe n'est point applicable aux obligations accessoires de la première espèce, dont l'extinction et la nullité ne peuvent, en général, être considérées comme des conséquences de l'extinction ou de la nullité de l'obligation principale ⁵.

III. DU FONDEMENT JURIDIQUE (TITRE) DES OBLIGATIONS.

§ 305.

Les obligations ont pour fondement immédiat la loi, ou un fait de l'homme. Art. 1370.

Les obligations de la seconde espèce reposent sur un fait licite, ou sur un fait illicite.

Dans le premier cas, elles résultent d'un contrat (art. 1101) ou d'un quasi-contrat (art. 1371); dans le second, d'un délit ou d'un quasi-délit ¹ (art. 1382 et suiv.).

¹ Cette distinction est importante pour la fixation de la compétence et des degrés de juridiction. Cpr. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Degrés de juridiction, p. 635, art. 3.

² Toullier, VI, 463.

³ Cpr. art. 1226, 2044, 2074; Toullier, VI, 466.

⁴ Art. 1227, al. 1, 1281, al. 1, 1287, al. 1, 1294, al. 1, 1301, al. 1, 2012, al. 1. Cette règle n'est pas sans exception : voyez art. 2012, al. 2; § 309, notes 2 et 3.

⁵ Ainsi, quoique dans le cas prévu par l'art. 1599, l'obligation soit nulle, la loi n'en reconnaît pas moins la validité de l'obligation accessoire de dommages-intérêts, dont la cause se trouve même dans la nullité de l'obligation principale.

¹ Ces divisions sont empruntées au Droit romain, dont les rédacteurs du Code

Les quasi-contrats sont ainsi nommés, parce qu'ils produisent des effets juridiques analogues à ceux qu'engendrent les contrats. Cette observation s'applique également aux quasi-délits.

IV. DES CONDITIONS RELATIVES A L'EXISTENCE, A LA VALIDITÉ, ET A LA PREUVE DES OBLIGATIONS.

§ 306.

Les conditions essentielles à l'existence d'une obligation sont celles sans le concours desquelles une obligation ne peut exister.

Les conditions nécessaires à la validité d'une obligation sont celles à défaut desquelles une obligation existante peut être attaquée par voie de nullité.

Quoique les conditions essentielles à l'existence et nécessaires à la validité d'une obligation varient suivant le fondement sur lequel cette obligation repose, on doit cependant appliquer, en général, à toute espèce de manifestation de volonté¹, les règles posées par le Code Napoléon, dans la théorie *des contrats*, sur l'existence et la validité du consentement².

Il faut bien se garder de confondre les conditions requises pour la validité d'une obligation, avec celles qui sont uniquement relatives à la manière d'en administrer la preuve.

L'inobservation des conditions de la dernière espèce est sans influence sur l'obligation en elle-même. Si l'art. 1341 exige, en général, la rédaction d'un acte instrumentaire pour la constatation de tout acte juridique dont l'objet est d'une valeur supérieure à 150 fr., ce n'est pas pour faire dépendre de l'accomplissement de cette formalité l'existence ou la validité de cet acte juridique, mais seulement pour en empêcher la preuve testimoniale³.

n'ont cependant pas suivi toutes les dispositions. Ainsi, par exemple, le Droit romain comprend parmi les obligations *quasi ex contractu*, un plus grand nombre de quasi-contrats que le Code Napoléon. Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex contr.* (3, 27); Code Napoléon, art. 1371 à 1381. Ce n'est point ici le cas de critiquer ces divisions : quelque inexactes qu'elles puissent paraître, il serait dangereux de s'écarter, ainsi que le propose Toullier (XI, 20), de la terminologie adoptée par le Code.

¹ Par exemple, aux quittances, aux déclarations de dernière volonté, aux reconnaissances d'enfants naturels, aux adoptions. Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8.

² Cpr. art. 1109 et suiv.

³ C'est ce qui résulte bien évidemment de la place qu'occupe l'art. 1341, et des exceptions apportées par les articles suivants au principe qu'il établit.

En règle générale⁴, une manifestation de volonté n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'a eu lieu que verbalement; et lorsqu'elle a été constatée par un acte instrumentaire, la validité en est indépendante de celle de cet acte⁵. Les doutes qui peuvent s'élever sur le but dans lequel les rédacteurs du Code ont exigé la constatation par écrit de telle ou telle convention spéciale, doivent être résolus dans le sens de la règle qui vient d'être posée⁶.

V. DES EFFETS JURIDIQUES DES OBLIGATIONS.

1. DU DROIT PRINCIPAL DU CRÉANCIER.

§ 307.

Toute obligation civile confère essentiellement et immédiatement au créancier le droit de contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation.

La marche que le créancier doit suivre à cet effet, varie suivant la forme extérieure de l'acte instrumentaire au moyen duquel l'obligation se trouve constatée¹.

C'est à la procédure à indiquer cette marche, ainsi que les moyens de contrainte à l'aide desquels une obligation peut être mise à exécution².

2. DES DROITS ACCESSOIRES DU CRÉANCIER.

§ 308.

a. Des dommages-intérêts¹.

Toute obligation confère virtuellement au créancier le droit de

⁴ Cette règle ressort clairement de l'art. 1408 qui, en ne mettant point l'écriture au nombre des conditions nécessaires à la validité des conventions, a implicitement consacré la maxime *solus consensus obligat*. Cette maxime ne reçoit exception que dans le cas où le Code a formellement soumis la validité d'un acte juridique à l'accomplissement de certaines formalités. Cpr. art. 934, 1250, n°2, 1394 et 2427.

⁵ Merlin, *Rép.*, v° Double écrit, n°s 7 et 8. Toullier, VIII, 433 et suiv.

⁶ Ainsi, les art. 1582, al. 2, 1834, 2044 et 2085, ayant uniquement pour objet de prohiber, soit dans les limites indiquées par l'art. 1341, soit d'une manière absolue, la preuve testimoniale des conventions auxquelles ils s'appliquent, doivent être considérés comme uniquement prohibitifs de cette preuve, et non comme exigeant un acte instrumentaire pour la validité de ces conventions. Cpr. § 351, texte et note 1; § 378, note 3; § 420, note 5; § 437, note 5.

¹ Cpr. Toullier, VI, 208 et suiv.

² Cpr. Code de procédure, partie I, livre V, *De l'exécution des jugements*.

³ Cpr. sur cette matière : *Tractatus de eo quod interest*, par Dumoulin, dans

poursuivre en dommages-intérêts le débiteur qui n'exécute pas ses engagements, ou qui ne les exécute que d'une manière irrégulière et incomplète. Art. 1147.

Ce droit ne peut cependant être exercé contre le débiteur, qu'autant qu'il se trouve en demeure ou en faute. Art. 1146.

Du reste, il ne faut pas confondre avec une demande en dommages-intérêts l'action par laquelle l'une des parties engagée dans un contrat synallagmatique, demanderait la réduction de ses obligations, en raison de la circonstance que l'autre partie n'aurait pas complètement accompli les siennes; une pareille réduction peut être demandée indépendamment de toute mise en demeure².

1° *De la mise en demeure du débiteur.*

Le seul retard apporté par le débiteur à l'accomplissement de son obligation ne le soumet pas à des dommages-intérêts: il n'en devient passible que lorsqu'il a été constitué en demeure.

En règle, le débiteur n'est constitué en demeure, dans les obligations de faire comme dans celles de donner³, que par l'interpellation du créancier⁴. Art. 1139 et 1146.

Par exception à cette règle, le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme auquel l'obligation doit être exécutée :

1) Lorsque la loi contient à cet égard une disposition spéciale

ses œuvres, t. III, p. 422; *Traité des intérêts*, par Cotelle, Paris, 1826, in-12. Voy. sur la liquidation des dommages-intérêts, Code de procédure, art. 128, 523 et suivants.—Les dispositions du Code Napoléon, sur cette matière, ne s'appliquent qu'aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution des obligations; elles ne peuvent être étendues à l'indemnité due pour la réparation du préjudice causé par des délits ou par des quasi-délits. Cette indemnité, que l'on qualifie ordinairement de dommages-intérêts, ne forme pas une obligation accessoire, mais constitue l'obligation principale elle-même, telle qu'elle résulte du délit ou du quasi-délit. Cpr. § 445.

² Douai, 24 mars 1847, Sir. 48, 2, 490.

³ Quoique l'art. 1139 se trouve placé sous la rubrique *De l'obligation de donner*, il n'en est pas moins applicable aux obligations de faire: cela résulte tant de l'esprit et de la lettre de cet article, que de sa combinaison avec l'art. 1146. Toullier, VI, 246. Delvincourt, 2, p. 529.

⁴ Le Code Napoléon, conforme en cela à l'ancienne jurisprudence française, a rejeté, du moins en thèse générale, la maxime *dies interpellat pro homine*, maxime qu'une opinion assez généralement répandue, mais peut-être erronée, considère comme ayant été admise en Droit romain.

qui consacre, d'une manière exceptionnelle, la maxime *dies interpellat pro homine*⁵.

2) Lorsqu'il a été formellement stipulé que la mise en demeure résulterait, sans qu'il fût besoin d'acte, de la seule échéance du terme⁶. Art. 1139.

3) Lorsque l'obligation ne pouvait être exécutée que dans un certain temps, que le débiteur a laissé passer. Art. 1146.

Toutefois, ces différentes exceptions ne s'appliquent, d'une manière absolue, qu'aux obligations de faire, et aux obligations de donner dont l'exécution doit avoir lieu au domicile du créancier. Dans les obligations de donner qui doivent être exécutées, soit au domicile du débiteur, soit en un lieu déterminé, l'échéance du terme ne constitue le débiteur en demeure, qu'autant que le créancier a fait régulièrement constater qu'il s'est présenté, le jour de l'échéance, au lieu où le paiement devait être effectué⁷.

L'interpellation nécessaire pour opérer la mise en demeure, peut avoir lieu, soit par une sommation extrajudiciaire, soit par tout autre acte propre à constater que le débiteur est en retard d'exécuter ses engagements⁸. Art. 1139. Une déclaration écrite par laquelle le débiteur se reconnaît en demeure, produirait le même effet⁹.

Si cependant, l'obligation a pour objet une certaine somme d'argent, l'interpellation nécessaire pour constituer le débiteur en demeure, et faire courir contre lui les intérêts moratoires¹⁰ de

⁵ Les art. 1302, al. 4, 1378 cbn. 1379, 1657 et 1884, offrent des exemples de dispositions exceptionnelles de cette nature. Cpr. aussi note 41 *infra*.

⁶ Ces locutions, textuellement extraites de l'art. 1139, ne sont cependant pas sacramentelles, et il n'est pas nécessaire de les employer cumulativement. Delvincourt, II, p. 529. Duranton, X, 444. Req. rej., 27 avril 1840, Sir., 40, 1, 730. Voy. cependant Toullier, VI, 249.

⁷ Toullier, VI, 249, 250, 261 et 262. Duranton, X, 442 et 466.

⁸ Tous les actes dont l'effet est d'interrompre la prescription (cpr. art. 2244 et suiv.), valent, *a fortiori*, comme actes d'interpellation. Cpr. Civ. rej., 14 juin 1814, Sir., 14, 1, 244; Toullier, VI, 253; Duranton, X, 444.

⁹ Arg. *a fortiori*, art. 2248. Cpr. Toullier et Duranton, *loc. cit.*

¹⁰ Aux intérêts moratoires, c'est-à-dire aux intérêts dus par le débiteur à raison du retard apporté à l'exécution d'une obligation ayant pour objet le paiement d'une certaine somme d'argent, on oppose les intérêts compensatoires, qui sont ou conventionnels ou judiciaires : conventionnels, lorsqu'ils ont été stipulés par le créancier pour prix de la jouissance d'un capital prêté; judiciaires, lorsque le juge, en allouant une indemnité pour réparation de tout autre préjudice, que celui du retard apporté à l'exécution d'une obligation ayant pour objet une certaine somme d'argent, condamne le défendeur au paiement des inté-

cette somme, ne peut, en règle générale¹¹, avoir lieu qu'au moyen d'une demande judiciaire¹², ou, tout au moins, d'une citation en conciliation suivie d'une demande en justice, dans le mois à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation¹³.

rêts de cette indemnité, comme complément de la réparation qu'il doit. Ce n'est qu'aux intérêts moratoires, et non aux intérêts compensatoires, que s'applique le troisième alinéa de l'art. 1153. Req. rej., 5 novembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 43. Req. rej., 23 juillet 1835, Dalloz, 1835, 1, 453. Toulouse, 29 novembre 1834, Dalloz, 1835, 2, 177. Cpr. Civ. cass., 2 mars 1834, Dalloz, 1833, 1, 35.

¹¹ Cette règle reçoit une première exception, aux termes de l'art. 1153, al. 3, dans tous les cas où la loi fait courir de plein droit les intérêts moratoires. Cpr. à cet égard, art. 456, 474, 609, 612, 856, 1378, 1440, 1473, 1458, 1570, 1652, al. 3, 1846, 1996, 2001 et 2028. Elle reçoit une seconde exception, dont l'art. 1153, al. 3, ne fait pas mention, dans le cas où la loi, par un retour au droit commun, fait courir les intérêts moratoires à dater du jour où le débiteur a été, conformément aux principes ordinaires, constitué en demeure par une sommation extrajudiciaire. Cpr. à cet égard : art. 474, al. 2 ; art. 1652, al. 4 et 5 ; art. 1936 ; Code de commerce, art. 184.—En vertu d'un usage commercial généralement admis, la règle énoncée dans le texte n'est point applicable en matière de comptes courants commerciaux. Cpr. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 475 ; Vincens, *Législation commerciale*, II, p. 458 ; Req. rej., 10 novembre 1848, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Compte courant, p. 688 ; Bordeaux, 4 juillet 1832, Dalloz, 1833, 2, 49.

¹² La demande par laquelle on réclamerait simplement le paiement du principal serait même insuffisante pour faire courir les intérêts moratoires, qui ne sont dus qu'autant qu'il y a été formellement conclu. Arg. 1° art. 1153, al. 3 cbn. 1154 et 1155 ; 2° art. 1207. Toullier, VI, 272. Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 4, n° 16. Liège, 15 juin 1818, Dalloz, v° Obligations, p. 489, n° 3, note 1. Limoges, 4 juin 1847, et Bordeaux, 6 mai 1847, Sir., 47, 2, 449. Voy., en sens contraire : Req. rej., 20 novembre 1848, Sir., 49, 1, 129.—Cpr. sur ce qu'on doit entendre par demande judiciaire, dans le sens de l'art. 1153 : Civ. cass., 22 février 1813, Sir., 13, 1, 453 ; Paris, 17 novembre 1815, Sir., 16, 2, 6 ; Amiens, 23 février 1821, Sir., 22, 2, 114 ; Req. rej., 2 avril 1833, Dalloz 1833, 1, 195 ; Toulouse, 26 janvier 1833, Dalloz 1833, 2, 203.—Toute demande judiciaire, suffisante pour interrompre la prescription (cpr. art. 2246), suffit aussi pour faire courir les intérêts moratoires : *Est eadem ratio*. Paris, 27 juin 1816, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 490, n° 5, note 1. Voy. en sens contraire : Paris, 5 janvier 1837, Sir., 37, 2, 137. Réciproquement, la demande judiciaire, qui ne peut avoir pour effet d'interrompre la prescription (cpr. art. 2247), ne peut pas non plus faire courir les intérêts moratoires. Duranton, X, 450.

¹³ Un simple commandement est donc insuffisant pour faire courir les intérêts. Grenoble, 9 mars 1825, Sir., 25, 2, 310. Req. rej., 16 novembre 1826, Sir., 27, 1, 33. A plus forte raison une lettre missive, ou même une simple sommation extrajudiciaire, ne seraient-elles pas suffisantes. Civ. cass., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1, 238. La cour de Toulouse a cependant jugé (22 janvier 1829, Dalloz, 1829, 2, 168) que le commandement signifié en vertu d'un exécutoire de dépens fait cou-

Art. 1153, al. 3. Art. 1904. Code de procédure, art. 57¹⁴.

Le débiteur peut se soustraire aux effets de la demeure, en prouvant que le retard dans l'exécution de l'obligation provient d'une cause étrangère qui ne lui est point imputable. Art. 1147.

La demeure est purgée, en d'autres termes, elle reste sans effet, lorsque le créancier renonce expressément ou tacitement¹⁵ à s'en prévaloir. Elle est encore purgée par une consignation précédée d'offres réelles. Toutefois, la consignation n'arrête les effets de la demeure que pour l'avenir, et laisse subsister les résultats qu'elle a produits jusqu'au moment où elle a été faite¹⁶.

2° De la faute¹⁷ du débiteur¹⁸.

Le débiteur est en faute, lorsqu'il a contrevenu à une obliga-

rir les intérêts. Mais cette décision est évidemment contraire à la disposition générale de l'art. 1153. Cpr. Civ. cass., 17 février 1836, Sir., 36, 1, 412.

¹⁴ En dérogeant sous ce rapport au Code Napoléon, le Code de procédure a mis l'art. 1153 en harmonie avec l'art. 2245.

¹⁵ Cpr. sur la renonciation tacite : Toullier, VI, 256 et suiv. ; Duranton X, 449.

¹⁶ Ainsi, la consignation fait cesser pour l'avenir le cours des intérêts, mais ne libère pas le débiteur de ceux qui ont couru jusqu'au moment où elle a été faite. Art. 1259, n° 2. Cpr. § 322, texte et notes 24 à 26.

¹⁷ Nous n'entendons point parler ici des délits ou quasi-délits, mais des fautes commises en contravention aux obligations imposées par un contrat ou un quasi-contrat, et connues sous le nom de *fautes contractuelles*. C'est pour n'avoir pas saisi la différence qui existe entre les délits ou quasi-délits, et les fautes contractuelles, que Toullier est tombé dans l'erreur que nous signalerons à la note suivante. — Cpr. sur cette matière : *Essai sur la prestation des fautes*, par Lebrun, avec une dissertation de Pothier sur cet essai, nouvelle édition, Paris, 1813, in-8°; *Die Culpa des römischen Rechts*, par Hasse, Kiel, 1815; *Dissertation*, de Blondeau (*Themis*, II, p. 349) ; *Dissertation*, par Alban d'Hauthuille (*Revue de législation et de jurisprudence*, II, p. 269 et 342).

¹⁸ La division tripartite des fautes, qui était autrefois assez généralement adoptée par les interprètes du Droit romain (*culpa est vel lata, vel levis, vel levissima; culpa vel in abstracto vel in concreto spectatur*), a-t-elle été maintenue par le Code? Les auteurs sont loin d'être d'accord sur cette question. Proudhon (*De l'usu-fruit*, III, 1494 et suiv.) enseigne que, sauf quelques modifications, la doctrine des trois espèces de fautes a été consacrée par la nouvelle législation. M. Duranton (X, 397) prétend qu'il n'y a pas d'inconvénients à suivre cette doctrine dans les cas où le Code ne s'est pas formellement expliqué sur la nature de la faute dont le débiteur est responsable. Toullier (VI, 230 et suiv.) pense, au contraire, que la théorie des interprètes a été formellement rejetée, et que le débiteur est responsable de ses fautes les plus légères. Enfin, M. d'Hauthuille (*op. et loc. cit.*), appliquant au Droit français la théorie présentée par M. Hasse sur la prestation des fautes en Droit romain, n'admet que deux espèces de fautes : la faute grave correspondant à la *diligentia in concreto*, et la faute légère correspondant à la dili-

tion de ne pas faire, ou lorsqu'il n'a pas apporté à l'exécution d'une obligation de faire ou de donner tous les soins dont il était tenu. Art. 1145.

En général, le débiteur doit apporter à l'accomplissement du fait qu'il est chargé d'exécuter, ou à la garde de la chose qu'il est tenu de conserver, tous les soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire, toute la diligence d'un homme attentif et soigneux, qui fait usage, dans l'administration de ses affaires, de l'intelligence qui lui a été départie¹⁹. Art. 1137, al. 1²⁰. Sa responsabi-

gentia in abstracto. Appelés à nous décider au milieu de ce conflit d'opinions, nous avouerons qu'aucune d'elles ne nous satisfait. En effet, il paraît évidemment résulter de l'art. 1137, al. 1, de l'*Exposé de motifs* présenté par Bigot-Préame-neu (Locré, *Leg.*, t. XII, p. 326, n° 32), et du *Rapport fait au Tribunat* par Favard (Locré, *Lég.*, t. XII, p. 431, n° 32), que les rédacteurs du Code ont voulu abroger, du moins en thèse générale, la doctrine des interprètes. D'un autre côté, on ne peut se dissimuler qu'il existe dans le Code diverses traces de cette doctrine. Cpr. art. 804, 1137, al. 2, 1374, 1927 cbn. 1928 et 1992. L'opinion de Toullier nous paraît par cela même aussi inexacte que celle de Proudhon et de M. Duranton. Elle est d'autant moins admissible, qu'elle ne repose que sur la fausse application à la matière des contrats et quasi-contrats, des art. 1382 et 1383, qui ne concernent que les délits et quasi-délits. La théorie de M. d'Hauthuille est remarquable par sa netteté et sa simplicité. Mais, comme toutes les théories établies *a priori*, elle est plutôt l'expression de ce qui devrait être que de ce qui est. Aussi, est-ce à grande peine que M. d'Hauthuille essaie de faire concorder, tant bien que mal, les dispositions du Code avec ses définitions et ses divisions. Souvent même il y échoue, malgré son esprit ingénieux. Nous n'en citerons qu'un seul exemple entre plusieurs autres : le tuteur ne devrait, d'après M. d'Hauthuille, que la diligence *in concreto* ; le fermier ou l'emprunteur devrait, au contraire, la diligence *in abstracto*. Or, comment concilier cette différence avec les art. 450, 1728 et 1880, qui soumettent également toutes ces personnes à la diligence d'un bon père de famille ?

¹⁹ L'expression *bon père de famille*, ayant toujours été prise dans le langage juridique pour désigner ce que la L. 25, D. *de prob. et præs.* (22, 3), appelle *homo diligens et studiosus paterfamilias*, il faut admettre que les rédacteurs du Code, en se servant de cette expression, lui ont conservé la même signification.

²⁰ La disposition de l'art. 1137, al. 1, étant conçue en termes généraux, doit s'appliquer, non-seulement aux hypothèses pour lesquelles elle a été rappelée, soit explicitement, soit implicitement (cpr. art. 450, 601, 627, 1624, 1728, 1806, 1880, 1962, al. 1, 2080), mais en général à toutes les hypothèses dans lesquelles elle n'a pas été modifiée par une disposition exceptionnelle. Si cependant il existait une similitude parfaite entre une hypothèse régie par une de ces dispositions exceptionnelles et une autre hypothèse sur laquelle le Code garde le silence, on pourrait, selon nous, appliquer à cette dernière la modification introduite à l'occasion de la première. C'est ainsi, par exemple, que la disposition de l'art. 804 nous paraît devoir être étendue à l'associé qui gère sans mandat spécial et exprès les affaires sociales, et à l'héritier qui administre une succession indivise. Mais nous ne pouvons admettre, avec M. d'Hauthuille (*Revue de législation*, t. II, p. 354), qu'il faille

lité ne va, en général, pas au delà ; mais elle peut ne pas s'étendre aussi loin²¹. Sauf les dispositions particulières qui, pour certaines hypothèses, restreignent le cercle des moyens de justification du débiteur²², les exceptions annoncées par le second alinéa de l'art. 1137 ont toutes pour objet de tempérer la rigueur de la règle précédemment posée²³. Du reste, c'est au pouvoir discrétionnaire du juge qu'il appartient d'apprécier, dans les cas où cette règle est sujette à modification, le tempérament qu'elle doit recevoir²⁴, à moins que la loi ne l'ait elle-même déterminé d'une manière précise. Cpr. art. 1927.

Lorsque les deux parties sont en faute, le débiteur est déchargé de toute responsabilité. Arg. art. 1599. Cependant l'application de cette règle paraît devoir être abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, notamment dans le cas où la faute du créancier n'a été que la suite de celle du débiteur.

Le débiteur qui n'a point complètement rempli son engagement ne peut se soustraire au paiement de dommages-intérêts qu'en prouvant, ou qu'il a donné à l'exécution de l'obligation tous les soins qu'il devait y apporter, ou que son inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Art. 1147, 1148, 1302, al. 3, et 1732. Il est même certains cas dans lesquels la loi n'admet d'autre excuse que celle du cas fortuit ou de la force majeure. Cpr. art. 1733, 1734, 1784, 1953 et 1954.

également l'étendre au mari administrateur légal ou usufruitier des biens de sa femme. Cpr. art. 1428, al. 3, 1530, 1531, 1533, 1562 et 1580 cbn. 604 ; art. 1577 cbn. 1992.

²¹ En supposant un instant, pour mieux faire comprendre notre pensée, que la diligence exigée par l'art. 1137, al. 1, correspondit à la faute légère *in abstracto* des anciens interprètes, les modifications apportées à cet article pourraient bien avoir pour objet de ne rendre le débiteur responsable que de la faute légère *in concreto* (cpr. art. 1927), ou de la faute grave (cpr. art. 884), mais non de le soumettre à la prestation de la faute très-légère. Voy. cependant la suite du texte et les articles cités à la note suivante.

²² Cpr. art. 1733, 1734, 1784, 1953 et 1954 ; texte n° 2 *in fine*.

²³ Il suffit, pour s'en convaincre, de recourir à ces dispositions exceptionnelles. Cpr. art. 804, 1374, 1927 et 1992. L'art. 1928 n'est aucunement contraire à cette manière de voir : la modification apportée par cet article aux dispositions exceptionnelles de l'art. 1927 fait revivre, dans les hypothèses dont il s'occupe, la règle générale posée par l'art. 1137, al. 1.

²⁴ Arg. art. 1992. Il est à remarquer que, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1374, la question soumise au pouvoir discrétionnaire du juge ne concerne pas la responsabilité elle-même, mais l'appréciation des dommages-intérêts dus en vertu de cette responsabilité. Cpr. texte n° 4 *infra*.

3° *Du cas fortuit et de la force majeure*²⁵.

Le débiteur ne répond pas, en règle générale, du cas fortuit et de la force majeure. Art. 1148.

On doit ranger parmi les cas fortuits ou de force majeure tous les événements provenant d'une cause étrangère au débiteur. Art. 1147 c. b. n. 1148. Ainsi, lorsque l'exécution régulière de l'obligation a été entravée, soit par un accident de la nature, soit par le fait d'une personne²⁶ ou d'une chose²⁷ dont le débiteur n'a pas à répondre, et qu'il n'a pu empêcher, celui-ci se trouve déchargé de toute responsabilité, pourvu que cet accident ou ce fait n'ait pas été précédé ou accompagné de quelque faute qui lui soit imputable, et sans laquelle, il eût pu régulièrement exécuter l'obligation²⁸.

Du reste, il suffit au débiteur de prouver le cas fortuit dont il se prévaut. C'est au créancier, qui prétendrait que ce cas fortuit a été précédé de quelque faute imputable au débiteur, à prouver cette allégation. Art. 1808 et arg. de cet article.

Par exception à la règle générale ci-dessus énoncée, le débi-

²⁵ Cpr. sur ce qu'on doit entendre par cas fortuit ou force majeure : L. 23, D. *de R. J.* (50, 17); art. 1733, 1734, 1754, al. 5, 1755, 1792, 1953 et 1954; Req. rej., 9 mai 1815, Sir., 15, 1, 208; *Dissertation*, de Sirey, Sir., 15, 2, 27; Colmar, 9 novembre 1814, Sir., 15, 2, 139; Req. rej., 24 novembre 1814, Sir., 16, 1, 55; Paris, 29 décembre 1835, Sir., 36, 2, 82; Lyon, 7 mars 1840, Sir., 40, 2, 275; Lyon, 20 juin 1845, Sir., 46, 2, 362; Civ. cass., 3 mars 1847, Sir., 48, 1, 47.

²⁶ Les personnes dont le débiteur est responsable sont, en général, celles qu'énumère l'art. 1384, et spécialement, lorsqu'il s'agit d'une obligation ayant pour objet la livraison ou la restitution d'une chose déterminée dans son individualité, les ayants cause du débiteur relativement à la chose due, par exemple, les fermiers, locataires et commodataires de cette chose. Art. 1735 et arg. de cet article. Cpr. art. 1797 et 1994.

²⁷ Le débiteur est responsable des dommages causés par les choses qu'il a sous sa garde, parce qu'il est personnellement en faute de n'avoir pas pris les précautions nécessaires pour prévenir ces dommages. Arg. art. 1385 et 1386.

²⁸ Toutes les fois que le débiteur aurait pu, en donnant à l'accomplissement de l'obligation les soins qu'il devait y apporter, empêcher le cas fortuit, ou du moins en neutraliser les effets, l'exécution régulière de cette obligation se trouve entravée, moins par le cas fortuit que par une faute dont le débiteur doit nécessairement répondre. Art. 1807, 1881, 1882, et arg. de ces articles. Ainsi, quoique les faits des tiers doivent être envisagés comme des cas fortuits, le débiteur en devient cependant responsable, lorsque c'est par une faute qui lui est imputable que ces faits ont apporté obstacle à l'exécution régulière de l'obligation. Cpr. art. 1953.

teur répond des cas fortuits ou de force majeure dans les deux hypothèses suivantes ²⁹ :

1) Lorsqu'il a été chargé de ces risques par une convention ou tout autre titre obligatoire ³⁰.

2) Lorsque le cas fortuit ou la force majeure n'a eu lieu qu'après la mise en demeure du débiteur (art. 1302, al. 1), sauf à ce dernier à faire valoir, dans cette hypothèse, l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302 ³¹. Voy. aussi art. 1042.

4° De l'étendue et de l'évaluation des dommages-intérêts.

En règle générale, les dommages-intérêts se composent de la perte faite par le créancier et du gain dont il a été privé ³². Art. 1149.

Cette règle est soumise à différentes restrictions ou modifications. Ainsi :

1) Dans le cas prévu par l'art. 1374, al. 2, le juge est autorisé à modérer les dommages-intérêts.

2) Lorsque l'inexécution de l'obligation ou l'irrégularité de l'exécution ne proviennent pas du dol du débiteur, ce dernier ne doit que la réparation des dommages qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors de la formation de l'obligation. Art. 1150.

3) Lorsque le débiteur s'est rendu coupable de dol, il n'y a

²⁹ Nous ne rangeons pas dans une catégorie particulière les cas auxquels le débiteur est chargé de ces risques par une disposition spéciale de la loi (cpr. art. 1302, al. 4, 1379, 1822 cbn. 1825, 1881 et 1883), parce qu'ils rentrent dans l'une ou l'autre des hypothèses indiquées au texte. En effet, les art. 1302, al. 4, 1379 et 1881, ne rendent le débiteur responsable des cas fortuits que parce qu'ils supposent que ce dernier a été de plein droit constitué en demeure. Cpr. note 5, *supra*. Quant aux dispositions des art. 1822 et 1825, qui chargent le fermier des risques du cheptel, elles sont censées faire partie intégrante des conventions des parties, qui n'y ont point dérogé par une clause contraire. La même observation s'applique au cas prévu par l'art. 1883.

³⁰ L'art. 1302, al. 2, suppose que le débiteur peut conventionnellement se charger des cas fortuits.

³¹ Cette exception, qui reçoit application toutes les fois que le débiteur n'est responsable des cas fortuits qu'à raison de sa mise en demeure, peut donc être invoquée par le débiteur chargé de ces risques en vertu d'une disposition légale fondée sur sa mise en demeure. Cpr. art. 1302, al. 4, 1379, 1822 cbn. 1825 et 1881 ; notes 5 et 29 *supra* ; § 331, texte et note 6.

³² C'est ce qu'indique très-bien l'expression *dommages-intérêts*, qui comprend tout à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. C'est au créancier, demandeur en dommages-intérêts, à prouver la perte qu'il a éprouvée et le gain dont il a été privé.

plus de distinction à faire entre les dommages prévus et les dommages imprévus; le débiteur répond également des uns et des autres. Toutefois, il ne doit, même dans cette hypothèse, que la réparation des dommages qui ont été une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation ³³.

4) Lorsque le débiteur s'est engagé à payer une certaine somme pour représenter les dommages-intérêts ³⁴, ces dommages-intérêts ne peuvent être évalués, ni à une somme plus forte, ni à une somme moindre (art. 1152 et 1234), à moins que l'obligation n'ait été partiellement exécutée (arg. art. 1231), ou que, dans une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, les parties n'aient stipulé pour dommages-intérêts une somme supérieure au taux de l'intérêt légal ³⁵.

5) Les dommages-intérêts dus à raison du retard apporté à l'exécution d'une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent consistent toujours ³⁶, mais consistent uniquement, dans les intérêts légaux de cette somme, quel que soit d'ailleurs le préjudice que le défaut de paiement a causé au créancier ³⁷. Toutefois, les dommages-intérêts peuvent, en matière de papiers négociables ³⁸, de cautionnement ³⁹ et de société ⁴⁰, surpasser les intérêts légaux de la somme due. Art. 1153, al. 1 ⁴¹.

³³ Cpr. sur cette modification et sur la précédente : Pothier, nos 160 à 169; Toullier, VI, 284 et suiv.; Duranton, X, 472 et suiv.

³⁴ Un pareil engagement est une espèce de clause pénale, qui n'enlève pas au créancier le droit de demander l'exécution de l'obligation principale, à moins que les parties n'aient eu l'intention de convertir éventuellement l'obligation principale en une obligation de dommages-intérêts, pour le cas où le débiteur n'exécuterait pas la première. Duranton, X, 485.

³⁵ Arg. Code Napoléon, art. 6 cbn. L. du 3 septembre 1807. Delvincourt, II, p. 533. Toullier, VI, 275. Duranton, X, 485.

³⁶ Car ils sont dus au créancier, sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte. Art. 1153, al. 2.

³⁷ Civ. cass., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1, 238. L'intérêt légal, qui n'avait point été réglé par le Code, a été fixé, par la loi du 3 septembre 1807, à 5 pour cent en matière civile, et à 6 pour cent en matière de commerce.

³⁸ L'art. 1153, en maintenant *les règles particulières au commerce*, a voulu uniquement parler des dispositions spéciales concernant le rechange des papiers négociables. Cpr. Code de commerce, art. 177 à 187; Aix, 21 août 1829, Dalloz, 1829, 2, 288.

³⁹ Cette exception est développée dans l'art. 2028. Cpr. § 427, texte et note 5.

⁴⁰ Cette exception, non rappelée par l'art. 1153, est formellement établie par l'art. 1846. Cpr. § 380, texte et note 4.

⁴¹ Peut-on admettre d'autres exceptions que celles qui sont indiquées au texte? Cpr. Delvincourt, II, p. 533; Toullier, VI, 267; Duranton, X, 488.

Du reste, le créancier d'une somme d'argent a droit à des dommages-intérêts pour retard dans le paiement, soit du capital, soit des intérêts stipulés en compensation de la jouissance de ce capital. Ainsi, les intérêts compensatoires qui ne sont pas régulièrement acquittés produisent eux-mêmes des intérêts moratoires, soit à dater de leur échéance lorsque telle est la convention des parties ⁴², soit à dater du jour où les intérêts moratoires ont été demandés en justice ⁴³. Art. 1154. Cependant, ce redoublement d'intérêts, qu'on nomme anatocisme ⁴⁴, ne peut avoir lieu que lorsque les intérêts compensatoires, auxquels on veut faire produire des intérêts moratoires, sont dus pour une année au moins ⁴⁵. Art. 1154. Cette dernière restriction n'est applicable qu'aux intérêts des capitaux exigibles. Elle ne concerne, ni les arrérages de rentes perpétuelles et viagères, ni les fermages et loyers, ni les restitutions de fruits ⁴⁶. Art. 1155. Elle ne

⁴² Il n'est pas nécessaire, pour la validité de cette convention, que les intérêts compensatoires soient déjà échus au moment où elle est conclue, puisque les choses futures peuvent former la matière des conventions. Art. 1130. Delvincourt, II, p. 536. Toullier, VI, 274. Duranton, X, 499. Montpellier, 20 juin 1839, Sir., 39, 2, 497. Civ. rej., 11 décembre 1844, Sir., 45, 1, 97.

⁴³ Il ne suffirait pas de demander les intérêts compensatoires, pour faire courir les intérêts moratoires, qui ne sont dus et qui ne peuvent être adjugés qu'autant qu'il y a été formellement conclu. Toullier, VI, 272. Duranton, X, 503. Cpr. sur les différents cas dans lesquels les intérêts moratoires des intérêts compensatoires peuvent ou non être demandés : Civ. cass., 14 juin 1837, Sir., 37, 1, 484 ; Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 38, 1, 968 ; Riom, 21 juillet 1840, Sir., 40, 2, 456 ; Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282 ; Civ. rej., 25 août 1845, Sir., 45, 1, 705 ; Civ. rej., 18 mai 1846, Sir., 46, 1, 375 ; Civ. rej., 11 novembre 1851, Sir., 52, 1, 17.

⁴⁴ L'anatocisme était autrefois sévèrement prohibé par les lois civiles et canoniques. C'est pour indiquer la levée de cette prohibition que le législateur a rédigé l'art. 1154 en termes facultatifs.

⁴⁵ Cette restriction s'opposerait-elle à la validité de la convention en vertu de laquelle les intérêts d'une somme empruntée pour moins d'une année seraient, lors de l'exigibilité de cette somme, convertis en un nouveau capital productif d'intérêts ? *Est quæstio facti*. Cpr. Delvincourt, II, p. 536 ; Duranton, X, 500.

⁴⁶ Ces différents revenus ne sauraient être assimilés à des intérêts, c'est-à-dire à des fruits produits par de l'argent. Dès lors, il n'y a point d'anatocisme à exiger des intérêts moratoires pour le retard apporté à l'acquittement régulier de ces revenus. Le but de l'art. 1155 est uniquement d'empêcher que, par une fausse assimilation des revenus mentionnés en cet article avec les intérêts des capitaux exigibles, on n'applique aux premiers une restriction que l'art. 1154, en indiquant les limites dans lesquelles l'anatocisme est permis, n'a établie que pour les seconds. Cpr. Toullier, VI, 274 ; Duranton, X, 494 ; Civ. rej., 15 janvier 1839, Sir., 39, 1, 97.

s'applique pas davantage, soit aux intérêts qui seraient dus, non au créancier lui-même, mais à un tiers qui les aurait payés en l'acquit du débiteur ⁴⁷, soit aux intérêts dus par le tuteur des sommes par lui touchées pour le compte de son pupille ⁴⁸, soit aux intérêts de sommes dues par compte courant commercial ⁴⁹.

§ 309.

b. De la clause pénale.

La clause pénale est une convention par laquelle le débiteur, pour mieux assurer l'exécution de son obligation, s'engage à une prestation quelconque, par exemple, au paiement d'une certaine somme d'argent, pour le cas où il n'accomplirait pas cette obligation, ou ne l'accomplirait que d'une manière incomplète ¹. Art. 1226.

L'obligation que la clause pénale engendre est une obligation secondaire et accessoire. Ainsi, la nullité de l'obligation primitive et principale, à laquelle se trouve attachée la clause pénale, doit entraîner la nullité de cette dernière. Art. 1227, al. 1. Cette règle recevrait cependant exception dans les cas où

⁴⁷ Par exemple, à une caution, à un mandataire, et même à un *negotiorum gestor*. Art. 1155, al. 2. Cpr. art. 2028, 2004, 1375. Ces intérêts forment un vrai capital pour celui qui les a déboursés. Toulouse, 4 février 1829, Dalloz, 1829, 2, 243. — Le second alinéa de l'art. 1155 ne concerne point les intérêts qui ont été payés, non en l'acquit du débiteur, mais avec subrogation dans les droits du créancier : le tiers subrogé ne pourrait exiger les intérêts des intérêts qu'autant que le subrogeant eût pu les exiger lui-même. Delvincourt, II, p. 535. Duranton, X, 494.

⁴⁸ Art. 455 et 456. Cpr. § 112, texte n° 2, et note 33.

⁴⁹ Req. rej., 19 décembre 1827, Dalloz, 1828, 1, 64. Dijon, 24 août 1832, Sir. 35, 1 334. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Req. rej., 14 juillet 1840, Sir., 40, 1, 897. Grenoble, 24 février 1844, Dalloz, 1842, 2, 91. Colmar, 27 mai 1846, Sir. 48, 2, 491. Req. rej., 12 mars 1851, Sir., 51, 1, 401. Voy. cep. Req. rej., 10 novembre 1848, Sir., 49, 1, 423; Civ. cass., 14 mai 1850, Sir., 50, 1, 441. Voy. en sens contraire : Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, III, 498; Chardon, *Du dol et de la fraude*, n° 487; Rennes, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 378.

¹ La clause pénale supposant toujours une obligation primitive et principale, qui existe indépendamment de l'obligation secondaire et accessoire que cette clause engendre, il faut bien se garder de confondre l'obligation garantie par une clause pénale, soit avec une obligation conditionnelle, soit avec une obligation facultative. Toullier, VI, 803 à 807. Duranton, XI, 322 à 326.

la nullité de l'obligation principale serait le résultat de l'absence d'un lien de droit que la stipulation d'une clause pénale avait pour objet de suppléer², ainsi que dans les hypothèses où, malgré la nullité de l'obligation principale, il serait dû des dommages-intérêts dont l'étendue aurait été déterminée par la clause pénale³. La nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale. Art. 1227, al. 2.

Le but de la clause pénale est d'assurer l'exécution de l'obligation principale. Il en résulte : 1° qu'on ne doit pas facilement supposer aux parties l'intention d'avoir voulu, par la stipulation d'une clause pénale, étendre ou restreindre l'obligation principale; 2° que le créancier peut, au lieu de réclamer la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1228); 3° que le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins que le contraire n'ait été expressément ou tacitement convenu⁴, ou que la peine n'ait été stipulée pour simple retard⁵. Art. 1229, al. 2.

L'effet de la clause pénale est de déterminer par avance, et à titre de forfait, la quotité des dommages-intérêts dus au créancier par le débiteur qui n'exécute pas son obligation, ou qui ne la remplirait que d'une manière imparfaite. Art. 1229, al. 1. Il en résulte : 1° que la peine n'est encourue par le débiteur qu'autant qu'il se trouve en demeure ou en faute (art. 1230); 2° qu'elle est due au créancier sans qu'il soit tenu de justifier

² C'est ce qui arriverait, par exemple, dans le cas où une stipulation faite pour autrui, hors des hypothèses prévues par l'art. 1121 et contrairement à l'art. 1149, aurait été accompagnée d'une clause pénale établie dans l'intérêt de l'auteur de la stipulation. § 49, *Inst. de inut. stip.* (3, 49). Pothier, nos 339 et 340. Delvincourt, II, p. 548. Toullier, VI, 814. Duranton, XI, 330. Merlin, *Rép.*, v° Peine contractuelle.

³ C'est ce qui aurait lieu dans le cas où la vente de la chose d'autrui, faite à un acquéreur de bonne foi, aurait été accompagnée d'une clause pénale. Art. 1599. Duranton, XI, 328. Req. rej., 17 mars 1825, Sir., XXVI, 1, 15.

⁴ Le second alinéa de l'art. 1229 ne contient point une disposition d'ordre public à laquelle il soit défendu de déroger. La peine peut donc être exigée, *rato manente pacto*, c'est-à-dire sans préjudice du maintien de l'obligation principale, lorsque telle est la convention des parties. L. 16, *D. de trans.* (2, 15). Art. 1134. Cette convention peut être expresse ou tacite; mais une convention tacite de cette nature ne doit être admise que sur des présomptions graves, et lorsqu'elle ressort d'une manière non équivoque de l'intention des parties. Cpr. sur la clause pénale ajoutée à une transaction : art. 2047, § 421, texte et note 12.

⁵ Cette stipulation peut aussi être expresse ou tacite; mais elle ne doit pas facilement se présumer. Cpr. la note précédente.

d'aucune perte ; 3° que ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts supérieurs à la peine stipulée (art. 1152) ; 4° que le juge n'est point autorisé à modifier la peine, à moins qu'ayant pour objet d'assurer le paiement d'une somme d'argent, elle ne soit supérieure aux intérêts légaux de cette somme⁶, ou que l'obligation principale n'ait été exécutée pour partie. Art. 1231.

§ 310.

c. De la garantie.

La garantie, considérée activement, est un droit en vertu duquel la personne à qui elle est due (le garanti) peut exiger que celui qui la doit (le garant) fasse cesser des poursuites dirigées contre elle ou une résistance qu'elle éprouve à l'exercice de ses droits, et l'indemnise, le cas échéant, des suites de ces poursuites ou de cette résistance¹.

On peut distinguer trois hypothèses principales dans lesquelles il y a lieu à garantie :

1° Toute personne qui a transmis, à titre onéreux², un droit réel ou personnel, doit en garantir le libre exercice à celui auquel elle l'a transmis, contre tous troubles de droit procédant d'une cause antérieure à la transmission.

Sous cette hypothèse, dans laquelle la garantie résulte de la nature même des contrats à titre onéreux, se placent entre autres :

La garantie due par le vendeur ou l'échangiste d'un objet corporel ou d'un droit réel immobilier. Art. 1626 à 1648, et 1705.

La garantie due par le cédant d'une créance ou d'une hérédité. Art. 1693 à 1696.

La garantie due par le bailleur. Art. 1725 à 1727;

2° Les copartageants sont tenus, les uns envers les autres, à une garantie dont le but est de maintenir entre eux l'égalité, qui est de l'essence du partage. Art. 884 à 886, 1476, 1872.

⁶ Cpr. loi du 3 septembre 1807, et § 308.

¹ On ne peut considérer comme une garantie proprement dite celle dont s'occupent les art. 1641 et suiv. Cpr. § 355 bis.

² La garantie n'a point lieu, en règle générale, dans les contrats à titre gratuit, par exemple, dans les donations. Cpr. § 705. Elle ne peut pas non plus être exercée en matière de legs, à moins que l'objet légué n'ait été déterminé que quant à son espèce, et non dans son individualité. Cpr. § 719.

Dans ces deux hypothèses, le recours peut être formé par celui auquel est due la garantie, dès que, par suite d'une demande intentée contre lui, ou par suite d'une exception opposée à une demande qu'il a introduite, l'existence du droit transmis ou l'égalité entre les copartageants se trouvent menacées. Le recours en garantie tend donc à obtenir la cessation du trouble qu'éprouve le garanti, et subsidiairement la réparation du dommage qui résulterait de la décision judiciaire à intervenir.

3° Les coobligés à une même dette sont respectivement garants, les uns envers les autres, jusqu'à concurrence de la part pour laquelle ils doivent contribuer entre eux au paiement de cette dette. Art. 873, 875 et 876; 1213 à 1216; 1221 et 1225.

Dans cette hypothèse, le recours en garantie peut aussi être exercé dès que le coobligé auquel il compète est actionné pour la totalité de la dette, ou pour une part plus grande que celle dont il est tenu vis-à-vis de ses coobligés³. Le recours tend, en pareil cas, à obtenir de ces derniers le remboursement de la part pour laquelle ils sont tenus de contribuer au paiement de la dette.

Le recours en garantie, considéré par rapport à l'action par suite de laquelle il s'ouvre, engendre une exception dilatoire, au moyen de laquelle celui à qui la garantie est due peut demander qu'il soit sursis au jugement de la contestation principale pendant un délai que la loi lui accorde pour mettre en cause le garant. Sous ce rapport, qui rentre dans le Droit de procédure, on divise la garantie en garantie formelle et en garantie simple. Cpr. Code de procédure, art. 175 et suivants.

3. DES DROITS AUXILIAIRES DU CRÉANCIER.

§ 311.

a. *Des mesures conservatoires.*

Le créancier est autorisé à prendre toutes les mesures tendant à la conservation et à la sûreté de sa créance¹.

³ L'art. 2032, n° 1, le dit en termes exprès en ce qui concerne la caution, et la disposition de cet article, qui n'est que la conséquence de la nature même du recours en garantie, a toujours été étendue à tous les cas où il existe plusieurs coobligés d'une même dette.

¹ Le créancier étant autorisé à attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits, à plus forte raison peut-il intervenir dans les instances où ce dernier se

Ces mesures, qui varient suivant les circonstances, ne sont pas susceptibles d'une énumération complète. On peut citer parmi les principales : les actes interruptifs de prescription ; la réquisition d'inscriptions hypothécaires ou de transcriptions ; les oppositions aux scellés après décès ou faillite, et les réquisitions tendant à l'apposition ou à la levée des scellés ; les demandes en confection d'inventaire, en séparation de patrimoines, en passation de titre nouvel, et en reconnaissance de signature ; les oppositions au partage, et les protestations ou réserves.

Le créancier est également autorisé à intervenir, par mesure conservatoire, dans les instances ayant pour objet un intérêt pécuniaire, qu'elles aient été introduites contre le débiteur, ou engagées par celui-ci¹. Toutefois, dans ce dernier cas, l'intervention n'est admise qu'autant que la contestation porte sur un droit susceptible d'être exercé par les créanciers, conformément aux dispositions de l'art. 1166².

Les droits auxiliaires dont il vient d'être parlé appartiennent même au créancier dont la créance serait conditionnelle ou ajournée³, à charge de se borner à des mesures conservatoires proprement dites, et de ne pas faire des actes qui, tout en ayant pour objet la conservation ou la sûreté de la créance, constitueraient en même temps des actes de poursuites⁴.

§ 312.

b. De l'exercice des droits et actions du débiteur.

Tout créancier peut, pour la garantie de ses intérêts person-

trouve engagé, pour surveiller sa défense, empêcher la collusion, ou prévenir la consommation de la fraude. *Melius est jura intacta servare quam vulnerata causa remedium quærere.* C'est évidemment dans cet esprit qu'ont été conçus les art. 618, al. 2, 865, 882 et 1447.

² Cpr. Req. rej., 6 juillet 1836, Dalloz, 1836, 1, 249. Voy. cep. art. 1447.

³ Art. 1180 et arg. *a fortiori* de cet art. Code de procédure, art. 125. Cpr. art. 2132, 2148, n° 4, 2185 ; Loi du 3 septembre 1807.

⁴ Ainsi, on ne peut pratiquer de saisie-arrêt en vertu d'une créance conditionnelle ou à terme. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, quest. 1926. Duranton, XI, 70. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Saisie-arrêt, p. 621 et 622, n° 1. Grenoble, 23 juillet 1818, Dalloz, *v° cit.*, p. 622, n° 1, note 1. Bourges, 17 mars 1826, Sir. 26, 2, 302. Bruxelles, 18 janvier 1832, Dalloz, 1834, 2, 36. Lyon, 3 juin 1841, Sir., 41, 2, 632. Cpr. différentes consultations insérées au recueil de Sirey, Sir. 17, 2, 77.

nels, prendre, au nom de son débiteur, les mesures conservatoires des droits de ce dernier ¹.

Il est également admis, mais à charge de subrogation judiciaire ², à exercer, au nom de son débiteur, les droits et actions qui lui compétent, à l'exception cependant de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Art. 1166 ³.

Le créancier ne peut aucunement entraver le débiteur dans l'exercice de ses droits et actions; il n'est autorisé à agir qu'autant que celui-ci néglige ou refuse de le faire lui-même ⁴. D'un autre côté, il ne peut exercer les droits et actions auxquels le débiteur a renoncé, qu'après avoir fait annuler la renonciation comme faite au préjudice de ses droits ⁵.

La loi n'accordant au créancier la faculté d'exercer les droits et actions de son débiteur, que pour lui faciliter les moyens d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû, il en résulte qu'il n'est autorisé à faire usage de cette faculté que lorsque sa créance est exigible, et jusqu'à concurrence seulement du montant de cette créance. Art. 788 et arg. de cet article.

Le créancier ne peut exercer les droits et actions de son débiteur qu'au lieu et place de ce dernier. Toutefois, la signification de la subrogation judiciaire obtenue par le créancier, ou même

¹ Cpr. Code de procédure, art. 778; §§ 270 et 311.

² La nécessité de cette subrogation judiciaire résulte du principe que le créancier ne peut se mettre, de son autorité privée, en possession des biens du débiteur, principe que le législateur a appliqué dans la matière des saisies-arrêts, qui présente une grande analogie avec l'hypothèse dont il est ici question. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2236 à 2257. Demante, *Programme*, II, p. 596. Cpr. Bordeaux, 13 janvier 1839, Sir., 39, 2, 226. La cour de cassation juge cependant que le créancier peut exercer les droits et actions du débiteur, sans avoir au préalable obtenu le consentement de ce dernier ou l'autorisation de la justice, sauf au défendeur à provoquer la mise en cause du débiteur. Civ. rej., 23 janvier 1849, Sir., 49, 1, 193. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir. 51, 1, 593. Voy., dans le même sens, Angers, 25 août 1852, Sir. 52, 2, 587. Cpr. note 6 *infra*. — Dans la pratique, on assigne ordinairement le débiteur en même temps que le tiers contre lequel l'action doit être formée, et l'on demande à être subrogé, au lieu et place du premier, à l'action que l'on exerce contre le second.

³ L'art. 1166 n'est qu'une application du principe que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Art. 2092. *Exposé de motifs* par Bigot-Préamencu (Loché, *Lég.*, t. XII, p. 336, n° 52).

⁴ Rouen, 4^{er} décembre 1852, Sir., 53, 2, 330. Civ. rej., 26 juillet 1854, Sir., 54, 1, 563.

⁵ Art. 622, 788, 1164, et arg. de ces art. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

la dénonciation de la demande en subrogation, enlève au tiers touché de cette signification ou de cette dénonciation la faculté de se libérer entre les mains du débiteur, et à ce dernier le pouvoir de disposer des droits et actions faisant l'objet de cette subrogation⁶.

Tous les effets que produit la signification ou la dénonciation dont il vient d'être parlé résultent, à plus forte raison, de l'action dirigée contre le tiers, en vertu de la subrogation préalablement ou concurremment demandée⁷.

Il suit des propositions précédentes :

1° Que le créancier est soumis à toutes les exceptions opposables au débiteur lui-même, pourvu qu'elles procèdent d'une cause antérieure à la signification de la subrogation judiciaire⁸.

2° Qu'il ne jouit pas de la voie de la tierce opposition, pour faire réformer les jugements rendus contre le débiteur avant la signification de la subrogation⁹. Cpr. Code de procédure, art. 474.

3° Que les exceptions procédant d'une cause postérieure à la signification de la subrogation, et les jugements obtenus contre

⁶ A la vérité, la signification de la subrogation judiciaire ne saisit pas le créancier à l'égard des tiers, comme la signification d'une cession volontaire, puisque main de justice ne dessaisit et ne saisit personne. Mais, par cela même que la subrogation forcée entraîne, à l'instar de la saisie-arrêt, une mainmise judiciaire, la signification de cette subrogation enlève au tiers qui en a été touché la faculté de se libérer entre les mains du débiteur, et à ce dernier le droit de disposer des actions auxquelles le créancier a été subrogé. Cpr. art. 1242 ; Code de procédure, art. 565 ; Proudhon, *op. cit.*, V, 2255 à 2264 ; Aix, 9 janvier 1832, Sir., 32, 2, 600.

⁷ Dans le système de la cour de cassation (cpr. note 2, *supra*), qui admet le créancier à exercer les droits et actions du débiteur sans demande préalable ou concomitante en subrogation, on peut se demander quel serait l'effet de l'action exercée *de plano* contre le tiers. Une pareille action priverait sans doute celui-ci de la faculté de se libérer entre les mains du débiteur, mais il ne nous paraît pas qu'elle dût former obstacle à ce que ce dernier disposât de ses droits. Cette observation démontre les inconvénients que peut présenter dans la pratique le système de la cour de cassation.

⁸ Ainsi, par exemple, le créancier ne peut plus opposer, au nom de son débiteur, les nullités qui ont été couvertes par la confirmation de ce dernier, à moins de faire annuler cette confirmation comme faite en fraude de ces droits. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 6. Toullier, VII, 568. Paris, 15 décembre 1830, Sir. 31, 2, 83. Bordeaux, 4 août 1836, Sir. 37, 2, 400.

⁹ A moins cependant que ces jugements n'aient été le résultat d'un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers au profit duquel ils ont été rendus, cas auquel les créanciers peuvent faire valoir, par voie de tierce opposition, l'action révocatoire que leur donne l'art. 1167. Toullier, VI, 373 et 374. Duranton, X, 552 et 553.

le débiteur postérieurement à cette même signification, ne peuvent être opposés au créancier ¹⁰.

La signification de la subrogation judiciaire n'a pas, comme celle d'une cession ordinaire, pour effet de saisir le créancier subrogé des droits et actions de son débiteur, au préjudice et à l'exclusion des autres créanciers de ce dernier. Ainsi, le créancier qui, le premier, a fait signifier sa subrogation judiciaire, n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers subrogés ou opposants. Le bénéfice du droit ou de l'action qui a fait l'objet de la subrogation se partage entre tous les créanciers subrogés ou opposants, au marc le franc de leurs prétentions respectives, à moins qu'il n'existe entre eux quelque cause de préférence ¹¹.

La faculté accordée au créancier par l'art. 1166 s'étend, en général, à tous les droits et actions du débiteur. Il faut toutefois en excepter ceux qui ne présentent pas un intérêt pécuniaire et actuel ¹², et ceux qui, soit d'après leur nature, soit d'après une disposition spéciale de la loi ou l'analogie résultant d'une pareille disposition, ne peuvent être exercés que par le débiteur, ou qui du moins ne peuvent pas l'être contre sa volonté par une autre personne ¹³.

¹⁰ Ainsi, par exemple, le débiteur ne peut plus, après cette signification, confirmer une obligation entachée de nullité, au préjudice du créancier qui s'est fait subroger à l'action en nullité comptant au débiteur.

¹¹ Art. 2093. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2269 et suiv.

¹² L'intérêt doit être pécuniaire, puisque la faculté accordée au créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur n'a d'autre but que de lui faire obtenir le paiement de ce qui lui est dû. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2344 ; Duranton, X, 544. Cet intérêt doit, de plus, être actuel, c'est-à-dire actuellement appréciable en argent, parce que l'intérêt actuel est la mesure des actions.

¹³ C'est ainsi que nous croyons devoir expliquer la disposition qui interdit au créancier l'exercice des droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur ; toute autre règle nous paraît conduire à de fausses conséquences. D'après Merlin (*Quest.*, v^o Hypothèques, § 4, n^o 4), « on ne peut considérer « comme attachés à la personne que les droits qui, tout à la fois, ne passent pas « aux héritiers, et ne sont pas cessibles » ; de sorte que, suivant cet auteur, tout droit, soit transmissible aux héritiers, soit cessible, pourrait être exercé par les créanciers. Or, cette proposition est évidemment erronée : un droit peut être transmissible aux héritiers qui représentent la personne du défunt et ne font pour ainsi dire qu'un avec lui, sans que pour cela il puisse être exercé par les créanciers. Ainsi, par exemple, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude passe, en certains cas, aux héritiers, et cependant elle ne peut jamais être exercée par les créanciers. Cpr. art. 957. D'un autre côté, un droit peut être cessible,

Ainsi, on doit considérer comme ne pouvant être exercés par les créanciers ¹⁴ : les droits accordés aux pères et mères sur la personne de leurs enfants ¹⁵ ; le droit de remplir un mandat ¹⁶, soit légal ¹⁷, soit conventionnel ¹⁸, à moins toutefois que le mandat n'ait été conféré dans l'intérêt du mandataire ¹⁹ ; les actions pures et simples en réclamation d'état ²⁰ ; les demandes en annu-

c'est-à-dire, être exercé par une autre personne, avec le consentement de celui auquel il appartient, sans que pour cela il soit susceptible d'être exercé par les créanciers contre la volonté du débiteur. Ainsi, par exemple l'action en dommages-intérêts pour crimes ou délits commis contre la personne est évidemment cessible, et, cependant, on la regarde généralement comme ne pouvant être exercée par les créanciers. Cpr. texte et note 26 *infra*. Voy. aussi art. 1446, et § 359. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'un droit incessible ne saurait, à plus forte raison, être exercé par les créanciers.

¹⁴ Les énumérations que nous allons présenter ne sont point limitatives ; elles sont seulement destinées à expliquer la règle que nous avons posée.

¹⁵ Tels sont, par exemple, le droit de correction (art. 375 et suiv.) ; le droit de consentir au mariage (art. 148 et suiv.) et à l'adoption (art. 346). Ces droits, en effet, sont accordés aux pères et mères, moins dans leur intérêt que dans celui de leurs enfants. En tout cas, il reposent plutôt sur un intérêt d'affection que sur un intérêt pécuniaire.

¹⁶ Tout mandat étant fondé sur la confiance qu'inspire la personne à laquelle il est conféré, ne peut, d'après sa nature, être rempli que par cette personne. Cpr. art. 1419 et 2003.— Du reste, rien n'empêche que les créanciers ne saisissent, suivant les voies légales, les bénéfices qui peuvent être attachés à l'exécution d'un mandat.

¹⁷ Par exemple, la tutelle (cpr. art. 419) ; le droit d'administration conféré au père sur les biens de ses enfants (cpr. art. 389) ; le droit d'administration conféré au mari sur les biens de sa femme (cpr. art. 1428, 1531 et 1549) ; le droit d'administration accordé à l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent (cpr. art. 120). Metz, 7 août 1823, Sir. 26, 2, 99.

¹⁸ Il en est ainsi, même dans le cas où le mandataire a reçu le pouvoir de se substituer une autre personne. Le choix du sous-mandataire devant être le résultat d'une confiance spontanée de la part du mandataire, il est clair que ce droit d'élection, comme tous les droits d'élection en général, ne peut être exercé que par celui auquel il appartient.

¹⁹ Lorsqu'un mandat est conféré dans l'intérêt du mandataire, par exemple, à un créancier pour sûreté de sa créance, il est moins accordé à l'individu personnellement et à la confiance qu'il inspire, qu'il n'est donné au créancier en sa qualité, et par suite d'une espèce de nécessité. Le mandat étant plutôt attaché à la créance qu'à la personne, les créanciers du mandataire peuvent, en pareil cas, l'exercer en son nom. Bordeaux, 23 novembre 1831, Dalloz, 1832, 2, 29.

²⁰ La question de savoir si l'action en réclamation d'état peut être exercée par les créanciers est fortement controversée. Toullier (VI, 382) enseigne l'affirmative, en invoquant à l'appui de son opinion le sixième plaidoyer de d'Aguesseau (*édition Pardessus*, 1, 398). Tel paraît aussi être le sentiment de Merlin,

lation de mariage, fondées sur une cause de nullité relative²¹; les demandes en séparation de corps²² et en séparation de biens²³; les droits d'usage et d'habitation²⁴; le droit d'exercer le retrait successoral²⁵; l'action en révocation de donations pour cause d'ingratitude, et toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre les personnes²⁶; la faculté d'accepter une

d'après la doctrine qu'il émet (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4, et *Rép.*, v° Légitimité, sect. IV, § 1, n° 4 *in fine*) sur ce qu'on doit entendre par droits attachés à la personne. M. Duranton (III, 160, et X, 563) professe, au contraire, l'opinion négative, en se fondant sur ce que l'action en réclamation d'état n'a pas pour objet immédiat et direct un intérêt pécuniairement appréciable. Voy. dans le même sens Kœnigswarter (*Revue étrangère*, 1841, VIII, 689). Cette dernière opinion nous paraît préférable pour le cas où, comme nous le supposons au texte, les créanciers voudraient élever une réclamation d'état, sans y avoir un intérêt pécuniaire et actuel. Il en serait autrement, si la réclamation d'état était formée à l'appui d'une autre action présentant un intérêt de cette nature, par exemple, à l'appui d'une pétition d'hérédité. Les créanciers pouvant évidemment exercer une pareille action, sont par cela même autorisés à faire valoir tous les moyens nécessaires au succès de leur demande. C'est dans une cause de cette espèce que d'Aguesseau a professé l'opinion sur laquelle se fonde Toullier. Cpr. note 29 *infra*.

²¹ Il résulte de l'ensemble des dispositions du Code sur les demandes de cette espèce, et de la discussion qui a eu lieu sur cette matière au Conseil d'état, que ces demandes sont exclusivement attachées à la personne de ceux au profit desquels elles ont été ouvertes. Cpr. § 462, texte, notes 42 et 45. — Quant aux nullités absolues, elles peuvent être proposées par tous ceux qui y ont intérêt (cpr. art. 184 et 191); et les créanciers sont ainsi autorisés à s'en prévaloir, pour demander en leur nom personnel la nullité du mariage, lorsqu'ils ont un intérêt pécuniaire et actuel à faire prononcer cette nullité, par exemple, pour faire tomber l'hypothèque légale de la femme. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2345; Duranton, X, 562.

²² L'action en séparation de corps est une action *vindictam spirans*, qui ne peut, par cela même, être proposée que par l'époux offensé. Cpr. note 26, *infra*.

²³ Art. 1446. Les créanciers de la femme peuvent cependant intenter l'action en séparation de biens avec le consentement de leur débitrice.

²⁴ Ces droits ne pouvant être volontairement cédés par celui auquel ils appartiennent (art. 634 et 734), il en résulte, *a fortiori*, qu'ils ne sauraient former l'objet d'une cession forcée ou d'une subrogation judiciaire.

²⁵ Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2345. Toullier, VI, 375. Benoit, *Du retrait successoral*, n° 18. Montpellier, 16 juillet 1854, Sir., 54, 2, 304. Le retrait successoral ayant été établi par l'art. 841 dans le but d'écarter les étrangers du partage, le droit d'exercer ce retrait est, par sa nature même, attaché à la personne des héritiers au profit desquels il est établi, et ne peut appartenir à des créanciers, qui seraient étrangers à l'hérédité comme le cessionnaire lui-même.

²⁶ Delvincourt, II, p. 522, note 7. Duranton, X, 557 et 559. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 502, n°s 15 et 17. Proudhon, *op. et loc. cit.* Ces actions, nommées en Droit romain *actiones vindictam spirantes*, ont moins pour objet une

donation et celle de révoquer une donation faite entre époux pendant le mariage ²⁷.

Au contraire, on doit considérer comme pouvant être exercés par les créanciers : l'usufruit en général, et l'usufruit légal des pères et mères sur les biens de leurs enfants en particulier ²⁸ ; les actions en pétition d'hérédité, lors même qu'elles se trouvent compliquées de questions d'état ²⁹ ; le droit de demander le rapport à succession, et celui de faire écarter de l'hérédité les personnes incapables ou indignes ³⁰ ; les actions appartenant à l'héritier bénéficiaire en cette qualité ³¹ ; le droit de provoquer la déclaration d'absence et l'envoi en possession ³² ; les actions en contestation de légitimité, et les actions en désaveu, en tant

indemnité pécuniaire que la réparation d'un tort moral. Le silence gardé par l'offensé contient remise implicite de l'injure, et s'oppose à ce que toute autre personne puisse, contre sa volonté, intenter une action qui, par cela même, n'a plus de fondement.

²⁷ Cpr. § 652 texte et note 13; § 744 texte, *in fine*, et note 31.

²⁸ Proudhon, V, 2395. Req. rej., 11 mai 1819, Sir., 19, 1, 446.

²⁹ Cpr. note 20 *supra*; Delvincourt, II, p. 523; et les observations critiques qui se trouvent, dans le Recueil de Dalloz (1836, 1, 249), en tête de l'arrêt de rejet du 6 juillet 1836. Voy. cependant la défense de cet arrêt par M. Deville-neuve (Sir., 36, 1, 634).

³⁰ Cpr. § 630 texte et notes 14 à 17; § 591 texte, *in fine*, et note 6.

³¹ On a cependant soutenu le contraire, sous le prétexte que l'héritier bénéficiaire n'est qu'un simple mandataire (Paris, 19 mars 1850, Sir., 52, 2, 28). Mais, exprimée d'une manière aussi étendue, cette idée n'est point exacte : si l'héritier bénéficiaire peut être considéré comme mandataire des créanciers héréditaires, en ce sens qu'il est comptable envers eux de son administration, pour autant qu'il se prévaut du bénéfice d'inventaire, il n'en est pas moins propriétaire de la succession, sur les biens de laquelle ses créanciers personnels ont un droit de gage, en vertu duquel ils sont autorisés à les saisir, nonobstant le droit de préférence des créanciers héréditaires. Voy. § 619 texte, n° 3, Douai, 20 juin 1842, Sir., 43, 2, 56. Cpr. Limoges, 5 avril 1831, Sir., 31, 2, 174.

³² Cette proposition, vivement controversée, se justifie par une série de raisons qu'a parfaitement développées M. Demolombe (II, 61 et 78). Nous nous bornons à renvoyer à sa discussion, en ajoutant que les créanciers des héritiers présumptifs de l'absent ont incontestablement intérêt à provoquer l'envoi en possession, pour s'assurer la portion de fruits déterminée par l'art. 127, et pour prévenir la prescription que pourrait encourir leur débiteur, dans le cas du moins où d'autres héritiers auraient obtenu cet envoi. Voy. dans ce sens : de Moly, *Traité des absents*, p. 151 et suiv.; Talandier, *Traité des absents*, p. 117; Colmar, 26 juin 1823, Sir., 37, 2, 484, à la note. Voy. en sens contraire : Plasman, *des absents*, II, p. 295 et 301; Demante, *Encyclopédie*, v° Absent, p. 53, note 2; Metz, 7 août 1823, Sir., 26, 2, 37; Colmar, 30 août 1837, Sir., 37, 2, 484.

qu'elles compètent aux héritiers du mari ³³; les actions en révocation de donation pour cause d'inexécution des conditions, et toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre les propriétés ³⁴; les actions en nullité et en rescision d'obligations, lors même qu'elles seraient fondées sur la violence, l'erreur ou le dol dont le débiteur aurait été victime ³⁵, ou sur l'incapacité personnelle de ce dernier ³⁶; les droits d'option, et notam-

³³ Les créanciers du mari ne peuvent avoir aucun intérêt à faire déclarer illégitime l'enfant dont il ne serait pas le père. Il en est autrement des créanciers des héritiers du mari : ils peuvent avoir le plus grand intérêt à écarter de la succession de ce dernier un enfant illégitime qui, par sa présence, diminuerait les parts afférentes à leurs débiteurs. Or, cet intérêt étant à la fois pécuniaire et actuel, on ne voit aucun motif qui puisse empêcher les créanciers des héritiers d'exercer, au nom de ces derniers, l'action en désaveu. Pour défendre le système contraire, il faudrait aller jusqu'à prétendre que les créanciers des héritiers du mari ne pourraient pas même écarter de la succession de ce dernier l'enfant qui, né plus de dix mois après son décès, serait nécessairement illégitime. Cpr. Req. rej., 6 juillet 1836, Sir., 36, 1, 634.

³⁴ Duranton, X, 558 et 559. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 502, n° 15 et 17.

³⁵ Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4. Duranton, X, 562. Voy. cependant, en sens contraire, Toullier, VII, 566 et suiv. La doctrine de Toullier repose sur une confusion évidente entre l'exercice de l'action et la manière de la justifier. Les difficultés que les créanciers doivent le plus souvent éprouver pour établir la violence, l'erreur ou le dol, ne sont point un motif pour leur refuser le droit de demander la nullité ou la rescision de l'obligation.

³⁶ Delvincourt, II, p. 523. Merlin, *op. et v° cit.*, § 4, n° 4 et 5. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2347. Duranton, II, 512; X, 561; XII, 569. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 502, n° 21. Bastia, 26 mai 1834, Dalloz, 1834, 2, 214. Bastia, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 481. Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*; Grenoble, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 186; Paris, 15 décembre 1830, Sir., 31, 2, 83; Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473. — L'exception résultant de l'incapacité du débiteur constitue bien, soit dans le sens de l'art. 1208, soit dans le sens de l'art. 2036, une exception personnelle à l'incapable, qui ne peut dès lors être proposée, ni par les codébiteurs solidaires, ni par les cautions. Cpr. § 298, texte n° 2, 2) (2); et § 426, texte n° 3. Mais il ne résulte pas de là que cette exception soit exclusivement attachée à la personne de l'incapable, en ce sens que ses créanciers mêmes n'aient pas le droit de la faire valoir en son nom. Si l'art. 225, invoqué à l'appui de l'opinion contraire, dit que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation maritale *ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers*, l'exclusion qui résulte de la rédaction limitative de cet article ne porte évidemment que sur les personnes qui ont contracté avec la femme non autorisée (arg. art. 1125), et non sur les créanciers qui agissent au nom du mari ou de la femme.

ment ceux dont jouit la femme mariée sous le régime de la communauté, en vertu des art. 1408³⁷ et 1453³⁸.

³⁷ Voy. cependant en sens contraire : Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 677 et 678; Odier, *Du contrat de mariage*, I, 143; Civ. cass., 14 juillet 1834, Sir., 34, 1, 533; Riom, 10 février 1836, Sir., 36, 2, 186; Req. rej., 8 mars 1837, Sir., 37, 1, 331. Les motifs donnés par ces arrêts ne nous ont pas paru concluants. Si le droit accordé à la femme par l'art. 1408 constitue un privilège, on ne peut pas en inférer qu'il soit exclusivement attaché à la personne, puisqu'il existe un grand nombre de privilèges qui peuvent, de l'aveu de tout le monde, être exercés par les créanciers de ceux au profit desquels ils sont établis. Telle est l'hypothèque légale de la femme et du mineur ; tel est encore le droit de succession anormale établi en faveur des ascendants par l'art. 747. C'est en vain qu'on veut assimiler le retrait d'indivision, soit au retrait successoral consacré par l'art. 841, soit au retrait lignager admis dans nos anciennes coutumes, puisque la nature même de ces deux retraits, dont l'un a pour but d'écarter les étrangers du partage, et dont l'autre avait pour objet la conservation des biens dans les familles, s'oppose à leur exercice par toute autre personne que par celles qui se trouvent ou qui se trouvaient appelées à en jouir, tandis que le retrait d'indivision, dont le but est de garantir la femme des suites de l'administration du mari, est, à raison de l'intérêt pécuniaire sur lequel il est fondé, susceptible d'être exercé par les créanciers. Enfin, il est inexact de dire que le système contraire porte atteinte à la liberté du choix que la loi laisse à la femme, puisque nous n'accordons aux créanciers le droit de choisir au lieu et place de celle-ci que dans le cas où elle ne le fait pas elle-même, et que nous ne leur reconnaissons le droit d'exercer le retrait d'indivision auquel leur débitrice aurait renoncé, qu'à charge de prouver, conformément à l'art. 1467, que cette renonciation a été faite au préjudice de leurs droits. Les objections élevées contre notre manière de voir se trouvant ainsi écartées, nous ajouterons qu'elle se justifie d'une manière péremptoire par l'art. 1446, qui, en accordant aux créanciers de la femme la faculté d'exercer, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, les droits de leur débitrice, leur reconnaît par cela même la faculté d'exercer l'option dont parle l'art. 1408, option qui constitue un préalable indispensable à la liquidation des droits de la femme. Or, s'il en est ainsi malgré le maintien de la communauté, il doit en être de même, à plus forte raison, après sa dissolution. Voy. dans ce sens : Duranton, XIV, 203; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 494; Babinet, *Dissertation, Revue du droit français et étranger*, 1845, II, p. 700 et 701.

³⁸ On n'a jamais contesté aux créanciers de la femme le droit d'accepter la communauté en son lieu et place. Voy. art. 1464. La difficulté ne porte que sur le point de savoir si, lorsque la femme n'a point encore accepté la communauté, ses créanciers peuvent y renoncer en son nom. Or, la faculté de renoncer à la communauté n'étant point un privilège accordé à la femme *intuitu personæ*, mais une simple garantie relative à son patrimoine, nous ne voyons aucune raison solide pour refuser à ses créanciers l'exercice de cette faculté. Il est, du reste, bien entendu que, si la femme avait accepté la communauté, ses créanciers ne pourraient y renoncer qu'après avoir fait rétracter son acceptation, en vertu de l'art. 1467, Voy. dans le sens de notre opinion : Rodière et Pont, *op. cit.*, I, 870; Troplong.

Les principes développés au commencement de ce paragraphe, sur la manière dont les créanciers sont admis à exercer les droits et actions de leurs débiteurs, sur la nécessité d'une subrogation judiciaire, et sur les effets de cette subrogation, reçoivent exception dans le cas où le créancier jouit, en son propre nom, d'une action contre la personne qu'il pourrait également poursuivre du chef de son débiteur. Le créancier n'a pas besoin, en pareil cas, de se faire judiciairement subroger aux droits de son débiteur, et n'est point obligé de faire participer les autres créanciers de ce dernier au bénéfice de l'action qu'il a introduite³⁹. Les hypothèses dont s'occupent les art. 1753, 1798 et 1994, al. 2, ne sont pas les seules dans lesquelles le créancier puisse agir en son propre nom, sans recourir à l'exercice des droits et actions de son débiteur : il en est ainsi toutes les fois qu'un lien juridique, quel qu'en soit le fondement, oblige directement envers le créancier celui qui se trouve également obligé envers le débiteur⁴⁰.

§ 313.

c. De l'action paulienne ou révocatoire¹.

Tout créancier, chirographaire ou hypothécaire², peut, au

op. cit., III, 1504. Voy. en sens contraire : Odier, *op. cit.*, I, 430. Cpr. Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337.

³⁹ Duranton, X, 547. Douai, 30 mars 1833, Dalloz, 1834, 2, 72.

⁴⁰ Un second acquéreur est-il autorisé à exercer, directement et en son propre nom, contre le vendeur originaire, l'action en garantie à laquelle l'éviction donne naissance, ou ne peut-il, au contraire, l'intenter qu'au nom de son propre vendeur, et en se faisant judiciairement subroger aux droits et actions de ce dernier ? Cpr. § 355, texte, notes 23 et 24.

¹ L'action accordée aux créanciers pour faire révoquer les actes faits par le débiteur au préjudice ou en fraude de leurs droits se nomme action paulienne, du nom du prêteur qui l'a introduite. Cpr. L. 38, § 4, D. de usuris (22, 1). Les lois romaines contiennent un grand nombre de dispositions sur l'exercice de cette action. Cpr. § 6, *Inst. de actionibus* (6, 4); *Lib. 42, tit. 8, D. que in fraud. credit. facta sunt, ut restit.*; *Lib. 7, tit. 75, C. de revoc. his que in fraud. credit. alien. sunt*. Le Code Napoléon, au contraire, se borne à poser, dans l'art. 1167, un principe général, auquel il ne donne aucun développement. En recourant au Droit romain pour suppléer à cette lacune, la doctrine doit le faire avec réserve, et tenir compte des différences qui existent entre les deux législations. Cpr. sur cette matière : *Traité du dol et de la fraude*, par Chardon, Paris, 1838, 3 vol. in-8°; *Des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier*, par Capmas, Paris, 1847, broch. in-8°. *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, par Bédarride, Paris, 1852, 3 vol. in-8°.

² *Lex non distinguit*. Proudhon, *De l'usufruit*, V. 2369. Le créancier hypothé-

moyen de l'action paulienne, demander, en son nom personnel, la révocation des actes faits par le débiteur au préjudice ou en fraude de ses droits³. Art. 1167.

L'action paulienne n'est qu'un remède subsidiaire accordé aux créanciers pour se faire payer de ce qui leur est dû, et ce, en vertu du droit de gage que leur attribuent les art. 2092 et 2093 sur tous les biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, de leur débiteur. Il résulte de là que cette action n'est recevable que dans le cas où il s'agit, pour les créanciers, de faire revivre à leur profit des droits ou des facultés dont l'exercice ne leur soit pas interdit⁴. Il en résulte, d'un autre côté, que la révocation n'est jamais prononcée que dans l'intérêt des créanciers demandeurs, et jusques à concurrence du montant de leurs créances⁵. Il en résulte enfin que le défendeur à l'action révocatoire peut écarter cette action, en offrant de désintéresser les créanciers qui l'ont formée⁶.

L'exercice de l'action paulienne suppose avant tout un préju-

caire qui attaque, pour cause de fraude, la vente de l'immeuble hypothéqué, ne peut être déclaré non recevable sous le prétexte que la faculté de surenchérir lui donne un moyen plus simple d'exercer ses droits. Cpr. § 294, texte n° 3.

³ Le fondement de l'action paulienne se trouve, soit dans la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, soit dans la disposition de l'art. 1382. Cette action prend donc sa source dans un rapport obligatoire, qui se forme directement et immédiatement entre le tiers défendeur et le créancier demandeur. Agissant en son propre nom, ce dernier ne peut, dans ce cas, être repoussé par des exceptions procédant du chef du débiteur. Civ. cass., 2 février 1852, Sir., 52 1, 234. Il suit de là que le créancier qui exerce, en vertu de l'art. 1166, les droits et actions du débiteur, et qui se trouve alors soumis à toutes les exceptions susceptibles d'être opposées à ce dernier, a cependant le moyen de s'y soustraire, en faisant révoquer à l'aide de l'action paulienne les actes d'où ces exceptions résultent. Cpr. art. 788; § 312, texte, notes 5, 8 et 9.

⁴ Ainsi, par exemple, l'action paulienne ne serait pas admissible contre l'acte par lequel un donateur aurait renoncé à une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude. Cpr. § 312, note 26. Elle ne le serait pas davantage contre l'acte par lequel un père aurait, en émancipant son enfant mineur, tacitement renoncé à l'usufruit légal dont il jouissait. Cette renonciation est en effet une suite forcée de l'émancipation, et se trouve, par conséquent, inattaquable comme l'émancipation elle-même, à laquelle le père a procédé en vertu d'un droit exclusivement attaché à sa personne. Cpr. § 312, note 45; Toullier, VI, 368. Proudhon. *op. cit.*, V, 2399; Duranton, III, 394. Voy. cependant Merlin, *Quest.*, v° Usufruit paternel, § 40. — *Quid* de l'acte par lequel le père aurait directement renoncé à son usufruit légal? Cpr. § 549 bis, note 32.

⁵ Art. 788 et arg. de cet art. Proudhon, *op. cit.*, V, 2369.

⁶ Duranton, X, 573. Cpr. Capmas, n° 83.

dice causé aux créanciers qui l'intentent, et ce préjudice ne se comprend que moyennant le concours des trois conditions suivantes : Il faut, en premier lieu, que les biens du débiteur soient insuffisants pour le paiement de ses dettes, c'est-à-dire que son insolvabilité réelle ou présumée se trouve constatée par son état de déconfiture⁷ ou de faillite⁸. Il faut, en second lieu, que le préjudice soit résulté, pour les créanciers, de l'acte même contre lequel leur action est dirigée, en d'autres termes, que le débiteur ait été au-dessous de ses affaires dès avant la passation de cet acte, ou que du moins son insolvabilité en ait été la conséquence⁹. Il faut enfin que la créance en vertu de laquelle l'action est intentée soit d'une date antérieure à celle de l'acte attaqué¹⁰. Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire, lorsque

⁷ Le Droit romain le décidait ainsi. Cpr. LL. 1 et 5 C. *hoc. tit.* Et sa décision doit être suivie sous l'empire du Code, comme fondée sur la nature même de l'action paulienne. Delvincourt, II, part. II, p. 376. Toullier, VI, 344 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, V, 2400. Duranton, X, 572. Le tiers contre lequel l'action paulienne est dirigée peut donc la repousser par l'exception de discussion, et ce, sans être tenu d'avancer les deniers nécessaires à la discussion. *Non obstat.* art. 2023. Il semble cependant que cette exception doive cesser, lorsque les biens que le débiteur possède encore sont d'une discussion trop difficile, par exemple, lorsqu'ils sont litigieux ou situés en pays étranger. Loyseau, *De la garantie des rentes*, chap. IX, nos 14, 17 et 18. Brodeau sur Louet, *Let. D*, chap. XLIX ; *Let. H*, chap. IX. *Arrêtés* de Lamoignon, tit. XXIV, art. 30. Capmas, nos 9 et 10. Devilleeneuve, *Dissertation* et Req. rej., 22 juillet 1835, Sir., 36, 1, 346.

⁸ La faillite résultant de la seule cessation de paiements, un commerçant peut se trouver en faillite, quoiqu'il soit réellement au-dessus de ses affaires. Mais, si la faillite ne prouve pas l'insolvabilité, elle la fait du moins légalement présumer, et autorise ainsi l'action paulienne. Cpr. texte, *in fine*.

⁹ Si l'insolvabilité n'avait été amenée que par un événement postérieur à l'acte attaqué, cet acte n'aurait en réalité causé aucun préjudice aux créanciers, dont les intérêts se trouvaient encore garantis par un gage suffisant. Art. 2092 et 2093. Duranton, X, 570. Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 502, n^o 24. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

¹⁰ L. 10, § 1, LL. 15 et 16, D. *hoc. tit.* Art. 1053, et arg. de cet art. Delvincourt, II, part. II, p. 526. Toullier, VI, 351. Duranton, X, 573. Dalloz, *op. et v. cit.*, p. 502, n^o 25. Capmas, n^o 68. Bordeaux, 13 février 1826, Sir., 26, 2, 253. Paris, 6 juin 1826, et Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 28, 1, 279. Colmar, 20 mai 1836, Sir., 36, 2, 490. Toulouse, 1^{er} décembre 1837, Sir., 38, 2, 500. Riom, 9 août 1843, Sir., 44, 2, 15. Bourges, 14 août 1844, Sir., 46, 2, 272. Nîmes, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 164. Les difficultés élevées sur la proposition énoncée au texte tiennent en grande partie à la confusion que l'on a faite entre l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation. Cpr. texte, *in fine*, et note 42, *infra*.

la créance est constatée par un écrit sous seing privé, que cet écrit ait, dès avant la passation de l'acte attaqué, acquis date certaine, au moyen de l'une des circonstances indiquées en l'art. 1328¹¹.

Il est, du reste, indifférent que, par l'acte attaqué, le débiteur ait détérioré son patrimoine, par exemple, en abdiquant des droits irrévocablement acquis, ou qu'il ait simplement renoncé à des facultés au moyen desquelles il eût pu l'améliorer¹². Il y a plus : si le débiteur, sans détériorer ou sans négliger d'améliorer son patrimoine en lui-même, avait, par des actes quelconques, porté

¹¹ Du moment où le demandeur parvient, soit à établir qu'une disposition à titre gratuit a été faite par le débiteur en état d'insolvabilité, ou que celui-ci s'est rendu insolvable par cette disposition même, soit à prouver qu'un acte à titre onéreux a été concerté entre le débiteur et un tiers dans le but de frustrer les créanciers, cette preuve doit, en général, suffire pour l'autoriser à provoquer la révocation de cette disposition ou de cet acte, sans que le tiers contre lequel l'action paulienne est dirigée puisse en pareil cas la repousser, par cela seul que le titre du demandeur n'aurait pas acquis date certaine avant la passation de l'acte attaqué. Vouloir soutenir le contraire, ce serait induire de l'art. 1328 une conséquence contraire à son esprit. Cet art., dont l'unique objet est de garantir contre toute possibilité de fraude tentée à l'aide d'antidates les tiers dont les titres ne sont d'ailleurs pas impugnés, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est ici question. L'établissement des faits ci-dessus énoncés écarte en effet, dans cette hypothèse, tout soupçon de fraude de la part du demandeur, et doit avoir pour résultat de rejeter sur le défendeur la preuve de l'antidate dont il voudrait arguer. Néanmoins, si l'insolvabilité du débiteur ne se trouvait établie que par l'adjonction à ses dettes antérieures de la créance du demandeur, celui-ci devrait, à défaut de date certaine de son titre, justifier de l'antériorité de cette créance par d'autres moyens de preuve. Il devrait même, au cas où l'action serait dirigée contre un acte à titre onéreux, démontrer que le défendeur connaissait, en traitant avec le débiteur, l'existence de cette même créance. Req. rej., 14 décembre 1829, Sir., 30, 1, 25. Cpr. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292 ; Req. rej., 30 janvier 1827, Sir., 28, 1, 279 ; Bordeaux, 19 décembre 1836, Sir., 36, 2, 481.

¹² Le Droit romain n'admettait pas l'action paulienne lorsque le débiteur avait simplement négligé d'augmenter son patrimoine. L. 6, *pra.*, §§ 1 et 6, D. *hoc tit.* En Droit français, au contraire, les créanciers sont admis à faire révoquer, non-seulement les actes par lesquels le débiteur a aliéné des droits déjà acquis, mais encore ceux qui contiendraient renonciation à des facultés à l'aide desquelles il eût pu améliorer l'état général de son patrimoine. C'est ce qui résulte évidemment de l'art. 2225, qui accorde aux créanciers le droit de faire rétracter la renonciation du débiteur à la prescription accomplie en sa faveur. Cpr. § 775, texte et note 4. Il doit en être ainsi sous l'empire d'une législation qui donne aux créanciers un droit de gage, tant sur les biens à venir que sur les biens présents de leur débiteur. Art. 2092. Toullier, VI, 369 et 370. Duranton, X, 569 et 570. Proudhon, *op. cit.*, V, 2368.

atteinte au droit de gage dont les créanciers jouissent sur ce patrimoine, le préjudice qui en résulterait pour eux les autoriserait également à demander, le cas échéant, la révocation de ces actes ¹³.

L'action paulienne, dirigée contre un acte à titre gratuit, ne requiert d'autres conditions que celles qui viennent d'être indiquées. Elle doit être admise, même dans le cas où le débiteur n'aurait point eu l'intention de frustrer le créancier qui l'intente ¹⁴; et à plus forte raison le tiers contre lequel elle est

¹³ Ainsi, par exemple, la vente d'un immeuble pourrait, quoique faite moyennant un juste prix, être réputée frauduleuse, si elle avait eu lieu dans le but de soustraire cet immeuble aux poursuites des créanciers, et si le prix en provenant n'avait pas tourné à leur profit. Cpr. Proudhon. *op. cit.*, V, 2362.

¹⁴ Les lois romaines distinguent aussi entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, en ce qu'elles n'exigent pas, lorsque l'action paulienne est dirigée contre des actes à titre gratuit, la preuve de la complicité du tiers au profit duquel ces actes ont eu lieu. Mais elles n'attribuent pas à cette distinction des effets aussi étendus que ceux que nous croyons devoir y rattacher, en ce qu'elles n'admettent l'action paulienne, même contre les actes à titre gratuit, qu'autant que le préjudice causé (*eventus damni*) a été accompagné de l'intention frauduleuse du débiteur (*consilium fraudandi ex parte debitoris*). Cpr. L. 1, L. 6, §§ 8 et 12, L. 10, D. *hoc tit.*: L. 79, D. *de R. J.* (50, 17). C'est également dans ce sens que se prononcent les auteurs modernes. Cpr. Toullier, VI, 348 à 354; Grenier, *Des donations*, I, 93; Proudhon, *op. cit.*, V, 2353 à 2356; Duranton, X, 572; Capmas, p. 33 à 37; Zachariæ, § 313, texte et note 7. Voy. aussi les arrêts cités à la note suivante. A notre avis, le Code Napoléon s'est écarté, sur ce point, de la doctrine du Droit romain. En effet, les art. 622, 788 et 1053, accordent l'action paulienne contre les renonciations gratuites dont ils s'occupent, abstraction faite de toute intention de fraude de la part du débiteur, par cela seul qu'un préjudice a été causé aux créanciers. Ces dispositions sont d'autant plus significatives, que c'est à la demande de la Cour de cassation, et précisément par le motif que le *préjudice* devait suffire, que cette dernière expression a été substituée au mot *fraude* primitivement employé dans les art. 622 et 788. Voy. Fenet, II, p. 545 et 570. En tenant compte de ce changement de rédaction et du motif qui l'a amené, on ne saurait considérer les dispositions des articles précités comme exceptionnelles, et l'on doit, au contraire, les regarder comme des applications du principe posé au texte. Le mot *fraude*, il est vrai, se lit encore dans l'art. 1464. Mais si, dans cet article, on n'y a pas substitué le terme *préjudice*, ce ne peut être que par l'effet d'une inadvertance, puisqu'il n'existe aucune raison pour distinguer, au point de vue qui nous occupe, entre la renonciation à communauté et la renonciation à succession. Voy. Duranton, X, 578; Belot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 540 à 542; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 893; Odier, *Du contrat de mariage*, I, 473. D'un autre côté, l'esprit de notre nouvelle législation se révèle d'une manière plus énergique encore dans la disposition de l'art. 2225, qui autorise les créanciers à faire révoquer la renonciation à

introduite ne pourrait-il la repousser en se fondant sur ce qu'il n'aurait point été complice de l'intention frauduleuse du débiteur¹⁵.

Mais, lorsque cette action est dirigée contre un acte à titre onéreux, elle exige la preuve d'un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers avec lequel il a traité. Le créancier doit donc, en pareil cas, prouver, d'une part, que le débiteur avait, en consentant l'acte qui lui a porté préjudice (*eventus damni*), l'intention de le frustrer (*consilium fraudandi ex parte debitoris*), et, d'autre part, que le tiers s'est rendu complice de l'intention frauduleuse de ce dernier (*fraudis non ignorantia ex parte tertii*). Le dessein de frauder de la part du débiteur se présume, lorsqu'il fait un acte préjudiciable à ses créanciers, en connaissance de son insolvabilité¹⁶; et cette connaissance doit même facilement s'admettre, parce qu'on ne peut, en général, supposer qu'une personne ignore l'état de ses propres affaires¹⁷. Quant à la complicité du tiers, elle résulte suffisamment, du moins en général, de la circonstance qu'il n'ignorait pas, au moment où il traitait avec le débiteur, l'insolvabilité de ce dernier¹⁸.

Si la personne au profit de laquelle le débiteur a consenti un acte préjudiciable à ses créanciers avait transmis les droits qu'elle tenait de celui-ci, l'action paulienne ne serait admissible contre le nouvel acquéreur qu'autant qu'elle l'eût été contre son

prescription, lors même qu'elle ne serait pas entachée de fraude. Or, si une pareille renonciation, qui cependant ne constitue pas une pure libéralité, peut être attaquée, par cela seul qu'elle a été faite à titre gratuit et au préjudice des créanciers, il serait irrationnel de ne pas appliquer la même décision aux véritables donations. Enfin, on ne voit pas pourquoi l'admissibilité de l'action paulienne contre les tiers au profit desquels ont été passés des actes à titre gratuit devrait dépendre de la mauvaise foi du débiteur, puisque, dans le cas même où ce dernier serait de bonne foi, les tiers, *qui certant de lucro captando*, ne s'en enrichiraient pas moins aux dépens des créanciers, *qui certant de damno vitando*.

¹⁵ Bordeaux, 13 février 1826, Sir., 26, 2, 253. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292. Paris, 6 juin 1826, Sir., 28, 4, 279. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 30 juillet 1839, Sir., 40, 4, 227. Req. rej., 2 janvier 1843, Sir., 43, 4, 414. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470.

¹⁶ L. 15, D. *hoc tit.*, Toullier, VI, 349. Capmas, nos 3 et 4.

¹⁷ L. 17, § 1, D. *hoc tit.*, Proudhon, *op. cit.*, V, 2358. Cpr. Capmas, n° 5. Voy. cependant : § 3, *Inst. qui et ex quib. caus. manum. non poss.* (4, 6); Toullier, VI, 350.

¹⁸ L. 6, § 8, L. 10, §§ 2 et 8, D. *hoc tit.* Voy. cependant texte et notes 26 à 28, *infra*.

auteur¹⁹; et, dans ce cas-là même, elle ne pourrait être utilement exercée contre un sous-acquéreur à titre onéreux, qu'autant qu'il aurait été lui-même complice de la fraude²⁰.

Pour compléter les règles générales qui viennent d'être exposées, il convient d'ajouter quelques observations concernant en particulier : les constitutions de dot faites par le débiteur; les actes au moyen desquels il a amélioré la condition de l'un de ses créanciers, et les dettes nouvelles qu'il a contractées.

Les constitutions de dot faites au profit de la femme doivent, quant au mari, et en ce qui concerne ses droits, être rangées parmi les actes à titre onéreux; peu importe que la dot ait été

¹⁹ Il est, en effet, évident que, du moment où des biens sont sortis du patrimoine du débiteur, en vertu d'un acte non sujet à révocation contre celui qui les a acquis, le droit de gage des créanciers se trouve définitivement éteint. Si cependant la fraude avait été dès le principe concertée entre le débiteur et le second acquéreur, et que la première aliénation n'eût été qu'un moyen de mieux la couvrir, il ne serait pas douteux que l'action paulienne ne pût être utilement intentée contre ce dernier.

²⁰ Nous croyons devoir rétracter l'opinion que nous avons émise dans nos premières éditions, en nous écartant de la décision du Droit romain et du sentiment de Zachariæ. Cpr. L. 9, L. 10, §§ 24 et 25, D. *hoc. tit.*; § 313, texte et note 9. Nous avons pensé que, du moment où l'action paulienne est admissible contre l'ayant cause immédiat du débiteur, elle réfléchit nécessairement contre les sous-acquéreurs, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, qu'il aient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Nous nous fondions, pour le décider ainsi, sur la maxime *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, maxime que le Droit français applique d'une manière beaucoup plus large que ne le faisait le Droit romain, puisqu'il l'étend même aux actions en nullité ou en rescision fondées sur le dol ou la lésion. Mais un examen plus approfondi nous a fait reconnaître que cette maxime est étrangère au cas de l'action paulienne. Cette action, en effet, n'est ni une action en nullité ni une action en rescision, dans le sens propre de ces expressions : elle n'impugne pas en lui-même, et dans son essence, l'acte contre lequel elle est dirigée; lors même qu'elle est admise, elle laisse subsister cet acte en ce qui concerne les rapports des parties contractantes. Uniquement fondée sur la fraude commise au regard des créanciers ou sur le préjudice qui leur a été causé, cette action n'entraîne qu'une révocation purement relative, dont les effets se restreignent aux complices de la fraude, aux auteurs du préjudice. Elle ne réfléchit donc pas, de sa nature, contre les sous-acquéreurs, et elle ne peut être directement admise contre eux, qu'autant qu'ils ont personnellement participé à la fraude, ou qu'en leur qualité d'acquéreurs à titre gratuit ils se trouvent soumis à l'application de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Proudhon, V, 2412. Duranton, X, 582 et 583. Capmas, n° 74. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1853, III, p. 857, n° 6. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 6 juin 1849, Sir., 49, 1, 484 et 487. Civ. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 234.

constituée par les père et mère, ou par un tiers ²¹. Il en est de même, à plus forte raison, de la constitution de dot émanant de la femme elle-même ²². La jurisprudence va plus loin encore : elle reconnaît à la constitution dotale faite par le père ou la mère le caractère d'acte à titre onéreux, au regard de la femme elle-même, et n'admet, en conséquence, l'action paulienne contre celle-ci, qu'autant que sa participation à la fraude du constituant se trouve établie par la connaissance de l'insolvabilité de ce dernier ²³. La

²¹ Le mari reçoit, en effet, à titre onéreux (*ad sustinenda matrimonii onera*), les biens apportés en dot par la femme. Art. 1540. L. 14, *in fine*, L. 25, § 1, D. *hoc tit.* Furgole, *Des testaments*, chap. IX, sect. 1, n° 20. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Fraude, n° 21. De Fréminville, *De la minorité*, II, 642 bis. Cpr. Req. rej., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 417, et les arrêts cités aux notes 22 à 24, *infra*. Voy. cep., en sens contraire : Duranton, X, 579 ; Riom, 18 janvier 1845, Sir., 45, 2, 373.

²² Req. rej., 6 juin 1849, Sir. 49, 1, 481.

²³ Paris, 31 janvier 1845, Sir., 45, 2, 129. Civ. cass., 2 mars 1847, Sir., 47, 1, 186. Civ. rej., 23 juin 1847, Sir. 47, 1, 817. Bourges, 9 août 1847, Sir., 47, 2, 485. Civ. cass., 14 mars 1848, Sir., 48, 1, 437. Riom, 27 mars 1849, Sir., 50, 2, 548. Cette jurisprudence, d'autant plus dangereuse qu'il sera presque toujours très-difficile de prouver contre la femme qu'elle s'est rendue complice de la fraude du constituant, est en opposition formelle avec les lois romaines citées à la note 21 *supra*, dont les dispositions doivent, *a fortiori*, recevoir application sous l'empire d'une législation qui, à la différence du Droit romain, a consacré la maxime *ne dote qui ne veat*. En vain dit-on que la constitution dotale revêt, même au regard de la femme, le caractère d'acte à titre onéreux, puisqu'elle se soumet, en se mariant, à des obligations qui lui sont communes avec son mari, et qu'elle sera tenue de remplir seule, à son défaut. Ces obligations, en effet, qui dérivent du mariage même, ne sont pas inhérentes à la constitution dotale, et ne peuvent, du moins quant à la femme, être considérées comme y étant corrélatives. Elles ne sauraient donc avoir pour effet de faire dégénérer, en ce qui la concerne, une disposition à titre gratuit en un contrat à titre onéreux. Aussi vainement se prévaut-on des dispositions des art. 1440 et 1547, qui soumettent le constituant à la garantie de la dot, tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari, pour en conclure que la constitution dotale présente, tout aussi bien quant à la première que quant au second, le caractère d'acte à titre onéreux. Si la garantie n'a pas lieu, de plein droit, en matière de dispositions à titre gratuit, rien n'empêche que le donateur s'y soumette expressément, sans que, pour cela, la donation se transforme en un contrat à titre onéreux. Et à l'inverse, le constituant pourrait évidemment se soustraire, par une clause de non-garantie, à l'application des art. 1440 et 1547, qui ne sont que purement déclaratifs de la volonté présumée des parties. On ne saurait donc attribuer à la garantie tacite qui découle de ces articles plus d'effet que n'en produit une clause expresse de garantie. Enfin, on argumente encore du second alinéa de l'art. 1467 et du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais ces arguments nous paraissent porter à faux. Le second alinéa de l'art. 1467, qui ne se réfère qu'aux art. 882 et 1447, est évidem-

même solution a été étendue à la dot constituée au profit du mari par son père ou sa mère²⁴.

Quant aux donations faites entre époux, elles rentrent incontestablement, en ce qui concerne les conditions requises pour l'admission de l'action paulienne, dans la classe des actes à titre gratuit, lors même qu'elles sont faites par contrat de mariage, et avec clause de réciprocité²⁵.

Les paiements faits, ou les hypothèques constituées par un débiteur obéré, au profit de l'un de ses créanciers, ne peuvent être attaqués, par cela seul que ce créancier les aurait acceptés en connaissance de l'insolvabilité du débiteur²⁶. Mais il devrait en être autrement, si les circonstances tendaient à établir que ces actes ont été passés, bien moins dans l'intérêt légitime de l'un des créanciers, que dans le but frauduleux de soustraire aux poursuites des autres une partie des biens du débiteur commun²⁷.

Des observations analogues s'appliquent aux nouvelles dettes que contracte un débiteur insolvable. Si la circonstance que le tiers aurait connu l'insolvabilité du débiteur avec lequel il a traité ne suffit pas pour les faire réputer frauduleuses, elles doivent cependant être considérées comme telles, lorsque le tiers qui a fourni des fonds au débiteur savait que celui-ci avait l'intention de les détourner au préjudice de ses autres créanciers, et qu'il s'est fait attribuer des sûretés spéciales qui ont eu pour résultat de diminuer le gage de ces derniers²⁸.

ment étranger à l'action paulienne dirigée contre des constitutions dotales. Quant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il ne signifie autre chose, si ce n'est que les époux ne peuvent modifier ces conventions après la célébration du mariage, et n'a nullement pour objet de restreindre les droits des tiers. Ce qui le prouve sans réplique, c'est que les donations faites par contrat de mariage sont, comme toutes autres, révocables pour cause de survenance d'enfants, et réductibles en cas d'excès de la quotité disponible.

²⁴ Civ. cass., 14 mars 1848, Sir., 48, 1, 376. Bourges, 9 août 1848, Sir., 48, 2, 597.

²⁵ Paris, 6 juin 1826, Sir., 28, 1, 279. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 46. Req. rej., 6 juin 1849, Sir., 49, 1, 481.

²⁶ L. 10, § 13, LL. 13, 22 et 24, D. *hoc tit.* Lyon, 13 juillet 1843, Sir., 45, 1, 417.

²⁷ Req. rej., 24 novembre 1835, Sir., 36, 1, 350. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470. Paris, 14 décembre 1846, Sir., 47, 2, 45 et 47. Req. rej., 12 février 1849, Sir., 49, 1, 506.

²⁸ Cpr. L. 3, *præ.* D. *hoc tit.*; L. 1, §§ 2 et 5, D. *de separat.* (42, 6). Voy. aussi, sur l'acceptation d'une succession obérée : § 611, texte n° 4, et note 55.

Du reste, l'action paulienne est ouverte contre toute espèce d'actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers. Elle peut même être formée contre les jugements que le débiteur aurait, par suite d'une collusion frauduleuse avec des tiers, laissé prononcer à leur profit, et elle s'exerce alors par voie de tierce opposition²⁹. Toutefois, et par exception à la règle précédemment établie, le créancier qui ne s'est point opposé à ce qu'on procédât hors de sa présence au partage d'une succession³⁰ ne peut plus attaquer, comme fait en fraude de ses droits, le partage sérieusement consommé. Il ne le peut, dans le cas même où il s'est rendu opposant au partage, qu'autant qu'il y a été procédé hors de sa présence³¹. Art. 1167, al. 2, cbn. 882.

L'action paulienne est purement personnelle. Il en est ainsi, alors même qu'elle est dirigée contre un acte portant aliénation de droits réels immobiliers³².

L'admission de cette action opère révocation de l'acte contre lequel elle a été formée, en ce sens que les créanciers demandeurs sont autorisés à exercer leurs poursuites sur les biens ou valeurs formant l'objet de cet acte, tout comme s'il n'était pas intervenu. Ils sont, toutefois, tenus de faire état au tiers défen-

²⁹ Cpr. Code de procédure, art. 474 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, V, 2366. Capmas, n° 66. Aix, 4 juillet 1809, Sir., 12, 2, 31. Paris, 30 juillet 1829, Sir., 30, 2, 401. Bastia, 8 décembre 1834, Dalloz, 1835, 2, 12. Paris, 24 décembre 1849, Sir., 49, 2, 227. Rennes, 9 avril 1851, Sir., 52, 2, 261. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 38.

³⁰ Les dispositions exceptionnelles de l'art. 882 ne s'appliquent qu'aux partages de succession, et non aux partages de société. *Non obstat* art. 1872. Duvergier, *Des sociétés*, n° 475. Req. rej., 21 novembre 1834, Sir., 35, 1, 131. Voy., en sens contraire, Paris, 13 juin 1807, Sir., 7, 2, 719.— Ces dispositions s'appliquent-elles aux partages de communauté? Voy. art. 1476; Proudhon, *op. cit.*, V, 2377.

³¹ Cpr., pour le développement de ces propositions : § 626, texte n° 3.

³² Dans cette hypothèse même, l'action paulienne est toujours fondée sur un rapport obligatoire, qui se forme entre le créancier qui l'intente et le tiers contre lequel elle est dirigée. Cpr. note 3, *supra*. Elle reste donc, quant à son fondement, purement personnelle. D'un autre côté, et à la différence des actions en nullité ou en rescision, qui revêtent, eu égard à leur but, un caractère de réalité, l'action paulienne n'a ni pour objet, ni pour résultat de faire reconnaître un droit de propriété au profit du demandeur ou du débiteur dont l'acte est attaqué, mais seulement de faire lever l'obstacle qui s'oppose aux poursuites des créanciers sur les biens aliénés; et dès lors, elle ne peut pas même être considérée comme mixte dans le sens de l'art. 59 du Code de procédure. Cpr. § 746, texte et notes 6 à 9.

deur de ce qui a tourné à leur profit³³. Et ce dernier, d'un autre côté, peut, lorsqu'il est de bonne foi, se prévaloir contre eux des dispositions de l'art. 549³⁴.

Le jugement qui a admis l'action paulienne, à la demande de l'un ou de plusieurs des créanciers, ne profite point à ceux qui n'y ont pas figuré. Ces derniers n'ont le droit de l'invoquer, ni vis-à-vis du tiers contre lequel la révocation a été prononcée, ni au regard du créancier qui l'a obtenue³⁵. Les créanciers, même antérieurs à l'acte attaqué, n'ont d'autre moyen de concourir à la distribution du prix des biens formant l'objet de cet acte que d'exercer à leur tour l'action paulienne. Et tant que la révocation n'a pas été prononcée à leur profit, ils ne sont admis, ni à participer avec le créancier qui l'a obtenue au produit de ces biens, ni même à s'en faire attribuer le reliquat disponible après le paiement de ce dernier, au détriment du tiers qui a traité avec le débiteur. Quant aux créanciers postérieurs à l'acte attaqué, comme ils ne sont pas recevables à former l'action paulienne, ils peuvent être écartés purement et simplement de toute participation à la valeur des biens qui ont fait l'objet de cette action, et qui n'ont jamais été soumis en leur faveur au droit de gage établi par les art. 2092 et 2093³⁶.

³³ LL. 7 et 8, D. *hoc tit.* Cpr. art. 1241 et 1312.

³⁴ Cpr. Proudhon, *op. cit.*, V, 2414.

³⁵ Il n'existe aucun motif pour ne pas appliquer au jugement rendu à la suite d'une action paulienne les règles générales sur l'autorité de la chose jugée. Il est en effet impossible d'admettre qu'en pareille matière les créanciers se représentent les uns les autres. D'un autre côté, le résultat de l'action paulienne n'est pas de faire réellement rentrer les biens aliénés dans le patrimoine du débiteur, mais seulement de les rendre saisissables, comme s'ils appartenaient encore à ce dernier. Req. rej., 27 novembre 1843, Sir., 44, 1, 122. Or ce résultat, purement relatif, ne peut être invoqué que par le demandeur au profit duquel a été rendu le jugement qui a admis cette action. Cela nous paraît évident, en ce qui concerne les rapports des créanciers qui n'ont point figuré à ce jugement, et du tiers contre lequel il a été prononcé, puisque ce dernier peut toujours soutenir que son acquisition subsiste quant à eux, et qu'il jouit même de la faculté de neutraliser les effets de la condamnation intervenue contre lui, en désintéressant le demandeur qui l'a obtenue. Et ce point un fois admis, on ne comprendrait pas que les créanciers qui n'ont pas été parties au jugement pussent en invoquer les effets contre celui au profit duquel il a été rendu. Rarement sans doute verra-t-on, dans la pratique, que ce dernier refuse d'admettre les autres créanciers à concourir avec lui, ou que le tiers persiste à soutenir à leur égard le maintien de son acquisition, puisque l'intérêt de l'un et de l'autre est d'éviter de nouveaux frais; mais cette considération n'invalide en aucune manière notre argumentation.

³⁶ Les raisons développées à la note précédente, en ce qui concerne les créan-

L'action paulienne ne se prescrit que par trente ans, qu'elle soit dirigée contre les ayants cause immédiats du débiteur, ou contre des sous-acquéreurs. Art. 2262. On doit considérer comme étrangères à cette matière, et la prescription établie par l'art. 1304³⁷, et celle dont il est question à l'art. 2265³⁸. Du reste, la prescription de trente ans court toujours à partir de la date de l'acte attaqué, quelle que soit l'époque à laquelle le créancier a obtenu connaissance de la fraude³⁹.

En vertu d'une exception toute spéciale à la séparation de biens, les créanciers du mari ne peuvent plus se pourvoir, par tierce opposition, contre la séparation de biens prononcée en fraude de leurs droits, lorsque les formalités prescrites pour la publicité de la demande et du jugement de séparation ont été remplies, et qu'il s'est écoulé une année depuis les insertions

ciens antérieurs, s'appliquent, *a fortiori*, aux créanciers postérieurs, dans la personne desquels n'existe aucun principe d'action pour faire révoquer les aliénations consommées antérieurement à l'origine de leurs créances. En vain dit-on que, s'ils n'ont pas le droit de former eux-mêmes l'action paulienne, ils ont du moins celui de participer au bénéfice de la révocation prononcée sur la demande d'un autre créancier. Cette argumentation, en effet, repose exclusivement sur la supposition que les biens formant l'objet de l'acte révoqué rentrent effectivement dans le patrimoine du débiteur. Or cette supposition est contraire au fondement et à l'objet de l'action paulienne. Capmas, n° 85. Voy., en sens contraire : Duranton, X 574. Cpr. Civ. cass., 12 avril 1836, Sir., 36, 1, 366.

³⁷ L'art. 1304 ne concerne que les actions en nullité ou en rescision ouvertes aux parties elles-mêmes. Proudhon, *op. cit.*, V, 2401 et suiv. Capmas, n° 79. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 24 mars 1830, Dalloz, 1830, 1, 180. Toulouse, 15 janvier 1834, Sir., 34, 2, 298. Riom, 3 août 1840, Sir., 40, 2, 16. Voy., en sens contraire : Duranton, X, 585 ; Colmar, 17 février 1830, Sir., 31, 2, 93. Cpr. Toullier, VI, 356 ; Req. rej., 5 janvier 1830, Sir., 30, 1, 105.

³⁸ L'art. 2265 est uniquement relatif aux rapports du légitime propriétaire et du tiers contre lequel il dirige une action en revendication. Cet article ne peut donc trouver application en matière d'action paulienne, puisque cette action est toujours fondée sur un rapport d'obligation personnelle, existant entre celui qui l'intente et celui contre lequel elle est formée. Cette observation n'est pas sans intérêt ; elle conduit à la conséquence qu'un sous-acquéreur à titre gratuit ne peut, malgré son juste titre et sa bonne foi, se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans.

³⁹ La difficulté que fait naître le rapprochement des art. 1304 et 2162 ne peut se présenter en matière d'action paulienne, puisque la prescription de cette action, à laquelle l'art. 1304 reste complètement étranger, est exclusivement régie par l'art. 2262, pour l'application duquel il a toujours été admis que la prescription commence à courir du jour où l'action est légalement ouverte. Capmas, n° 80.



et expositions ordonnées par les art. 1445 du Code Napoléon et 872 du Code de procédure ⁴⁰.

Les art. 446 et suivants du Code de commerce renferment des règles spéciales sur le sort des actes passés par le failli, soit après la cessation de ses paiements, soit dans les dix jours qui l'ont précédée. L'action en nullité ouverte par ces articles est d'une nature toute particulière, et diffère, sous plusieurs rapports, de l'action paulienne ordinaire. Comme l'explication des articles précités ne rentre pas dans le plan de cet ouvrage, nous devons nous borner à rappeler que les dispositions exceptionnelles concernant le commerçant failli ne peuvent, en général, être appliquées au débiteur non commerçant qui tombe en déconfiture ⁴¹.

D'un autre côté, il ne faut pas confondre avec l'action paulienne la demande qui aurait pour objet de faire déclarer fictifs ou non sérieux, soit dans leur ensemble, soit pour certaines parties, des actes juridiques dont l'exécution serait de nature à préjudicier aux droits des créanciers. Une pareille demande peut, à la différence de l'action paulienne proprement dite, être formée par les créanciers même postérieurs aux actes qu'ils entendent attaquer, et sans qu'ils aient à justifier que ces actes ont amené ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. Si ce dernier, par exemple, avait souscrit un bail par lequel il se serait fictivement engagé à payer un loyer supérieur à la somme réellement stipulée, les créanciers même postérieurs à ce bail seraient admis à l'attaquer, pour faire restreindre le privilège du bailleur au montant du loyer à lui dû ⁴².

⁴⁰ L'art. 1447, en donnant aux créanciers du mari le droit de se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits, n'avait apporté aucune modification aux règles générales sur l'exercice de l'action paulienne. Ces règles n'ont été modifiées que par l'art. 873 du Code de procédure, qui a restreint à une année la durée de l'action des créanciers. Cpr. § 516, texte et note 4.

⁴¹ Cpr. § 20, texte et note 3 ; § 582, texte et notes 4 à 7.

⁴² Civ. cass., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 234. Cpr. Req. rej., 20 mars 1832, Sir., 32, 1, 442 ; Bordeaux, 20 juillet 1848, Sir., 49, 2, 157. Voy., en sens contraire : Toulouse, 1^{er} décembre 1838, Sir., 38, 2, 500. Cpr. aussi Nîmes, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 164. Les arrêts cités en tête de la note, quoique bien rendus au fond, laissent peut-être à désirer sous le rapport de leurs motifs, en ce qu'ils ne distinguent pas assez nettement entre l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation. Le premier arrêt de la cour de cassation, en particulier, est fondé sur cette idée que les créanciers, quoique postérieurs, peuvent atta-

VI. DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LES OBLIGATIONS S'ÉTEIGNENT.

§ 314.

Généralités.

Les obligations s'éteignent (cpr. art. 1234) :

1° Par le paiement ; 2° par la remise volontaire de la dette ; 3° par la novation ; 4° par la compensation ; 5° par la confusion ; 6° par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation ; 7° par la nullité ou la rescision prononcée en justice ; 8° par l'effet de la condition résolutoire ; 9° par l'expiration du temps pour lequel l'obligation a été formée ¹.

Les obligations ne s'éteignent, ni par la mort du créancier, ni par celle du débiteur ², à moins qu'il n'en soit ainsi en vertu d'une exception établie par la loi ³, ou par le titre de l'obligation ⁴. Quant à la prescription, elle forme bien obstacle à ce que le créancier puisse efficacement poursuivre l'exécution de l'obligation, mais elle ne l'éteint pas en elle-même ⁵.

quer un acte dans lequel la fraude a précisément été concertée à leur détriment. Mais, comme le préjudice à l'encontre des créanciers futurs ne se comprend qu'autant que l'acte est simulé, et que c'est précisément ce qui se rencontrait dans l'espèce sur laquelle cet arrêt a statué, il eût été beaucoup plus simple et plus juridique de décider que la condition de l'antériorité de la créance n'est plus requise, lorsque la fraude a été commise par voie de simulation. Tout créancier, quelle que soit la date de sa créance, a, en effet, incontestablement intérêt et qualité pour faire déclarer que le patrimoine de son débiteur comprend encore, en réalité, telles ou telles valeurs, ou ne se trouve pas grevé de telles ou telles obligations. Il importe d'autant plus d'éviter toute confusion à cet égard, que c'est cette confusion qui a donné lieu aux arrêts des cours de Toulouse et de Nîmes, cités dans le cours de cette note.

¹ Cpr. sur ces deux derniers modes d'extinction : § 302 ; Pothier, nos 671 et 672.

² Les obligations passent en effet, tant activement que passivement, aux héritiers du créancier et du débiteur. Art. 4122 et 724. Pothier, n° 673.

³ Voy., par exemple, art. 449 et 957, al. 2. Cpr. aussi art. 1865, n° 3 cbn. 1868 ; 1795 ; 2003 cbn. 2040, et § 348.

⁴ Ainsi, par exemple, la rente viagère s'éteint par la mort du créancier. Art. 1968 et suiv. Voy. aussi art. 1879, al. 2. Cpr. Pothier, nos 674 et suiv.

⁵ La disposition de l'art. 1234, qui range la prescription parmi les modes d'extinction des obligations, n'est pas tout à fait exacte. La prescription n'agit que sur le droit d'action, et non sur la créance elle-même. Pothier, n° 677. Cpr. § 775.

A. DU PAIEMENT.

§ 315.

Le paiement est l'accomplissement de la prestation qui forme la matière de l'obligation¹. *Solutio est præstatio ejus quod in obligatione est.* Tout paiement suppose donc une dette ; et celui qui a payé ce qu'il ne devait pas peut le répéter². Art. 1235, al. 1.

Lorsque le créancier reçoit son paiement d'une tierce personne, qui se trouve, par l'effet de la loi ou de la convention, substituée à ses droits, ce paiement, qui opère plutôt une mutation de créancier que l'extinction de l'obligation, est appelé paiement avec subrogation.

Si le créancier refuse de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, la libération du débiteur peut s'opérer au moyen d'une consignation précédée d'offres réelles³.

1. *Du paiement proprement dit.*

§ 316.

1) *Des conditions de la validité du paiement.*—a. *Des personnes qui peuvent faire le paiement.*

Le paiement peut être fait, ou par le débiteur, ou par un tiers intéressé à l'extinction de l'obligation, ou même par un tiers non intéressé à cette extinction, et agissant soit au nom du débiteur, comme mandataire ou gérant d'affaire de ce dernier, soit en son propre nom¹.

Le créancier ne peut, en général, refuser le paiement offert

¹ Dans son acception restreinte, ce mot s'applique spécialement à la prestation de sommes d'argent. Le paiement dans les obligations de donner se nomme plus particulièrement délivrance. Cpr. art. 1604 et suiv.

² Voy. cependant art. 1235, al. 2, et § 297. Cpr. sur la répétition de l'indu : art. 1376 à 1381, et § 442.

³ A l'exemple du Code Napoléon, nous traiterons du paiement avec subrogation, ainsi que des offres réelles et de la consignation, après nous être occupés du paiement proprement dit.

⁴ Il en résulte que le paiement peut avoir lieu à l'insu du débiteur. — Peut-il aussi être effectué contre sa volonté ? Cpr. L. 53, *D. de solut.* (46, 3) ; L. ult. *C. de neg. gest.* (2, 19) ; § 441 ; Toullier, VII, 10 et 12 ; Duranton, XII, 18 et 19.

par un tiers, intéressé ou non² à l'extinction de l'obligation. Il n'y est autorisé que par exception³, dans le cas où il s'agit d'une obligation de faire, qu'il a intérêt à voir accomplir par le débiteur lui-même⁴. Art. 1237⁵. Du reste, le tiers non intéressé qui offre le paiement ne peut exiger que le créancier le subroge à ses droits⁶. Art. 1236.

Le paiement fait par un tiers et accepté par le créancier éteint définitivement l'obligation, comme celui qui aurait été effectué par le débiteur lui-même⁷, à moins que ce tiers n'ait été légalement⁸ ou conventionnellement⁹ subrogé aux droits du créancier. Dans cette dernière hypothèse, le débiteur est bien libéré

² Plusieurs auteurs prétendent que le créancier peut refuser le paiement offert par un tiers non intéressé, toutes les fois que ce paiement ne procure aucun avantage réel au débiteur. Cpr. Pothier, n° 500; Delvincourt, II, p. 539; Toullier, VII, 41. Nous ne pouvons admettre cette distinction, contraire à la généralité des termes de l'art. 1236, et que repousse aussi M. Duranton (XII, 46).

³ L'exception consacrée par l'art. 1237 s'applique même au paiement qui serait offert par un tiers intéressé, par exemple, par une caution. Duranton, XII, 21.

⁴ C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage d'art. L. 31, *D. de solut.* (46, 3).

⁵ L'art. 1237 devrait même être étendu aux obligations de donner, si le paiement offert par le tiers était de nature à porter atteinte aux intérêts du créancier. Paris, 13 mai 1814, Sir. 15, 2, 235.

⁶ Décider le contraire, ce serait reconnaître au tiers la faculté de contraindre le créancier à lui céder ses droits et actions. Or, nul n'est tenu de céder ce qui lui appartient, si ce n'est dans les cas prévus par la loi. Les expressions de l'art. 1236 : *ou que, s'il agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*, nous paraissent avoir eu pour objet de consacrer ce principe, et d'exprimer, d'un autre côté, que le paiement fait avec subrogation opère plutôt un changement de créancier qu'une véritable extinction de l'obligation. Cpr. *Observations du Tribunal, Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, *Rapport au Tribunal* par Jaubert (Loché, *L'g.*, XII, p. 272, n° 38, p. 365, n° 115, p. 461, n° 6). Toullier, VII, 9. Duranton, XII, 45.

⁷ Le recours dont jouit, s'il y a lieu, le tiers qui a effectué le paiement, prend sa source dans une nouvelle obligation, entièrement distincte de l'ancienne, qui se trouve définitivement éteinte. Cpr. art. 1375.

⁸ Cpr. sur les cas dans lesquels le tiers intéressé ou non intéressé à l'extinction de la dette est légalement subrogé aux droits du créancier : art. 874, 1251, 2029 ; Code de commerce, art. 459.

⁹ Quel que soit le sens des dernières expressions de l'art. 1236 : *ou que, s'il agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*, il est généralement reconnu qu'elles n'ont pas pour but d'interdire au créancier la faculté de subroger dans ses droits le tiers dont il reçoit son paiement, faculté que la loi reconnaît formellement l'art. 1250, n° 1. Voy. aussi art. 1692 et 2412. Cpr. note 6 *supra*.

envers l'ancien créancier, mais l'obligation n'en continue pas moins de subsister au profit du tiers qui lui est subrogé. Art. 1236.

Le Code Napoléon requiert, pour la validité du paiement effectué par le débiteur ou par un tiers, que la personne qui le fait soit capable d'aliéner des objets de la nature de celui qu'elle livre en paiement, et qu'elle ait, comme propriétaire ou comme représentant du propriétaire, le droit de disposer de cet objet. Art. 1238, al. 1.

Cette règle, énoncée d'une manière absolue, repose sur l'idée que tout paiement est un acte d'aliénation. Or, cela est inexact en général, et n'est vrai, même au cas particulier où l'obligation se lie à une transmission de propriété¹⁰, que dans les hypothèses exceptionnelles suivantes : lorsque l'objet à payer n'est, d'après l'obligation, déterminé que quant à son espèce ; lorsque le paiement est effectué par un tiers, ou, enfin, lorsqu'il s'opère au moyen de la livraison d'une chose différente de celle qui fait la matière de l'obligation¹¹.

C'est donc à ces seules hypothèses que peut s'appliquer l'art. 1238. Encore cette application fait-elle naître plusieurs difficultés, pour la solution desquelles il faut distinguer entre le paiement effectué par un incapable et celui qui a été fait par une personne qui n'avait pas le droit de disposer de l'objet donné en paiement.

1° Lorsqu'un paiement qui emporte aliénation a été fait par un incapable, la question de savoir si ce paiement peut donner lieu, soit à une demande en répétition de la part de celui qui l'a effectué, soit à une action en nullité de la part de celui auquel il a été fait, doit être décidée d'après les dispositions qui règlent, en général, le sort des aliénations faites par des incapables, et

¹⁰ D'après les principes du Droit romain, le paiement fait en vertu d'une convention ayant pour objet une transmission de propriété constitue un acte d'aliénation : *solvere est alienare*. Il n'en est pas de même en Droit français, puisque la propriété se transmet par l'effet seul de la convention, indépendamment de toute tradition. Art. 711, 1138, 1583. Cpr. §§ 181 et 205. C'est donc à tort que Bigot-Préameneu dit d'une manière absolue, dans l'*Exposé de motifs* (Loché, *Lég.*, XII, p. 365, n° 416), que le *paiement est un transport de propriété*. Delvincourt, II, p. 539. Toullier, VII, n° 7. Duranton, XII, 26 et 27. Le vice de rédaction que présente à cet égard l'art. 1238 n'est, au surplus, pas le seul que l'on rencontre dans cet article. Cpr. notes 43 et 44, *infra*.

¹¹ C'est ce qu'on appelle une dation en paiement. *Datio in solutum*. Cpr. § 318, note 4.

qui seront exposées dans la théorie des actions en nullité et en rescision ¹².

Toutefois, l'action en répétition qui serait recevable d'après ces dispositions cesse de l'être, en vertu d'une exception spécialement établie par le second alinéa de l'art. 1238 ¹³, dans le cas où le créancier a consommé de bonne foi la chose donnée en paiement.

2° Lorsqu'un paiement qui emporte aliénation a été fait avec la chose d'autrui par une personne d'ailleurs capable d'aliéner, cette personne n'est point autorisée à en provoquer la nullité et à répéter ce qu'elle a payé ¹⁴. Le créancier, au contraire, peut, tant qu'il a quelque éviction à craindre ¹⁵, faire déclarer la nullité du paiement et en exiger un nouveau ¹⁶. Il peut, à plus forte

¹² Le premier alinéa de l'art. 1238, en disant que, pour payer valablement, il faut être capable d'aliéner l'objet donné en paiement, pose un principe dont il ne détermine pas les conséquences, puisqu'il ne dit pas ce que deviendra le paiement fait par l'incapable. C'est dans les dispositions qui statuent sur les aliénations faites par des incapables qu'il faut chercher la solution de la question dont s'agit. Cpr. §§ 332 et suiv.

¹³ Cette exception ayant uniquement pour objet de couvrir le vice résultant de ce que le paiement a été fait par un incapable, il s'ensuit que le créancier ne peut se prévaloir des circonstances indiquées au second alinéa de l'art. 1238, lorsque l'action en répétition est fondée sur ce que l'incapable aurait eu, pour refuser le paiement, des moyens auxquels son incapacité ne lui permettait pas de renoncer. Dans ce cas, en effet, il s'agit moins d'examiner si celui qui a fait le paiement était capable de le faire, que de savoir s'il était capable, en exécutant l'obligation, de renoncer aux exceptions existant en sa faveur. L'opinion contraire ne pourrait se concilier avec les dispositions de l'art. 1338. Cpr. Duranton, XII, 29, et note 19, *infra*.

¹⁴ Cette règle est une conséquence de la maxime *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Cpr. art. 1599 et § 351. Le second alinéa de l'art. 1238, qui déclare la demande en répétition inadmissible dans l'hypothèse spéciale dont il s'occupe, semble, à la vérité, supposer que le paiement fait avec la chose d'autrui est, en règle générale, sujet à répétition de la part de celui qui l'a effectué; mais, comme cette supposition est contraire à plusieurs dispositions du Code et aux vrais principes, nous n'avons pas cru devoir l'admettre, d'autant plus que c'est par une fausse interprétation de la loi 14, § *ult.* *D. de solut.* (46, 3), que Pothier (n° 497), et après lui les rédacteurs du Code, ont appliqué au paiement fait par celui qui n'est point propriétaire de la chose donnée en paiement une exception qui n'est établie par la loi précitée que pour le paiement effectué par un incapable.

¹⁵ L'action en nullité du paiement ne serait donc plus recevable, si le créancier avait usucapé l'immeuble qui lui a été donné en paiement. Delvincourt, II, p. 540. Duranton, XII, 31.

¹⁶ Cpr. § 351.

raison, lorsqu'il a été troublé ou évincé par le véritable propriétaire de la chose donnée en paiement, exercer son recours en garantie contre qui de droit.

Du reste, l'action en revendication compétant au véritable propriétaire de la chose donnée en paiement est régie par les principes généraux exposés aux §§ 181 et 218¹⁷.

Quant au paiement effectué, soit en vertu d'une obligation qui ne se lie à aucune transmission de propriété, soit par suite d'une convention ou disposition qui a déjà opéré translation de propriété de l'objet payé, il ne peut être critiqué à raison de l'incapacité de celui qui l'a fait¹⁸, à moins que l'incapable n'ait eu pour le refuser des moyens auxquels il ne lui était pas permis de renoncer¹⁹. C'est alors d'après les règles qui déterminent les effets de son incapacité par rapport à cette renonciation, et uniquement d'après ces règles²⁰, que le paiement doit être apprécié et qu'il faut décider s'il est ou non sujet à répétition.

Lorsqu'un paiement de cette espèce a été fait avec la chose d'autrui, il est régi par des règles analogues à celles qui ont été précédemment indiquées, pour le cas où le paiement fait avec la chose d'autrui emporte aliénation²¹.

¹⁷ Le second alinéa de l'art. 1238 ne s'occupe évidemment, ainsi que cela résulte des termes dont il se sert, que de l'action en répétition intentée par celui qui a fait un paiement avec la chose d'autrui, et non de l'action en revendication formée par le véritable propriétaire. C'est pour n'avoir pas fait cette remarque que certains auteurs ont voulu trouver une antinomie entre l'art. 1238, al. 2, et l'art. 2279. Cpr. Delvincourt, II, p. 540 ; Duranton, XII, 30. — Il résulte de la règle énoncée au texte que, si la chose donnée en paiement est une chose mobilière corporelle, le véritable propriétaire de cette chose ne peut la revendiquer entre les mains du créancier, si ce n'est dans les cas exceptionnels où cesse l'application de la maxime : En fait de meubles, possession vaut titre. Art. 2279 *cbn.* 1141.

¹⁸ Ainsi, la tradition faite, par une femme non autorisée, d'un immeuble qu'elle a vendu avec le consentement de son mari, ne peut être attaquée sous le seul prétexte de l'incapacité de la femme. Voy. les autorités citées à la note 10 *supra*.

¹⁹ Si l'obligation, en vertu de laquelle le paiement a été effectué, est nulle ou sujette à rescision, l'incapable est autorisé à répéter ce qu'il a payé : il n'a pu confirmer l'obligation en l'exécutant, puisque l'exécution volontaire n'emporte confirmation qu'autant qu'elle est faite en temps de capacité. Art. 1238, al. 2 et 3. L'incapable peut également se faire restituer contre le paiement d'une obligation prescrite. Art. 2222.

²⁰ L'exception établie par le second alinéa de l'art. 1238 est étrangère à l'hypothèse où le paiement n'emporte pas aliénation. Cpr. note 10 *supra*.

²¹ Cpr. § 351, texte n° 3.

§ 317.

b. Des personnes auxquelles le paiement peut être fait.

Considéré par rapport à la personne à laquelle il est fait, le paiement n'est valable que moyennant le concours des conditions suivantes :

1° Le paiement doit être fait, soit au créancier lui-même, ou à la personne chargée de le recevoir au nom de ce dernier, en vertu d'un mandat conventionnel, légal¹ ou judiciaire², soit au tiers autorisé à le réclamer en vertu d'un jugement³ ou d'une convention intervenue entre le créancier et le débiteur. Art. 1239, al. 1.

Un mandat conçu en termes généraux est suffisant pour donner au mandataire le pouvoir de toucher⁴. Le mandat à cet effet peut même n'être que tacite⁵. C'est ainsi que l'huissier, porteur d'un acte exécutoire dont il est chargé de poursuivre l'exécution, a qualité pour recevoir le paiement au nom du créancier⁶. C'est ainsi encore que le notaire, rédacteur d'un acte portant que le paiement sera effectué dans son étude, peut, suivant les circonstances, être considéré comme ayant reçu pouvoir de toucher⁷. Enfin, les clercs d'officiers ministériels qui reçoivent habituelle-

¹ Au nombre des mandataires légaux se trouvent, par exemple, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 134); les tuteurs (art. 450 et 509).

² Parmi les mandataires judiciaires il faut ranger, par exemple, le curateur donné à l'absent en vertu de l'art. 412, et l'administrateur provisoire nommé conformément à l'art. 497.

³ Tel est, par exemple, le tiers saisissant qui a obtenu un jugement de main vic-dange.

⁴ Art. 1988. L. 12, D. *de solut.* (46, 3). Pothier, n° 513. Toullier, VII, 20. Duranton, XII, 47.

⁵ Pothier, *loc. cit.* Toullier, *loc. cit.* Duranton, XII, 49 et suiv. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 351, n°s 7 et 8.

⁶ Duranton, XII, 50, et XVIII, 222. Req. rej., 3 août 1840, Sir., 40, 1, 924. — Il en serait autrement de l'huissier auquel aurait été remis un billet sous seing privé, à l'effet d'assigner le débiteur. Duranton, *loc. cit.*

⁷ Civ. rej., 12 mars 1844, Sir., 44, 1, 321. Mais en principe, et en l'absence de circonstances particulières, cette clause seule est insuffisante pour faire considérer le notaire comme revêtu du mandat tacite de toucher. Civ. cass., 23 juill. 1828, Sir., 28, 1, 308. Civ. cass., 23 novembre 1830, Sir., 31, 1, 153. Civ. cass., 24 novembre 1836, Sir., 36, 1, 892.

lement les sommes versées ou déposées en l'étude de leur principal peuvent être réputés mandataires de ce dernier⁸.

Le paiement fait au porteur de faux pouvoirs ne libère pas le débiteur, du moins en thèse générale⁹. On doit cependant admettre le contraire, quand il s'agit de papiers négociables¹⁰.

Lorsque, par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur, un tiers se trouve indiqué pour recevoir le paiement, cette indication, quoique n'opérant qu'une délégation imparfaite, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui-ci, n'en est pas moins obligatoire pour les parties contractantes, en ce sens que l'une d'elles ne peut la révoquer sans le consentement de l'autre¹¹.

Le paiement fait à une personne qui l'a reçu pour le compte du créancier, sans y être autorisée, devient valable, lorsque ce dernier le ratifie¹². Art. 1239, al. 2. Un pareil paiement est aussi exceptionnellement valable, lorsque le débiteur prouve que le créancier en a profité, par exemple, qu'il a été fait en extinction d'une dette que celui-ci avait intérêt à acquitter, préférablement à toutes autres¹³. Art. 1239, al. 2.

D'un autre côté, le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance¹⁴ est valable, encore que celui-ci en soit par la suite évincé. Art. 1240. Tel est le cas où le paiement est fait à un héritier apparent, qui ultérieurement s'est trouvé exclu de l'hérédité par un héritier plus proche¹⁵.

⁸ Req. rej. 2 décembre 1824, Sir., 25, 4, 496. Req. rej., 4 août 1835, Sir., 36, 4, 388.

⁹ Cpr. L. 34, D. de solut. (46, 3); Pothier, n° 540; Toullier, VII, 49; Duranton, XII, 48.

¹⁰ Cpr. Code de commerce, art. 144, 145 et 187.

¹¹ Bordeaux, 7 mars 1834, Sir., 34, 2, 250. Bordeaux, 9 mai 1832, Sir., 32, 2, 404. Cpr. Civ. rej., 22 novembre 1831, Sir., 32, 4, 475.

¹² *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Req. rej., 9 novembre 1834, Sir., 32, 4, 5.

¹³ *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1239 (Loché, *Lég.*, XII, p. 467 et suiv., nos 42, 43 et 44),

¹⁴ C'est-à-dire, du droit personnel qui compète à la personne au profit de laquelle l'obligation existe. Le possesseur de l'acte instrumentaire constatant l'existence d'une créance ne peut, à raison de cette seule circonstance, être considéré comme étant en possession de celle-ci, à moins qu'il ne s'agisse d'effets au porteur.

¹⁵ *Exposé de motifs* par Bigot-Prémeneu, et *Rapport fait au Tribunal* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 366, n° 448, et p. 463, n° 42). Pothier, n° 503. Toullier, VII, 26 et 27. Duranton, XII, nos 69 et 70. Paris, 23 juill. 1834, Sir.,

2° Le créancier doit être personnellement capable de recevoir le paiement¹⁶. Néanmoins, le paiement fait à un incapable ne peut plus être argué de nullité, lorsque le créancier l'a confirmé après être devenu capable de le recevoir, ou lorsque le débiteur prouve qu'il a tourné au profit du créancier¹⁷. Art. 1338, 1241 et 1312.

3° Le paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt¹⁸, régulièrement formée entre les mains du débiteur, n'est point valable à l'égard du saisissant, qui peut, selon son droit, contraindre le débiteur à payer une seconde fois, sauf le recours de ce dernier contre le créancier¹⁹. Art. 1242.

§ 318.

c. De l'objet du paiement.

Le débiteur est tenu de fournir la prestation qui forme la ma-

31, 2, 299. Req. rej., 9 novembre 1834, Sir., 32, 4, 5. Colmar, 18 janvier 1850, Sir., 51, 2, 533. Cpr. Paris, 31 mai 1813, Sir., 15, 264.—Le paiement fait de bonne foi en vertu d'un faux acte de cession libère-t-il le débiteur? La question est, en ce qui concerne les effets négociables au moyen de l'endossement, résolue par la distinction qui ressort des art. 144 et 145 du Code de commerce. Cpr. art. 187 du même Code; et Duranton, XII, 67 et 68. Mais les dispositions tout exceptionnelles de ces articles, et surtout celles de l'art. 145, ne nous paraissent pas devoir être étendues aux créances qui ne sont pas cessibles par la voie de l'endossement. Nous pensons que la question dont s'agit, qui se réduit à celle de savoir si le porteur d'un faux acte de cession peut être considéré comme possesseur de la créance cédée, doit, à moins de circonstances particulières de nature à motiver une solution différente, être décidée négativement.

¹⁶ Cpr. sur les personnes incapables de recevoir un paiement : art. 450, 481 et 482, 499 et 513, 813, 1428, 1531, 1536, 1549 et 1676 ; Code d'inst. crim., art. 474 ; Code pénal, art. 29.

¹⁷ Il suffit que l'incapable ait profité du paiement, au moment où il a été fait, ou depuis. Et quand même le profit n'existerait plus à l'époque où la demande en nouveau paiement est formée, cette demande n'en serait pas moins inadmissible. Toullier, VII, 14. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 549, n° 3. — Delvincourt (II, p. 542 et 543) et M. Duranton (XII, 45) enseignent, au contraire, d'après Pothier (n° 504), qu'il faut à cet égard distinguer si l'objet payé a été employé en dépenses nécessaires ou simplement utiles. Cette distinction nous paraît contraire à la généralité des termes de l'art. 1241.

¹⁸ Il n'existe plus aujourd'hui de différence entre la saisie-arrêt et l'opposition. Cpr. Code de procédure, art. 557 et suiv.

¹⁹ Cpr. sur cette matière : Duranton, XII, 60 et suiv. ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 550, nos 5 à 11.

tière de l'obligation, sans pouvoir contraindre le créancier ¹ à en accepter une autre ². Art. 1243 ³.

A côté de cette règle générale, la loi trace des règles spéciales pour les hypothèses suivantes :

1° Quand la prestation a pour objet la livraison d'une chose déterminée dans son individualité, le débiteur est libéré en la remettant dans l'état où elle se trouve lors de la livraison, sans être tenu des détériorations qui ne proviennent, ni de sa faute ⁴ ou de celle des personnes dont il est responsable ⁵, ni d'acci-

¹ Lorsque le créancier accepte volontairement une autre prestation à la place de celle qui forme la matière de l'obligation, le paiement prend le nom de *datio in solutum*. La dation en paiement suppose qu'il s'est opéré, entre les parties, une novation expresse ou tacite, par suite de laquelle la prestation primitive a été remplacée par une autre. Cpr. sur la nature et les effets de la dation en paiement : Delvincourt, III, p. 429 ; Troplong, *De la vente*, I, 7 ; Duvergier, *De la vente*, I, 45 et 46 ; Duranton, XII, 79 à 82 ; et § 323.

² La nouvelle IV, chap. III, qui accorde, en certains cas, au débiteur d'une somme d'argent le droit de se libérer en immeubles, n'a jamais été reçue en France, du moins d'une manière générale. *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunat* par Jaubert (Loché, *Lég. XII*, p. 366, n° 424, et p. 465, n° 44).

³ La règle posée par l'art. 1243 est cependant sujette à certaines modifications, dans les hypothèses prévues par les art. 704 et 1294. Voy. aussi art. 1142, 1302 et 1903. Cpr. Duranton, XII, 73 à 77 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 554, nos 6 et 7.

⁴ Les dispositions de l'art. 1245 ne sont que des conséquences et des applications des principes posés aux art. 1136, 1137 et 1302, d'après lesquels elles doivent être interprétées. Ainsi, lorsque l'art. 1245 emploie cumulativement les expressions *fait et faute*, ce n'est pas pour rendre le débiteur responsable des détériorations qui, bien que provenant de son fait, ne constitueraient point une faute de sa part, c'est pour indiquer que le débiteur est tout aussi bien responsable des fautes par omission que de celles par commission : dans l'art. 1245, comme dans l'art. 1383, le mot *fait* est employé pour désigner une faute par commission. Voy. cependant Duranton, XII, 95. Du reste, il est à remarquer que, l'obligation de livrer une chose déterminée dans son individualité emportant celle de donner à la conservation de cette chose les soins d'un bon père de famille (art. 1137), toute détérioration causée par le fait du débiteur lui-même constitue, en général, une faute dont il doit répondre.

⁵ Cpr. § 308, note 26. — On a, par arg. *a contrario*, conclu de l'art. 1245 que le débiteur n'est pas responsable des détériorations causées par des tiers. Cpr. Delvincourt, II, p. 554 ; Toullier, VII, 75. Cette opinion, qui est aussi celle de Pothier (n° 544), ne doit cependant pas être admise d'une manière absolue : il est bien évident que le débiteur répond même des détériorations causées par des tiers, s'il est démontré qu'il eût pu les empêcher en prenant les précautions convenables. Cpr. § 308, note 28.

dents causés par des choses placées sous sa garde, et qui, d'ailleurs, ne sont pas survenus après sa mise en demeure⁶. Art. 1245.

2° Si la prestation consiste dans la livraison d'une chose déterminée seulement quant à son espèce, le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce; mais il ne peut pas l'offrir de la plus mauvaise. Art. 1246. Cpr. art. 1022.

3° Lorsque la dette est d'une somme d'argent, le paiement doit être fait en espèces métalliques⁷ d'or ou d'argent⁸ ayant cours en France⁹ à l'époque où il est effectué, et ce, d'après la valeur nominale de ces espèces à cette époque. Il en est ainsi, lors même que la valeur des monnaies a subi des variations de-

⁶ Tout débiteur, constitué en demeure, devient responsable des cas fortuits postérieurs à sa mise en demeure. Cpr. § 308, n° 3. Cependant il serait injuste de le rendre responsable des dégradations qui seraient également arrivées chez le créancier, dans le cas où la chose lui aurait été livrée. L'art. 1302, al. 2, décharge, en pareil cas, le débiteur de toute responsabilité relative à la perte de la chose, arrivée par cas fortuit; et cette modification doit être admise dans l'hypothèse d'une simple dégradation, comme dans celle de la perte totale de la chose. Duranton, XII, 96. Cpr. note 4, *supra*.

⁷ Le débiteur d'une somme d'argent ne peut donc forcer le créancier à recevoir en paiement des valeurs en papier, par exemple, des billets de banque. Avis du Conseil d'état des 12-30 frimaire an XIV. Les valeurs en papier ne sauraient être considérées comme faisant office de monnaie que sous l'empire d'une législation qui leur attribue cours forcé. C'est ainsi que les lois révolutionnaires avaient rendu forcé le cours des assignats et mandats territoriaux. Cpr. à cet égard : Loi du 5 messidor an V, *relative aux transactions entre particuliers, pendant la durée de la dépréciation du papier-monnaie*, et les tableaux qui se trouvent à la suite de cette loi; *Code des transactions ou Recueil complet des lois relatives aux obligations entre particuliers, pendant le cours du papier-monnaie*, par Vermeil, Paris, an VI, 1 vol. in-8°; *Dictionnaire raisonné des transactions, ou Exposition par ordre alphabétique des lois sur les transactions en papier-monnaie*, suivi d'un *Recueil complet de ces mêmes lois*, par Fournel, Paris, an VI, 1 vol. in-8; Merlin, *Rép.*, v^o Assignats, Mandat territorial, Monnaie, § 5, et *Quest.*, v^o Papier-Monnaie.—Voy. aussi Décret du 15 mars 1848, et Loi du 16 août 1850.

⁸ Le débiteur peut, à son choix, effectuer le paiement au moyen de telle espèce de monnaie d'or ou d'argent qu'il juge convenable, sauf le cas de convention contraire. Art. 1134. Code de commerce, art. 143. Toullier, VII, 53. Quant aux monnaies de cuivre et de billon, elles ne peuvent être employées dans les paiements que pour l'appoint de la pièce de 5 fr., c'est-à-dire, jusqu'à concurrence seulement de 4 fr. 95 centimes. Décret du 18 août 1810. Cpr. Merlin, *Quest.*, v^o Paiement, § 3; Toullier, VII, 54; Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 554, n° 9.

⁹ Cependant la convention d'après laquelle le débiteur serait tenu de faire un paiement en monnaies étrangères devrait être exécutée. Art. 1134. Code de commerce, art. 143.

puis la formation de l'obligation : le débiteur doit toujours, malgré la baisse des monnaies, la somme numérique portée dans l'obligation, et il est, malgré leur hausse, libéré par le paiement de cette somme¹⁰. Art. 1895¹¹. La règle que les paiements de sommes d'argent doivent être faits d'après la valeur nominale des espèces à l'époque où ils sont effectués étant fondée sur un intérêt d'ordre public, il en résulte que toute convention qui y porte directement ou indirectement atteinte doit être regardée comme nulle¹². Art. 6.

§ 319.

d. De la manière dont le paiement doit être fait.

1° Le créancier ne peut être tenu de recevoir par parties¹ le

¹⁰ Si, par exemple, une loi nouvelle réduisait à 4 fr. 95 cent. la valeur de la pièce de 5 fr., le débiteur de 1000 fr. antérieurement prêtés au moyen de 200 pièces de 5 fr. ne serait point libéré en restituant ces 200 pièces ; il devrait en rendre 202 plus 10 centimes, représentant la somme de 1000 fr. au cours établi par la nouvelle législation. Réciproquement, si la valeur de la pièce de 5 fr. avait été portée à 5 fr. 5 cent., le débiteur ne serait plus tenu de restituer les 200 pièces de 5 fr. qu'il a reçues, il se libérerait au moyen de 198 pièces moins 10 cent. formant, d'après le nouveau cours, la somme de 1000 fr.

¹¹ Quoique l'art. 1895 soit placé au titre du prêt de consommation, il n'en est pas moins généralement reconnu qu'il doit être appliqué toutes les fois qu'il s'agit de la dette d'une somme d'argent, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette dette : *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem*. L. 14, § 1, D. de solut. (46, 3). Delvincourt, II, p. 132. Duranton, XII, 91. Toutefois, la règle énoncée au texte n'est pas applicable à la restitution d'espèces monnayées qui, d'après la convention, ont été considérées comme des choses déterminées dans leur individualité. C'est ce qui a eu lieu en matière de dépôt ou de commodat. Art. 1932 et 1875. Voy. aussi art. 1896 et 1897. Duranton, XII, 92 et 93. — Cpr. sur l'art. 1895, *Dissertation*, par Duvergier, *Revue étrangère*, 1840, VII, p. 929.

¹² Pothier, *Du prêt de consommation*, n° 37. M. Duranton (XII, 93) soutient l'opinion contraire, en se fondant sur l'art. 143 du Code de commerce, qu'il applique, d'une manière générale, à toute espèce de paiement de sommes d'argent. Mais cet argument ne nous paraît pas fondé : autre chose est en effet de stipuler qu'un paiement sera fait en telle ou telle sorte de monnaie, soit française, soit étrangère, ce qui est très-licite ; autre chose est de stipuler que la monnaie française avec laquelle le paiement doit avoir lieu sera prise pour une valeur inférieure ou supérieure à celle que lui attribuera le cours légal.

¹ Cpr. sur le cas où le créancier accepte volontairement un paiement divisé : L. 26, § 13, D. de condict. indeb. (12, 6) ; L. 46, § 1, D. de solut. (46, 3) ; Delvincourt, sur l'art. 1244.

paiement d'une obligation², même divisible³. Art. 1244, al. 1.

Cependant cette règle, qui ne concerne d'ailleurs que le cas où il n'existe qu'un seul débiteur⁴, n'est plus applicable, lorsque le débiteur, unique dans l'origine, a laissé plusieurs héritiers. Art. 1220. Elle ne concerne pas davantage l'hypothèse où l'obligation a pour objet plusieurs paiements successifs, par exemple, quand il s'agit d'annuités, d'arrérages, de fermages, ou même d'intérêts⁵.

D'un autre côté, cette règle reçoit exception :

Lorsque le titre constitutif de l'obligation ou un titre postérieur accorde au débiteur la faculté de se libérer par parties⁶.

Lorsque le juge a concédé au débiteur plusieurs termes pour se libérer. Art. 1244, al. 2⁷.

² Les intérêts et autres accessoires d'un capital doivent être considérés comme formant un seul tout avec ce capital, en ce sens que le paiement de ce dernier ne peut être offert séparément de celui des intérêts et autres accessoires. Art. 1258, n° 3. Pothier, n° 534. Cpr. § 300, note 1. Voy. note 5, *infra*.

³ L'obligation susceptible de division doit être exécutée, entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. Art. 1220.

⁴ Lorsqu'il existe plusieurs débiteurs conjoints d'une dette susceptible de division, ils n'en sont tenus que pour leur part et portion, sauf le cas de solidarité. Cpr. § 298.

⁵ Chaque année d'intérêts est considérée comme une dette distincte. Ainsi, quoiqu'il y en ait plusieurs d'échues, le débiteur peut contraindre le créancier à les recevoir séparément. Toutefois, il ne pourrait le forcer à recevoir les dernières années avant les premières. Arg. art. 1254. Pothier, nos 534 et 539. Delvincourt, II, p. 555. Toullier, VII, 69 et 70. Voy. aussi note 2 *supra*.

⁶ Pothier, n° 536. Duranton, XII, 86.

⁷ L'art. 1244, al. 2, donne au juge non-seulement la faculté d'accorder au débiteur un délai pour se libérer, mais encore celle de diviser le paiement en différents termes. Cela résulte : 1° de la rédaction même de cet article, et surtout de l'expression *néanmoins* qui en lie les deux alinéas, et qui indique que le second contient une modification à la règle énoncée dans le premier ; 2° de la discussion à laquelle l'art. 1244 a donné lieu au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, t. XII, p. 170, n° 16). Le consul Cambacérès ayant demandé si cet article autorisait le juge à prononcer la division du paiement dans les cas où il y aurait une *stipulation contraire*, Bigot-Préameneu répondit qu'il n'avait point été dans l'intention de la section d'attribuer à la disposition une pareille étendue. Ainsi, il a été bien reconnu que l'article donnait au juge le droit de diviser le paiement, à moins de stipulation contraire. Delvincourt, II, p. 555. Toullier, VI, 658. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 5264. Rodière, *Comp. et Procéd.*, I, p. 370. Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 517, à la note. Req. rej., 20 décembre 1842, Sir., 43, 4, 223. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 88; Colmar, 18 août 1816, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 556, n° 24, note 1.

Enfin, la règle dont s'agit peut être modifiée par l'effet de la compensation⁸ et du bénéfice de division⁹.

2° Le paiement doit être fait à l'époque indiquée par le titre de l'obligation. Cependant le juge a la faculté de reculer cette époque, en accordant au débiteur un délai pour se libérer. Art. 1244, al. 2.

Quand l'époque de l'exigibilité n'est point indiquée par le titre, le créancier peut immédiatement poursuivre le débiteur en paiement¹⁰, à moins que, d'après sa nature, l'obligation ne dût être acquittée qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps¹¹.

Lorsque le titre laisse au débiteur la faculté de se libérer *quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens*, c'est au juge qu'il appartient de déterminer l'époque de l'exigibilité¹², en prenant en considération les circonstances particulières de la cause. Art. 1901, et arg. de cet article¹³.

Le créancier ne peut être tenu de recevoir le paiement avant

⁸ Par l'effet de la compensation, la plus forte créance se trouve éteinte jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation opère donc virtuellement un paiement partiel de la plus forte créance. Art. 1289 et 1290. Pothier, n° 538. Delvincourt, II, p. 554. Duranton, XII, 85.

⁹ Lorsqu'il existe plusieurs cautions d'une même dette, chacune d'elles peut forcer le créancier qui la poursuit à diviser son action jusqu'à concurrence de la part dont elle est tenue, et à recevoir ainsi un paiement partiel. Art. 2026. Pothier, n° 535. Toullier, VII, 72 et 73. Duranton, XII, 87.

¹⁰ L. 14, *D. de R. J.* (50, 17). Toullier, VI, 650; VII, 78.

¹¹ Ainsi, par exemple, d'après la nature du prêt à usage, l'emprunteur n'est tenu de rendre la chose prêtée qu'après s'en être servi. Art. 1875. Le prêteur ne peut donc, dans le cas où le contrat n'indique pas l'époque de la restitution, réclamer cette chose avant que l'emprunteur ne l'ait fait servir à l'usage auquel elle était destinée. C'est au juge, en pareil cas, à fixer l'époque de la restitution. Voy. aussi art. 1901 et la note suivante.

¹² Il ne faut pas confondre la faculté accordée au juge en pareil cas avec le pouvoir que lui donne l'art. 1244. Il ne s'agit pas ici de reculer, contrairement à la convention, l'époque de l'exigibilité, mais d'interpréter une convention qui n'indique pas cette époque d'une manière assez précise. Bordeaux, 7 avril 1838, *Sir.*, 40, 2, 62. Du reste, l'art. 1901 ne peut recevoir application aux engagements qui sont à considérer comme de simples engagements d'honneur, et qui, comme tels, ne peuvent être ramenés à exécution par les tribunaux. Cpr. § 297 texte et note 15; Bordeaux, 31 mai 1848, *Sir.*, 48, 2, 604; Colmar, 31 décembre 1850, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, 1850, p. 178.

¹³ Quoique l'art. 1901 soit placé au titre *Du prêt*, il n'en doit pas moins, à raison de la généralité du motif qui lui sert de base, être appliqué à toutes espèces d'obligations.

l'accomplissement de la condition, ni même avant l'arrivée du terme, quand il a été stipulé dans son intérêt.

3° Le paiement doit être exécuté au lieu expressément ou implicitement¹⁴ désigné par le titre de l'obligation. Si le titre ne fournit aucune indication sur ce point, le paiement doit être effectué au domicile du débiteur¹⁵, à moins que l'obligation n'ait pour objet une chose déterminée dans son individualité, auquel cas c'est au lieu où se trouvait cette chose lors de la formation de l'obligation que le paiement doit se faire. Art. 1247¹⁶.

Les frais du paiement sont, en règle générale, à la charge du débiteur. Art. 1248¹⁷.

Le juge¹⁸, autorisé, ainsi que cela a été précédemment indiqué, à donner au débiteur, en considération de sa position¹⁹, un délai pour se libérer, et même à diviser le paiement en différents termes, ne doit user du pouvoir discrétionnaire que la loi lui accorde à cet égard qu'avec une grande réserve²⁰, et à charge par le débiteur de justifier, d'une part, que ses biens sont suffisants pour satisfaire à ses engagements, et, d'autre part, que l'exécution rigoureuse de l'obligation dont on poursuit le paiement lui causerait un grand préjudice²¹.

¹⁴ Par exemple, en égard de la nature de la prestation. Toullier, VII, 93.

¹⁵ C'est-à-dire, au domicile actuel du débiteur, et non à celui qu'il avait lors de la formation de l'obligation. Voy. cependant en sens contraire : Duranton, XII, 404. Cpr. Toullier, VII, 86 et suiv.

¹⁶ Cpr. art. 1609, 1651, 1657, 1943.

¹⁷ Voy., sur la question de savoir quelles sont les dépenses qui peuvent être considérées comme frais de paiement : Art. 1608 et 1942; Loi du 3 septembre 1807, art. 2; Décrets du 1^{er} juillet 1809 et du 17 novembre 1852 sur la passe de sacs ; Toullier, VII, 94 et suiv.; Duranton, XII, 404 à 407.

¹⁸ Les délais de grâce étaient autrefois accordés par le souverain, qui délivrait à cet effet des lettres d'état et de répit. Mais les juges avaient aussi le droit, en condamnant au paiement de quelque somme, d'accorder une surséance de trois mois. Ordonnance du mois d'août 1669, faisant suite à celle de 1667, titre VI. Déclaration du 23 décembre 1699.

¹⁹ L'art. 1244, al. 1, ne parle que de la position du débiteur, et non de celle du créancier. Les malheurs de ce dernier ne formeraient donc pas absolument obstacle à ce que le premier obtint un délai de grâce. Paris, 18 décembre 1806, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 556, note 2.

²⁰ L'abus de ce pouvoir constituerait un grief d'appel. Colmar, 5 décembre 1816, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 557, note 1. Voy. cependant en sens contraire : Bourges, 14 avril 1812, Dalloz, *op. et v^o cit.*, p. 556, note 3. Mais il ne donnerait pas ouverture à cassation. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XII, p. 170, n^o 46).

²¹ Cpr. art. 2212. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *op. et loc. cit.*). *Rapport*

Il est même des cas où le juge est absolument privé de ce pouvoir discrétionnaire. Le débiteur ne peut obtenir aucun délai de grâce, ni jouir de celui qui lui a été accordé (Code de procédure, art. 124) : lorsque ces biens sont vendus à la requête d'autres créanciers ; lorsqu'il est en état de faillite ou de déconfiture²² ; lorsqu'il est contumax²³, ou constitué prisonnier²⁴ ; quand il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier²⁵ ; quand il a expressément renoncé à la faculté de réclamer un délai de grâce²⁶ ; lorsque la poursuite a lieu en vertu d'effets négociables²⁷. Code de commerce, art. 157 et 187²⁸.

Du reste, la circonstance que l'obligation se trouverait constatée par un acte en forme exécutoire n'enlève pas au juge la faculté que lui accorde l'art. 1244²⁹.

au Tribunal, par Jaubert (Loché, *op. cit.*, XII, p. 466, n° 16). Toullier, VI, 657. Colmar, 22 frimaire an XIV, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Jugement, p. 644, note 2. Colmar, 18 août 1816, Sir., 18, 2, 266.

²² Quoique l'art. 124 du Code de procédure ne parle pas de la déconfiture, il n'est pas douteux qu'elle ne doive produire les mêmes effets que la faillite, d'autant plus que la vente forcée des biens du débiteur suffit déjà à elle seule pour enlever au juge le droit de lui accorder un délai de grâce. Delvincourt, II, p. 490. Toullier, VI, 670.

²³ Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 465 et suiv.

²⁴ Peu importe d'ailleurs la cause de l'emprisonnement : l'art. 124 ne faisant aucune distinction, s'applique à l'arrestation préventive et à l'emprisonnement pour cause de condamnation criminelle ou correctionnelle, comme à l'emprisonnement par suite de contrainte par corps.

²⁵ Cpr. § 303, notes 9 à 11.—Il semble qu'on doive assimiler au débiteur qui a diminué par son fait les sûretés données au créancier par le contrat celui qui laisse passer, sans s'acquitter, l'un des termes de paiement que le juge lui avait fixés. Toullier, VI, 671.

²⁶ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *op. et loc. cit.*, et note 7 *supra*). Maleville sur l'art. 1244. Toullier, VI, 658. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Terme, n° 43. Bordeaux, 28 avril 1830, Sir., 30, 2, 268. Bordeaux, 23 juillet 1838, Sir., 39, 2, 447. Voy. en sens contraire : Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, quest. 529 ; Delvincourt, II, part. § II, p. 556 ; Rodière, *Comp. et procéd.*, I, p. 369 ; Taulier, IV, 371 ; Colmar, 29 juillet 1850, Sir., 54, 2, 272.

²⁷ Voy. cependant : Colmar, 22 novembre 1815, Sir., 16, 2, 68 ; Req. rej., 31 juillet 1817, Sir., 18, 1, 299.

²⁸ Les dispositions exceptionnelles des articles 157 et 187 ne paraissent pas devoir être étendues à toutes espèces de dettes commerciales. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, p. 78. Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 522. Favard, *Rép.*, v° Jugement, sect. 1, § 2, n° 4. Req. rej., 20 décembre 1842, Sir., 43, 1, 223. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, VI, 661 ; Colmar, 24 novembre 1806, Sir., 6, 2, 974 ; Douai, 13 avril 1814, Sir., 16, 2, 99.

²⁹ Les expressions finales de l'art. 1244 : *et surseoir à l'exécution des pour-*

§ 320.

2) *Des effets du paiement.*

Le paiement, valablement fait, éteint l'obligation d'une manière absolue, c'est-à-dire à l'égard de toutes personnes¹, et avec tous ses accessoires².

Le débiteur soumis envers le même créancier à plusieurs obligations ayant pour objet des prestations de même espèce a le droit de déclarer lors du paiement, et de faire indiquer dans la quittance, quelle est celle de ces obligations qu'il entend acquitter. Art. 1253. Cependant il ne peut faire cette imputation de manière à léser les droits du créancier³. Ainsi, par exemple, lorsque la dette porte intérêt ou produit des arrérages, le débiteur ne peut imputer le paiement qu'il fait sur le capital, par préférence aux intérêts et arrérages échus⁴. Art. 1254⁵. Ainsi

suites, toutes choses demeurant en état, supposent évidemment une opposition formée par le débiteur aux poursuites dirigées contre lui en vertu d'un titre exécutoire. L'argument tiré, en sens contraire, de l'art. 122 du Code de procédure, n'est pas concluant, puisque l'opposition soulève une contestation sur le point de savoir si les circonstances invoquées par le débiteur sont ou non de nature à lui faire accorder des délais. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, I, quest. 524. Rodière, *Comp. et procéd.*, I, p. 370. Toullier, IV, 370. Aix, 17 décembre 1813, Sir., 14, 2, 257. Bordeaux, 28 janvier 1814, Sir., 14, 2, 373. Pau, 12 juin 1822, Sir., 22, 2, 313. Agen, 6 décembre 1824, Sir., 25, 2, 306. Req. rej., 1^{er} février 1830, Sir., 30, 1, 44. Paris, 22 avril 1831, Sir., 31, 2, 162 et 333. Bordeaux, 23 juillet 1838, Dalloz, 1838, 2, 223. Paris, 2 août 1849, Sir., 49, 2, 527. Colmar, 29 juillet 1850, Sir., 51, 2, 272. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v^o Exécution parée, § 2; Delvincourt, II, part. II, p. 556; Toullier, VI, 660; Duranton, XII, 89; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 518; Zachariæ, § 319, texte et note 9; Pau, 26 novembre 1807, Sir., 12, 2, 380; Bruxelles, 18 juin 1818, Sir., 12, 2, 232.

¹ Cette règle reçoit cependant une exception dans le cas où le paiement est accompagné de subrogation. Cpr. § 324.

² Lorsqu'une dette est payée, le créancier est tenu de restituer au débiteur l'original sous seing privé ou la grosse de l'acte authentique qui en constate l'existence. Nancy, 24 novembre 1825, Sir., 26, 2, 147.

³ L. 1. D. *de solut.* (46, 3). *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 372, n^o 131). Toullier, VII, 174 et 180.

⁴ Pothier (n^o 571) enseigne que cette règle ne s'appliquait autrefois qu'aux intérêts compensatoires, et non aux intérêts moratoires. Mais, comme l'art. 1254 ne reproduit pas cette distinction, il semble qu'on ne doive plus l'admettre aujourd'hui. Delvincourt, II, p. 556. Voy. cependant Duranton, XII, 192.

⁵ Cpr. Req. rej., 18 janvier 1832, Sir., 33, 1, 74.

encore, il ne peut diriger l'imputation sur une dette non échue, si le terme a été stipulé en faveur du créancier⁶. Art. 1258, n° 4.

Lorsque le débiteur ne déclare pas quelle est l'obligation qu'il entend acquitter, l'imputation faite par le créancier au moment où il reçoit le paiement doit obtenir son effet⁷, et le débiteur ne peut demander une imputation différente de celle qui se trouve dans la quittance qu'il a acceptée, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise⁸ de la part du créancier. Art. 1255.

Quand la quittance n'indique pas quelle est la dette en extinction de laquelle le paiement a été fait, la loi supplée à son silence en réglant l'imputation de la manière suivante (art. 1256) :

1° Le paiement doit être imputé en premier lieu sur la dette échue, de préférence à celle qui ne l'est pas.

2° Lorsque les dettes sont toutes également, soit échues, soit non échues⁹, l'imputation a lieu sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter¹⁰. Cependant le paiement qui, d'après la quittance, est déclaré fait sur le capital et sur les intérêts, s'impute d'abord sur les intérêts, quand il n'est point intégral. Art. 1254.

3° Si les dettes sont toutes échues, et que le débiteur ait autant d'intérêt à acquitter les unes que les autres, l'imputation se fait sur la plus ancienne.

4° Enfin, toutes choses égales d'ailleurs, l'imputation doit se faire proportionnellement sur les différentes dettes.

⁶ Duranton, XII, 191. Cpr. § 303. — Voy. pour les autres applications du principe énoncé dans le texte : art. 1244 et 1258, n° 5.

⁷ Cette imputation lie le créancier aussi bien que le débiteur. L. 102, § 1, *D. de solut.* (46, 3).

⁸ Ainsi, une simple surprise, quoique non accompagnée des manœuvres frauduleuses définies par l'art. 1416, suffit pour autoriser le débiteur à revenir contre l'imputation ; mais il ne le peut à raison du seul préjudice que cette imputation lui a causé. Pothier, n° 566. Duranton, XII, 193. Toullier, VII, 176 et 177. Delvincourt, II, p. 557.

⁹ Duranton, XII, 195. Req. rej., 28 juin 1853, Sir., 53, 1, 695.

¹⁰ Ainsi, par exemple, l'imputation doit se faire sur la dette qui entraîne contrainte par corps, plutôt que sur celle qui ne l'entraîne pas ; sur la dette cautionnée, plutôt que sur celle qui ne l'est pas ; sur la dette qui porte intérêt, plutôt que sur celle qui n'en produit pas ; sur la dette hypothécaire, plutôt que sur la dette chirographaire. Cpr. Pothier, n° 567 ; Duranton, XII, 199 ; Delvincourt, II, p. 557 ; Toullier, VII, 179 ; Req. rej., 24 août 1829, Sir., 29, 1, 420 ; Grenoble, 29 juillet 1832, Sir., 33, 2, 572 ; Paris, 26 novembre 1833, Sir., 33, 2, 594 ; Req. rej., 13 juin 1834, Sir., 35, 1, 298 ; Orléans, 3 avril 1854, Sir., 54, 2, 555. — Toutefois l'appréciation du plus ou moins d'intérêt que pouvait avoir le dé-

2. Du paiement avec subrogation ¹.

§ 321.

La subrogation est une fiction juridique admise ou établie par la loi, fiction en vertu de laquelle une obligation, éteinte au moyen du paiement effectué par un tiers, ou par le débiteur avec les deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce tiers, qui est autorisé à faire valoir, dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier ².

La subrogation est conventionnelle ou légale. Art. 1249. La subrogation conventionnelle peut être consentie, soit par le créancier sans l'intervention du débiteur, soit par ce dernier sans le concours de la volonté du créancier.

1° Des conditions et des caractères de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier.

Le créancier qui reçoit son paiement d'un tiers peut le sub-

stituteur à acquitter telle ou telle dette rentre entièrement dans le pouvoir discrétionnaire du juge. Req. rej., 28 juin 1853, Sir., 53, 4, 695.

¹ On distingue deux espèces de subrogations : la réelle et la personnelle. La subrogation réelle est la substitution d'une chose à une autre, en ce sens qu'une chose prend la place et revêt les caractères juridiques d'une autre chose à laquelle elle est substituée : *Subrogatum capit substantiam subrogati*. Cpr. art. 132 ; 747 et 766 ; 1066, 1067 et 1069 ; 1407, 1434 et 1435 ; 1553 et 1559 ; § 573, texte n° 4. La subrogation personnelle, dans l'acception la plus étendue de cette expression, désigne toute substitution d'un tiers à un créancier, opérée par une cause juridique quelconque, et par suite de laquelle ce tiers est autorisé à exercer, pour son propre compte et dans son intérêt personnel, tout ou partie des droits et actions du créancier. Dans cette acception, la subrogation personnelle comprend : la subrogation judiciaire (cpr. art. 1166 et § 312) ; la subrogation attachée à la cession (cpr. art. 1689 et suiv., et § 359 bis, texte n° 2), et celle qui s'opère par suite de paiement. Cette dernière, dont il est exclusivement question au présent paragraphe, prend plus spécialement le nom de subrogation. Cpr., sur cette matière : *Traité de la subrogation*, par Renusson, Paris, 1702, un vol. in-4° ; *Traité des subrogations personnelles*, par Mourlon, Paris, 1848, un vol. in-8° ; *Traité de la subrogation de personnes*, par Gauthier, Paris, 1853, un vol. in-8°.

² Cpr. Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd. au titre XX, n° 66 ; Mourlon, p. 6 à 14, et p. 48. La subrogation, quoique supposant un changement de créancier, n'emporte pas novation, et ce, à raison de la fiction juridique qui lui sert de base. Cpr. art. 1271, n° 3 ; § 324, note 3.

roger dans ses] droits et actions³. Cette espèce de subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement. Art. 1250, n° 1. Elle ne requiert aucune autre condition, et peut, par conséquent, avoir lieu par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique⁴.

La subrogation devant être expresse, il faut que les termes employés pour l'exprimer manifestent clairement l'intention du créancier de subroger dans ses droits et actions le tiers qui le paie. Mais il n'est pas indispensable que le créancier se serve du terme *subroger*, qui peut être remplacé par d'autres expressions équivalentes⁵. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que la déclaration de subrogation porte cumulativement sur les *droits, actions, privilèges et hypothèques* du créancier. Il suffit que ce dernier emploie l'une ou l'autre des expressions *droits, actions* ou *créance* : chacune d'elles, même prise isolément, emporterait subrogation complète à tous les droits et actions du créancier, tant contre le débiteur que contre des tiers⁶.

Du reste, le créancier, qui est maître d'accorder ou non la subrogation, peut en restreindre les effets, en ne la donnant, par exemple, que pour les privilèges et hypothèques, et en la refusant pour la contrainte par corps et pour le cautionnement.

La raison, pour laquelle la subrogation doit avoir lieu en même temps que le paiement, est que le créancier subrogeant ne pour-

³ Si le paiement avait été fait, non par un tiers, mais par le débiteur lui-même, au moyen de deniers antérieurement fournis par un tiers, la subrogation consentie au profit de ce tiers ne serait pas valable, d'après le n° 4 de l'art. 1250, et ne vaudrait, d'après le n° 2 du même article, qu'autant qu'elle réunirait les conditions indiquées dans ce dernier numéro. Req. rej., 19 avril 1831, Sir., 31, 1, 432. Cpr. Req. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 792.

⁴ L'authenticité n'est requise que pour la subrogation conventionnelle dont s'occupe le n° 2 de l'art. 1250. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 561, n° 2. Delvincourt, II, p. 559. Toullier, VII, 416. Murlon, p. 249. Angers, 25 janvier 1849, Sir., 49, 2, 428. Cpr. cep. Grenoble, 13 mai 1824, Sir., 25, 2, 310. — Il est, du reste, bien entendu qu'une quittance subrogatoire sous seing privé et sans date certaine ne pourrait être opposée, ni au créancier tiers saisissant, ni au cessionnaire du créancier originaire, ni à un autre tiers subrogé par un acte ayant acquis date certaine. Art. 1328. Cpr. § 756, texte n° 2, 3°.

⁵ Toullier, VII, 424 à 423. Duranton, XII, 418. Murlon, p. 246.

⁶ Toullier, VII, 420. Duranton, XII, 419. Murlon, *loc. cit.* Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 407. Cpr. note 53 *infra*. Voy. cep. Riom, 12 janvier 1809, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 562, note 4^{re}.

rait, par une déclaration subséquente de subrogation, faire revivre une créance antérieurement éteinte⁷.

Une subrogation faite après coup resterait sans effet, tant au regard des tiers que vis-à-vis du débiteur⁸. Toutefois, un versement de fonds opéré sous condition de subrogation, ou dans des circonstances de nature à le faire envisager plutôt comme un dépôt provisoire que comme un véritable paiement, ne formerait pas obstacle à la validité de la subrogation consentie dans la quittance définitive⁹. La règle précédente et la modification qui vient d'y être établie conduisent à reconnaître que, si plusieurs paiements successifs se trouvaient constatés par une seule quittance, rédigée au moment du dernier versement, la subrogation mentionnée dans cette quittance n'aurait d'effet que pour la somme versée au moment de sa rédaction, à moins que les versements antérieurs ne dussent, d'après les circonstances, être plutôt assimilés à de simples dépôts provisoires qu'à de véritables paiements¹⁰.

Du reste, pour que la simultanéité du paiement et de la subrogation puisse être considérée comme établie au regard des tiers, il faut que la quittance qui constate le paiement mentionne également la subrogation. Celle-ci ne serait pas opposable aux tiers, si elle n'était relatée que dans un écrit distinct de la quittance, encore que les deux actes portassent la même date¹¹.

Lors même que le paiement et la subrogation se trouvent constatés par un seul et même acte, les tiers sont cependant admis à contester cette dernière, par le motif qu'elle n'aurait eu lieu, en réalité, que postérieurement au paiement. Ce droit

⁷ L. 76. D. de solut. (46, 3). *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 369, n° 128). Toullier, VII, 416.

⁸ Il en serait ainsi, lors même que, dès avant le paiement, le créancier aurait promis la subrogation, et que, dans la quittance donnée au moment du paiement, il se serait réservé de la réaliser ultérieurement, mais sans indiquer la personne qu'il entendait subroger. Civ. cass., 30 juillet 1838, Sir., 38, 4, 673.

Voy cep. Murlon, p. 245.

⁹ Duranton, XII, 416. Murlon, p. 224. Grenoble, 30 juin 1835, Sir., 36, 2, 445. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 4, 427. Req. rej., 6 novembre 1854, Sir., 54, 4, 756.

¹⁰ Murlon, p. 247. Limoges, 27 novembre 1844, Sir., 42, 2, 298.

¹¹ Arg., art. 1324. Comme l'écrit constatant la subrogation modifierait les effets de la quittance pure et simple, il constituerait, à l'égard des tiers intéressés à soutenir l'extinction absolue de la dette, une véritable contre-lettre.

leur appartient incontestablement, lorsque la preuve de l'antériorité du paiement résulte formellement ou virtuellement des termes mêmes de la quittance qu'on leur oppose¹². En dehors de ce cas, les moyens de preuve à l'aide desquels ce fait peut être établi varient dans les deux hypothèses suivantes.

Lorsque les tiers prétendent que la dette avait été, dès avant la quittance subrogatoire, acquittée par celui-là même qui se prévaut de la subrogation, et qu'ils lui reprochent ainsi une fraude à leur égard, ils sont autorisés à établir l'antériorité du paiement par tous moyens de preuve, et même à l'aide de simples présomptions¹³.

Dans le cas, au contraire, où les tiers allèguent que, dès avant la quittance subrogatoire, la dette s'était trouvée éteinte au moyen d'un paiement effectué, soit par le débiteur lui-même, soit par une personne autre que celle qui se prévaut de la subrogation, sans d'ailleurs reprocher aucune collusion à cette dernière, ils ne sont admis à établir l'extinction antérieure de la dette qu'au moyen d'écrits ayant acquis date certaine avant la quittance subrogatoire¹⁴.

Malgré l'affinité apparente que la subrogation consentie par le créancier présente avec la cession-transport, elle en diffère cependant sous des rapports essentiels. La subrogation est une opération dont le but est la libération du débiteur envers le créancier originaire. La cession-transport, au contraire, est une opération qui a pour objet la vente et l'acquisition d'une créance. Dans la première, les sommes versées au créancier originaire le sont à titre de paiement; dans la seconde, elles lui sont remises comme prix de vente. Enfin, en cas de subrogation, la créance est éteinte de fait, et ce n'est que par la vertu d'une fiction légale qu'elle est censée subsister encore au profit du subrogé, tandis qu'en cas de cession-transport, ce n'est pas seulement par fiction, mais en réalité, que la créance continue de subsister¹⁵. Aussi la subrogation et la cession-transport sont-elles, à divers égards, régies par des règles différentes.

¹² Civ. cass., 30 juillet 1838, Sir., 38, 1, 673. Limoges, 27 novembre 1844, Sir., 42, 2, 298. Req. rej., 28 janvier 1845, Sir., 45, 1, 456. Douai, 10 février 1853, Sir., 53, 2, 305.

¹³ Arg., art. 1353. Cpr. § 756, texte, notes 22 et 23.

¹⁴ Arg., art. 1328. Civ. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43, 1, 616. Cpr. civ. rej., 12 février 1840, Sir., 40, 1, 529.

¹⁵ Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. II, § 1. Duranton, XII, 214.

Ainsi, la disposition de l'art. 1690 est étrangère à la subrogation, et l'efficacité de celle-ci à l'égard des tiers est complètement indépendante de sa signification au débiteur ou de son acceptation par ce dernier ¹⁶.

D'un autre côté, lorsque la subrogation a été consentie pour une somme inférieure au montant de la créance, le subrogé ne peut réclamer du débiteur que ce qu'il a réellement déboursé, tandis qu'en pareille circonstance la cession donne au cessionnaire le droit d'exiger de ce dernier le montant intégral de la créance cédée ¹⁷.

De plus, en cas de non-existence de la créance, le recours dont jouit le subrogé n'est qu'une action en répétition de l'indu, qui ne lui donne droit à la bonification des intérêts et à la restitution des frais et loyaux coûts de la quittance subrogatoire, qu'autant que le subrogeant était de mauvaise foi ¹⁸, tandis que le recours compétent au cessionnaire est une véritable action en garantie,

Mourlon, p. 44 et suiv. C'est à tort que Toullier (VII, 449), Delvincourt (III, p. 559) et M. Dalloz (*Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 564, n^o 4) ont confondu la cession-transport et la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Voy. aussi Civ. cass., 4 février 1846, Sir., 46, 1, 97.

¹⁶ Comme la fiction légale sur laquelle est fondée la subrogation n'empêche l'extinction de la créance que dans l'intérêt du subrogé, les effets du paiement avec subrogation doivent, par rapport au créancier originaire et à ses ayants cause, être les mêmes que ceux d'un paiement pur et simple. On doit en conclure que la disposition exceptionnelle de l'art. 1690, uniquement relative à la transmission d'une créance qui continue de subsister d'une manière absolue et à l'égard de toute personne indistinctement, est étrangère au paiement avec subrogation. Duranton, XII, 424, 425 et 427. Mourlon, p. 45 et 249. Voy., en sens contraire : Delvincourt, II, p. 559 ; Toullier, VII, 427 ; Duvergier, *De la vente*, II, 237. Du reste, la prudence exige que le tiers subrogé fasse signifier sa subrogation au débiteur, pour l'empêcher de se libérer entre les mains du créancier originaire.

¹⁷ Merlin, *Quest.*, v^o Subrogation de personnes, § 4. Duranton, XII, 422. Mourlon, p. 43. Req. rej., 21 mars 1810, Sir., 41, 1, 6.

¹⁸ Cpr. art. 1378 à 1380. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 369, n^o 429). Troplong, *Des hypothèques*, I, 353 bis. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 4248. Mourlon, p. 44 et 45, n^o 2. Voy., en sens contraire : Delvincourt, II, part. II, p. 559 ; Toullier, VII, 464 ; Duranton, XII, 438, et XVI, 488 ; Duvergier, *De la vente*, II, 287 ; Civ. cass., 4 février 1846, Sir., 46, 1, 97 ; Montpellier, 45 décembre 1847, Sir., 48, 2, 525. Cette dernière opinion serait sans doute exacte d'après le système qui assimile la subrogation consentie par le créancier à la cession-transport ; mais on doit être étonné de la voir soutenir par M. Duranton, qui a si fortement combattu ce système.

qui l'autorise à demander, même contre un cédant de bonne foi, la bonification des intérêts et la restitution des frais et loyaux coûts de la cession ¹⁹.

Enfin, le subrogeant qui n'a été payé qu'en partie peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Art. 1252. Dans la cession-transport, au contraire, le cédant qui n'a cédé qu'une partie de la créance à lui due ne jouit d'aucune préférence sur le cessionnaire ²⁰.

Du reste, le véritable caractère d'une convention devant plutôt s'apprécier d'après ce qui s'est réellement passé entre les parties que d'après la qualification qu'elles lui ont donnée, les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, déclarer qu'un acte qualifié de subrogation constitue en réalité une cession-transport. Le point principal auquel le juge doit s'attacher est de savoir si les fonds remis au créancier lui ont été versés dans son intérêt ou dans celui du débiteur. Quand il s'agit d'une créance non exigible, il est, en général, à présumer que les fonds ont été versés dans l'intérêt du créancier, et que l'opération constitue par conséquent une cession-transport. Si, au contraire, la créance était exigible, et surtout si le créancier avait déjà commencé des poursuites, l'intervention d'un tiers devrait, en général, être considérée comme ayant eu lieu dans l'intérêt du débiteur, et par suite l'opération présenterait plutôt les caractères d'un paiement avec subrogation que ceux d'une cession-transport.

2° Des conditions de la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur ²¹.

Le débiteur qui emprunte ²² des deniers pour se libérer peut

¹⁹ Cpr. art. 1693 à 1695; § 359 *bis*, texte n° 3.

²⁰ Delvincourt, II, part. II, p. 564. Duranton, XII, 187. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 570, n° 7. Mourlon, p. 16 à 21. Grenoble, 15 janvier 1834, Sir., 35, 2, 45. Amiens, 24 juillet 1841, Sir., 45, 2, 93.

²¹ Cpr. sur l'origine de cette subrogation : Edit de Henri IV, de mai 1609; arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 6 juillet 1690.

²² Cette espèce de subrogation a lieu d'ordinaire à la suite d'un emprunt, mais rien n'empêche qu'elle ne puisse valablement s'opérer lorsque des fonds sont remis au débiteur à tout autre titre, par exemple, à titre de dot, avec la stipulation qu'ils seront employés à l'extinction de certaines dettes, et sous la condition de subrogation au profit de la femme. Mourlon, p. 326.

subroger le prêteur dans les droits et actions du créancier, sans le concours de la volonté de ce dernier. Art. 1250, n° 2.

Il faut, pour la validité de cette subrogation, que le prêt ait été fait sous la condition de l'emploi des fonds au paiement de telle dette déterminée, et que l'origine des deniers soit déclarée au moment du paiement.

L'existence de ces deux conditions, indépendantes l'une de l'autre, et dont le concours est indispensable²³, ne peut être constatée, d'une manière valable vis-à-vis des tiers, qu'au moyen d'actes notariés, dressés au moment même de l'emprunt et du paiement²⁴. La subrogation serait donc inefficace à leur égard,

²³ Il ne suffit donc pas que l'origine des deniers soit mentionnée dans la quittance, il faut encore que leur destination soit indiquée dans l'acte d'emprunt. Toulouse, 31 mars 1832, Sir. 32, 2, 540.

²⁴ Gauthier, n° 168. Req. rej., 19 avril 1831, Sir., 31, 1, 432. Toulouse, 31 mars 1832, Sir., 32, 2, 540. Req. rej., 28 janvier 1845, Sir., 45, 1, 456. Orléans, 10 janvier 1850, Sir., 51, 2, 4. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555. Rouen, 21 mai 1852, Sir., 53, 1, 160. Douai, 10 février 1853, Sir., 53, 2, 305. Cpr. Civ. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 792. Cet arrêt, qui ne statue que sur la validité de la subrogation entre les parties, n'est pas en opposition avec notre doctrine. Voy., en sens contraire, Mourlon, p. 280 et suiv. D'après cet auteur, il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le paiement aient lieu en présence du notaire, de sorte que ces deux opérations pourraient être valablement constatées par des actes passés après coup. La loi, dit M. Mourlon, prescrit bien que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés par-devant notaire, mais elle ne demande pas que ces deux actes soient dressés au moment même de l'emprunt ou du paiement. Ce serait donc ajouter à ses prescriptions que d'exiger cette dernière condition; et cela serait d'autant moins rationnel, que le n° 2 de l'art. 1250 admettant une simple déclaration faite au moment du paiement, comme établissant suffisamment l'identité des deniers qui ont servi à l'effectuer avec ceux qui ont fait l'objet de l'emprunt, l'on ne verrait pas pourquoi on ne se contenterait pas d'une pareille déclaration, à l'effet d'établir que la somme empruntée l'a été pour le paiement de la dette, et que le paiement a été fait avec indication de l'origine des deniers. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. L'identité des deniers n'est qu'un simple fait, pour la vérification duquel la loi a pu s'en remettre aux tribunaux. Si, sous ce rapport, les précautions qu'elle a prises ne sont peut-être pas complètes, ce n'est point un motif de s'écarter de la stricte observation des règles qu'elle a tracées, pour la constatation des éléments conventionnels indispensables à la réalisation de la subrogation. Le but dans lequel ces règles ont été prescrites n'est pas douteux. Le législateur a voulu empêcher que, par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au paiement, on pût établir une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qui serait devenue impossible par un paiement pur et simple, et l'on comprend que ce but serait complètement manqué, si des déclarations faites après

si la preuve de l'antériorité, soit de l'emprunt, soit du paiement, résultait expressément ou implicitement des termes mêmes des actes qu'on leur oppose ²⁵.

Aucune autre condition n'est requise pour la validité et l'efficacité de cette subrogation. Ainsi, elle s'opère, indépendamment de toute déclaration expresse de subrogation, soit dans l'acte d'emprunt, soit dans la quittance ²⁶. Ainsi encore, il importe peu que les deniers soient remis au créancier par le débiteur, ou par le prêteur agissant au nom de ce dernier ²⁷. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le paiement soient constatés par des actes séparés ; ils peuvent l'être par un seul et même acte ²⁸. Enfin, il n'est pas absolument indispensable que l'emprunt et le paiement aient lieu au même moment ²⁹. Toutefois, si un intervalle plus ou moins long s'était écoulé entre ces deux faits juridiques, il appartiendrait aux tribunaux de déclarer, suivant les circonstances, que le paiement a été fait ou n'a pas été fait avec les derniers empruntés, et, par suite, d'admettre ou de rejeter la subrogation ³⁰.

coup devaient être considérées comme établissant, d'une manière suffisante, la destination des fonds empruntés, ou leur emploi au paiement de la dette.

²⁵ Voy. les arrêts cités à la note précédente et à la note 12 *supra*.

²⁶ Cette condition n'est, en effet, exigée que pour la subrogation dont s'occupe le n° 1 de l'art. 1250. Le législateur est, avec raison, parti de l'idée que l'accomplissement des formalités prescrites par le n° 2 du même article indique, d'une manière non équivoque, l'intention d'opérer la subrogation. Merlin, *Rép.*, v° Privilège, sect. iv, § 2. Duranton, XII, 433. Toullier, VII, 429. Mourlon, p. 260 à 268.

²⁷ La prudence conseille au prêteur de ne se dessaisir de ses fonds qu'en recevant la quittance du créancier. Toullier, VII, 433. Duranton, XII, 434 et 435. Mourlon, p. 296.

²⁸ Ce dernier mode est même préférable, en ce qu'il remplit d'une manière plus complète le vœu de la loi, et présente plus de sécurité pour le prêteur. Mourlon, p. 294 et suiv.

²⁹ La loi n'exigeant pas que le paiement ait lieu immédiatement après l'emprunt, et ne fixant pas même le délai dans lequel il doit être effectué, il en résulte que la subrogation peut être admise, alors même qu'il s'est écoulé un certain intervalle de temps entre ces deux faits juridiques. Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. ii, § 8, n° 2. Duranton, XII, 436. Toullier, VII, 432. Grenier, *Des hypothèques*, II, 393. Troplong, *Des hypothèques*, I, 232. Mourlon, p. 274 et suiv. Gauthier, n° 174. Paris, 30 juin 1853, Sir., 53, 2, 484. Orléans, 12 juillet 1854, Sir., 54, 2, 564.

³⁰ Toute fausse déclaration concernant l'origine et l'identité des deniers au moyen desquels le paiement a été effectué constituerait une fraude à la loi et aux droits des tiers, susceptible d'être établie à l'aide de simples présomptions. Toullier, Gre-

Si le créancier se refusait à délivrer une quittance notariée mentionnant l'origine des deniers, le débiteur serait autorisé à lui faire des offres réelles et à consigner le montant de sa dette. Le récépissé du receveur de la caisse des dépôts et consignations équivaldrait à la quittance notariée exigée par la loi³¹. Les offres réelles pourraient même être faites à la requête du bailleur de fonds³².

3° *Des cas dans lesquels la subrogation a lieu de plein droit.*

La subrogation a lieu de plein droit, en vertu de l'art. 1251³³ :

a. Au profit du créancier, soit hypothécaire, soit chirographaire³⁴, remboursant de ses deniers³⁵ un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. Elle s'opère donc au profit du créancier qui solde un autre créancier nanti d'un gage³⁶; mais elle n'aurait pas lieu en faveur du créancier qui désintéresserait un autre créancier jouissant d'un simple droit de rétention ou d'antichrèse³⁷.

nier, Troplong et Mourlon, *loc. cit.* Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555. Req. rej., 16 mars 1852, Sir., 52, 1, 636. Voy. cep. Merlin et Duranton, *loc. cit.*

³¹ Ordonnance du 3 juillet 1816, art. 12. Merlin, *Rép.*, v° Consignation, n° 15. Delvincourt, II, part. II, p. 559. Toullier, VII, 131. Duranton, XII, 131.

³² Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 44, 1, 379.

³³ Il existe d'autres cas de subrogation légale, établis par des lois spéciales. Cpr. Code de commerce, art. 459; Loi du 22 frimaire an VII, art. 29 et 30.

³⁴ *Lex non distinguit.* Tout créancier, même simplement chirographaire, peut avoir intérêt à rembourser les créanciers qui lui sont préférables, pour empêcher la réalisation des biens du débiteur dans un moment inopportun, ou pour éviter des poursuites dont les frais absorberaient peut-être à son détriment une partie du produit de ces biens. Delvincourt, II, part. II, p. 560. Toullier, VII, 140. Duranton, XII, 149 et 153. Troplong, *Des hypothèques*, I, 356. Mourlon, p. 356 et suiv. Douai, 29 novembre 1839, Sir., 40, 2, 214. Voy., en sens contraire, Grenier, *Des hypothèques*, I, 91. Outre cet intérêt commun à tout créancier, il en est un autre qui est particulier au créancier jouissant d'une hypothèque spéciale, postérieure en rang à une autre hypothèque plus étendue. Cpr. § 284.

³⁵ Req. rej., 15 juin 1820, Sir., 21, 1, 28.

³⁶ Arg., art. 2102, n° 2. Cette solution ne donne lieu à aucune difficulté, lorsque, le gage, se trouvant entre les mains d'un tiers convenu entre les parties, il ne devient pas nécessaire de le déplacer. Mais il en serait autrement, s'il avait été remis au créancier lui-même. Il semble, que dans cette hypothèse, le gage ne pourrait être livré par ce dernier au subrogé que du consentement du débiteur.

³⁷ Nous croyons devoir rétracter l'opinion contraire, émise dans nos premières éditions (§ 321, note 29). La loi n'accorde, en effet, la subrogation légale qu'au créancier payant un autre créancier qui lui est préférable, à raison de ses privilèges ou hypothèques. Or, le créancier avec droit de rétention ou d'antichrèse ne

b. Au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition³⁸ au paiement de créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué³⁹, et cela, alors même que son contrat contiendrait une clause de délégation⁴⁰. La subrogation dont s'agit doit également être admise en faveur du donataire qui a désintéressé ces créanciers de ses propres deniers, et de l'acquéreur qui leur a versé des sommes supérieures à son prix d'acquisition⁴¹.

c. Au profit de celui qui paie une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres. La subrogation s'opère donc en faveur

jouit à ce titre d'aucun droit de préférence. D'ailleurs, comme le droit d'antichrèse, et en général le droit de rétention, s'évanouit lorsque le créancier fait lui-même vendre la chose soumise à ce droit, il n'est pas à craindre qu'il commence en temps inopportun des poursuites, dont les frais diminueraient le gage commun, à son détriment comme au préjudice des autres créanciers.

³⁸ Il faut, par conséquent, que le paiement ait lieu postérieurement à l'acquisition. Celui qui, dans la vue d'une acquisition future, aurait désintéressé les créanciers hypothécaires, ne jouirait du bénéfice de la subrogation qu'autant qu'elle aurait été consentie en sa faveur suivant l'une ou l'autre des formes prescrites par l'art. 1250. Toullier, VII, 143. Duranton, XII, 158. Mourlon, p. 384.—Cpr., sur la manière dont l'emploi du prix peut et doit être constaté : Req. rej., 14 août 1852, Sir., 53, 1, 299.

³⁹ La subrogation légale établie par le n° 2 de l'art. 1254 a principalement pour but, soit de donner à l'acquéreur le moyen de conserver l'immeuble par lui acquis sans être obligé de recourir à la purge, soit de lui assurer un rang égal à celui des créanciers qu'il a remboursés, dans le cas où il se verrait obligé de purger ou de délaisser l'immeuble sur les poursuites dirigées contre lui. Mais il ne faut pas conclure de là que l'effet de la subrogation soit restreint à cet immeuble. Cpr. texte et note 54 *infra*.

⁴⁰ *Lex non distinguit*. Voy. cependant en sens contraire : Amiens, 13 août 1824, Sir., 26, 1, 375. La décision donnée par cet arrêt est inadmissible, non-seulement en présence du texte du Code, mais surtout au point de vue historique. Voy. Pothier, *Coutume d'Orléans*, introduction au titre XX, n° 73. Civ. cass., 28 décembre 1853, Sir., 54, 1, 719. Civ. cass., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 715.

⁴¹ Bien que la subrogation légale ne doive, en général, être admise que dans les cas expressément établis par la loi, il nous semble qu'on ne saurait se refuser à appliquer la disposition du n° 2 de l'art. 1254 à l'acquéreur à titre gratuit qui aurait désintéressé de ses propres deniers les créanciers hypothécaires, ainsi qu'à l'acquéreur à titre onéreux qui aurait payé au delà de son prix d'acquisition. Il y a parité absolue de situation et de motif. D'ailleurs, ces personnes pourraient toujours invoquer, au besoin, le n° 3 de l'art. 1254, puisque tout tiers détenteur est, sinon personnellement, du moins hypothécairement tenu, pour le débiteur, des dettes qui affectent l'immeuble par lui acquis. Delvincourt, II, part. II, p. 775. Grenier, *Des hypothèques*, I, 332. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1863, 2, 1264.

du codébiteur solidaire, du codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum*, qui paie la dette commune, et du cofidésusseur qui acquitte la dette qu'il a cautionnée conjointement avec d'autres⁴². Elle s'opère également en faveur de la caution, du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, et de celui qui, sans s'obliger personnellement, a fourni un gage ou une hypothèque⁴³. Mais elle n'a lieu, ni au profit du débiteur simplement conjoint d'une obligation divisible⁴⁴, ni en faveur de celui qui, par un acte passé avec le débiteur seul, et sans acceptation de la part de ses créanciers, s'est engagé à leur payer certaines sommes⁴⁵.

d. Enfin, la subrogation a lieu de plein droit, au profit de l'héritier bénéficiaire⁴⁶ qui a payé de ses deniers des dettes de la succession⁴⁷.

Du reste, la subrogation ne s'opère, dans les quatre hypothèses qui viennent d'être indiquées, que par suite d'un paiement effectif⁴⁸.

En examinant le fondement sur lequel repose la subrogation légale, on reconnaît qu'elle a toujours son principe dans l'intérêt qu'avait le subrogé à payer la dette qu'il a acquittée. Ce motif, textuellement énoncé dans le n° 3 de l'art. 1251, se rencontre également dans les autres cas de subrogation établis par cet ar-

⁴² Cpr. art. 1200, 1221 et 1222, et 2025. — Le commissionnaire qui, chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, les paie de ses propres deniers, est aussi, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, subrogé de plein droit aux actions du vendeur. Civ. cass., 14 novembre 1810, Sir., 11, 2, 37.

⁴³ Art. 2029, 2167 et 2168, et arg. de ces art.

⁴⁴ Duranton, XII, 176. Toullier, VII, 149 et suiv.

⁴⁵ Paris, 27 novembre 1841, Sir., 42, 1, 50.

⁴⁶ L'héritier bénéficiaire a un grand intérêt à libérer l'hérédité, qui doit lui appartenir après le paiement des dettes et charges dont elle est grevée. — Le bénéfice de la subrogation admise en faveur de l'héritier bénéficiaire ne peut être invoqué par le curateur à succession vacante, qui n'a pas le même intérêt à dégrever l'hérédité, et qui, en le faisant, n'agit que comme mandataire ou *negotiorum gestor*. Mourlon, p. 476 et 477. Voy. en sens contraire : Renusson, chap. VII, n° 77; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Subrogation, n° 55; Toullier, VII, 155; Champagnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1272.

⁴⁷ L'expression *dettes*, prise ici, comme dans l'art. 801, n° 1, *sensu lato*, comprend également les charges de l'hérédité, notamment les droits de mutation. Duranton, XII, 177. Bordeaux, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 536. Paris, 19 janvier 1854, Sir., 54, 2, 752.

⁴⁸ Civ. rej., 14 juillet 1813, Sir., 14, 1, 38.

ticle⁴⁹. Mais ce n'est point une raison pour étendre à tout tiers intéressé à l'acquittement d'une dette le bénéfice de la subrogation légale, qui ne peut être admise que dans les hypothèses spécialement prévues par la loi⁵⁰. C'est ainsi notamment que ce bénéfice n'appartient pas au créancier qui rembourse un autre créancier venant après lui, quelque intérêt qu'il ait à le faire⁵¹. A plus forte raison, des créanciers hypothécaires, non utilement colloqués sur le prix d'un immeuble exproprié, ne sont-ils pas légalement subrogés au bénéfice de la subrogation légale qui s'est opérée au profit de leur débiteur, contre ceux avec lesquels ou pour lesquels il était tenu du paiement d'une dette acquittée au moyen du prix de cet immeuble⁵².

4^o *Des effets de la subrogation, soit conventionnelle, soit légale.*

Par l'effet de la subrogation, le subrogé entre dans tous les droits et actions du créancier, tant contre le débiteur que contre les tiers personnellement ou hypothécairement obligés à la dette.

Cette substitution du subrogé à tous les droits du créancier s'applique même au bénéfice de l'action résolutoire⁵³. D'un autre côté, elle n'est pas restreinte, dans l'hypothèse prévue par le n^o 2 de l'art. 1251, aux droits du créancier sur l'immeuble acquis; elle s'étend en outre à toutes les autres sûretés attachées

⁴⁹ Cpr. notes, 34, 39 et 46 *supra*.

⁵⁰ Toullier, VII, 139. Duranton, XII, 180 et 181. Req. rej., 4 juin 1820, Sir., 21, 1, 28.

⁵¹ Toullier, VII, 144. Duranton, XII, 152. Cpr. cependant Delvincourt, II, part. II, p. 560.

⁵² Req. rej., 1^{er} août 1839, Sir., 39, 1, 970. Nîmes, 24 février 1845, Sir., 46, 2, 253. Bourges, 31 janvier 1852, Sir., 53, 2, 135.

⁵³ Art. 1849, 1250, n^o 1, 1252, et arg. de cet art. Cela résulte, d'ailleurs, de la nature même de la subrogation. Si, dans l'art. 1252, le législateur a cru devoir spécialement énoncer que la subrogation a lieu *tant contre les cautions que contre les débiteurs*, ce n'a été que pour faire cesser une diversité de jurisprudence, qui existait autrefois à cet égard entre certains parlements. *Observations du Tribunal* (Loché, *Lég.*, XII, p. 274, n^o 44). Mourlon, p. 37 et 157. Gauthier, n^o 107. Grenoble, 5 janvier 1826, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VIII, 2, 172. Bourges, 19 juin 1838, Sir., 53, 2, 481, à la note. Rouen, 15 mai 1852, Sir., 53, 2, 76. Paris, 30 juin 1853, Sir., 53, 2, 481. Voy. en sens contraire: Coin-Delisle, *Revue critique*, 1854, IV, p. 317, n^o 6. Cpr. aussi Civ. rej., 3 juillet 1854, Sir., 54, 1, 423. Cet arrêt, rendu dans des circonstances particulières, et fondé sur des considérations spéciales, n'est pas directement contraire à l'opinion émise au texte.

à la créance ⁵⁴, sous la réserve seulement de ce qui sera dit plus bas, à propos du cautionnement ⁵⁵.

La règle d'après laquelle le subrogé entre dans tous les droits et actions du créancier, est soumise aux modifications suivantes :

a. Le subrogé ne peut exercer les droits et actions du créancier que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a réellement déboursée pour la libération du débiteur ⁵⁶.

b. L'effet de la subrogation conventionnelle peut être restreint à certains droits et actions par le créancier ou le débiteur qui la consent.

c. La subrogation légale, établie au profit de ceux qui ont payé une dette à laquelle ils étaient tenus avec d'autres, ne les autorise à exercer les droits et actions du créancier contre leurs coobligés, que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle chacun de ces derniers est tenu de contribuer au paiement de la dette ⁵⁷. Il en est ainsi, dans le cas même où le coobligé qui a payé, s'est fait conventionnellement subroger aux droits et actions du créancier ⁵⁸.

d. La subrogation légale au profit du tiers détenteur d'un im-

⁵⁴ D'après l'ancienne jurisprudence, la subrogation en pareil cas, était toute spéciale, et ne s'étendait pas au delà des droits du créancier sur l'immeuble acquis. Mais en présence de la disposition du n° 2 de l'art. 1251, combinée avec les art. 1249 et 1252, cette solution ne peut plus être admise. Il y a d'autant moins lieu de s'y arrêter, que l'acquéreur pourrait, au besoin, invoquer le bénéfice de la subrogation établie par le n° 3 de l'art. 1251. Delvincourt, II, part. II, p. 562. Grenier, *Des hypothèques*, II, 496. Toullier, VII, 445, note 2. Duranton, XII, 164. Troplong, *Des hypothèques*, I, 359. Mourlon, p. 388. Gauthier, n° 270. Civ. cass., 15 janvier 1833, Sir., 33, 1, 81. Paris, 20 décembre 1834 et 19 décembre 1835, Sir., 36, 2, 459. Civ. cass., 24 décembre 1836, Sir., 37, 1, 54. Req. rej., 15 avril 1844, Sir., 44, 1, 849. Civ. cass., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 175. Voy. en sens contraire : Bourges, 10 juillet 1829, Sir., 30, 2, 49 ; Paris, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 454.

⁵⁵ Cpr. texte et note 59 *infra*.

⁵⁶ Ce principe, qui découle de la nature même de la subrogation, est généralement reconnu, même en ce qui concerne la subrogation consentie par le créancier. Voy. les autorités citées à la note 17 *supra*. Cependant, dans cette hypothèse, il peut s'élever des difficultés sur le point de savoir si l'opération constitue un simple paiement avec subrogation, ou une cession-transport. Voy. à ce sujet texte n° 1 *in fine, supra*.

⁵⁷ Art. 875, 1213, 1214, al. 1, 2033, et arg. de ces articles.

⁵⁸ La subrogation conventionnelle ne peut produire des effets plus étendus que ceux qui sont attachés à la subrogation légale. Art. 875 et arg. de cet art., Renusson, chap. VIII. Pothier, n° 281. Delvincourt, II, part. II, p. 504. Duranton, XI, 243 et 844, XII, 168. Mourlon, p. 47. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 163; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1286.

meuble grevé d'hypothèque du chef du débiteur principal, ne l'autorise pas à poursuivre la caution, encore que l'hypothèque n'ait été établie que postérieurement au cautionnement⁵⁹. La caution, au contraire, qui paie une dette garantie par une hypothèque établie sur les biens du débiteur principal, peut, conformément à la règle ci-dessus posée, exercer contre le tiers détenteur tous les droits et actions du créancier⁶⁰.

e. Lorsqu'une dette se trouve garantie tout à la fois par un cautionnement et par une hypothèque qu'a fournie un tiers qui

⁵⁹ La question pouvait être douteuse sous notre ancienne législation, qui admettait les hypothèques occultes ; mais elle ne nous paraît plus susceptible de difficultés dans le système actuel de législation, fondé sur le principe de la publicité des hypothèques. Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui paie le prix de son acquisition sans recourir aux formalités de la purge, commet une imprudence dont il doit supporter les conséquences, sans pouvoir s'en rédimmer au détriment de la caution. D'ailleurs, celle-ci n'ayant aucun moyen de s'opposer à l'aliénation des immeubles hypothéqués, il ne serait pas juste que sa position pût être détériorée par le fait de cette aliénation. A ces raisons générales, vient encore se joindre un motif spécial pour le cas où l'hypothèque a été constituée dès avant ou en même temps que le cautionnement. Dans ce cas, en effet, la caution a pu légitimement compter sur l'hypothèque, comme garantie de l'engagement personnel qu'elle contractait. Arg. art. 2037. Mourlon, p. 84 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, *Des hypothèques*, III, 800, *Du cautionnement*, n° 429. L'argument principal qu'invoque cet auteur est tiré de l'art. 2170, qui donne au tiers détenteur la faculté de requérir la discussion des immeubles hypothéqués, demeurés en la possession du principal ou des principaux obligés, expressions sous lesquelles la caution se trouverait, selon lui, également comprise. Cet argument serait concluant sans doute, en faveur du moins des tiers détenteurs qui jouissent du bénéfice de discussion, si l'on devait admettre, avec M. Troplong, que la caution se trouve comprise au nombre de ceux que l'art. 2170 qualifie de *principaux obligés*. Dans cette supposition, en effet, il faudrait bien reconnaître que le législateur a voulu faire au tiers détenteur une position plus favorable qu'à la caution. Mais cette supposition ne nous paraît pas exacte : le sens naturel et ordinaire des termes *principaux obligés*, résiste à une pareille interprétation ; les cautions ne sont, pas plus que les tiers détenteurs, principalement obligés, puisqu'elles ne le sont pas pour elles-mêmes ; de même que les tiers détenteurs, elles ne sont tenues qu'accessoirement de la dette d'autrui. Indépendamment de cette critique, qui s'attaque au fond même du système de M. Troplong, nous ajouterons qu'il s'élève contre ce système une objection très-grave. L'argumentation de cet auteur s'appliquant aux acquéreurs à titre gratuit, aussi bien qu'aux acquéreurs à titre onéreux, il en résulterait que les premiers pourraient, tout aussi bien que les seconds, recourir contre la caution, et cette conséquence nous paraît complètement inadmissible.

⁶⁰ Cette proposition, corrélatrice à la précédente, se justifie par les mêmes raisons, Mourlon, p. 443 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, *Du cautionnement*, n° 366.

ne s'est point personnellement obligé, le tiers et la caution ne peuvent, quoique subrogés aux droits et actions du créancier, exercer de recours, l'un contre l'autre, que jusqu'à concurrence de la moitié de la somme payée à ce dernier⁶¹. Encore, le recours de la caution contre le tiers qui a fourni l'hypothèque, ne peut-il jamais excéder la moitié de la valeur des biens hypothéqués⁶².

En cas de non-existence de la créance qui a fait l'objet du paiement avec subrogation, le subrogé jouit contre le créancier de l'action en répétition de l'indû⁶³.

⁶¹ Ponsot, *Du cautionnement*, n° 283. Mourlon, p. 425 et suiv. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, n° 427. Suivant cet auteur, la caution qui aurait payé ne pourrait exercer aucun recours contre le tiers qui a fourni l'hypothèque, tandis que ce dernier serait, en cas de paiement, autorisé à répéter contre celle-ci la totalité de la somme par lui déboursée. Son argumentation se résume à dire : que le tiers qui a fourni l'hypothèque n'est pas tenu de payer ; que tout au moins il n'est obligé que *re tantum*, et à défaut seulement des obligés personnels ; qu'en tout cas, son obligation est moins étroite que celle de la caution. La première de ces propositions ne nous paraît pas soutenable : le tiers qui a fourni l'hypothèque, est évidemment tenu de payer, sauf à s'affranchir de cette obligation par le délaissement, et M. Troplong le reconnaît si bien, qu'il n'hésite pas à lui accorder, lorsqu'il paie, la subrogation légale établie par le n° 3 de l'art. 1251. La seconde proposition repose sur une interprétation de l'art. 2170, que nous croyons avoir suffisamment réfutée à la note 59 *supra*. Quant à la troisième, quelque spécieuse qu'elle paraisse, elle n'est pas, à notre avis, plus exacte que les deux précédentes. Vis-à-vis du créancier, l'obligation de la caution, tenue sur tout son patrimoine, est sans doute plus étendue que celle du tiers qui a fourni l'hypothèque, puisqu'il n'est tenu que sur l'immeuble hypothéqué. Mais en ce qui concerne les rapports respectifs de ces deux personnes, il n'existe, en réalité, aucune différence entre elles : ce sont deux tiers tenus de la dette d'autrui, l'un hypothécairement, l'autre personnellement, qui doivent être placés sur la même ligne quant au bénéfice de la subrogation.

⁶² Mourlon, p. 433 à 435. Voy. cep. Ponsot, *op. cit.*, n° 285. D'après cet auteur, la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur devrait toujours se répartir, par portions viriles, entre la caution et le tiers qui a fourni l'hypothèque, quelle que fût la valeur de l'immeuble hypothéqué comparativement au montant de la dette cautionnée. Ce mode de répartition ne nous paraît pas admissible. S'il s'agissait de deux cautions personnelles, dont l'une aurait garanti la totalité de la dette, et l'autre la moitié seulement, il est évident que cette dernière n'aurait à contribuer avec la première que proportionnellement à la portion de la dette par elle garantie. Or, le tiers qui a hypothéqué un immeuble dont la valeur est inférieure à la dette, n'est réellement caution que jusqu'à concurrence de cette valeur, et le même principe de répartition doit dès lors lui être appliqué.

⁶³ Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté en matière de subrogation consentie par le créancier ou de subrogation légale, puisque, dans l'une et dans l'autre, il s'établit un rapport immédiat et direct entre le subrogé qui paie et le

La subrogation ne peut jamais nuire au créancier⁶⁴. Lorsque celui-ci n'a été payé qu'en partie, il est autorisé à exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû sur la créance partiellement acquittée⁶⁵, par préférence au subrogé. Art. 1252⁶⁶. Toutefois, ce droit de préférence n'appartient qu'au créancier originaire et à ceux auxquels il l'aurait transmis par voie de cession⁶⁷. Ainsi,

créancier qui reçoit le paiement. Cpr. art. 1376. Quant à la subrogation consentie par le débiteur, nous ferons remarquer que la quittance devant mentionner l'origine des deniers, le paiement est, même au regard du créancier, à considérer comme fait par le tiers qui a fourni les fonds au moyen desquels il a été effectué. Cpr. Duranton, XII, 138. — *Quid*, du cas où le subrogé serait évincé de l'hypothèque attachée à la créance formant l'objet de la subrogation? Cpr. Murlon, p. 391 et suiv.; Gauthier, nos 293 et suiv.; Paris, 5 juillet 1854, Sir., 54, 2, 651.

⁶⁴ *Nemo contra se subrogasse censetur*. Cette proposition est de toute justice; mais la conséquence qu'en tire l'art. 1252, dans sa dernière disposition, ne nous paraît pas rigoureusement exacte, surtout dans le cas où la subrogation a été consentie par le créancier. Supposons un créancier hypothécaire de 10,000 fr. qui reçoit à compte de sa créance une somme de 5,000 fr., pour laquelle la personne qui a effectué le paiement, se trouve subrogée à ses droits. Le débiteur est exproprié, et le résultat de cette expropriation présente 5,000 fr. à distribuer entre le créancier originaire et le subrogé. D'après la dernière disposition de l'art. 1252, ces 5,000 fr. devront être attribués en totalité au créancier originaire, qui se trouvera ainsi payé de la totalité de sa créance, et le subrogé sera inutilement colloqué. Il eût été, à notre avis, plus équitable de placer sur la même ligne le créancier originaire et le subrogé, et de partager entre eux la somme à distribuer au prorata de leurs créances respectives, ce qui, dans l'espèce proposée, donnerait à chacun 2,500 fr. La subrogation ne causerait ainsi aucun préjudice au créancier originaire, qui, recevant 5,000 fr. du subrogé et 2,500 fr. en vertu de sa collocation, toucherait en total 7,500 fr., tandis qu'il n'en aurait eu que 5,000, s'il n'avait reçu du subrogé un paiement partiel qui a réduit sa créance à 5,000 fr. Cpr. Duranton, XII, 186.

⁶⁵ Et non pour ce qui pourrait lui être dû à d'autres titres. Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. II, § 8, n° 7. Toullier, VII, 169. Duranton, XII, 184. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Subrogation, n° 60. Civ. rej., 27 novembre 1832, Sir., 33, 1, 115.

⁶⁶ L'application de cet article suppose qu'il existe, au profit du créancier, des sûretés spéciales, telles qu'un privilège, une hypothèque, ou un cautionnement. Si la créance était purement chirographaire, non privilégiée, ni garantie par un cautionnement, le créancier ne pourrait pas, contrairement à l'art. 2093, se faire payer par préférence au tiers dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, en se prévalant contre lui de la subrogation. Le tiers, en effet, peut, en faisant abstraction de la subrogation, se présenter comme créancier du débiteur, soit en vertu du prêt qu'il lui a fait, soit comme mandataire ou *negotiorum gestor*. Duranton, XII, 186. Murlon, p. 19.

⁶⁷ Delvincourt, II, part. II, p. 564. Duranton, XII, 187 et 189. Grenier, *Des hypothèques*, I, 93. Troplong, *Des hypothèques*, I, 379. Murlon, p. 21. Paris, 18

quand plusieurs personnes ont été successivement subrogées dans des portions d'une seule et même créance, elles concourent entre elles dans la proportion des sommes pour lesquelles elles sont devenues créancières, sans aucune distinction tirée, soit de la date, soit de l'origine des subrogations⁶⁸.

3. Des offres réelles et de la consignation.

§ 322.

Les règles relatives à la forme des offres réelles et de la consignation, varient suivant la nature de l'objet de la prestation.

1° Lorsque le créancier d'une somme d'argent refuse d'en recevoir le paiement, le débiteur¹ est autorisé à se libérer au moyen d'une consignation² précédée d'offres réelles³. Art. 1257.

mars 1837, Sir., 37, 2, 243. Cpr. Merlin, *Rép. v° cit.*, sect. II, § 8, n° 8. Voy, en sens contraire : Toullier, VII, 170.

⁶⁸ Renusson, chap. XVI et addition à ce chapitre. Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction au titre XX, n° 87. Merlin, *op. et loc. cit.* Toullier, VII, 170. Delvincourt, *loc. cit.* Persil, *Des hypothèques*, sur l'art. 2103, § 2. Grenier, *Des hypothèques*, I, 93. Durantou, XII, 188 et 189. Troplong, *Des hypothèques*, I, 379. Taulier, IV, p. 375. Paris, 13 mai 1845, Sir., 16, 2, 338. Dijon, 10 juillet 1848, Sir., 48, 2, 609. Voy. cep. Mourlon, p. 38 et suiv. Cet auteur enseigne que, dans le cas de plusieurs subrogations successives, les derniers subrogés doivent être préférés aux premiers. Les raisons sur lesquelles il fonde cette opinion sont sans valeur quand il s'agit de subrogation légale ou de subrogation consentie par le débiteur, et ne nous paraissent même pas de nature à faire prévaloir son sentiment en fait de subrogation consentie par le créancier. La règle posée par l'art. 1252 a été empruntée à notre ancienne jurisprudence, sous l'empire de laquelle il était généralement admis que les personnes successivement et partiellement subrogées à une même créance devaient venir en concurrence; et, à défaut d'indication contraire, il est à supposer que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer cette doctrine. D'ailleurs, la règle énoncée dans l'art. 1252 est difficile à justifier en théorie (cpr. note 64); et c'est une raison de plus pour en restreindre l'application au cas spécialement déterminé par cet article.

¹ Tout ce que nous disons ici du débiteur s'applique également au tiers intéressé ou non à l'acquittement de l'obligation, qui veut en effectuer le paiement. Art. 1236 cbn. 1258, n° 2. Cpr. § 324, texte, notes 31 et 32.

² Cpr. sur la consignation des sommes dues en vertu d'effets négociables : Loi du 6 thermidor an III. Aux termes de cette loi, si le porteur d'un effet négociable ne se présente pas dans les trois jours qui suivent l'échéance de l'effet, le débiteur, dispensé de toutes offres réelles préalables, est autorisé à déposer la somme due entre les mains du préposé de la caisse des consignations de l'arrondissement dans lequel l'effet est payable.

³ On les appelle ainsi, en les opposant aux offres purement verbales, pour indi-

Il faut pour la validité des offres réelles ⁴ :

Qu'elles soient faites par un officier ministériel, ayant caractère pour ces sortes d'actes ⁵. Art. 1258, n° 7.

Qu'elles soient constatées par un procès-verbal, dans lequel cet officier indique le nombre et la qualité des espèces offertes, et mentionne, d'une manière précise, la réponse du créancier, ainsi que sa signature, son refus de signer, ou sa déclaration de ne pouvoir le faire. Code de procédure, art. 812 et 813.

Qu'elles soient faites au lieu spécialement indiqué pour le paiement ⁶. A défaut d'indication de cette nature, les offres réelles devraient être faites à la personne du créancier, à son domicile réel, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention ⁷. Art. 1258, n° 6. En cas de saisie mobilière, elles pourraient, de plus, être faites au domicile élu dans le commandement. Code de procédure, art. 584.

Il faut enfin que le paiement offert réunisse toutes les conditions exigées pour sa validité, et ne porte point atteinte aux droits du créancier ⁸. Art. 1258, nos 1 à 5.

quer qu'elles doivent être accompagnées de la représentation effective de la somme due. Cpr. Toullier, VII, 188; Duranton, XII, 200.

⁴ Les offres réelles, que le débiteur saisi ferait à l'audience, au moment de l'adjudication, au poursuivant et aux créanciers inscrits, seraient irrégulières et ne devraient pas arrêter l'adjudication. Req. rej., 18 février 1840, Sir., 40, 1, 357.

⁵ Les notaires ont, aussi bien que les huissiers, qualité pour faire des offres réelles. Arg. L. 25 ventôse an XI, art. 4, et Code de commerce, art. 173. Toullier, VII, 199 et 201. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 580, n° 17. Lyon, 14 mars 1827, Sir., 28, 2, 5. Agen, 17 mai 1836, Sir., 37, 2, 123. Bordeaux, 30 juin 1836, Sir., 37, 2, 79. Voy. cependant Carré, *Lois de la procédure civile*, III, n° 2783; Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 492. Cpr. Nîmes, 22 août 1809, Sir., 10, 2, 553.

⁶ Hors du cas spécialement prévu par l'art. 584 du Code de procédure, les offres réelles seraient nulles, si elles n'avaient pas été faites au lieu indiqué pour le paiement. Toullier, VII, 196. Req. rej., 28 avril 1814 et Civ. rej., 8 avril 1818, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 4, 559, V, 4, 459.

⁷ Lorsque l'officier ministériel ne trouve personne au domicile auquel doivent se faire les offres réelles, il se conforme aux dispositions de l'art. 68 du Code de procédure. Duranton, XII, 217. — Cpr., relativement au cas où le créancier demeure hors du territoire continental de l'Empire ou à l'étranger : Code de procédure, art. 69, nos 8 et 9; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 579, n° 45.

⁸ Il serait superflu de rappeler ici les conditions exigées pour la validité du paiement : elles ont été développées aux §§ 316 et 317. — *Quid juris*, dans le cas où la somme offerte est supérieure à la somme due? Cpr. Delvincourt, II, p. 546; Toullier, VII, 193 et 194.

Lorsque le créancier accepte les offres, l'officier ministériel exécute le paiement contre la quittance qui lui en est remise, et les frais des offres restent, en général, à la charge du créancier⁹.

En cas de non-acceptation des offres réelles¹⁰, le débiteur n'est point obligé d'en faire juger la validité¹¹; il peut immédiatement¹² procéder à la consignation, sans avoir besoin de s'y faire autoriser par justice¹³. Art. 1259. Code de procédure, art. 614. Il faut seulement pour la validité de la consignation (art. 1259) :

Qu'elle ait été précédée d'une sommation¹⁴ signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la somme offerte sera déposée.

Que le débiteur se dessaisisse réellement de la somme offerte¹⁵, en la remettant, avec les intérêts jusqu'au jour de la consignation, dans le dépôt indiqué à cet effet par la loi¹⁶.

Que la consignation soit constatée par un procès-verbal,

⁹ Arg. art. 1260. Delvincourt, II, p. 554. Favard, *Rép.*, IV, p. 34. Pigeau, II, p. 404. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, VII, 203 et 249; Duranton, XII, 224. En invoquant, à l'appui de son opinion, l'art. 1248, Toullier confond évidemment les frais du paiement et ceux des offres réelles.

¹⁰ Cette hypothèse comprend également le cas où le créancier refuse expressément les offres réelles, et celui où il les refuse tacitement par son absence ou son silence. *Non obstant*, Code de procédure, art. 813 et 814 : voy. art. 1258, n° 6, et 1259, n° 3.

¹¹ Mais il peut le faire, pour éviter de rester dans l'incertitude sur sa libération. Cpr. Code de procédure, art. 815. Duranton, XII, 227. Bordeaux, 16 janvier 1833, *Sir.*, 33, 2, 180.

¹² La loi ne prescrit aucun délai entre les offres et la consignation. Toullier, VII, 233. Civ. rej., 5 décembre 1826, *Sir.*, 27, 4, 308.

¹³ Il en est ainsi, même dans le cas où une demande en nullité a été dirigée contre les offres réelles. Arg. Code de procédure, art. 816.

¹⁴ Cette sommation peut être faite par le procès-verbal qui constate les offres réelles.

¹⁵ Une consignation inférieure à la somme offerte est donc nulle, dans le cas même où celle-ci serait supérieure à la somme réellement due et consignée. Rennes, 28 avril 1813, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 585, note 4.

¹⁶ D'après la loi du 28 nivôse an XIII, c'était la caisse d'amortissement qui était chargée de recevoir les consignations. Mais la loi du 28 avril 1816 (art. 110 et 111) a créé à cet effet une caisse spéciale, connue sous le nom de *caisse des consignations*. Cette caisse a été organisée par une ordonnance royale du 22 mai 1816, et ses attributions ont été déterminées par une autre ordonnance du 3 juillet suivant. Les préposés de la caisse des consignations sont : à Paris, le caissier; dans les chefs-lieux de département, les receveurs généraux; et dans les chefs-lieux d'arrondissement, les receveurs particuliers des finances.

dressé par un officier ministériel ¹⁷, et dans lequel cet officier mentionne, outre la consignation elle-même, la nature des espèces offertes ¹⁸, le refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou son absence lors des offres réelles.

Qu'en cas de non-comparution du créancier à la consignation, le procès-verbal ci-dessus indiqué lui soit signifié avec sommation de retirer la somme déposée.

2° Lorsque l'objet qui forme la matière de la prestation est une chose déterminée dans son individualité, et qui doit être livrée au lieu où elle se trouve, on suit les dispositions de l'art. 1264 ¹⁹.

3° Si l'objet dû, quoique déterminé dans son individualité, doit être livré dans un lieu différent de celui où il se trouve, le débiteur procédera d'abord à la translation de cet objet au lieu indiqué pour la livraison, et se conformera pour le surplus aux dispositions de l'article 1264.

4° Enfin, si l'objet dû n'est déterminé que quant à son espèce, le débiteur doit, dans la sommation à faire d'après l'art. 1264, indiquer d'une manière individuelle l'objet qu'il entend livrer, et procéder pour le surplus conformément aux dispositions de cet article ²⁰.

Les offres réelles ne produisent, en général, d'autre effet, que d'autoriser le débiteur à se libérer au moyen de la consignation de l'objet offert en paiement ²¹. Ainsi, elles ne purgent pas la

¹⁷ L'art. 1259 dit *par l'officier ministériel* ; mais il ne faut pas conclure de cette rédaction que le procès-verbal de la consignation doit être dressé par le même officier ministériel qui a procédé aux offres réelles. — Cpr. sur ce qu'on doit entendre par officier ministériel : note 5 *supra*. — Il est bien évident, du reste, que la consignation serait nulle si le procès-verbal en était dressé par le proposé de la caisse des consignations. Toullier, VII, 240. Nîmes, 22 août 1809, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 513, à la note.

¹⁸ C'est-à-dire leur nombre et leur qualité. Code de procédure, art. 812.

¹⁹ Les spécialités à remarquer dans la forme qui doit être observée au cas prévu par cet article sont les suivantes : 1° Les offres réelles sont remplacées par une sommation faite au créancier d'enlever l'objet qui forme la matière de la prestation. 2° La consignation de cet objet ne peut avoir lieu qu'après permission du juge. 3° C'est à ce dernier qu'il appartient de déterminer l'endroit où l'objet dû sera déposé.

²⁰ Cpr. sur ces deux dernières hypothèses : Toullier, VI, 242 ; Duranton, XII, 224.

²¹ Cependant, les offres réelles faites au jour de l'échéance ont encore pour effet d'empêcher que le débiteur, qui se trouve exceptionnellement soumis à l'application de la maxime *dies interpellat pro homine*, ne soit constitué en demeure par

demeure du débiteur²²; elles laissent la chose due à ses risques²³, lorsqu'ils sont à sa charge²⁴; et elles n'arrêtent pas le cours des intérêts²⁵, soit compensatoires, soit moratoires. Ces différents

la seule échéance du terme. Toullier (VII, 220) enseigne même que les offres réelles forment obstacle à ce que le débiteur puisse être ultérieurement constitué en demeure. Nous ne pouvons partager cette opinion : si elle était admise, le créancier n'aurait aucun moyen de constituer en demeure le débiteur qui, après avoir fait des offres réelles au jour de l'échéance, ne consignerait pas l'objet offert. En faisant des offres réelles, le débiteur n'a pas encore fait tout ce qui lui était imposé. La consignation doit suivre ces offres, et les suivre dans le plus court délai possible. Ainsi, à défaut de consignation immédiate, le débiteur s'expose à être constitué en demeure, soit par une sommation, soit par une assignation. Cpr. art. 4139 et 4153, al. 3.

²² Cette proposition est le principe dont les deux propositions suivantes ne sont que des corollaires. En démontrant ces dernières, nous établirons implicitement la première. Si Toullier (*loc. cit.*) enseigne que les offres réelles suffisent pour purger la demeure du débiteur, c'est parce qu'il admet à tort, selon nous, qu'elles arrêtent le cours des intérêts. Cpr. Req. rej., 3 février 1825, Sir. 26, 4, 162; Civ. rej., 5 décembre 1826, Sir. 27, 4, 308; Req. rej., 18 mai 1829, Sir. 29, 4, 222; note 25 *infra*.

²³ Il résulte bien évidemment des expressions finales de l'art. 4257, *et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier*, que ce n'est qu'à dater de la consignation que les risques cessent d'être à la charge du débiteur.

²⁴ C'est ce qui a lieu : 1° lorsque la chose due n'est déterminée que quant à son espèce : *genus nunquam perit* (cpr. § 331); 2° lorsque, par exception à la règle *debitor rei certæ rei interitu liberatur*, le débiteur répond des cas fortuits. Cpr. § 308, n° 3.

²⁵ Cela résulte de l'art. 4259, n° 2, d'après lequel le débiteur doit consigner la chose offerte *avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt*. A l'appui de l'opinion contraire, Toullier (VII, 224) invoque : 1° l'art. 4257, qu'il prétend être en contradiction avec la disposition ci-dessus citée de l'art. 4259; 2° l'art. 816 du Code de procédure, qui, selon lui, aurait fait cesser cette contradiction. Les arguments de cet auteur ne nous ont pas touchés. Lorsque l'art. 4257 dit que les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur, ce n'est pas pour faire remonter la libération au jour des offres réelles, mais uniquement pour exprimer que la libération du débiteur est le résultat du concours des offres réelles et de la consignation, puisque cette dernière ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle a été précédée des premières. Ce qui prouve d'autant mieux que tel est le sens de l'art. 4257, et que la libération du débiteur n'est le résultat que de la consignation, c'est que, jusque-là, la chose offerte reste aux risques et périls du débiteur. Cpr. note 23 *supra*. Au surplus, s'il pouvait s'élever quelques doutes sur le véritable sens de l'art. 4257, on devrait l'interpréter de manière à le mettre en harmonie avec la disposition claire et précise de l'art. 4259, n° 2. D'un autre côté, il est tout à fait inexact de prétendre que cette disposition ait été abrogée par l'art. 816 du Code de procédure. Le jour de la réalisation, dont parle cet article, est évidemment le jour du dépôt, ainsi que Tarrille l'a formellement exprimé dans son discours au Corps législatif

effets ne sont attachés qu'à la consignation valablement faite à la suite d'offres réelles régulières ²⁶.

Du reste, le créancier qui jugerait insuffisantes les offres réelles à lui faites, peut, même après la consignation, continuer, à ses risques et périls, les poursuites commencées contre le débiteur, sans être tenu de faire déclarer au préalable l'insuffisance des offres ²⁷.

Quoique la consignation libère complètement le débiteur et tienne à son égard lieu de paiement ²⁸, elle ne transporte cependant pas au créancier la propriété de l'objet consigné ²⁹, laquelle continue à résider sur la tête du débiteur ³⁰. Il en résulte, entre autres ³¹, que celui-ci peut unilatéralement retirer cet objet ³²,

(Locré, *Lég.*, t. XXIII, p. 166, n° 4). Aussi l'opinion de Toullier est-elle généralement rejetée. Cpr. Delvincourt, II, p. 547 et suiv.; Duranton, XII, 225; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 586 et 587, n° 13, et les auteurs qu'il cite. Voy. cependant la note suivante.

²⁶ Ainsi, les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation. Pigeau (II, p. 503) et Merlin (*Rép.*, v° Intérêts, § 7, n° 41), tout en rejetant la doctrine de Toullier (cpr. la note précédente), admettent cependant que les intérêts cessent d'être dus, à dater du jour où les offres ont été réitérées à l'audience, sur la demande en validité ou en nullité formée à l'occasion de ces offres, dans le cas où la consignation n'aurait point eu lieu antérieurement. Cette distinction nous paraît inadmissible, parce qu'elle repose sur une procédure aujourd'hui abrogée, et sur une fausse interprétation des expressions finales de l'art. 816 du Code de procédure. Malgré la demande en nullité ou en validité des offres, le débiteur pouvait consigner; et s'il ne l'a pas fait, il doit les intérêts jusqu'au jour de la consignation. Voy. en ce sens: Delvincourt, Duranton et Dalloz, *loc. citt.*; Thomines-Desmazures, *Commentaire sur le Code de procédure*, II, 954; Bordeaux, 16 janvier 1833, Sir. 33, 2, 180. — Ainsi encore, à dater de la consignation, les risques de la chose consignée passent au créancier, même dans le cas où ce dernier ne se serait pas présenté lors de la consignation. L'opinion de Delvincourt (II, p. 547), qui enseigne que, dans ce cas, les risques sont à la charge du débiteur, tant que le procès-verbal de consignation n'a point été signifié au créancier, est en opposition manifeste avec l'art. 1257.

²⁷ *Nec obstat* Code de procédure, art. 815. Req. rej., 4 juillet 1838, Sir. 38, 1, 881.

²⁸ Cpr. Req. rej., 16 juin 1813, Sir. 15, 1, 300.

²⁹ Il est bien entendu que cette proposition présuppose que le créancier ne devait devenir, que par le paiement, propriétaire de l'objet consigné. Cpr. § 316.

³⁰ *Dominium invito non acquiritur*. Pothier, n° 570. Delvincourt, II, p. 551. Duranton, XII, 229.

³¹ Cpr. sur les autres conséquences de ce principe: Duranton, XII, p. 237 à 239.

³² D'après un avis du Conseil d'état, du 16 mai 1810, le receveur de la caisse où la consignation a été faite est tenu de la rendre au débiteur qui en réclame la

tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier, ou n'a pas été déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée. S'il le retire, l'obligation renaît avec tous ses accessoires, comme si elle n'avait jamais été éteinte³³.

Mais après l'acceptation de la consignation par le créancier, ou après un jugement³⁴ passé en force de chose jugée³⁵ qui la déclare bonne et valable, l'objet consigné ne peut plus être retiré par le débiteur que du consentement du créancier³⁶. Encore, la convention en vertu de laquelle ce retrait serait effectué, ne ferait-elle pas revivre, au préjudice des tiers, l'ancienne obligation, définitivement éteinte par l'effet de l'acceptation de la consignation, ou du jugement passé en force de chose jugée qui l'a déclarée bonne et valable. Art. 1262 et 1263³⁷. L'obligation contractée par le débiteur devrait être considérée comme une obligation entièrement nouvelle. Art. 1263 et arg. de cet article.

Les frais des offres réelles régulières, suivies d'une consignation valable, sont à la charge du créancier. Art. 1260.

B. DE LA RENONCIATION EN GÉNÉRAL, ET DE LA REMISE DE DETTE EN PARTICULIER.

§ 323.

La renonciation, dans le sens le plus large du mot, est un acte

restitution, toutes les fois qu'elle n'a été accompagnée ou suivie d'aucune acceptation ou opposition dûment signifiée.

³³ Ainsi, les codébiteurs et les cautions ne sont pas libérés. Art. 1261. Cpr. Duranton, XII, 242. Ainsi, les hypothèques et privilèges attachés à la créance continuent à subsister. Arg. *a cont.*, art. 1263. Cpr. Duranton, XII, 230.

³⁴ Peu importe que ce jugement ait été rendu sur la demande en nullité formée par le créancier, ou sur la demande en validité introduite par le débiteur. Cpr. Duranton, XII, 233.

³⁵ C'est-à-dire qui ne puisse être attaqué ni par voie d'opposition, ni par appel. Duranton, XII, 236.

³⁶ Cette règle est certaine ; mais il est facile au débiteur de l'é luder lorsque l'acceptation ou le jugement n'a pas été notifié au receveur de la caisse des consignations. Cpr. note 32 *supra*. Le créancier doit donc se hâter de faire faire cette notification, car le retrait de l'objet consigné, quoique frauduleusement effectué par le débiteur à l'insu du créancier, n'empêcherait pas que l'obligation ne dût être considérée comme éteinte, en ce qui concerne les cautions et les codébiteurs de cette obligation, ainsi que les hypothèques et privilèges qui s'y trouvaient attachés. Cpr. Toullier, VII, 234.

³⁷ Quoique ces articles ne parlent que du cas où il existe un jugement passé en force de chose jugée qui déclare la consignation bonne et valable, ils s'appliquent par analogie à celui où la consignation a été acceptée par le créancier. Voy. d'ailleurs art. 1261. Duranton, XII, 234.

par lequel une personne abdique ou abandonne un droit qui lui appartient¹.

La renonciation qui s'applique à une créance, prend plus particulièrement le nom de remise de dette.

1. De la renonciation en général.

Toute personne capable de donner ou de recevoir à titre gratuit, peut faire ou accepter une renonciation gratuite. Lorsque la renonciation a lieu moyennant un prix ou une prestation quelconque, la capacité de celui qui la fait et de celui au profit duquel elle est faite, se détermine d'après les règles relatives aux contrats à titre onéreux².

Une personne capable de faire une renonciation peut, en général, renoncer à tous les droits ou facultés qui ne sont établis que dans son intérêt privé. Au contraire, les droits ou facultés accordés à une personne, moins dans son intérêt particulier que dans des vues d'ordre public, ne sont pas susceptibles de former l'objet d'une renonciation. Il en est de même des droits qui, d'après leur nature, sont à considérer comme placés hors du commerce ou comme exclus de toute convention. C'est ainsi, qu'on ne peut renoncer aux droits résultant de la puissance maritale et de l'autorité paternelle sur la personne de la femme ou des enfants. C'est ainsi encore, qu'on ne peut renoncer, ni aux qualités constitutives de l'état, ni à des aliments dus en vertu de la loi ou d'un acte de libéralité³.

Les droits éventuels ou conditionnels peuvent, tout aussi bien que les droits actuellement ouverts, faire l'objet d'une renonciation⁴. Il en est autrement des simples expectatives, qui ne saisissent actuellement d'aucun droit quelconque celui au profit duquel elles pourront un jour se réaliser⁵. Si cependant la renon-

¹ L'acte par lequel une personne renonce, non à un droit en lui-même, mais à la demande judiciaire qu'elle a intentée au sujet de ce droit, se nomme *désistement*. Cpr. Code de procédure, art. 402 et 403.

² Cpr. art. 464 et 2222. Duranton, XII, 341 à 352.

³ Cpr. art. 6, 328, 4128, 4387, 4388; Code de procédure, art. 1003 et 1004; § 359, note 15; § 420, texte, n° 4, et notes 11 à 20; § 504, texte n° 1 et 3.

⁴ Art. 884, al. 2, 1627 et arg. de ces art. Cpr. § 302, texte, n° 2, notes 31 à 33; § 700, texte et note 13; § 739, texte et notes 54 à 58.

⁵ C'est à de pareilles expectatives que s'applique la règle : *Quod quis si velit habere, non potest, id repudiare non potest*. L. 474, § 1, D. de reg. jur. (50, 17). Art. 791, 1130, 1453, 2220 et arg. de ces art.

ciation à une simple expectative, d'ailleurs d'intérêt purement privé, avait été stipulée accessoirement à une convention, dans le but d'en étendre ou d'en restreindre les effets, elle devrait, sauf disposition contraire, être considérée comme valable⁶.

La renonciation n'est, en général, assujettie à aucune forme extérieure⁷. Elle peut même avoir lieu tacitement⁸, si ce n'est dans les cas exceptionnels où la loi exige qu'elle soit manifestée d'une manière expresse ou formelle⁹. Mais, dans le doute, elle ne se présume pas¹⁰; et la renonciation, qui serait d'ailleurs constante, devrait toujours être interprétée d'une manière restrictive¹¹.

Il résulte de là que, si deux actions sont ouvertes à une personne, en raison d'une même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait, en général, être considéré comme une renonciation à l'autre¹². Ainsi, le vendeur qui, à défaut de paiement

⁶ C'est ainsi, par exemple, qu'on peut renoncer d'avance à la faculté de demander un délai de grâce ou d'opposer la compensation. Cpr. § 319, texte n° 3, et note 26; § 327, note 1^{re}. Voy. cependant art. 1268.

⁷ Les art. 784 et 1457 contiennent des exceptions à cette règle. Voy. aussi Loi du 23 mars 1855 sur la transcription, art 1, n° 2, art. 2, n° 2, art. 10 et 11.

⁸ Les art. 1211, 1212, 1282, 1283, 1338, al. 2 et 3, et 1340, fournissent des exemples de renonciation ou de remise tacite. Cpr. Maleville sur l'art. 1340; Merlin, *Rép.*, v° Renonciation, § 3; Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769.

⁹ Cpr. art. 621, 884, al. 2, 1275 et 2054.

¹⁰ *Nemo res suas jactare præsumitur*. Voy. art. 784, 1273, 1286. Cpr. Merlin, *op. et loc. cit.*; Bourges, 15 juin 1824, Sir., 25, 2, 299; Bordeaux, 27 juillet 1846, Sir., 48, 2, 431. Voy. cependant art. 1463.

¹¹ Cpr. art. 2048 et 2049. Merlin, *op. et v. cit.*, § 3, n° 2.

¹² La maxime *electa una via non datur regressus ad alteram*, qui est ordinairement invoquée en sens contraire, ne repose sur aucun texte de loi, et se trouve en opposition avec le principe que la renonciation ne se présume pas. Si, d'après l'art. 26 du Code de procédure, le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire, cela tient à ce que celui qui se pourvoit au pétitoire, est par cela même censé reconnaître la possession de son adversaire, ou du moins l'insuffisance de sa propre possession. Cet article, d'ailleurs tout spécial, ne peut donc être invoqué contre la proposition énoncée au texte. Nous ajouterons qu'il ne faut pas confondre la question que nous traitons ici avec celle de savoir quelle peut être, au cas où deux actions sont alternativement ouvertes, l'influence sur l'une de ces actions, de l'autorité de la chose jugée quant à l'autre. Cpr. § 769; Merlin, *Quest.*, v° Option, § 1; Toullier, X, 170 et suiv.; de Fréminville, *De la minorité*, 1, 288 à 298.—Voy. aussi Crim. cass., 11 juin 1846, et Crim. rej., 20 juin 1846, Sir., 46, 1, 710 à 715; Crim. rej., 16 août 1851, Crim. cass., 7 mai 1852, et Crim. rej., 6 août 1852, Sir., 53, 1, 580 à 584; Chamb. réun. cass., 10 juillet 1854, Sir., 54, 1, 449; Crim. rej., 18 novembre 1854, Sir., 54, 1, 814. Ces ar-

du prix de vente, a commencé des poursuites pour y contraindre l'acheteur, est toujours maître de les abandonner et de demander la résolution du contrat de vente. De même, l'acheteur d'une chose entachée d'un vice caché, qui a d'abord formé l'action *quanti minoris*, peut, en s'en désistant, revenir à l'action rédhibitoire. Il est, du reste, bien entendu que si le défendeur, soumis à l'exercice de deux actions alternatives, avait acquiescé à la demande formée contre lui en vertu de l'une de ces actions, la position des parties se trouverait définitivement fixée.

L'effet de la renonciation peut être limité au moyen de réserves. On peut aussi, à l'aide d'une protestation, se garantir contre le danger d'une interprétation qui tendrait à présenter tels ou tels faits, comme emportant renonciation tacite¹³. Mais la protestation serait vaine et inefficace si elle était incompatible avec les effets que la loi attache à un acte, ou qui découlent nécessairement de la nature de cet acte¹⁴.

Une renonciation peut, en général, être rétractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit duquel elle a été faite¹⁵, sauf cependant les droits acquis à des tiers par suite de la renonciation, depuis le moment où elle a lieu jusqu'à celui de sa rétractation. Cpr. art. 462 et 790.

2. De la remise de dette¹⁶.

La remise de dette est volontaire ou forcée. Cette dernière,

rêts, qui décident que la partie lésée par un délit de Droit criminel ne peut, après avoir saisi le juge civil de l'action en réparation du dommage causé par ce délit, porter la même action devant un tribunal de justice répressive, ne sont pas contraires à la proposition émise au texte. Rendus par application de l'art. 3 du Code d'inst. crim., et en considération de la faveur due à la défense, ces arrêts admettent implicitement la possibilité d'un retour à la juridiction civile de la part de la partie lésée qui aurait d'abord formé son action devant la juridiction criminelle. Il faut, d'ailleurs, remarquer qu'il ne s'agit plus ici de deux actions distinctes, ouvertes en raison d'une même cause, mais d'une seule et même action susceptible d'être soumise, au choix du demandeur, à des tribunaux différents.

¹³ Cpr. art. 1211, 1276, 1278. Merlin, *Rép.*, v° Protestation. Turin, 15 juillet 1809, *Sir.*, 10, 2, 279. Civ. cass., 8 août 1838, *Sir.*, 38, 1, 854.

¹⁴ C'est à cette hypothèse que s'applique la maxime *protestatio contra actum non valet*. Civ. cass., 28 juillet 1829, et Civ. rej., 5 août 1829, *Sir.*, 29, 1, 389. Civ. cass., 30 août 1852, *Sir.*, 52, 1, 805.

¹⁵ Art. 462, 790, 1211, al. 3, 1364, Code de procédure, art. 403, et arg. de ces art. L'adage *ad jura renuntiata non datur regressus* serait inexact, en tant qu'on voudrait l'appliquer à une renonciation non encore acceptée.

¹⁶ Il ne sera ici question que de la remise de dette considérée comme mode

dont nous n'avons pas à nous occuper, est celle qui a lieu d'ordinaire en cas de concordat ¹⁷.

Les règles exposées au n° 1, sur la renonciation en général, s'appliquent, en particulier, à la remise volontaire de dette. Ainsi, cette remise peut être retirée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le débiteur ¹⁸. Ainsi encore, la remise et l'acceptation de la remise peuvent avoir lieu expressément ou tacitement ¹⁹.

La remise faite, soit au débiteur principal, soit à l'un des codébiteurs solidaires, produit le même effet que le paiement, non-seulement au profit de celui auquel elle a été accordée, mais encore en faveur des cautions et des autres codébiteurs solidaires. Art. 1285 et 1287, al. 1^{er}. Cependant, le créancier peut, en déchargeant l'un des débiteurs solidaires, réserver ses droits vis-à-vis des autres, et, dans ce cas, il conserve contre eux son action solidaire, sous la déduction toutefois de la part du codébiteur déchargé. Art. 1285 ²⁰. Une pareille réserve ne peut être faite contre les cautions, lorsque le créancier décharge le débiteur principal.

La remise consentie en faveur de la caution, ou de l'un des cofidéjusseurs, ne libère ni le débiteur principal, ni les autres cofidéjusseurs, si ce n'est cependant jusqu'à concurrence de ce que le créancier peut avoir reçu pour accorder cette décharge. Art. 1287, al. 2 et 3, et art. 1288. Dans le cas même où le créancier n'a rien reçu, les cofidéjusseurs non déchargés ne peuvent être poursuivis que sous la déduction de la part pour laquelle ils auraient un recours à exercer contre le cofidéjuteur déchargé ²¹.

d'extinction des obligations unilatérales. C'est en expliquant les différentes manières dont les contrats se dissolvent, que nous traiterons de la double remise par suite de laquelle s'éteignent les obligations réciproques dérivant des contrats synallagmatiques. Cpr. § 348.

¹⁷ Voy. Code de commerce, art. 504 et suiv.

¹⁸ Cpr. note 15, *supra*. Pothier, n° 614. Delvincourt, II, part. II, p. 571. Duranton, VIII, 394, et XII, 357. Toullier, VII, 324. — La question de savoir si l'acceptation du débiteur produit son effet immédiatement ou seulement du jour auquel elle a été connue du créancier, doit être décidée d'après les principes qui régissent la formation des conventions. Cpr. § 343.

¹⁹ Cpr. L. 26, D. *de prob.* (22, 3); texte et notes 7 à 9, *supra*.

²⁰ Si cette déduction n'avait pas lieu, la remise de dette resterait, en raison du recours dont les codébiteurs jouissent les uns contre les autres, sans effet, même à l'égard de celui auquel elle a été accordée. Cpr. art. 1213 et 1214.

²¹ Cette restriction résulte nécessairement des principes de la matière. En effet,

La loi attache une présomption de remise de dette ou de paiement à la délivrance volontaire, faite par le créancier²² au débiteur, de l'acte original sous seing privé ou de la grosse de l'acte authentique qui constate l'existence de la créance. Art. 1282 et 1283²³. Une pareille délivrance faite au débiteur principal, ou à l'un des codébiteurs solidaires, profite également à la caution, ou aux autres codébiteurs. Art. 1284 et 2036.

Le débiteur qui, se trouvant en possession du titre de la créance, invoque le bénéfice de cette présomption, n'est pas tenu de prouver que ce titre lui a été délivré volontairement²⁴. Mais le créancier est toujours admis, pour écarter l'application des art. 1282 et 1283, à établir par tous moyens de preuve, et même à l'aide de simples présomptions, abandonnées à la prudence du juge, que c'est par suite, soit de perte ou de vol, soit d'une délivrance entachée de violence, d'erreur ou de dol, soit enfin d'un abus de confiance de la part d'un tiers, que le titre de la créance se trouve en la possession du débiteur²⁵.

ou bien les cofidéjusseurs ont renoncé au bénéfice de division, et alors ils peuvent invoquer, comme tenus pour le tout, la disposition du second al. de l'art. 1285 ; ou bien ils n'y ont pas renoncé, et dans ce cas, ils peuvent, en faisant valoir ce bénéfice, se soustraire à l'obligation de payer la part de celui que le créancier a déchargé. Delvincourt, II, part. II, p. 572. Toullier, VII, 331, à la note. Duranton, II, 375.

²² La délivrance du titre faite, non par le créancier, mais par un tiers, n'entraînerait point une présomption de libération, à moins que ce tiers n'eût mandat de recevoir le paiement ou de faire la remise. Civ. cass., 23 juill. 1828, Sir., 28, 1, 308. Douai, 29 novembre 1849, Sir., 50, 2, 223.

²³ Le dernier de ces articles parle explicitement de remise de dette ou de paiement. Quant au premier, il ne se sert, il est vrai, que du terme *libération* ; mais il n'est pas douteux que ce terme n'ait été employé comme devant comprendre par sa généralité et la remise de dette et le paiement. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunal*, par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 381, n° 154, p. 482, n° 43).

²⁴ La position du débiteur, comme détenteur du titre et comme défendeur, le dispense de toute preuve. *Exposé de motifs* et *Rapport au Tribunal* (Loché, *op. et loc. cit.*), Pothier, n° 609. Toullier, VII, 324 et 325. Delvincourt, II, part. II, p. 571. Duranton, XII, 362. Liège, 15 janvier 1806 et Colmar 6 mars 1816, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 614 et suiv.

²⁵ Il ne s'agit ici que de la preuve de faits purs et simples, qui peut toujours se faire par témoins ou à l'aide de simples présomptions. Cette observation s'applique même au cas où le créancier alléguerait que c'est par suite d'un abus de confiance de la part d'un tiers, que le titre de la créance se trouve entre les mains du débiteur, puisque la preuve à faire n'aurait pas pour objet d'établir l'existence d'une convention de dépôt ou de mandat à l'effet d'en poursuivre l'exécution contre

La délivrance volontaire du titre de la créance fait présumer, soit la remise de dette, soit le paiement, suivant que le débiteur, ou que les tiers qui se prévalent de sa libération, ont intérêt à invoquer l'un ou l'autre de ces modes d'extinction de la dette. C'est ainsi que le débiteur, auquel l'un des créanciers solidaires a délivré le titre de la créance, peut, pour écarter l'application du second alinéa de l'art. 1198, opposer ce fait aux autres créanciers, comme établissant une présomption de paiement, et se dire ainsi complètement libéré envers eux. Art. 1198, al. 1.

Cependant, si l'admission de la présomption de paiement pouvait avoir pour résultat de couvrir une fraude à la loi, le créancier serait admis à prouver que, c'est par suite de remise de dette, et non de paiement, qu'il a délivré le titre de la créance. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où l'allegation du créancier forme le point de départ d'une demande en résiliation de donation pour cause de survenance d'enfants²⁶. Il en est de même, lorsque la délivrance du titre est émanée d'une personne qui, quoique capable de faire un paiement, n'avait pas capacité pour consentir une remise de dette, ou lorsqu'elle a été faite à une personne incapable de recevoir à titre gratuit. A plus forte raison, la preuve dont est question serait-elle admissible de la part de tiers, qui prétendraient que le créancier a porté atteinte à leurs droits par une remise de dette faite au moyen de la délivrance du titre de la créance. Cette observation s'applique notamment aux héritiers à réserve ou aux créanciers frustrés, qui formeraient une action en réduction ou une action paulienne contre le débiteur possesseur de ce titre. Mais elle ne doit pas être étendue aux créanciers solidaires qui, en se fondant sur le second alinéa de l'art. 1198, poursuivraient en paiement le débiteur auquel l'un d'eux aurait remis le titre de la créance²⁷.

le dépositaire ou le mandataire, mais uniquement de justifier que la délivrance du titre au débiteur n'est pas le résultat d'un fait personnel et volontaire de la part du créancier. *Exposé de motifs* (Loché, *Lég.*, XII, p. 381, n° 54). Pothier et Toullier, *loc. cit.* Bourges, 12 avril 1826, Sir. 26, 2, 303. Req. rej., 22 janvier 1828, Dal. 1828, 1, 104. Caen, 6 novembre 1827, Sir. 30, 2, 215. Colmar, 28 mai 1831, Sir. 32, 2, 404. Req. rej., 10 avril 1833, Sir. 33, 1, 383. Req. rej., 5 mai 1835, Sir. 35, 1, 805. Civ. rej., 28 août 1844, Sir. 44, 1, 744. Req. rej., 18 novembre 1844, Sir. 45, 1, 40.

²⁶ Cpr. § 709, texte n° 2 et note 7.

²⁷ La présomption de paiement qu'invoque le débiteur, en vertu de la délivrance du titre effectuée par l'un des créanciers solidaires, n'est pas de nature à porter atteinte aux droits des autres, qui conservent leur recours contre l'auteur de cette

La force de la présomption attachée à la délivrance volontaire du titre varie suivant que ce titre est un acte original sous signature privée, ou une grosse d'acte authentique.

Au premier cas, la présomption est absolue, en ce sens que le créancier n'est point admis à la combattre directement, en offrant de prouver que la délivrance du titre, quoique faite volontairement, n'a point eu lieu en vue de la libération du débiteur²⁸. Art. 1282. Si toutefois, le créancier alléguait qu'il n'a délivré le titre que sous condition de restitution, par suite, par exemple, d'une convention de dépôt ou de mandat conclue avec le débiteur ou son auteur, il serait recevable à administrer la preuve de cette allégation, mais seulement à l'aide des moyens autorisés par la loi pour établir l'existence des conventions. Cpr. art. 1341 et suiv. D'un autre côté, le créancier pourrait toujours faire interroger le débiteur, ou lui déférer un serment, sur le point de savoir si la délivrance du titre a réellement eu lieu dans le but de le libérer²⁹.

Au second cas, la présomption n'est plus absolue; le créancier est admis à la détruire en prouvant qu'il n'a délivré le titre de la créance, ni dans la vue d'une remise de dette, ni par suite d'un paiement³⁰. Cette preuve peut même, en géné-

délivrance. Ce dernier n'étant pas admis à prouver que c'est par suite de remise, et non de paiement, que la délivrance du titre a été faite, il serait contradictoire que cette preuve pût être administrée par les autres créanciers solidaires, puisqu'il en profiterait indirectement en s'exonérant du recours auquel le soumet la présomption de paiement. En vain objecterait-on que le créancier solidaire est incapable de faire remise de la totalité de la dette, et que dès lors on doit, conformément à ce que nous avons dit nous-mêmes, admettre les parties intéressées à prouver que la délivrance du titre se rattache à une remise de dette faite par une personne incapable de donner. Cpr. Duranton, XII, 364. Cette objection ne reposerait que sur une équivoque. La disposition du second alinéa de l'art. 1198 ne statue pas sur une question de capacité; son unique objet est d'empêcher que l'un des créanciers solidaires ne puisse, en faisant remise de la totalité de la dette, priver les autres de toute action contre le débiteur, et de tout recours contre lui.

²⁸ Arg. art. 1282 cbn. 1283 et 1352. *Exposé de motifs et Rapport au Tribunal* (Loché, *Lég.*, XII, p. 381, n° 54, p. 482 et 483, n° 43, p. 533, n° 32). Delvincourt, II, part. II, p. 572. Duranton, XII, 365. — Cpr. cependant sur la délivrance faite entre commerçants d'un titre commercial: Req. rej., 18 août 1852, Sir. 53, 1, 244.

²⁹ Cpr. § 750, texte et note 10.

³⁰ La présomption est, dans cette hypothèse, moins forte que dans celle de la délivrance de l'original d'un acte sous seing privé, puisque le créancier conserve, malgré la remise de la première grosse, le moyen de prouver l'existence de la créance et d'en poursuivre la rentrée, en se faisant délivrer une seconde grosse.

ral, être faite par témoins ou à l'aide de simples présomptions³¹.

Les faits indiqués aux articles 1282 et 1283 sont les seuls d'où résulte une présomption légale de remise ou de paiement de la dette. Ainsi, la restitution de la chose donnée en nantissement ne forme pas une présomption légale de la libération du débiteur. Art. 1286. Il en est de même de la délivrance faite par le créancier au débiteur, d'une simple expédition non revêtue de la formule exécutoire³². On doit également décider que la délivrance par un notaire d'expéditions d'actes qu'il a reçus, n'emporte pas une présomption légale de remise ou de paiement des frais de ces actes³³. Du reste, le juge peut, dans les cas où la loi autorise l'admission de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, induire la libération du débiteur de tous les faits qui tendraient à l'établir.

C. DE LA NOVATION.

§ 324.

La novation volontaire¹ est la transformation contractuelle d'une obligation en une autre².

La novation est objective ou subjective.

La novation est objective, quand il se forme, entre les mêmes parties un contrat, par suite duquel l'ancienne obligation est éteinte, et remplacée par une obligation nouvelle. Art. 1271, n° 1.

La novation est subjective :

1° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement³, un nouveau

Code de procédure, art. 844 et suiv. *Exposé de motifs* (Loché, *Lég.*, XII, p. 381, n° 155). Duranton, XII, 365.

³¹ Cpr. § 750, notes 4 à 6. Req. rej., 12 juillet 1827, Dal. 1827, 1, 303.

³² Duranton, XII, 366.

³³ Voy. en sens contraire : Civ. rej., 4 avril 1826, Sir. 26, 1, 385; Douai, 13 février 1834, Sir. 36, 2, 95.—Cpr. sur la remise faite par un officier ministériel à son client, des pièces que celui-ci lui avait confiées : Amiens, 11 mars 1826, Sir. 27, 2, 49.

¹ A l'exemple du Code Napoléon, nous ne nous occuperons ici que de la novation volontaire. Cpr. sur la novation forcée qui résulte du contrat judiciaire : Gaius, *Comm.*, III, § 480; Merlin, *Rép.*, v° Novation, § 1; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 415 et § 445, note a; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1290 et suiv. Voy. aussi § 769, texte n° 3 et note 408.

² *Novatio enim a novo nomen accipit, et a nova obligatione.* L. 1, D. de novat. et deleg. (46, 2.)

³ C'est par la formation de ce nouvel engagement et l'extinction absolue de l'ancien que cette espèce de novation subjective se distingue de la cession et de

créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Art. 1271, n° 3.

2° Lorsqu'un nouveau débiteur s'oblige au lieu et place de l'ancien, qui se trouve déchargé par le créancier. Art. 1271, n° 2. Cette dernière espèce de novation subjective peut s'opérer, sans le concours du débiteur⁴, c'est-à-dire par suite d'expressions⁵, ou de son consentement, c'est-à-dire par voie de délégation⁶.

Du reste, rien n'empêche qu'une novation objective ne concoure avec une novation subjective⁷.

La novation, en général, est régie par les principes suivants :

1° Toute novation suppose une obligation antérieure qui serve de cause à l'obligation nouvelle⁸. Il en résulte :

Que si la première obligation est éteinte au moment où la seconde est contractée, cette dernière et, par suite, la novation sont à considérer comme non avenues⁹.

Que si l'ancienne obligation est subordonnée à une condition suspensive, la force juridique de l'obligation nouvelle, et partant, celle de la novation dépendront également de l'accomplissement de cette condition¹⁰.

la subrogation. Pothier, n° 559. Toullier, VII, 274 et 277. Duranton, XII, 283 et 284. Cpr. Colmar, 8 juin 1810, Sir., 42, 2, 384; § 324, note 2. Voy. aussi texte et note 23, *infra*.

⁴ L'art. 1274, qui le décide ainsi, n'est qu'une conséquence de l'art. 1236, d'après lequel l'obligation peut être acquittée par un tiers sans le concours du débiteur. Cpr. § 316, texte et note 4. Toullier, VII, 273. Duranton, XII, 306 et 307.

⁵ Les lois romaines appellent *expromissio* la novation subjective qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien sans le concours de ce dernier. Pothier, n° 583. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 377, n° 445). Toullier, *loc. cit.*

⁶ *Delegare est vice sua alium reum dare creditori*. L. 44, D. de novat. (46, 2). A la différence de l'*expromissio*, la délégation parfaite exige le concours de trois personnes, savoir : du débiteur déléguant, du tiers délégué et du créancier. Pothier, n° 400. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 378, n° 448). Toullier, VII, 290. Duranton, XII, 320. Mais il n'est pas nécessaire que le délégué soit débiteur du déléguant, quoique cela arrive ordinairement. Duranton, XII, 319. — Cpr. sur la délégation imparfaite ou simple indication de paiement; § 317, texte et note 44; § 270.

⁷ Cpr. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 643.

⁸ Il suffit, du reste, que la première obligation ait précédé la seconde d'un instant de raison. Duranton, XII, 303.

⁹ Cpr. Duranton, XII, 275.

¹⁰ L. 8, § 1, D. de novat. (46, 2). Pothier, n° 585. Duranton, XII, 296 et suiv.

Mais le principe qui vient d'être posé, n'empêche pas qu'une obligation naturelle ne puisse, par voie de novation, être convertie en une obligation civile ¹¹. Il ne s'oppose pas non plus à ce qu'une obligation sujette à annulation ou à rescision, mais susceptible de confirmation, ne puisse, de la même manière, être transformée en une obligation valable ¹².

2° La novation renferme de la part du créancier, renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation existant à son profit. Il résulte de ce principe :

Que la novation exige dans la personne du créancier qui la consent, la capacité requise en matière de renonciation ¹³.

Que dans le doute, la novation ne se présume pas ¹⁴.

Toutefois, il n'est pas nécessaire de l'exprimer, soit en termes sacramentels, soit même par équipollents ; il suffit, en général, que la volonté de l'opérer soit certaine, et qu'elle ressorte clairement des faits et des actes intervenus entre les parties ¹⁵. Art. 1273 ¹⁶.

¹¹ L. 1, § 1, D. *de novat.* (46,2). Pothier, n° 589. Duranton, X, 330. XII, 293. Cpr. § 297, texte, notes 18 à 20.

¹² La novation contient renonciation implicite de la part du débiteur, à se prévaloir du vice dont se trouvait entachée la première obligation. Ce le-ci se trouve donc confirmée par le fait même de la novation, et rien n'empêche, dès lors, qu'elle ne puisse servir de cause à la seconde. Art. 1338, al. 3. Duranton, XII, 294.

¹³ Cpr. § 323.—L'art. 1272 ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte, en disant que la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. Il eût mieux valu dire qu'elle ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de faire ou d'accepter une renonciation, car l'incapacité du débiteur qui contracte la nouvelle obligation n'empêche point l'extinction de l'ancienne, et n'exerce aucune influence sur la validité de la novation. Cpr. note 34, *infra*,

¹⁴ *Renuntiatio non præsumitur.* Voy. § 323, texte et note 40.—Cpr. sur les applications de la règle énoncée au texte : Bruxelles, 18 juillet 1810, Sir., 14, 2, 400 ; Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265 ; Civ. cass., 28 août 1833, Sir., 33, 4, 802 ; Civ. cass., 5 janvier 1835, Sir., 35, 1, 88 ; Req. rej. 7 juin 1837, Sir., 38, 4, 78 ; Civ. rej., 15 janvier 1839, Sir., 39, 4, 131 ; Paris, 28 juillet 1853, et Douai, 1^{er} juillet 1854, Sir., 54, 2, 462 et 464 ; et les arrêts cités à la note 21, *infra*.

¹⁵ En un mot, la novation n'a pas besoin d'être expresse : elle peut être implicite ou tacite, pourvu qu'il ne s'élève aucun doute sur la volonté de l'opérer, *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 377, n° 146). Pothier, n° 590. Toullier, VII, 276 et 277. Duranton, XII, 283 et 284. Req. rej., 14 mars 1834, Sir., 34, 1, 257. Req. rej., 9 juillet 1834, Sir., 34, 4, 805. Rouen, 10 juin 1835, Sir., 35, 2, 362.

¹⁶ Quoique, dans le doute, la novation ne doive pas se présumer, c'est-à-dire,

Ainsi, la novation objective résulte nécessairement de l'incompatibilité qui existe entre la première et la seconde obligation¹⁷, ou de la dation en paiement acceptée purement et simplement par le créancier¹⁸. Elle résulte également des changements apportés par la seconde obligation à la première, lorsqu'ils sont assez importants pour caractériser l'intention de faire novation¹⁹. On ne devrait point, en général, considérer comme tel un changement qui ne porterait, ni sur la nature juridique de l'obligation, ni sur la prestation considérée quant à son objet, et qui n'affecterait que les modalités de l'engagement²⁰, ou le mode de paiement²¹. A plus forte raison, n'y aurait-il pas novation dans le cas où l'obligation aurait été constatée par un nouvel acte instrumen-

que la volonté de l'opérer ne puisse pas résulter de faits équivoques, susceptibles d'être interprétés pour ou contre la novation, rien n'empêche cependant de prouver l'existence de faits d'où résulterait la novation, au moyen de présomptions graves, précises et concordantes, dans le cas où ce genre de preuve est admissible. Arg. art. 1315 et 1316 cbn. 1353. Voy. les arrêts cités à la note précédente.

¹⁷ Cpr. Toullier, VII, 278 à 280.

¹⁸ Arg. art. 2038 cbn. 1284. Toullier, VII, 301, note 2. Duranton, XII, 84, 292. Grenier, *Des hypothèques*, II, 504. Req. rej., 19 juin 1817, Sir., 19, 1, 35. Bourges, 24 décembre 1825, Sir., 26, 2, 221. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 847 et suiv. Cpr. § 318, note 4.

¹⁹ *Exposé de motif*, par Bigot-Préameneu (Loché, *op. et loc. cit.*). Duranton, XII, 285 et 286. Il en serait ainsi, par exemple, si le créancier d'une rente avait donné quittance des arrérages échus, sans en avoir reçu le paiement, et les avait laissés entre les mains du débiteur, à charge par ce dernier de lui en servir les intérêts. Req. rej., 19 août 1844, Sir., 45, 1, 38. Il en serait de même dans le cas où un prix de vente, consistant primitivement en un capital exigible, aurait été, par une convention postérieure, converti en une rente perpétuelle ou viagère. Cpr. § 356 texte, notes 17 et 18.

²⁰ La prorogation du terme primitivement accordée au débiteur n'emporte pas novation. Art. 2039 cbn. 1284.

²¹ Une jurisprudence à peu près constante admet avec raison que l'acceptation, même sans réserves, de billets négociables, souscrits en paiement d'une dette antérieure, n'emporte point, en général, extinction de cette dette. Cette acceptation, subordonnée à l'encaissement des billets, ne constitue qu'un mode de paiement. Pardessus, *Droit commercial*, I, 224. Troplong, *Des hypothèques*, I, 499 bis. Civ. cass., 19 août 1811, Sir., 13, 1, 451. Civ. rej., 28 juillet 1823, Sir., 23, 1, 414. Rouen, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 179. Req. rej., 15 juin 1825, Sir., 26, 1, 63. Nancy, 4 janvier 1827, Sir., 27, 2, 259. Aix, 24 avril 1827, Sir., 29, 2, 43. Req. rej., 24 juillet 1828, Sir., 29, 1, 28. Paris, 20 juillet 1831, Sir., 32, 2, 29. Limoges, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 222. Civ. cass., 22 juin 1841, Sir., 41, 1, 473. Orléans, 6 septembre 1842, Sir., 42, 2, 394. Metz, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 743. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 287; Lyon, 29 mars 1833, Sir., 34, 2, 29. Cpr. Req. rej., 16 janvier 1828, Sir., 28, 1, 294.

taire, bien que, par cet acte, le débiteur eût constitué de nouvelles sûretés²².

Ainsi encore, la novation subjective résultant du changement de créancier, doit être admise toutes les fois que, d'après l'intention clairement établie des parties, le débiteur se trouve libéré envers l'un des créanciers, au moyen d'une obligation nouvelle contractée envers l'autre. Au contraire, la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'opère pas novation. Art. 1277, al. 2. Il en est de même, de la cession-transport et de la subrogation, encore qu'elles aient été expressément ou tacitement acceptées par le débiteur²³.

Quant à la novation subjective résultant du changement de débiteur, il faut distinguer entre l'expromission et la délégation. L'expromission suppose toujours novation²⁴ ; et l'on doit, conformément aux principes ci-dessus développés, regarder comme une expromission, toute obligation qui a été contractée par un tiers, et acceptée par le créancier, dans l'intention clairement établie de libérer le débiteur²⁵. La délégation, au contraire, quoique parfaite par le concours des trois personnes qui doivent y figurer, n'entraîne cependant pas novation par elle-même²⁶ ; elle ne la produit qu'autant qu'elle a été accompagnée ou suivie d'une décharge donnée au débiteur par le créancier. Or, non-seulement

²² Une dette originairement commerciale, ne perd pas ce caractère par cela seul qu'elle est ensuite reconnue par un acte notarié, et garantie par une hypothèque. Civ. cass., 21 février 1826, Sir., 27, 1, 6. Grenoble, 17 juin 1826, Sir., 28, 2, 139.

²³ Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 1, 705. Civ. cass., 2 mai 1853, Sir., 53, 1, 411. Cpr. note 3 *supra*.

²⁴ Si l'ancien débiteur n'était point libéré par l'engagement du nouveau, cet engagement ne constituerait pas une expromission, mais une accession (*adpromissio*) ou un cautionnement. Pothier, n° 583. Delvincourt, II, p. 567. Toullier, VII, 273. Duranton, XII, 308.

²⁵ Duranton, XII, 309. Cpr. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 643.

²⁶ « Autre chose est la novation, autre chose est la délégation, » a dit Jaubert dans son *Rapport au Tribunat* (Loché, *Lég.*, XII, p. 481, n° 40). Quoique le créancier ait accepté l'obligation contractée à son profit par le tiers délégué, et que la délégation soit ainsi devenue parfaite comme telle (cpr. note 6 *supra*), elle n'opère pas novation, tant que le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur. A défaut d'une pareille déclaration, le créancier est censé n'avoir agréé le délégué pour débiteur, que comme moyen de toucher plus facilement ce qui lui est dû, et non dans l'intention de libérer le délégué. Art. 1273. Toullier, VII, 290. Duranton, VII, 322. Req. rej., 28 avril 1818, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 609, note 1.

cette décharge ne se présume pas, mais par suite d'une exception toute spéciale au principe qui régit les autres espèces de novation, elle ne peut résulter que de la déclaration expresse du créancier²⁷. Art. 1275²⁸. Si la délégation n'emporte pas par elle-même novation, à plus forte raison en est-il ainsi de la simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, sans que celle-ci ait contracté aucune obligation envers le créancier, ou sans que, du moins, l'obligation qu'elle a pu contracter, ait été agréée par ce dernier. Art. 1277, al. 1²⁹.

3° La renonciation du créancier au bénéfice de l'ancienne obligation, a sa cause dans l'obligation nouvelle qui lui est substituée. Il en résulte que, si celle-ci est dénuée de toute existence, soit civile, soit naturelle³⁰, la renonciation se trouve sans cause, et

²⁷ Mais si la déclaration expresse du créancier est nécessaire pour opérer novation, elle ne l'est pas pour lui donner un droit irrévocable au bénéfice de la délégation. On rentre, à cet égard, dans le Droit commun et sous l'empire des règles générales relatives aux manifestations de volonté. Cpr. art. 1121 et § 306. Montpellier, 1^{er} août 1832, Sir., 33, 2, 426. Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 4, 504.

²⁸ Cet article, qui n'admet de novation par suite de délégation, qu'autant que le créancier a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur, est évidemment plus rigoureux que l'art. 1273, d'après lequel il suffit que la volonté d'opérer novation résulte clairement de l'acte. Une décharge qui ne serait point expresse, et que l'on voudrait faire résulter de l'intention plus ou moins clairement établie du créancier, serait donc insuffisante pour opérer novation. C'est ainsi que l'acceptation que ferait un créancier d'une hypothèque constituée en sa faveur par le tiers délégué, ne pourrait être considérée comme une preuve de novation. Turin, 11 février 1844, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, p. 609, note 3. Ce n'est pas sans raison que le législateur en a disposé ainsi : il a voulu par là couper court à toutes les contestations qu'aurait fait naître la question de savoir si, en acceptant la délégation, le créancier n'a pas virtuellement et nécessairement déchargé le délégué. En exigeant une déclaration expresse du créancier, nous ne prétendons cependant pas que les expressions de l'art. 1276 soient sacramentelles, et nous admettons qu'elles peuvent être remplacées par des termes équivalents. Cette interprétation intermédiaire de l'art. 1275 paraît aussi être celle de MM. Toulhier (VII, 290) et Duranton (XII, 309, 323 et 324), qui, toutefois, ne formulent pas leur opinion d'une manière bien nette.

²⁹ On ne conçoit pas le motif pour lequel le législateur a cru devoir formellement énoncer, dans l'art. 1277, al. 1^{er}, une proposition tout au moins inutile, d'après les dispositions de l'art. 1275.

³⁰ Il suffit que la nouvelle obligation existe naturellement : car, de même qu'une obligation naturelle peut, par novation, être transformée en une obligation civile (cpr. texte et note 41 *supra*), de même une obligation civile peut aussi être convertie en une obligation naturelle. Voy. les autorités citées à la note suivante.

la première obligation continue à subsister³¹. Tel est, par exemple, le cas où l'objet de la dation en paiement n'existait plus au moment où la novation a été conclue³².

4^o La novation entraîne extinction de l'ancienne obligation. Cette extinction est, en général, complètement indépendante, au regard des tiers, de tous les événements postérieurs³³. Elle l'est même entre les parties, quand il s'agit d'une novation opérée par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, ou au moyen d'une dation en paiement. La déclaration judiciaire de la nullité dont se trouve entachée l'obligation contractée par le nouveau débiteur³⁴, l'éviction de l'immeuble donné en paiement³⁵, l'insolvabilité du délégué³⁶, ne sauraient, en général, faire revivre l'ancienne obligation, avec laquelle il faut bien se garder de confondre le recours en garantie auquel peut donner

³¹ L. 4, § 4, L. 24, *D. de novat.* (46, 2). L. 5, *C. de remiss. pign.* (8, 46). Pothier, n^o 589. Toullier, VII, 299.

³² Cette hypothèse est bien différente de celle que prévoit l'art. 2038. Cpr. art. 1604 et § 349.

³³ *Obligatio sive actio semel extincta non reviviscit, nisi justa causa subsit ex qua æquitas subveniat.* Voy. la glose sur la loi 98, § 8, *D. de solut.* (46, 3), d'où cette règle est tirée.

³⁴ Ainsi, par exemple, dans le cas où un débiteur incapable est, par suite de novation, substitué à un débiteur capable, ce dernier n'en reste pas moins libéré, quoique le premier ait fait prononcer l'annulation de son obligation. § 3, *Inst. quibus modis toll. oblig.* (3, 29). Toullier, VII, 302. Duranton, XII, 282. Il doit en être de même, lorsque la nouvelle obligation est frappée de nullité à raison des vices dont se trouve entaché le consentement de l'obligé. Si Toullier (VII, 299) enseigne le contraire, c'est parce qu'il confond toujours les obligations radicalement nulles avec les obligations non existantes. Cpr. § 37, note 2. La proposition énoncée au texte paraît repoussée par le principe que la nullité prononcée en justice remet les choses au même et semblable état où elles étaient avant l'acte annulé. Il n'en est cependant pas ainsi. En effet, l'extinction de l'ancienne obligation n'est point, en matière de novation, la conséquence immédiate de la formation d'un nouvel engagement; cette extinction est le résultat de la renonciation du créancier, qui, malgré la nullité de la nouvelle obligation, peut avoir eu l'intention de renoncer à l'ancienne. Tout au plus, serait-il permis de dire que la renonciation du créancier n'a été, dans ce cas, que le résultat d'une erreur. Mais alors la nullité de la renonciation serait subordonnée à la preuve de l'erreur alléguée; et cette preuve vint elle à être administrée, la renaissance de l'ancienne obligation ne serait cependant pas la conséquence de la nullité de la nouvelle; elle serait plutôt la suite de la nullité de la renonciation en vertu de laquelle cette ancienne obligation s'est momentanément trouvée éteinte.

³⁵ Cpr. art. 2038 et 4284. Pothier, n^o 604. Toullier, VII, 304.

³⁶ Cpr. art. 4276. Toullier, VII, 303.

lieu l'un ou l'autre de ces événements³⁷. Ainsi, par exemple, l'action dont jouit le créancier, évincé de l'immeuble qu'il a reçu à titre de dation en paiement, prend sa source dans l'obligation de garantie qu'engendre la dation en paiement, et non dans l'ancienne obligation, qui ne revit en aucune manière. Ainsi encore, le recours que l'art. 1276 permet au créancier d'exercer contre le débiteur, lorsqu'il a été fait à ce sujet une réserve expresse, ou que le délégué se trouvait, à l'insu du créancier³⁸, déjà en faillite ou en déconfiture lors de la novation³⁹, n'est qu'une action en garantie fondée sur l'insolvabilité du délégué, action qui n'a rien de commun avec l'ancienne obligation, laquelle n'en est pas moins définitivement éteinte⁴⁰.

5° Tous les accessoires de l'ancienne obligation s'éteignent avec elle. Ainsi, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent pas à la nouvelle. Art. 1278. Ainsi, la novation opérée à l'égard du débiteur principal, libère les cautions, et celle qui se fait entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres. Art. 1281.

Cependant le créancier peut, au moyen d'une réserve expresse, empêcher l'extinction des privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, qui passent alors à la nouvelle⁴¹. Art. 1278. Cette réserve n'exige point, en général, l'intervention de la personne à l'égard de laquelle elle est faite. Elle produit donc, même en cas

³⁷ Cette distinction est de la plus haute importance, surtout en ce qui concerne les accessoires de l'ancienne obligation, par exemple, les cautionnements, les privilèges et hypothèques qui s'y trouvaient attachés, et qui n'en sont pas moins définitivement éteints, malgré le recours en garantie dont le créancier jouit contre le débiteur.

³⁸ Le créancier qui connaissait la faillite ou la déconfiture du délégué est par cela même censé avoir renoncé à tout recours contre le débiteur : *volenti non fit injuria*. Rapport fait au Tribunal par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 481, n° 40). Pothier, n° 604. Duranton, XII, 325. — Il importe peu, du reste, que l'insolvabilité du délégué fût ou non connue du délégant. Maleville, sur l'art. 1276. Merlin, *Rép.*, v° Délégation, § 2. Duranton, *loc. cit.*

³⁹ L'art. 1276 dit au moment de la délégation, parce qu'il suppose que la novation s'est opérée en même temps que la délégation. S'il en était autrement, ce serait évidemment le moment de la novation qu'il faudrait prendre pour point de départ.

⁴⁰ Duranton, XII, 327 et 328.

⁴¹ Cela n'a lieu, toutefois, que sous les modifications résultant des principes qui régissent le système hypothécaire. C'est ainsi, par exemple, que l'inscription spéciale prise pour sûreté de la première créance, ne vaut que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elle est prise, lors même que la nouvelle créance est supérieure à l'ancienne. Cpr. Civ. rej., 15 mars 1845, *Sir.*, 15, 1, 201.

d'expromission, son effet par rapport aux privilèges et hypothèques assis sur les biens de l'ancien débiteur⁴². Toutefois, en cas de novation opérée entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques dont se trouvent grevés les biens des autres codébiteurs, ne peuvent être réservés que de leur consentement exprès ou tacite⁴³. Art. 1280⁴⁴.

Quant aux engagements des cautions et des codébiteurs solidaires, le créancier ne peut les réserver d'une manière pure et simple ; il doit donc exiger l'accession des cautions et codébiteurs solidaires à la nouvelle obligation, ou faire dépendre de cette accession l'existence de la novation⁴⁵. Art. 1281.

D. DE LA COMPENSATION¹.

§ 325.

1. Définition et division de la compensation.

La compensation est l'extinction totale ou partielle de deux

⁴² L'art. 1279 dit bien : « Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, » en ce sens que l'hypothèque donnée par le nouveau débiteur ne peut jamais prendre la date et le rang de l'hypothèque existant sur les biens de l'ancien. Ce point était même tellement évident, qu'il eût été inutile d'en faire la matière d'une disposition spéciale. Mais, ni l'article 1278, ni l'article 1279, n'exigent l'accession de l'ancien débiteur pour la conservation des privilèges et hypothèques dont ses biens se trouvent grevés. Toullier, VII, 312. Duranton, XII, 310 et 311. Voy. cep. en sens contraire : Pothier, n° 599 ; Delvincourt, II, p. 570.

⁴³ Tel est le véritable sens de l'art. 1280, dont le but n'est pas de rendre absolument impossible la conservation des privilèges et hypothèques existant sur les biens des autres codébiteurs solidaires, mais seulement d'en subordonner la conservation au consentement de ces derniers. Pothier, n° 599.

⁴⁴ La disposition exceptionnelle de l'art. 1280 paraît assez difficile à justifier. En admettant que les codébiteurs solidaires, libérés par la novation qui s'est opérée entre le créancier et l'un d'entre eux, ne puissent, sans leur consentement, être personnellement tenus des conséquences de la nouvelle obligation, on ne voit pas pourquoi ce consentement est nécessaire pour la réserve d'hypothèques dont l'existence n'est aucunement incompatible avec la libération personnelle des propriétaires des immeubles grevés. Voy. art. 2077 et § 266. Duranton, XII, 305. Toullier, VII, 313. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1827, Dalloz, 1827, 1, 304.

⁴⁵ Les engagements des cautions et des codébiteurs solidaires seraient définitivement éteints par une novation pure et simple ; ils ne peuvent, par conséquent, continuer à subsister que par l'effet de l'accession des coobligés. Pothier, n° 599. Toullier, VII, 314. Duranton, XII, 317.

¹ Cpr. sur cette matière : *Dissertation* par Frédéric Duranton, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 737 et 862.

obligations qui se soldent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à raison de la circonstance que le créancier et le débiteur de l'une se trouvent être en même temps débiteur et créancier de l'autre². Art. 1289.

La compensation est, soit légale, soit facultative ou judiciaire.

La compensation légale est celle qui, moyennant le concours de certaines conditions, s'opère de plein droit, et sans l'intervention des parties intéressées, à l'instant même où les deux obligations se trouvent exister à la fois. Art. 1290.

La compensation facultative est celle qui s'opère par suite d'une exception, que propose celle des parties dans l'intérêt de laquelle la loi a rejeté la compensation légale³.

La compensation judiciaire est celle à laquelle peut donner lieu une demande reconventionnelle, que forme celle des parties dont la créance ne réunit pas encore toutes les conditions requises pour la compensation légale⁴.

§ 326.

2. Des conditions de la compensation légale.

Les conditions de la compensation légale sont au nombre de quatre.

1° Les deux dettes à compenser doivent avoir, l'une et l'autre, pour objet; soit une somme d'argent, soit une certaine quantité

² *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*. L. 1, D. de compens. (15, 2).

³ C'est ainsi que le déposant peut faire cesser, par l'effet de sa volonté, l'obstacle qui s'oppose à la compensation de la somme qu'il a déposée, avec celle dont il se trouve débiteur envers le dépositaire. Art. 1293, n° 2. Voy. encore § 326, note 24; Toullier, 396 à 399; 404 à 405; Delvincourt, II, p. 584; Duranton, XII, 383; Lyon, 18 mars 1834, Sir., 34, 2, 229.

⁴ *Di cussion au Conseil d'état* (Loché, Lég., XII, p. 184 et suiv., n° 43). — *Reconventio est mutua rei petitio ad petitionem actoris reducta*. La demande reconventionnelle est une demande incidente par laquelle le défendeur provoque la reconnaissance ou la liquidation d'une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur, afin de pouvoir ensuite la compenser avec la dette dont ce dernier réclame le paiement. Cpr. sur la reconvention, sur les cas où elle peut être formée, et sur ses effets: § 326, note 40; Toullier, VII, 346 à 360, 468 à 419; Duranton, XII, 461 à 466; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 233; Req. rej. 1^{er} juin 1854, Sir., 54, 4, 740.

de choses fongibles¹ entre elles². Art. 1291³. Cependant les prestations en grains, ou autres denrées dont le prix est réglé par des mercuriales⁴, peuvent se compenser⁵ avec des sommes d'argent⁶. Art. 1291⁷.

2° Les deux dettes doivent être également liquides. Art. 1291. On appelle dette liquide, celle dont l'existence est certaine, et dont la quotité se trouve déterminée⁸. Une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut être admise comme susceptible d'entrer en compensation, à moins cependant que celui qui l'oppose, n'ait en main la preuve de l'existence de la dette contestée, et ne soit ainsi en état d'en justifier promptement⁹. Une

¹ Voy. au § 472, la définition des choses fongibles.

² Il ne suffit pas que ces choses soient fongibles chacune séparément, il faut qu'elles le soient l'une par rapport à l'autre. Ainsi, par exemple, une pièce de vin de Bordeaux, de 1846, qui formerait l'objet d'un prêt de consommation, constituerait bien une chose fongible; cependant, elle ne pourrait être compensée avec une autre pièce de vin de Bordeaux, de 1852, également fongible isolément envisagée, parce que ces deux pièces de vin, de qualité différente, ne sont point fongibles entre elles. C'est là probablement l'idée que le législateur a voulu rendre en disant, dans l'art. 1290, que les choses fongibles doivent être *de la même espèce*. Cpr. Duranton, XII, 394.

³ Cette disposition de l'art. 1291 est une conséquence du principe qu'on ne peut, contre le gré du créancier, payer une chose pour une autre. Art. 1243. Pothier, n° 626. Toullier, VII, 363. Cpr. pour les développements de cette première condition : Toullier, VII, 364 à 366; Duranton, XII, 394 à 396.

⁴ Les denrées peuvent alors, jusqu'à certain point, être assimilées à de l'argent.

⁵ Il ne faut pas conclure de là que la compensation ne soit, en pareil cas, que facultative. Les expressions *peuvent se compenser*, qui portent sur les choses et non sur les personnes, ne signifient pas que les parties aient la faculté d'opposer ou non la compensation; elles indiquent une exception au principe précédemment établi. Duranton, XII, 390.

⁶ Mais elles ne pourraient se compenser avec des denrées d'une autre espèce ou qualité, lors même que le prix en serait également réglé par des mercuriales : *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 621, n° 8.

⁷ Cpr. sur l'exception apportée par l'art. 129 du Code de procédure, à cette disposition de l'art. 1291 : Toullier, VII, 367; Duranton, XII, 390.

⁸ *Cum certum est an et quantum debeat*. Pothier, n° 628. Toullier, VII, 369. Duranton, XII, 397. Cpr. Civ. cass., 17 juin 1839, Sir., 39, 4, 584; Civ. cass., 12 janvier 1841, Sir., 41, 4, 129.

⁹ En exigeant que les deux dettes soient également liquides, la loi ne demande cependant pas qu'elles soient reconnues par les débiteurs. *Rapport fait au Tribunal*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 484, n° 47). Pothier, et Duranton, *loc. cit.* Toullier, VII, 374.

dette d'ailleurs certaine, mais dont la quotité dépend d'un règlement de compte ou d'une estimation, n'est pas non plus liquide¹⁰.

3° Les deux dettes doivent être exigibles. Art. 1291. Ainsi, on ne peut fonder de compensation sur une obligation purement naturelle¹¹, sur une obligation sujette à annulation ou à rescision¹², sur une obligation prescrite¹³, sur une obligation soumise à une condition suspensive¹⁴, enfin sur une obligation ajournée dont le terme n'est point encore arrivé¹⁵, à moins qu'il ne s'agisse d'un simple délai de grâce. Art. 1292.

L'exigibilité résultant de la faillite ne peut jamais entraîner

¹⁰ *Rapport* ci-dessus cité (Loché *op. et loc. cit.*). Pothier, *loc. cit.* Toullier, VII, 370. Paris, 23 avril 1811, Sir., 11, 2, 220. Bourges, 25 novembre 1814, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 624, note 2. — Cependant le juge devant lequel un débiteur est assigné en paiement d'une dette liquide, peut, sur la demande reconventionnelle formée par ce dernier, en paiement d'une dette dont la quotité, non encore fixée, est susceptible d'une liquidation facile, surseoir à statuer sur la demande principale, jusqu'à ce que la demande reconventionnelle soit en état. L. 44, C. de comp. (4, 31). *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1291 (Loché, *Lég.*, XII, p. 184, n° 43). Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 1. Toullier, VII, 411 et suiv. Req. rej., 6 juin 1811, Dalloz, v° Obligations, p. 623, note 1, Toulouse, 14 août 1818, Sir., 19, 2, 221. Req. rej., 19 juillet et 29 novembre 1832, Sir., 33, 1, 18 et 76. Voy. encore : Civ. cass., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 279; Rennes, 13 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 188; Bordeaux, 7 mars 1826, Sir., 26, 2, 276; Paris, 13 mai 1830, Sir., 30, 2, 352.

¹¹ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 365, n° 113). Toullier, VI, 389. Duranton, XII, 405 et 406. Il en était autrement en Droit romain. Cpr. LL. 6 et 14, D. de compens. (16, 2); L. 2, C. eod. tit. (4, 31).

¹² Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 3, n° 2. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 630, n° 41. La raison de douter est qu'une obligation sujette à annulation ou à rescision n'en doit pas moins être réputée valable, tant que la nullité ou la rescision n'en a pas été prononcée. La raison de décider est que la loi, en parlant d'une dette exigible, suppose une dette dont le paiement puisse être efficacement exigé, et contre laquelle le débiteur n'ait aucune exception péremptoire à opposer. Cpr. L. 55, D. de V. S. (50, 16); L. 112, D. de R. J. (50, 17). Il est, du reste, bien évident, que si l'action en nullité ou en rescision se trouvait éteinte par la prescription, aucun obstacle ne s'opposerait plus à la compensation.

¹³ Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 3; *Quest.*, v° Papier-Monnaie, § 4. Delvincourt, II, p. 581. Duranton, XII, 408. Troplong, *De la prescription*, II, 833. Les réflexions présentées dans la note précédente doivent également recevoir ici leur application.

¹⁴ Toullier, VII, 374. Duranton, XII, 403. — *Quid* d'une obligation soumise à une condition résolutoire? Cpr. Toullier, *loc. cit.*; Duranton, XII, 404.

¹⁵ Bourges, 17 juin 1829, Sir., 33, 1, 440. Civ. cass., 19 mai 1835, Sir., 35, 1, 745.

de compensation ¹⁶. Quant à la déchéance du bénéfice du terme, fondée sur la déconfiture ¹⁷, ou sur la circonstance que le débiteur a diminué, par son fait, les sûretés données par le contrat au créancier ¹⁸, elle ne rend la créance exigible, et par suite susceptible d'entrer en compensation, qu'à partir du jugement qui prononce cette déchéance.

4° Le créancier de l'une des obligations doit être débiteur personnel et principal de l'autre obligation ; et réciproquement, le créancier de celle-ci doit être débiteur personnel et principal de celle-là ¹⁹. Art. 1289. Il résulte de ce principe que la compensation légale ne peut s'opérer : entre une créance due à un administrateur du patrimoine d'autrui, et une autre créance due au débiteur de la première obligation par la personne dont cet administrateur est chargé de gérer les biens, et *vice versa* ²⁰ ;

¹⁶ La raison en est qu'au même instant où la dette non encore échue devient exigible par suite du jugement déclaratif de la faillite, le paiement ne peut plus en avoir lieu au préjudice des droits acquis aux créanciers du failli, dont le sort est irrévocablement fixé. Ce principe, qu'avait déjà admis la jurisprudence (Cpr. Civ. cass., 12 février 1811, Sir., 41, 4, 444 ; Civ. cass., 17 février 1823, Sir., 24, 4, 82 ; Lyon, 25 janvier 1825, Sir., 25, 2, 126), a été consacré dans toute sa généralité, sans distinction entre les dettes commerciales ou non commerciales, par la loi du 28 mai 1838. Code de commerce, nouv. édit., art. 446, al. 3.

¹⁷ La déconfiture, c'est-à-dire, l'insolvabilité d'un non-commerçant, n'étant légalement attachée à aucun fait à la date duquel on puisse faire remonter l'exigibilité de la dette, il ne saurait y avoir lieu à compensation qu'à partir du jugement qui, en déclarant la déconfiture, prononce la déchéance du bénéfice du terme.

¹⁸ La compensation ne peut, dans ce cas, comme dans celui de déconfiture, avoir lieu qu'en vertu du jugement qui constate le fait auquel est subordonnée la déchéance du bénéfice du terme. Cpr. Duranton, XII, 444.

¹⁹ Pour énoncer ce principe, on a coutume de dire que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles *a celui qui oppose et à celui auquel est opposée la compensation*. Cpr. Toullier, VII, 375 ; Duranton, XII, 443 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 626, n° 22, et 627, n° 30. Mais cette manière de s'exprimer n'est aucunement exacte, puisqu'elle tend à confondre la compensation elle-même et le droit d'opposer une compensation opérée, ce qui est bien différent. Ainsi, par exemple, quoique la dette résultant d'un cautionnement ne soit pas compensable avec la créance due au débiteur principal, la caution a cependant le droit d'opposer la compensation qui s'est opérée du chef de ce dernier. Art. 1294, al. 1. Voy. aussi note 21 *infra*.

²⁰ Ainsi, lorsque la même personne se trouve débitrice d'un tuteur et créancière du pupille de ce dernier, il ne s'opère point de compensation entre sa dette et sa créance, puisqu'elle n'est pas débitrice et créancière de la même personne. Cpr. pour les développements et les applications de cette première conséquence :

entre une créance garantie par un cautionnement, et la créance existant au profit de la caution contre le créancier de la première obligation ²¹.

Aucune autre condition n'est, en général, requise pour la compensation légale. Ainsi :

1° L'incapacité personnelle des parties ne met aucun obstacle à la compensation, qui s'opère quoiqu'elles ne soient pas capables de payer, ou de recevoir un paiement.

2° La nature des titres des deux créances et la diversité des causes sur lesquelles elles sont fondées ²² n'exercent, en général ²³, aucune influence sur l'admissibilité de la compensation. Art. 1293.

3° Il en est de même de la forme extérieure des actes au moyen desquels les créances sont constatées, et de la différence qui existe, sous ce rapport, entre ces actes ²⁴.

4° L'inégalité entre le montant de l'une des créances et le montant de l'autre, ne s'oppose pas non plus à la compensation, dont l'effet, en pareil cas, est d'éteindre la créance la plus faible en totalité, et la plus forte jusqu'à concurrence de la quotité de celle-ci ²⁵. Art. 1290.

5° Enfin, la diversité des lieux auxquels l'une et l'autre dette doivent être acquittées, n'empêche pas davantage que la compensation ne s'opère de plein droit ²⁶, sauf, en ce cas, les frais

Delvincourt, II, p. 575 et 576 ; Toullier, VII, 375 à 378 ; Duranton, XII, 413 à 418 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Obligations, p. 626, n°s 22 à 25, p. 627, n°s 30 et 31 ; Toulouse, 21 juin 1832, Sir., 32, 2, 494.

²¹ La caution poursuivie par le créancier peut, il est vrai, opposer à ce dernier la compensation de ce qu'il lui doit, car qui compense paie ; mais la compensation ne s'opère pas de plein droit, et ne date que du jour où elle a été opposée. Duranton, XII, 425. C'est aussi pour cette raison, et seulement en ce sens, que l'art. 1294, al. 2, dit que le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Cette disposition, fondée sur ce que la compensation n'existe que lorsqu'elle a été opposée par la caution, n'enlève pas au débiteur principal le droit de s'en prévaloir lorsqu'elle s'est une fois opérée. Duranton, XII, 427.

²² Cpr. Req. rej., 12 août 1807, Sir., 7, 1, 433.

²³ Les exceptions auxquelles ce principe est soumis, seront développées au paragraphe suivant.

²⁴ Ainsi, une créance constatée par acte exécutoire peut se compenser avec une créance établie par un acte qui n'est pas exécutoire. Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 2. Civ. rej., 28 messidor an XIII, Sir., 6, 1, 73.

²⁵ Cpr. § 319, note 8.

²⁶ Toullier (VII, 400) enseigne que, dans ce cas, la compensation n'est que fa-

de remise, dont il doit être fait état à la partie à laquelle ils peuvent être dus suivant les circonstances ²⁷. Art. 1296.

Du reste, la compensation ne peut jamais avoir lieu au préjudice de droits acquis à des tiers, notamment, en vertu d'une hypothèque ²⁸, d'une saisie-arrêt ²⁹, d'une acceptation ou signification de cession ³⁰, de la faillite du débiteur ³¹, de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession ³². Art. 1298, 1295 et arg. de ces articles.

cultative, et ne s'opère pas de plein droit. Son opinion est, selon nous, victorieusement réfutée par M. Duranton, qui démontre très-bien (XII, 386) que les expressions *on n'en peut opposer la compensation*, dont se sert l'art. 1296, n'indiquent, pas plus dans cet article que dans ceux qui le précèdent, une compensation facultative.

²⁷ C'est-à-dire, à celle en faveur de laquelle existe la différence du cours du change : il ne faut pas conclure de la rédaction de l'art. 1296 que les frais de remise soient nécessairement dus à la partie à laquelle la compensation est opposée. Duranton, *loc. cit.*

²⁸ Ainsi, le créancier hypothécaire, qui se rend adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, au préjudice des droits acquis aux autres créanciers hypothécaires, prétendre qu'il s'est opéré une compensation entre sa créance et le prix de l'adjudication. Voy. § 280.

²⁹ Art. 1298. Cpr. art. 1242 ; Code de procédure, art. 557 et suiv. ; Duranton, XII, 442 et 443.

³⁰ Art. 1295. Cpr. art. 1690. La signification ou l'acceptation de la cession saisissant également le cessionnaire à l'égard du débiteur, empêchent l'une et l'autre toute compensation entre la créance cédée et les créances que ce dernier peut acquérir contre le cédant, postérieurement à cette signification ou acceptation, ou qui, bien qu'antérieures à ces actes, ne sont devenues compensables que depuis. Duranton, XII, 437 et 438. Civ. rej., 3 décembre 1854, Sir., 52, 1, 214. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 1295. Mais l'acceptation de la cession produit des effets plus étendus que la simple signification, en ce qu'elle prive le débiteur du droit de faire valoir, contre le cessionnaire, les moyens qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant, et notamment la compensation antérieurement opérée. Cpr. § 329, texte et note 10.

³¹ La compensation ne peut avoir lieu en faveur de celui qui, étant créancier ou débiteur du failli avant l'ouverture de la faillite, est devenu depuis son débiteur ou son créancier. Cette compensation porterait, en effet, préjudice aux droits acquis à la masse des créanciers. Cpr. art. 2446 ; Code de commerce, art. 443 et 446 ; texte et note 16, *supra*. Toullier, VII, 384. Req. rej., 10 juillet 1832, Sir., 32, 1, 429.

³² La vacance d'une succession ou son acceptation sous bénéfice d'inventaire peuvent, jusqu'à un certain point, être assimilées à la faillite, parce que les droits des créanciers d'une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire sont fixés d'une manière irrévocable dès l'instant de l'ouverture de cette succession. Arg. art. 2446. Toutefois, s'il n'existe pas de créanciers opposants, la com-

§ 327.

3. *Des cas exceptionnels dans lesquels la compensation légale n'a pas lieu.*

La compensation légale n'a pas lieu :

1° Lorsque l'une ou l'autre des parties a renoncé d'avance à la faculté de s'en prévaloir ¹.

2° Lorsque l'une ou l'autre des créances se trouve, à raison de la faveur qu'elle mérite, soustraite à la compensation légale, en vertu d'une disposition spéciale de la loi. Les créances privilégiées, sous ce rapport, sont, d'après l'art. 1293 :

1) Celle dont la prestation consiste dans la restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ².

2) Celle qui a pour objet une chose déposée ³ ou prêtée à usage ⁴.

compensation s'opérera, sinon *de plano*, du moins en vertu du jugement qui la prononcera, sur la demande de la partie intéressée. Arg. art. 808. Toullier, VII, 380.

¹ Delvincourt, II, p. 579. Bordeaux, 7 mars 1831, Sir., 31, 2, 250. Limoges, 7 avril 1843, Sir., 46, 2, 144. Toullier (VII, 393) n'admet point la validité d'une renonciation anticipée à la compensation ; il appuie son opinion sur l'art. 2220. Mais l'argument d'analogie qu'il prétend en tirer n'est pas concluant, puisque la prescription est fondée sur un motif d'intérêt ou d'ordre public qui explique la prohibition établie par l'art. 2220. Une pareille prohibition ne se comprendrait pas en ce qui concerne la compensation, qui n'a été admise que par des raisons d'intérêt privé. Cpr. § 325, note 3. — Cpr. sur la renonciation postérieure à la compensation opérée : § 329.

² C'est-à-dire autrement que par autorité de justice. Cette disposition est une conséquence de la règle *spoliatus ante omnia restituendus*. Cpr. Pothier, n° 625; Toullier, VII, 382.

³ Les choses qui forment l'objet d'un dépôt régulier ne pouvant être fongibles (art. 1932), et la compensation ne pouvant s'opérer qu'entre choses fongibles (art. 1291), il faut supposer, pour expliquer l'utilité de la disposition dont s'agit, que le législateur n'a entendu parler ici que d'un dépôt irrégulier, par exemple, de celui d'une somme d'argent qui, d'après l'intention commune des parties, ne doit pas nécessairement être restituée au moyen des mêmes espèces monnayées. Pothier, *loc. cit.* Delvincourt, II, p. 578. Toullier, VII, 385. Duranton, VII, 448. Il est à remarquer que, quoique le dépositaire ne puisse pas opposer de compensation au déposant, il a cependant le droit de retenir la chose déposée jusqu'au remboursement des avances qu'il a faites pour la conservation de cette chose. Art. 1948. — Cpr. sur l'hypothèse où le dépositaire a été, en cas de perte de la chose déposée, condamné à en rembourser la valeur : la note suivante ; Toullier, VII, 385 ; Duranton, XII, 448.

⁴ Une vive controverse s'est élevée sur la question de savoir quelle est l'hypo-

3) Celle qui a pour cause des aliments insaisissables⁵, c'est-à-dire, soit des provisions alimentaires adjudgées par justice, soit des sommes ou pensions données ou léguées à titre d'aliments⁶. Code de procédure, art. 581, nos 2 et 4.

thèse à laquelle s'applique cette disposition, qui paraît sans utilité, puisque les choses qui forment l'objet d'un commodat ne peuvent être des choses fongibles (art. 1875), et que les choses de cette espèce sont cependant les seules qui soient susceptibles de compensation. Art. 1291. Delvincourt (II, p. 578) pense que le législateur a voulu prévoir le cas où, à raison de la perte de la chose empruntée, l'emprunteur a été condamné à en rembourser la valeur. Cette explication ne nous paraît pas plausible : le jugement qui condamne l'emprunteur à payer la valeur de la chose qu'il se trouve dans l'impossibilité de rendre opère une novation judiciaire par suite de laquelle la créance du prêteur n'a plus pour objet qu'une somme d'argent, et se trouve, par conséquent, susceptible de compensation. Voy. Pothier, *Du prêt à usage*, n° 44; Toullier, VII, 383; Duranton, XII, 449. M. Duranton (*Traité des contrats*, n° 971) avait d'abord regardé la disposition dont s'agit comme une reproduction de l'art. 1885, qui, dans son opinion, dénie à l'emprunteur le droit de rétention sur la chose empruntée. Mais il n'est pas à présumer que le but d'une disposition qui place le commodat sur la même ligne que le dépôt ait été de refuser à l'emprunteur le droit de rétention dont jouit le dépositaire. Cpr. art. 1948, et note 3 *supra*. Voy. d'ailleurs, sur le véritable sens de l'art. 1885 : § 392, texte n° 3. Aussi M. Duranton n'a-t-il pas reproduit cette explication dans son *Cours de droit civil* (XII, 383), où il se rapproche, jusqu'à certain point, de l'opinion de Toullier. Cet auteur enseigne (VII, 383) que la disposition dont nous nous occupons, s'applique au cas où, soit de l'argent, soit d'autres choses fongibles, forment, par exception, l'objet d'un prêt à usage. Cette explication, évidemment erronée, puisque de l'argent prêté à usage, *ad pompam et ostentationem*, n'est pas une chose fongible, peut cependant nous donner la clé de l'art. 1293, n° 2, qui repose sur la confusion que le législateur a faite ici, comme dans l'art. 1892, entre les choses fongibles et celles qui se consomment par l'usage. Cpr. § 172, note 1. Ces dernières peuvent, en effet, devenir l'objet d'un commodat, mais, dans ce cas, elles ne sont pas fongibles et se trouvent, par cela même, soustraites à la compensation en vertu de l'art. 1291. C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction, et pour avoir erronément regardé comme fongibles les choses qui se consomment par l'usage, lors même qu'elles sont l'objet d'un commodat, que les rédacteurs du Code ont cru devoir établir dans l'art. 1293 une règle tout à fait inutile en présence de l'art. 1291.

⁵ L'inadmissibilité de la compensation étant subordonnée à la prohibition de saisir, il en résulte que la première cesse avec la seconde, et que la compensation a lieu dans les cas où la saisie est exceptionnellement permise. Voy. à cet égard : Code de procédure, art. 582; Delvincourt, II, p. 579; Duranton, XII, 453. Cpr. aussi Toullier, VII, 386; Civ. cass., 17 mai 1831, Sir., 31, 4, 209.

⁶ Duranton, XII, 451.—Une pension alimentaire constituée à titre onéreux au profit de l'une des parties contractantes, ou comme condition d'une donation faite par la partie à laquelle elle est promise, n'est point insaisissable, lors même qu'elle aurait été déclarée telle par l'acte qui l'a établie.

A ces trois exceptions tirées du Droit civil, il faut en ajouter une quatrième, fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques. Elle concerne les contributions dues à l'État, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise⁷. Les autres créances de l'État sont, en ce qui concerne la compensation, soumises aux règles du Droit commun. Toutefois, la compensation légale ne s'opère, en ce qui les concerne, qu'autant que l'État se trouve, en sa double qualité de créancier et de débiteur, représenté par la même régie, et que, d'ailleurs, cette compensation ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité financière⁸.

§ 328.

4. De la manière dont s'opère la compensation, et de ses effets.

La compensation légale s'opère de plein droit. Elle produit tous les effets que la loi y attache, à l'insu même des parties, dès l'instant où se rencontrent les conditions dont elle dépend. Art. 1290. La compensation facultative n'a lieu que du moment où elle est opposée¹. Quant à la compensation judiciaire, elle ne s'opère qu'en vertu du jugement qui la prononce. Toutefois, les effets en remontent, en général, au jour où elle a été proposée.

La compensation, soit légale, soit facultative ou judiciaire, tient lieu de paiement². Elle éteint, au moment où elle s'opère, les deux créances avec tous leurs accessoires, tels que privilèges, hypothèques et cautionnements. Cpr. art. 1299. De ce principe découlent les conséquences suivantes :

⁷ C'est ce qui a été reconnu dans la discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, XII, p. 186, n° 45). Cette exception n'a pas été formellement rappelée par l'art. 1293, parce qu'elle est étrangère au Droit civil. Civ. cass., 8 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 2, 707. Civ. cass., 11 mai 1807, Sir., 7, 2, 745. Voy. cependant : Req. rej., 26 mai 1830, Sir., 30, 1, 257 ; Solution de la régie du 10 juin 1831, Sir., 33, 2, 337.

⁸ Cpr. sur ces différents points : L. 45, § 5, D. *de jure fisci* (49, 14) ; L. 4, C. *de compens.* (4, 34) ; *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *op. et loc. cit.*) ; Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 3, n° 3, et *Quest. eod. v°*, § 3 ; Toullier, VII, 379 ; Duranton, XII, 420 ; Civ. cass., 17 thermidor an VII, Sir., 7, 2, 793 ; Civ. cass., 19 mars 1811, Sir., 11, 1, 256 ; Civ. cass., 12 janvier 1841, Sir., 41, 1, 129.

¹ Toullier, VII, 385 et 396 à 398. Lyon, 18 mars 1831, Sir., 31, 2, 229. Voy. en sens contraire : Frédéric Duranton, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 874 et suivantes.

² *Compensatio est instar solutionis.*

1° La prescription qui courait contre l'une des parties, ne peut s'accomplir après l'époque où la compensation s'est opérée, encore que celle-ci ne soit opposée qu'après l'expiration du temps au bout duquel la prescription se serait accomplie³.

2° La caution peut se prévaloir de la compensation opérée entre le créancier et le débiteur principal. Art. 1294, al. 1⁴.

3° Lorsqu'il y a plusieurs dettes susceptibles de compensation légale, la compensation se fait suivant les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256. Art. 1297.

§ 329.

5. De la renonciation à la compensation opérée.

Chacune des parties est libre de renoncer à la compensation qui s'est opérée en sa faveur.

Une pareille renonciation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Mais, dans le doute, elle ne se présume pas. Ainsi, le débiteur qui, après avoir payé un à-compte, reste encore redevable d'un solde supérieur ou égal à la somme qui lui est due, ne perd pas le droit d'opposer ultérieurement la compensation¹. Ainsi encore, le débiteur qui ne s'est pas prévalu de la compensation en première instance peut le faire en instance d'appel². Il peut même l'opposer à l'exécution de la condamnation qu'il a laissé prononcer contre lui³. Enfin, celui qui reçoit, sans faire de réserves, la signification du transport d'une créance dont il était débiteur, ne perd pas, par son silence, le droit d'opposer au cessionnaire la compensation qui s'est opérée antérieurement à cette signification⁴. Art. 1295, al. 2.

³ Toullier, VII, 389. Civ. cass., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 279.

⁴ La caution solidaire peut-elle, comme la caution simple, opposer la compensation du chef du débiteur principal? Cpr. § 423, texte et note 7; § 426, texte et note 13.—Le débiteur principal peut-il opposer la compensation du chef de la caution? Cpr. § 326, texte et note 21.—La compensation qui s'est opérée du chef de l'un des codébiteurs solidaires peut-elle être opposée par les autres? Cpr. § 298, texte n° 2, notes 36 à 38.

¹ Cpr. Req. rej., 17 juillet 1832, Sir., 33, 1, 76; Civ. rej., 24 décembre 1834, Sir., 35, 1, 142.

² Cpr. art. 2220; Code de procédure, art. 464.

³ L. 2, C. de compens. (4, 34). Pothier, n° 604, Merlin, Rép., v° Compensation, § 4, n° 5. Toullier, VII, 288. Duranton, XII, 459 et 460.

⁴ Cpr. Observations du Tribunat (Locré, Lég., XII, p. 279, n° 58). ; texte *in fine*.

La renonciation à la compensation peut être réciproque. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas du paiement d'une dette éteinte par compensation. Pour déterminer les effets d'un pareil paiement, il convient d'établir les distinctions suivantes :

Lorsque le paiement a été fait et reçu en connaissance de cause, chacune des parties est à considérer comme ayant renoncé à la compensation, de sorte que l'une des créances se trouve éteinte par le paiement, et que l'autre continue de subsister, toutefois entre les parties seulement, et sauf les droits acquis aux tiers par l'effet de la compensation. Art. 1299⁵.

Si le paiement a été fait par erreur, c'est-à-dire dans l'ignorance de la créance qui avait opéré, par compensation, l'extinction de la dette formant l'objet de ce paiement, celui qui l'a effectué conserve, même au regard des tiers, l'action naissant de sa créance, avec tous les accessoires qui y étaient attachés. Art. 1299⁶. Il en est ainsi, peu importe que l'autre partie ait reçu le paiement sciemment ou par erreur. Du reste, celui qui a fait le paiement par erreur aurait, outre l'action dérivant de sa créance, la *condictio indebiti* ; et il pourrait avoir intérêt à exercer de préférence cette dernière action, dans le cas où les deux créances n'étant pas productives d'intérêt, l'autre partie aurait reçu le paiement de mauvaise foi⁷.

Enfin, lorsque le paiement a été fait en connaissance de cause, qu'il ait été reçu sciemment ou par erreur, celui qui l'a effectué conserve contre l'autre partie, mais non à l'égard des tiers, l'action naissant de sa créance⁸. Si le paiement a été accepté

⁵ Cet article ne parle que des privilèges et hypothèques, mais il n'est pas douteux que sa disposition ne doive être étendue aux cautionnements. Duranton, XII, 457.

⁶ Les expressions de l'art. 1299 : *à moins qu'il n'eût eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette*, n'ont pas pour objet, ainsi que l'enseigne Toullier (VII, 391), d'exiger la double preuve, et de l'ignorance, et d'une juste cause sur laquelle elle serait fondée. L'ignorance constituant un fait négatif dont la preuve directe et absolue est impossible, il suffit que celui qui s'en prévaut établisse une cause probable d'ignorance. Telle est l'idée que le législateur nous paraît avoir voulu exprimer.

⁷ Cpr. art. 1378. C'est au cas de paiement fait par erreur et à ce cas seulement que s'applique la loi 10, § 4. D. *de comp.* (16, 2), portant : *Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto*. Il est en effet évident que, si le paiement avait eu lieu en connaissance de cause, il ne donnerait pas ouverture à la *condictio indebiti*. Cpr. art. 1377 et § 442.

⁸ La *condictio indebiti* ne pouvant être exercée en pareil cas (art. 1377), celui

par erreur, celui qui l'a reçu peut, de son côté, mais seulement dans ses rapports avec l'autre partie, demander le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement, en offrant de restituer les valeurs qui lui ont été remises⁹.

L'acceptation du transport d'une créance compensée emporte également renonciation à la compensation. Le débiteur cédé qui accepte purement et simplement la cession faite à un tiers par son ancien créancier n'est plus recevable à opposer au cessionnaire la compensation dont il eût pu se prévaloir contre le cédant, et il n'est pas même admis à se faire relever de l'engagement que, par l'acceptation de la cession, il a contracté envers le cessionnaire, sous prétexte qu'il ignorait l'existence à son profit de la créance qui avait opéré la compensation¹⁰. Art. 1295, al. 1^{er}. D'un autre côté, le débiteur cédé recouvre, par suite de l'acceptation du transport, son ancienne action contre le cédant. Toutefois, il ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges, hypothèques ou cautionnements attachés à sa créance, à moins cependant qu'il n'ait accepté le transport que dans l'ignorance de la compensation. Art. 1299¹¹. Quant au cessionnaire

qui a fait le paiement serait privé de tout recours, si on lui refusait la faculté d'agir en vertu de son ancienne créance. Or, un pareil résultat n'est point acceptable. Vainement dirait-on que celui qui a payé est présumé avoir voulu donner. Cette présomption, qu'on est bien obligé d'admettre pour expliquer le paiement fait par une personne qui savait n'être pas débitrice, et qui, de son côté, n'était pas créancière, n'a plus la même force dans l'hypothèse actuelle. Ici, en effet, le paiement se comprend par l'intention de renoncer au bénéfice de la compensation; et c'est en ce sens qu'il doit être interprété d'après la règle *renuntiatio strictissimæ est interpretationis*.

⁹ Celui qui a fait le paiement en connaissance de cause n'a pas pu priver celui qui l'a reçu par erreur du droit d'opposer la compensation. Mais en l'opposant ce dernier est obligé de rétablir les choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement, en restituant les valeurs qui en ont formé l'objet. Cpr. Pau, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 426.

¹⁰ L'exception établie par la disposition finale de l'art. 1299 ne peut s'étendre à cette hypothèse. Autre est la position des tiers dont s'occupe cette disposition, tiers auxquels la loi ne fait aucun tort en les privant du bénéfice d'une compensation qu'ils ne tenaient que d'elle-même, et qui résulte, d'ailleurs, d'une circonstance sur laquelle ils n'étaient pas autorisés à compter; autre la position du cessionnaire qui, par suite de l'engagement personnel du débiteur cédé, a acquis contre ce dernier un droit dont la privation pourrait lui causer un dommage irréparable. Il serait d'autant plus injuste de le laisser en perte, qu'il aurait été induit en erreur par le fait du débiteur cédé. Delvincourt sur l'art. 1295. Duranton, XII, 436.

¹¹ Quoique cet article ne parle textuellement que du paiement d'une dette com-

d'une créance éteinte par compensation, il ne peut, même au cas où le transport aurait été purement et simplement accepté par le débiteur cédé, faire valoir au préjudice des tiers les accessoires autrefois attachés à cette créance¹².

E. DE LA CONFUSION.

§ 330.

La confusion, considérée comme mode d'extinction des obligations¹, est la réunion ou le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur d'une seule et même obligation². Art. 1300.

Ce concours a lieu : 1° lorsque le créancier succède au débiteur à titre universel, ou réciproquement ; 2° lorsqu'une tierce personne succède, à titre universel, tant au créancier qu'au débiteur. Du reste, la confusion ne s'opère dans ces deux cas qu'autant que la succession a lieu en pleine propriété³.

La confusion a lieu pour la totalité ou pour partie, suivant que la succession par suite de laquelle elle s'opère fait passer au successeur la totalité ou une partie seulement des droits et des obligations de son auteur⁴.

La confusion ne doit pas être entièrement assimilée à un paiement : elle a plutôt pour effet de dégager de l'obligation le débiteur dans la personne duquel elle s'opère, que d'éteindre l'obligation elle-même⁵. Il en résulte :

pensée, la règle et l'exception qu'il établit doivent, par analogie de motifs, être étendues à l'acceptation de la cession d'une créance compensée. Duranton, XII, 434.

¹² Duranton, XII, 435.

¹ Cpr. sur les autres significations juridiques du mot *confusion* : Duranton, XII, 467 ; Toullier, VII, 421.

² A la différence de la compensation, laquelle éteint deux dettes qui se soldent l'une par l'autre, la confusion n'éteint qu'une seule obligation. L'art. 1300 est donc rédigé d'une manière inexacte. Cpr. Duranton, *loc. cit.* ; Delvincourt, II, p. 583. Cette inexactitude nous paraît avoir induit en erreur la cour de cassation, qui a admis la confusion dans des espèces où ne devait s'agiter qu'une question de compensation. Cpr. Civ. cass., 11 décembre 1832, *Sir.*, 33, 1, 140 ; Civ. cass., 13 mai 1833, *Sir.*, 33, 1, 668.

³ Duranton, XII, 469 *bis*. Civ. cass., 19 décembre 1838, *Sir.*, 39, 1, 133.

⁴ Cpr. Pothier, 648 ; Toullier, VII, 422 ; Duranton, XII, 469 ; Delvincourt, II, p. 583.

⁵ *Confusio potius eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem*. Cpr. L. 71, D. *de fidej.* (46, 1) ; Duranton, XII, 481.

1° Que la confusion produite par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur solidaire, ne profite aux autres codébiteurs solidaires que pour la portion dont se trouvait à leur égard tenu dans la dette celui du chef ou dans la personne duquel la confusion s'est opérée. Art. 1301, al. 3 cbn. 1209.

2° Que la confusion qui s'opère par le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de caution, ne profite pas au débiteur principal⁶. Art. 1301, al. 2.

Mais la confusion produite par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur principal, profite à la caution⁷. Art. 1301, al. 1.

Le bénéfice d'inventaire forme obstacle à la confusion. Art. 802, n° 2⁸.

Lorsque la cause qui a produit la confusion vient à disparaître, la créance qu'elle avait éteinte renaît, en général, avec tous ses accessoires, même à l'égard des tiers. Il en est ainsi notamment lorsque l'héritier est déclaré indigne, que son acceptation de la succession est révoquée, ou que le testament qui l'avait appelé à l'hérédité vient à être annulé⁹.

F. DU MODE D'EXTINCTION RÉSULTANT DE LA SURVENANCE D'UN EMPÊCHEMENT QUI REND IMPOSSIBLE L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OBLIGATION.

§ 331.

L'obligation s'éteint lorsque la prestation qui en forme la matière devient physiquement ou légalement impossible¹. Si cependant l'obstacle qui s'oppose à la prestation est le résultat d'une faute imputable au débiteur, ou si ce dernier se trouve

⁶ La confusion n'éteint, en pareil cas, que le cautionnement. Toullier, VII, 429. Duranton, XII, 476.

⁷ L'action du créancier contre la caution, se trouve neutralisée par le recours dont la caution jouirait contre lui, en sa qualité de débiteur principal. Cpr. art. 2028 et suiv.

⁸ Cpr. § 619, texte n° 1, 2).

⁹ Cpr. Art. 729 et 783 ; § 593, texte n° 4 et note 7 ; Delvincourt, II, p. 585 ; Toullier, VII, 437 et suiv. ; Duranton, XII, 483 à 487. — *Quid* en cas de cession de droits successifs ? Cpr. § 359 *ter*, texte n° 5 et note 8.

¹ *Obligatio, quamvis initio recte constituta, extinguitur, si inciderit in eum casum a quo incipere non poterat.* L. 140, § 2, D. de V. O. (45, 1). § 2, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). Toullier, VII, 446.

exceptionnellement responsable des cas fortuits ou de force majeure, soit en vertu d'une clause qui le charge de ces risques, soit à raison de sa mise en demeure, l'obligation primitive se convertit en une obligation de dommages-intérêts².

Le principe qui vient d'être posé et l'exception qui y a été apportée s'appliquent aux obligations de faire aussi bien qu'aux obligations de donner³. Toutefois, il faut, en ce qui concerne spécialement les obligations de donner, distinguer les trois hypothèses suivantes :

1° Lorsque la prestation consiste dans la délivrance d'une chose individuellement déterminée (*species*), l'obligation s'éteint par la perte⁴ de cette chose⁵, et ne se convertit en dommages-intérêts que dans les cas ci-dessus indiqués. Art. 1302, al. 1. Le débiteur peut même, quand il n'est responsable des cas fortuits qu'à raison de sa mise en demeure, se soustraire au paiement de tous dommages-intérêts, en prouvant que la chose, qu'il est dans

² Cpr. sur ce point : § 308, texte nos 2 et 3.

³ Toullier, VII, 462. L'art. 1302 ne parle que de la perte de la chose due, *quia lex statuit de eo quod fit plerumque*. Mais la disposition de cet article présuppose le principe énoncé au texte, et ce principe une fois admis, on doit, à raison de sa généralité, l'appliquer aux obligations de faire, tout comme aux obligations de donner. C'est pour ce motif que nous avons cru devoir adopter, en ce qui concerne le mode d'extinction dont nous nous occupons, un titre plus général que celui de la loi.—Il est du reste à remarquer, que le Code ne s'occupe point ici de l'effet que produit dans les contrats synallagmatiques l'extinction de l'obligation de l'une des parties sur le sort de l'obligation de l'autre. Cette question, qui se rattache à la dissolution des contrats, sera traitée au § 348.

⁴ Le mot *perte*, pris ici dans son sens le plus général, comprend tous les cas, sans exception, où la chose est perdue, détruite ou mise hors du commerce.

⁵ En disant que le débiteur est tenu de céder au créancier les droits et actions en indemnité qu'il peut avoir par rapport à la chose perdue, détruite ou mise hors du commerce, l'art. 1303 énonce une règle qui trouve difficilement son application sous l'empire du Code. Ces actions, en effet, appartiennent de plein droit au créancier, lorsque l'obligation de livrer se rattache à un titre translatif de droits réels. Art. 1138. Que si l'obligation de livrer découle d'une convention constitutive seulement d'un droit personnel, la perte de la chose par le fait d'un tiers donne au créancier, en son propre nom, et dans la mesure de son droit, une action en indemnité fondée sur l'art. 1382. Cpr. cep. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. Cet arrêt nous paraît avoir fait une fautive application de l'art. 1303, en décidant que le débiteur est, en cas d'incendie de l'immeuble par lui hypothéqué, tenu de céder aux créanciers hypothécaires son action en indemnité, contre l'assureur de cet immeuble ; en effet, le fonds hypothéqué ne forme pas l'objet de la prestation due par le débiteur,

l'impossibilité de livrer par suite d'un cas fortuit, eût également péri chez le créancier. Art. 1302, al. 2⁶.

2° Ce qui vient d'être dit reçoit également application lorsque l'obligation a pour objet la délivrance d'une chose comprise parmi un certain nombre de choses déterminées dans leur individualité (*unum de certis*), et que toutes ces choses viennent à périr.

3° Au contraire, le mode d'extinction dont il est actuellement question est étranger au cas où l'obligation a pour objet la délivrance d'une chose déterminée seulement quant à son espèce⁸ : *genus nunquam perit*.

C. DES ACTIONS EN NULLITÉ ET EN RESCISION.

§ 332.

Notions historiques.

D'après l'ancien Droit français, l'action en nullité et l'action en rescision différaient l'une de l'autre, sous le triple rapport des causes qui y donnaient ouverture, de la manière de les intenter et de la prescription à laquelle elles étaient soumises.

L'action en nullité était celle par laquelle on provoquait l'annulation d'une obligation dont la nullité était prononcée par les ordonnances ou par les coutumes¹.

⁶ L'exception introduite par le second alinéa de l'art. 1302 doit être admise dans le cas même où il s'agit de la restitution d'une chose volée. Si le quatrième alinéa du même article dit que la perte de la chose volée ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix, *quelle que soit la manière dont cette chose ait péri ou ait été perdue*, c'est pour indiquer qu'il est, dans cette hypothèse, inutile d'examiner si c'est par la faute ou sans la faute du débiteur que la perte a eu lieu. Le voleur, constitué en demeure par le fait même du vol, est nécessairement tenu des cas fortuits et de force majeure. Mais, comme il n'est responsable de ces risques qu'à raison de sa mise en demeure qui s'opère de plein droit, il en résulte que l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302 lui est parfaitement applicable. Cpr. § 308, notes 5, 29 et 31. L'opinion contraire conduirait d'ailleurs à une violation manifeste de la règle *nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*. Duranton, XII, 506. Voy. cep. en sens contraire : Pothier, n° 664 ; Toullier, VII, 468.

⁷ Art. 1495, 1496, et arg. de ces articles. Pothier, n° 659. Toullier, VII, 445. Duranton, XII, 491.

⁸ Pothier, n° 658. Toullier, VII, 443. Duranton, XII, 490.

¹ Cpr. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. II, reg. 5 ; Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 480 ; Toullier, VII, 525 ; Merlin, *Rép.*, v° Rescision, n° 4 ; Duranton, XII, 519.

L'action en rescision était celle par laquelle on provoquait la rétractation des obligations qui, quoique valables dans la rigueur du Droit, blessaient cependant les règles de l'équité, ou de celles dont la nullité n'était prononcée que par le Droit romain. Elle était principalement admise pour cause d'erreur, de violence, de dol, de lésion, c'est-à-dire dans les cas où, d'après les lois romaines, il y avait lieu à restitution en entier².

La demande en nullité se portait immédiatement devant les juges compétents pour y statuer. Mais, avant de former une demande en rescision, il fallait, en règle générale, se pourvoir de lettres de rescision qui se délivraient, au nom du roi, par les chancelleries établies près des cours souveraines³. Ces lettres étaient accordées sans connaissance de cause; elles laissaient aux juges royaux, auxquels elles étaient adressées, et qui devaient connaître de la demande en rescision, la faculté d'en apprécier le mérite, et de l'admettre ou de la rejeter⁴.

L'action en nullité ne se prescrivait, en règle générale⁵, que par trente ans. tandis que l'action en rescision était soumise à la prescription de dix ans⁶.

La loi des 7-11 septembre 1790, en supprimant les chancelleries, et en ordonnant que désormais on se pourvoirait dans le cas de rescision, comme dans celui de nullité, par demande directe devant les juges compétents, abolit toute différence entre les actions en rescision et les actions en nullité, en ce qui concerne la manière de les introduire. Et l'art. 1304 du Code Na-

² Cpr. Argou, *op. cit.*, II, p. 480 et suiv.; Merlin, *op. et v° cit.*, n° 2; Toullier, VII, 522 et 523; Duranton, XII, 515 et 520.

³ Telle est, en matière de conventions, le sens de la règle *Voies de nullité n'ont lieu*. Imbert, *Pratique civile et judiciaire*, liv. I, chap. III, n° 3; *Enchiridion*, v° Contrats. Loisel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. II, rég. 5. L'usage des lettres de chancelleries fut introduit par les jurisconsultes français dans le but d'augmenter la puissance royale, en soustrayant à la juridiction des juges seigneuriaux la connaissance et le jugement des demandes en rescision.

⁴ Cpr. Argou, *op. cit.*, II, p. 478 et 479; Toullier, VII, 724; Duranton, XII, 515 et 516.

⁵ Par exception à cette règle, les actions en nullité fondées sur l'inobservation des formes spéciales prescrites dans l'intérêt des mineurs se prescrivait, comme les actions en rescision fondées sur la lésion dont ils avaient été victimes, par dix ans à compter de leur majorité. Ordonnance de Villers-Cotterets, du mois d'août 1539, art. 134.

⁶ Ordonnance de juin 1510, art. 46. Ordonnance d'octobre 1535, chap. VIII, art. 30.

poléon, en soumettant ces deux actions à la prescription de dix ans, abrogea la différence qui existait entre elles sous le rapport de la prescription.

On ne doit cependant pas conclure de là qu'il soit désormais inutile de distinguer les cas de nullité et ceux de rescision, puisque l'on trouve, dans le Code, diverses dispositions qui opposent l'action en nullité à l'action en rescision, l'acte nul à l'acte seulement rescindable⁷, et qui supposent ainsi qu'il existe encore aujourd'hui quelque différence entre la nullité et la rescision. Il importe donc de rechercher quels sont les caractères propres, soit à l'action en nullité, soit à l'action en rescision, et de déterminer les conséquences pratiques qui se rattachent à cette distinction.

Or, en se reportant aux diverses dispositions légales qui se réfèrent à la matière qui nous occupe, il est facile de se convaincre : 1° que le Code emploie indifféremment les termes *nullité* ou *rescision*, lorsqu'il s'agit de l'action par laquelle on demande à revenir contre un consentement entaché d'erreur, de violence ou de dol⁸, action qui, d'après l'ancien Droit, était exclusivement qualifiée d'action en rescision ; 2° que, d'un autre côté, le Code se sert exclusivement des termes *rescision*, *restitution*, *restituer*, toutes les fois qu'il s'occupe de la demande en rétractation dirigée contre une obligation entachée de lésion, et que ce cas est même, parmi tous ceux à raison desquels l'ancien Droit ouvrait une action en rescision, le seul où le Code n'emploie que les expressions ci-dessus rappelées, sans jamais se servir du mot *nullité*⁹.

On se trouve, par suite de ces observations, amené à reconnaître : 1° que, malgré le peu de précision que présente la terminologie du Code en cette matière, il n'en a pas moins entendu distinguer les actions en nullité des actions en rescision exclusivement fondées sur la lésion¹⁰ ; 2° que la distinction établie

⁷ Cpr. notamment art. 1304 et 1311.

⁸ Ainsi, l'art. 887, al. 4, dispose d'abord que les partages peuvent être *rescindés* pour cause de violence ou de dol. Voy. aussi art. 892. Les art. 1110, 1111, 1113 et 1115, disent ensuite que l'erreur, la violence et le dol, sont des causes de *nullité*. L'art. 1117 ajoute enfin que l'erreur, la violence ou le dol, donnent lieu à une action en *nullité* ou en *rescision*.

⁹ Cpr. art. 887, al. 2, 1305, 1306, 1313, 1674 et suivants.

¹⁰ Voy. sur les fausses conséquences auxquelles on arrive en confondant, ainsi que le font certains auteurs, les actions en nullité et en rescision : § 626, texte n° 1 et note 1 ; § 730-731, note 7.

par le Code entre l'action en nullité et l'action en rescision n'est pas la reproduction de celle que l'ancien Droit avait consacrée.

§ 333.

Définition de l'action en nullité et de l'action en rescision.

L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'annulation d'une obligation, qui ne réunit pas toutes les conditions exigées pour sa validité, c'est-à-dire, toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle ¹.

L'action en rescision est, dans le sens propre de ce mot, la voie juridique par laquelle on demande la rétractation d'une obligation d'ailleurs valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion.

Ces deux actions diffèrent l'une de l'autre, tant sous le rapport du fondement sur lequel elles reposent, et de la preuve que doit administrer celui qui les intente, que sous le rapport de l'office du juge ².

L'action en nullité est fondée sur ce que l'obligation attaquée ne réunit pas toutes les conditions nécessaires à sa validité. Celui qui la forme est tenu de prouver l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions. Cette justification une fois faite, son action doit être accueillie, quoiqu'il n'ait éprouvé aucune espèce de lésion ³.

L'action en rescision est fondée sur la lésion. La preuve à faire par celui qui intente cette action est uniquement celle de la

¹ Cpr. § 37.

² Il en résulte qu'on ne peut, en instance d'appel, convertir une demande en nullité en une demande en rescision, ni *vice versa*. Merlin, *Rép.*, v° Nullité, § 9. Toullier, VII, 530. Civ. rej., 5 nov. 1807, *Sir.*, 8, 1, 195. Il en résulte encore qu'un jugement qui a rejeté une demande en nullité fondée sur l'absence de consentement valable ne peut être invoqué comme engendrant une exception de chose jugée contre une demande en rescision pour cause de lésion. Cpr. § 769, texte et note 78.

³ Cpr. § 37, texte et note 10. Il en est ainsi, même dans le cas où le motif à raison duquel la loi prononce la nullité d'une obligation est puisé dans une présomption de lésion. Les présomptions, sur le fondement desquelles la loi annule une obligation, n'admettent pas en effet la preuve contraire. Art. 1352. Lors donc que la nullité existe, le juge est obligé de la prononcer, sans pouvoir s'y refuser, sous prétexte que celui qui demande l'annulation de l'obligation n'a éprouvé aucune lésion.

lésion dont il se plaint. Lorsque la loi n'a pas elle-même déterminé l'importance que doit avoir la lésion pour autoriser l'action en rescision, le juge peut rejeter cette action, si la lésion, quoique prouvée, est trop peu considérable ⁴.

L'action en rescision et l'action en nullité diffèrent encore en ce que la première peut, à la différence de la seconde, être arrêtée par l'offre d'une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion ⁵.

§ 334.

Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de nullité.

Toute nullité littérale ou virtuelle dont une obligation est entachée donne ouverture à une action en nullité ¹.

Les dispositions légales qui déterminent les causes de nullité des obligations, et qui régissent les actions auxquelles elles donnent ouverture, peuvent être rangées en deux catégories.

Dans la première catégorie se trouvent les dispositions qui s'occupent de la nullité dont une obligation est frappée, soit à raison de l'incapacité de l'obligé, soit à raison de la violation des formes spéciales prescrites dans l'intérêt des mineurs et des interdits, soit enfin à raison des vices dont le consentement peut être infecté. Ces dispositions sont, d'après la marche tracée par le Code dans la section VII du chap. V du titre *des obligations* ², les seules dont il doive être actuellement question.

Dans la seconde catégorie se placent les dispositions éparses au Code, qui déterminent et règlent les nullités résultant de

⁴ Cpr. § 335, texte, et note 9.

⁵ Art. 894, 1681, et arg. de ces articles. Duranton, XII, 526. De Fréminville, *De la minorité*, II, 825. — Les autres différences qui, d'après Toullier (VII, 527 à 529), distingueraient encore l'action en nullité de l'action en rescision, n'existent réellement pas. Cpr. Duranton, XII, 525.

¹ La nullité n'existe pas de plein droit; elle doit, en règle générale, être prononcée par jugement. Cpr. § 37, texte, et notes 14 à 17. Mais, lorsque l'obligation ne réunit pas les conditions nécessaires à son existence, son inefficacité est indépendante de toute déclaration judiciaire. Cpr. § 37.

² De tous les articles qui composent cette section, l'art. 1304 est le seul qui paraisse susceptible d'une application générale aux diverses espèces d'actions en nullité. Cpr. au surplus § 339. Les autres ne contiennent évidemment que des dispositions spéciales aux actions en nullité dont il est fait mention dans le texte. Cpr. art. 225, 502, 503, 513, 1117, 1123, 1125.

causes autres que celles qui viennent d'être énumérées³. Il en est traité à l'occasion des matières auxquelles elles se rapportent⁴.

1° Celui qui ne jouit pas de l'exercice plein et entier des droits civils ne peut, en règle générale⁵, s'obliger valablement. Art. 1124.

Il résulte de ce principe qu'on doit considérer comme frappées de nullité :

1) Les obligations consenties par une personne judiciairement⁶ interdite⁷.

2) Les obligations qu'une femme mariée a contractées sans autorisation de son mari ou de justice⁸.

3) Les obligations qu'une personne pourvue d'un conseil judiciaire⁹ a consenties sans l'assistance de son conseil, dans les cas où la loi la requiert¹⁰.

Dans toutes ces hypothèses la nullité n'est que relative; et elle ne peut être proposée par les personnes avec lesquelles l'incapable a contracté. Art. 225, 1125, al. 2, et arg. de ces articles.

Du reste, il est à remarquer que l'action en nullité n'est point admise contre les obligations qui se forment indépendamment de la capacité de l'obligé¹¹.

2° Les obligations résultant d'actes juridiques que la loi a soumis, dans l'intérêt des mineurs et des interdits, à certaines for-

³ Cpr. art. 472, 934, 4554 et suiv., 4596, 4597 et 4599.

⁴ Il est également bien entendu que nous ne nous occupons point en ce moment des actions en nullité de mariage, qui sont régies par des dispositions toutes spéciales. Cpr. art. 180 et suiv.

⁵ Cette règle reçoit exception en ce qui concerne le mineur, ainsi que nous l'établirons au paragraphe suivant.

⁶ Cpr. sur le sort des obligations consenties par des personnes légalement interdites : Code pénal, art. 29 à 34, et § 85. Voy. aussi sur le sort des engagements pris par des contumaces : § 84.

⁷ Cpr. art. 502 à 504 ; § 127. Cpr. sur le sort des actes passés par des individus non interdits, placés dans un établissement d'aliénés : § 127 bis, texte n° 2.

⁸ Cpr. art. 215 et suiv. ; § 472.

⁹ Cpr. sur le sort des obligations consenties par la femme pourvue d'un conseil de tutelle : art. 394 ; § 99 bis, texte n° 2.

¹⁰ Cpr. art. 499, 502, 513 et 514 ; § 440.

¹¹ Par exemple, contre les obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-délit. Arg. art. 1340. Cpr. § 441, texte n° 2 ; § 472, texte n° 3, notes 17 à 21.

malités spéciales¹², sont, en cas d'inobservation de ces formalités, et à raison même de cette inobservation, frappées de nullité, soit que ces actes aient été passés par un tuteur au nom de son pupille, soit qu'ils l'aient été par un mineur non émancipé avec ou sans l'autorisation de son tuteur, ou par un mineur émancipé assisté ou non de son curateur¹³. Arg. art. 1314 c. civ. 1311. La nullité n'est cependant que relative, et ne peut être proposée que par ceux dans l'intérêt desquels elle a été établie¹⁴. Arg. art. 1125.

Mais les obligations consenties, soit par un tuteur¹⁵ au nom

¹² Cpr. à cet égard : art. 457 à 467, 483 et 484, 511, 2045 et 2126 ; §§ 113, 126 et 134.

¹³ On convient généralement que les actes dont il s'agit sont frappés de nullité, et ne sont pas seulement sujets à rescision, lorsqu'ils ont été passés par un tuteur au nom de son pupille. Mais il est des auteurs qui prétendent qu'ils ne sont que sujets à rescision, lorsqu'ils ont été passés, soit par le pupille lui-même avec ou sans autorisation de son tuteur, soit par le mineur émancipé assisté ou non de son curateur. Tel est l'avis de M. Marbeau (*Traité des transactions*, n° 42). Tel paraît aussi être celui de Merlin (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 3), qui se fonde, pour le défendre, sur une fausse interprétation de l'art. 1305. Cet article ne s'occupe, en effet, que des conventions dont la validité n'a point été soumise à l'observation de certaines formes spéciales. C'est ce qui résulte évidemment de sa combinaison avec les art. 1311 et 1313. L'opinion émise au texte est adoptée par M. Duranton, qui a rétracté, dans son *Cours de Droit civil* (X, 286 et 287), l'opinion contraire qu'il avait émise dans son *Traité des contrats*. Voy. encore dans ce sens : Proudhon et Valette, II, p. 489 ; Taulier, IV, p. 444 à 452 ; De Fréminville, *De la minorité*, II, 827 ; Frédéric Duranton, *Revue étrangère*, 1843, X, p. 689 et suiv. ; Amiens, 29 juillet 1824, Sir., 24, 2, 243 ; Rennes, 17 novembre 1836, Sir., 37, 2, 354 ; Paris, 18 mars 1839, Sir., 39, 2, 178. MM. Toullier, (VI, 106 ; VII, 527, 573), Demante (II, 780), Troplong (*De la vente*, I, 266, *Des hypothèques*, II, 492), et Magnin (*Des minorités*, II, 4137), vont encore plus loin : ils regardent comme entachés de nullité, non-seulement les actes qui n'ont pas été accompagnés des formes spéciales auxquelles la loi les soumet, mais encore tous les actes passés, soit par un mineur non émancipé en l'absence de son tuteur, soit par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur dans les cas où elle est requise. Cpr. § 335, note 8.

¹⁴ Les nullités de forme ne sont pas des nullités absolues, lorsque les formes violées n'ont pas été établies pour la régularité de l'acte juridique considéré en lui-même, mais pour garantir d'une manière plus efficace les intérêts de personnes incapables de s'obliger. Proudhon, II, p. 476 et 478. Troplong, *De la prescription*, II, 900 et 904. Civ. rej., 30 août 1845, Sir., 45, 1, 404. Cpr. § 37, texte et note 12.

¹⁵ Tout ce que nous disons ici du tuteur s'applique également au père qui administre, pendant le mariage, les biens de ses enfants mineurs. Cpr. art. 389, et § 123.

de son pupille, soit par un mineur émancipé assisté de son curateur, sont aussi inattaquables que les obligations passées par une personne qui jouit du plein exercice de ses droits civils, non-seulement dans le cas où les formalités spéciales prescrites pour l'intérêt des mineurs ou des interdits, ont été accomplies, mais encore dans celui où la validité des actes auxquels ces obligations se rattachent, n'ayant pas été soumise à des formalités de ce genre, il n'y en avait point à accomplir¹⁶. Art. 1314, 463, et arg. de ces articles.

3° Les obligations conventionnelles, consenties par suite d'erreur, de violence, ou de dol, sont frappées de nullité. Art. 1109 à 1117. Dans ce cas encore, la nullité n'est que relative, et ne peut être proposée que par la partie dont le consentement a été donné par erreur¹⁷, extorqué par violence, ou surpris par dol.

Du reste, l'action en nullité passe, dans les trois hypothèses ci-dessus énumérées, aux héritiers et successeurs universels de ceux au profit desquels elle est ouverte. Elle peut même être exercée par les créanciers de ces derniers, en vertu de l'art. 1166¹⁸.

§ 335.

Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de rescision.

L'action en rescision pour cause de lésion est, tantôt un privilège spécialement attribué aux mineurs, tantôt un droit indistinctement accordé aux majeurs comme aux mineurs, mais seulement contre certains actes juridiques. Art. 1118.

Les dispositions légales qui admettent l'action en rescision pour cause de lésion, même en faveur des majeurs¹, ne sont susceptibles d'aucune extension. Ainsi, par exemple, la lésion n'est pas, entre majeurs, une cause de rescision en matière de bail². Art. 1313.

¹⁶ Ainsi, d'une part, ces obligations ne peuvent être attaquées par voie de nullité. Cette proposition est incontestable, et n'a jamais été contestée. D'autre part, ces obligations ne peuvent être attaquées par voie de rescision. Cpr. à cet égard § 335, texte, notes 3 et 7.

¹⁷ Lorsque l'erreur est réciproque, l'action en nullité est ouverte au profit de l'une et de l'autre partie.

¹⁸ Cpr. § 312, notes 35 et 36.

¹ Cpr. art. 783, 887, al. 2, 1070, 1476, 1674 et 1872.

² Duranton, XVII, 13. Duvergier, *Du louage*, I, 402. Troplong, *Du louage*, I, 3. Rouen, 21 mai 1844, Sir., 45, 2, 653.

Nous n'avons à parler ici de l'action en rescision, qu'en tant qu'elle constitue un privilège personnel. Nous traiterons de l'action en rescision envisagée comme un moyen accordé à toute personne de se faire restituer contre certains actes juridiques, en nous occupant des matières auxquelles ces actes se rapportent. Toutefois, nous devons, dès à présent, faire remarquer que les principes développés aux deux paragraphes suivants, sur les effets de l'action en rescision considérée comme privilège personnel, et sur la prescription à laquelle cette action est soumise, s'appliquent aussi subsidiairement, et à défaut de dispositions spéciales, aux actions en rescision dont nous nous réservons de traiter plus tard.

L'action en rescision pour cause de lésion, considérée comme privilège personnel, est accordée aux mineurs émancipés et aux mineurs non émancipés, sous les distinctions suivantes :

Les mineurs non émancipés ont le droit d'attaquer, au moyen de l'action en rescision, toutes les obligations qu'ils ont consenties en l'absence de leurs tuteurs. Cette action ne leur est ouverte, ni contre les obligations que leurs tuteurs ont valablement passées en leur nom³, ni contre celles qu'ils

³ *Rapport au Tribunat* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 497, n° 66). Proudhon et Valette, II, p. 464 à 470. Duranton, X, 280 à 288. Frédéric Duranton, *op. cit.* Belost-Jolimont sur Chabot, observations sur l'art. 783. Pont, *Revue de législation*, 1844, III, p. 217 et suiv. Voy., en sens contraire : Toullier, VI, 406, VII, 527 et 573 ; Demante, II, 781 et 782. En ouvrant au mineur non émancipé une action en rescision, pour cause de lésion, contre toutes sortes de conventions, l'art. 4305 suppose que la convention attaquée a été conclue, non par le tuteur, mais bien par le mineur lui-même. C'est ce qui résulte du rapprochement des deux dispositions contenues dans cet article, et de sa combinaison avec les articles suivants. Cela résulte surtout du silence que l'art. 4305 garde sur les interdits. Si le législateur avait voulu s'occuper des obligations consenties par le tuteur, il aurait dû placer l'interdit sur la même ligne que le mineur, ainsi qu'il l'a fait dans les art. 4342 et 4344 ; et l'omission que nous signalons serait inexplicable. Cette omission, au contraire, se comprend fort bien, en supposant, comme nous le faisons, qu'il ne s'agit, dans l'art. 4305, que des obligations consenties par les mineurs eux-mêmes ; puisque les obligations passées par les interdits, étant frappées de nullité (art. 502), il ne pouvait en être question dans un article qui se borne à ouvrir une action en rescision. D'un autre côté, il y aurait eu, de la part du législateur, inconséquence et imprévoyance à donner au mineur non émancipé une action en rescision contre les obligations que le tuteur a valablement consenties : inconséquence, parce que le tuteur, mandataire légal de son pupille, qu'il est chargé de représenter dans tous les actes de la vie civile, doit pouvoir l'obliger, toutes les fois qu'il ne dépasse pas les bornes de son mandat (art. 450 et 1998, al. 2) ;

ont eux-mêmes contractées avec l'autorisation de leurs tuteurs⁴.

Les mineurs émancipés ont le droit d'attaquer, au moyen de l'action en rescision, toutes les obligations qu'ils ont consenties sans l'assistance de leurs curateurs, dans les cas où cette assistance est requise⁵. Art. 1305. Ils ne jouissent de cette action, ni contre les obligations qu'ils ont le droit de consentir seuls, et pour lesquelles l'art. 481 les place sur la même ligne que les majeurs⁶, ni contre celles qui requièrent l'assistance de leurs curateurs, lorsqu'ils ne les ont consenties qu'avec cette assistance⁷.

imprévoyance, parce que les mineurs trouveraient difficilement à contracter, ou ne pourraient le faire qu'à des conditions moins avantageuses, s'il n'était pas possible de traiter en sécurité avec leurs tuteurs. Enfin, nous ferons remarquer que les mineurs, n'étant plus restituables contre les conséquences des omissions ou négligences de leurs tuteurs (cpr. § 445, texte et note 8), il serait contraire à toute logique de leur accorder le bénéfice de la restitution contre les actes passés par ces derniers dans les limites de leurs pouvoirs. En vain, M. Demante invoque-t-il l'art. 481 du Code de procédure, qu'il présente comme l'argument le plus fort en faveur de son opinion. Il n'y a pas, en effet, d'analogie à établir, pour la solution de la question qui nous occupe, entre l'action en rescision dont il est ici question, et la requête civile dont traite l'art. 481 ci-dessus cité. La preuve en est que l'Etat, les communes et les établissements publics jouissent de la requête civile, lorsqu'ils n'ont pas été valablement défendus; et cependant, la loi ne leur ouvre point, en général, l'action en rescision contre les actes faits par les administrateurs qui les représentent. Il est donc tout naturel qu'il en soit de même du mineur.

⁴ D'après le Code Napoléon, bien différent en cela du Droit romain, c'est le tuteur qui agit au nom du pupille. Art. 450. Aussi n'y est-il jamais question du pupille agissant sous l'autorité du tuteur. Mais si cela avait eu lieu, l'acte fait par le pupille sous l'autorité du tuteur, devrait être considéré comme fait par le tuteur lui-même: celui-ci en a assumé la responsabilité par son autorisation. Duranton, X, 284.

⁵ Cpr. art. 481, 484; §§ 130 et 133.

⁶ Ils peuvent cependant faire réduire les engagements excessifs qui seraient le résultat d'une mauvaise gestion. Cette action en réduction, que leur ouvre le second alinéa de l'art. 484, ne doit pas être confondue avec l'action en rescision dont il est actuellement question. Arg. art. 481 cbn. 484, al. 2. Colmar, 31 janvier 1826, Sir., 26, 2, 242. Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 4, 687. Cpr. § 132, texte n° 2, et notes 5 à 10.

⁷ Duranton, III, 692, et X, 287. A l'appui de l'opinion contraire à cette dernière proposition, M. Demante (II, 781 à 782) propose d'interpréter l'art. 1305 de la manière suivante: « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur
« du mineur émancipé contre toutes les conventions qui excèdent les bornes de
« sa capacité, telle qu'elle est réglée par l'art. 481, c'est-à-dire contre les con-

Du reste, les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés ne peuvent attaquer que par voie de rescision, et non par voie de nullité, les obligations qu'ils ont consenties en l'absence de leurs tuteurs, ou sans l'assistance de leurs curateurs, dans les cas auxquels la loi exige cette assistance⁸, à moins que ces obli-

« ventions pour lesquelles il n'est pas réputé majeur. » Mais les expressions finales de l'art. 1305 sont loin de restreindre la capacité du mineur émancipé dans les limites où M. Demante prétend la renfermer. Il résulte, en effet, de ces expressions, que ce n'est point d'après l'art. 481, ou tel autre article pris isolément, mais bien d'après l'ensemble des règles contenues au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, que doit être déterminée la capacité du mineur émancipé. Or, ces règles nous enseignent que le mineur émancipé est tout aussi capable de faire, avec l'assistance de son curateur, les actes qui ne requièrent que cette assistance, qu'il est capable de passer seul les actes qui ne la requièrent pas. On ne voit donc pas pourquoi il serait plutôt admis à se faire restituer contre les premiers que contre les seconds. C'est évidemment pour proscrire toute distinction à cet égard, que l'art. 1305 a été rédigé dans des termes généraux, d'après lesquels l'action en rescision n'est ouverte au mineur émancipé, que lorsqu'il a excédé les bornes de sa capacité, c'est-à-dire, lorsqu'il a fait seul, et sans l'assistance de son curateur, un acte qui requerrait cette assistance.

⁸ *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus. Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 391, n° 174, et p. 494, n° 61). Proudhon et Valette, II, p. 489 et suiv. Duranton, X, 280 à 288. Belost-Jolimont sur Chabot, observation 4 sur l'art. 783. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4. n° 3. De Fréminville, *op. cit.*, II, 827. Frédéric Duranton et Pont, *op. cit.* Bruxelles, 20 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 256. Toulouse, 13 février 1830, Sir., 31, 2, 314. Bastia, 26 mai 1834, Sir., 35, 2, 27. Civ. rej., 18 juin 1844, Sir., 44, 1. 497. Voy. en sens contraire : Toulhier, VI, 106, VII, 527 et 573 ; Troplong, *De la vente*, I, 166, *Des hypothèques*, II, 488 et suiv. ; Magnin, *Des minorités*, II, 1137. Ces derniers auteurs regardent comme nuls en la forme, les actes passés par le mineur en l'absence de son tuteur, ou sans l'assistance de son curateur, dans les cas où la loi requiert cette assistance. Mais, d'une part, il n'existe aucun texte de loi qui prononce la nullité de ces actes : et, d'autre part, l'article 1125 combiné avec les art. 225, 502 et 1305, démontre clairement que si les actes passés, soit par une femme mariée non autorisée, soit par un interdit, sont frappés de nullité, les actes faits par le mineur sont seulement sujets à rescision pour cause de lésion. En vain, voudrait-on se soustraire à la conséquence qui résulte du rapprochement de ces divers articles, en supposant que l'art. 1305 ne s'applique pas aux obligations dont il est question dans le texte, mais aux obligations contractées, soit par le tuteur ou par le mineur non émancipé sous l'autorisation de ce dernier, soit par le mineur émancipé assisté de son curateur. Cette supposition est, en effet, inadmissible, ainsi que nous l'avons démontré aux notes 3 et 7 *supra*. Il est également impossible d'admettre, avec les auteurs dont nous combattons l'opinion, que l'autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur soit une condition de forme nécessaire à la validité des actes faits par le mineur. Et cela, par deux raisons : la

gations ne se rattachent à des actes juridiques dont la validité dépende de l'observation de formalités spéciales qui n'auraient pas été remplies.

Les mineurs demandeurs en rescision sont, en général, obligés de prouver la lésion sur laquelle leur action repose, et de justifier que cette lésion résulte de l'acte même contre lequel l'action est dirigée, ou que, du moins, elle se rattache à cet acte comme une conséquence qui pouvait être prévue d'après le cours ordinaire des choses⁹. Ils ne seraient pas fondés à se plaindre de la lésion qui ne serait résultée que d'un événement casuel ou imprévu. Art. 1306. Mais l'importance plus ou moins grande de la lésion est sans influence sur le sort de l'action en rescision dont il est actuellement question : une simple lésion suffit¹⁰.

L'action en rescision n'est accordée qu'aux mineurs lésés, en ce sens qu'elle n'appartient ni aux personnes qui ont traité avec eux¹¹, ni à leurs coobligés¹². Mais elle n'est pas exclusivement attachée à la personne des mineurs ; elle passe à leurs héritiers, et peut être exercée, en leur nom, par leurs créanciers¹³.

première, spécialement applicable au mineur non émancipé, résulte de ce qu'il n'est pas une seule fois question, dans le Code, de l'autorisation tutélaire, complètement inutile sous l'empire d'une législation qui donne au mineur non émancipé un mandataire chargé de le représenter dans tous les actes de la vie civile ; la seconde est fondée sur ce qu'il existe une différence essentielle entre la forme des actes et la capacité des parties qui y figurent, et qu'ainsi, un acte passé par un mineur ne peut être considéré comme nul en la forme, à raison de l'incapacité seule de ce dernier. En vain, également, se prévaut-on de l'art. 1314 et de la distinction qu'il fait entre les actes sujets à rescision, et ceux qui sont nuls en la forme : les actes nuls en la forme dont parle cet article, sont ceux qui se trouvent frappés de nullité à raison de l'inobservation des formes spéciales auxquelles ils ont été soumis dans l'intérêt des mineurs.

⁹ Tel est, par exemple, le cas où le mineur a dissipé le prix d'un objet mobilier qu'il avait vendu à sa juste valeur. Quoique la lésion ne résulte pas, en pareil cas, du contrat lui-même, mais de la dissipation du prix que le mineur a touché, elle se rattache cependant à ce contrat comme une suite à laquelle l'acquéreur pouvait et devait s'attendre, et qui ne présente pas les caractères d'un événement imprévu dans le sens de l'art. 1306.

¹⁰ Art. 1305 et arg. de cet art. chn, 887 et 1674. Proudhon, II, p. 486. Le juge pourrait cependant écarter l'action en rescision qui ne serait fondée que sur une lésion de trop mince importance : *De minimis non curat prætor*. L. 4, D. de in integ. restit. (4, 4). Rapport au Tribunal par Jaubert (Loché, Lég., XII, p. 494, n° 61). Toullier, VII, 577. Duranton, X, 288.

¹¹ Art. 1125, 1305 et 1313.

¹² Art. 1208, 2012, al. 2. Proudhon, II, p. 489. Cpr. § 298.

¹³ Art. 1166. Cpr. § 312, notes 35 et 36.

Les mineurs jouissent de l'action en rescision contre toute personne envers laquelle ils se sont obligés, et notamment contre d'autres mineurs¹⁴.

Il est des cas exceptionnels dans lesquels la loi refuse aux mineurs l'action en rescision pour cause de lésion. Ainsi :

1° Le mineur qui emploie des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité n'est pas restituable contre les obligations qu'il contracte en pareille circonstance¹⁵. Toutefois, une simple déclaration de majorité ne peut être considérée comme constituant une manœuvre suffisante pour priver le mineur du bénéfice de la restitution. Art. 1307.

2° Le mineur commerçant¹⁶, ou artisan, n'est pas restituable contre les obligations qu'il a contractées à raison de son commerce ou de sa profession. Art. 1308.

3° Le mineur ne peut attaquer, même par voie de rescision, les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité de son mariage. Art. 1309¹⁷.

4° Le mineur n'est pas restituable contre les obligations qui se forment malgré l'incapacité personnelle de l'obligé. Telles sont toutes les obligations légales. Cpr. art. 1370. Telles sont aussi les obligations qui procèdent du fait d'autrui (cpr. art. 1375), et celles qui résultent des avantages que le mineur a retirés de l'affaire à l'occasion de laquelle il s'est obligé¹⁸. Telles sont enfin les obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit. Art. 1340. Cependant, le mineur peut être restitué contre la reconnaissance qu'il aurait faite d'un délit ou d'un

¹⁴ *Et minor contra minorem restituendus est.* Les dispositions de la loi étant générales, il n'y a pas lieu de distinguer. Cpr. L. 44, § 6, L. 34, D. *de minor.* (4, 4). Merlin, *Rép.*, v° Mineur, § 9, n° 3. Toullier, VII, 594. De Fréminville, II, 856.

¹⁵ Arg. *a contrario*, art. 1307 et arg., art. 1340. *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunal* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 394, n° 477, et p. 495, n° 63). Proudhon, II, p. 488. Toullier, VII, 589 et 590. Duranton, XII, 289.

¹⁶ Cpr. art. 487; et Code de commerce, art. 2 à 6. Le mineur commerçant dont il est ici question, n'est pas celui qui, de fait, exerce le commerce, mais celui qui a été autorisé à l'exercer, et qui a rempli les conditions exigées par l'art. 2 du Code de commerce. Merlin, *Rép.*, v° Mineur, § 9, n° 7.

¹⁷ Cpr. art. 1095 et 1398; § 502. Voy. cep. art. 2140; et § 264.

¹⁸ *Ex versione in rem.* Art. 1244, 1342 et arg. de ces articles. Proudhon, II, p. 487.

quasi-délit, et contre la transaction qu'il aurait consentie à ce sujet ¹⁹.

§ 336.

Des suites juridiques des actions en nullité ou en rescision.

La nullité ou la rescision prononcée en justice, remet les choses au même et semblable état où elles étaient avant la formation de l'obligation annulée ou rescindée ¹. Arg. art. 1183 ².

Il résulte de ce principe :

1° Que tous les droits réels, et même les droits personnels de jouissance, concédés sur un immeuble par une personne qui n'en était devenue propriétaire que par suite d'une obligation depuis annulée ou rescindée, s'évanouissent, et que les conséquences de l'action en nullité ou en rescision réfléchissent contre les tiers auxquels ces droits ont été transmis ³. Art. 2125 et arg. art. 1681, al. 2.

2° Que l'annulation ou la rescision d'un engagement contractuel oblige les parties à se restituer respectivement ce qu'elles ont reçu ou perçu par suite ou en vertu du contrat d'où procédait cet engagement.

Cette seconde conséquence est cependant soumise aux modifications suivantes :

1) Lorsque la nullité d'une obligation résulte, soit de l'incapacité de l'obligé, soit de l'inobservation des formes spéciales prescrites dans l'intérêt des mineurs et des interdits ⁴, l'incapable, le mineur ou l'interdit au profit desquels la nullité a été prononcée, ne sont obligés de restituer ce qui leur a été payé en temps d'incapacité, de minorité ou d'interdiction, que jusqu'à

¹⁹ Toullier, VII, 587 et 588. Delvincourt, II, part. II, p. 594. De Fréminville, *De la minorité*, II, 872. — Cpr. sur le cas où un mineur aurait reconnu un enfant naturel : § 568, texte n° 2, notes 5 et 8.

¹ Merlin, *Rép.*, v° Rescision, n° 4. Toullier, VII, 543. Duranton, XII, 564. Ce principe reçoit, en matière d'enregistrement, des exceptions dont nous n'avons pas à nous occuper. On peut comparer à cet égard : Toullier, VII, 532 et suiv. ; Duranton, XII, 570 à 572.

² Le Code ne contenant pas de théorie générale sur les effets des actions en nullité ou en rescision, on est obligé de procéder en cette matière, par voie d'analogie.

³ Toullier, VII, 549 et 550. Duranton, XII, 564 à 567. Chabot, sur l'art. 887, n° 5. De Fréminville, *De la minorité*, II, 722. Cpr. § 369.

⁴ Cpr. à cet égard, § 334, n°s 1 et 2.

concurrence de ce dont ils se trouvaient enrichis⁵ au moment où ils ont intenté leur action⁶, sans cependant qu'on puisse laisser à la charge de l'autre partie les pertes résultant d'événements casuels et imprévus⁷. Art. 1312 et arg. de cet article⁸. Il en est de même, lorsque la rescision est prononcée en vertu du privilège accordé aux mineurs. Art. 1312.

2) Lorsque, dans un contrat synallagmatique, les objets qui forment la matière de l'obligation annulée ou rescindée et de l'obligation corrélatrice de l'autre partie, consistent tous deux, soit en sommes d'argent, soit en choses productives de fruits, il n'y a lieu à restitution respectrice des intérêts ou des fruits, que du jour auquel la demande en nullité ou en rescision a été formée; les intérêts ou les fruits touchés ou perçus jusqu'à cette époque se compensent entre eux. Art. 1682, al. 2 et 3, et arg. de cet article. Mais si, des deux objets qui forment la matière des obligations réciproques qu'engendre un contrat synallagmatique, il n'en est qu'un seul qui consiste en une somme d'argent ou en une chose productive de fruits, la restitution des intérêts ou des fruits doit, en vertu de la règle générale, se faire à dater du jour auquel la somme d'argent a été payée, ou auquel la chose productive de fruits a été livrée⁹. Art. 1682, al. 3, et arg. de cet article.

⁵ C'est en pareil cas à la partie adverse à prouver, d'après la maxime *reus excipiendo fit actor*, que l'incapable, le mineur ou l'interdit, se sont enrichis par le paiement qui leur a été fait. Art. 1244. L. 46, C. de *præd. et al. reb. min.* (5, 71). De Fréminville, *op. cit.*, II, 720.

⁶ L. 34, *præ.*, D. de *min.* (4, 4). L. 4, D. de *excep. et præsc.* (44, 4). L. 47, *præ.*, D. de *solut.* (46, 3). De Fréminville, *op. cit.*, II, 725.

⁷ Art. 1307. Cpr. Pothier, n° 504; De Fréminville, *op. cit.*, II, 726 et 728. Voy. § 335, texte et note 9.

⁸ Le mot *restituer*, employé dans l'art. 1312, s'applique aussi bien à l'action en nullité qu'à l'action en rescision. Arg. art. 225 *cbn.* 4425. D'un autre côté, il est évident que, quoique les termes de l'art. 1312 ne comprennent pas toutes les hypothèses rappelées au paragraphe actuel, et indiquées aux n°s 1 et 2 du § 334, cet article n'en doit pas moins, à raison de la généralité du principe qui lui sert de base, être appliqué à toutes ces hypothèses.

⁹ Les art. 549 et 550 ne statuent évidemment que sur l'action en revendication intentée par un propriétaire contre un tiers qui ne se trouve pas personnellement obligé envers lui. Ces articles sont donc entièrement étrangers à notre matière, et on ne saurait les y appliquer par analogie, puisqu'il n'en existe aucune entre l'hypothèse qu'ils prévoient et celle dont nous nous occupons actuellement.

§ 337.

Des exceptions ou fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux actions en nullité ou en rescision. — 1. De la confirmation des obligations.

La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne, fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision. La confirmation diffère donc tout à la fois, de la simple renonciation à un droit¹, de la novation², et de la ratification d'un engagement qu'une autre personne a pris en notre nom, sans en avoir reçu le mandat³.

La confirmation, dont le seul effet est d'effacer les vices à raison desquels une obligation pourrait être attaquée par voie de nullité ou de rescision, suppose que l'obligation à laquelle elle s'applique, existe d'après le Droit positif, et se trouve seulement soumise à une action en nullité ou en rescision. Ainsi, on ne peut confirmer, ni les obligations naturelles⁴, ni les obligations qui sont à considérer comme non avenues⁵.

¹ Toute confirmation contient virtuellement une renonciation; mais toute renonciation ne constitue pas une confirmation.

² L'effet de la novation est de créer une obligation nouvelle en remplacement de l'ancienne; la confirmation, au contraire, a seulement pour objet de réparer les vices de l'obligation à laquelle elle se rapporte: *confirmatio nil dat novi*. Cpr. § 297, note 18; Duranton, X, 345, XII, 294, XIII, 269.

³ L'expression *ratification* est employée, dans les art. 1338 et 1340, comme synonyme du terme *confirmation*. *Exposé de motifs*, par Bigot-Prémeneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 404, n° 205). Les dispositions de ces articles sont inapplicables à la ratification par laquelle une personne approuve les actes qu'une autre personne a passés en son nom, sans en avoir reçu le mandat. Cette espèce de ratification est régie par les dispositions de l'art. 1998. Toullier, VIII, 491 et 502. Duranton, XIII, 265. Civ. cass., 26 décembre 1845, Sir., 16, 243. Cpr. Civ. rej., 4 avril 1824, Sir., 22, 1, 33.

⁴ Cpr. § 297, texte et note 18.

⁵ *Observations du Tribunal, Rapport fait au Tribunal*, par Jaubert, et *Discours au Corps législatif*, par Mouricault (Loché, *Lég.*, XII, p. 284, n° 73, p. 523 et 524, n° 24, et p. 585, n° 52). Merlin, *Rép.*, v° Ratification, n° 9. Duranton, XIII, 274. Req. rej., 9 juin 1812, Sir., 12, 1, 233. Bordeaux, 24 décembre 1844, Sir., 45, 2, 357. Voy. cep. en ce sens contraire: Toullier, VI, 180, VIII, 518; Merlin, *Quest.*, v° Ratification, § 5, n° 3.—Une jurisprudence à peu près constante considère comme inexistantes et comme n'étant, par conséquent, pas susceptibles de confirmation, les obligations contenues, soit dans des

Toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont, en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit, de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public⁶.

Cependant, cette règle reçoit exception :

actes notariés nuls comme tels, et qui, d'ailleurs, ne sont pas revêtus de la signature de l'obligé, soit dans des actes sous seing privé non signés par les parties ou par l'une d'entre elles. Cpr. Req. rej., 27 mars 1812, Sir., 12, 1, 369 ; Bourges, 27 avril 1823, Sir., 24, 2, 34 ; Besançon, 13 mars 1827, Sir., 27, 2, 255 ; Toulouse, 18 janvier 1828, Sir., 29, 2, 133 ; Grenoble, 15 novembre 1834, Sir., 35, 2, 188 ; Civ. cass., 6 juillet 1836, Sir., 36, 1, 876. Voy. encore : Bourges, 24 février 1832, Sir., 32, 2, 539 ; Req. rej., 26 juillet 1832, Sir., 32, 1, 492. Cpr. cep. en sens contraire : Req. rej., 19 déc. 1820, Sir., 22, 1, 498 ; Pau, 17 décembre 1821, Sir., 22, 2, 142. Pour apprécier le mérite de cette jurisprudence, il faut, selon nous, remonter à la cause de l'absence de signature. Ainsi, lorsqu'au moment de conclure une convention, l'une ou l'autre des parties refuse de signer l'acte qui doit en constater l'existence, ce refus de signature équivaut à un refus de contracter, et la convention doit être réputée inexistante. Au contraire, le défaut de signature provenant de ce que l'une des parties ne savait pas signer, n'empêche pas l'existence de la convention à laquelle cette partie a d'ailleurs donné son consentement. Il en résulte qu'une obligation contenue dans un acte notarié frappé de nullité, pour inobservation des formes prescrites par la loi du 25 ventôse an IX sur le notariat, n'en est pas moins existante et valable, si d'ailleurs elle réunit toutes les conditions intrinsèques nécessaires à son existence et à sa validité. Peu importe que l'acte notarié, nul comme tel, ne soit pas même revêtu de la signature de l'obligé. La seule conséquence qu'entraînera, dans ce cas, l'absence de signature, c'est que l'acte dont s'agit ne formera pas, contre l'obligé, preuve de l'obligation. Or, c'est précisément dans une hypothèse de cette nature, qu'est intervenu le premier des arrêts ci-dessus cités, rendu par la Cour de cassation sur les conclusions conformes de Merlin. Cet arrêt a donc mal à propos refusé de reconnaître la confirmation d'une obligation qui réunissait toutes les conditions essentielles à son existence. C'est avec raison que Toullier (*loc. cit.*) en a fait la critique, et que Merlin (*Quest.*, v^o et *loc. cit.*) a rétracté l'opinion qu'il avait émise dans ses conclusions. Mais, quoique nous soyons au fond, et sur la question spéciale qui se trouvait soumise à la Cour de cassation, de l'avis de ces auteurs, nous ne pouvons adopter les motifs sur lesquels ils se fondent, et admettre avec eux que les obligations réellement inexistantes soient susceptibles de confirmation.

⁶ Cette règle est fondée sur la généralité même des termes dont se sert l'art. 1338, et sur l'esprit dans lequel il a été conçu. *Rapport fait au Tribunal* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 523 et 524, n^o 24). Les distinctions que les auteurs ont cherché à établir, par rapport à la matière qui nous occupe, entre les diverses espèces de nullité, sont plus ou moins inexactes, puisque les nullités d'ordre public peuvent elles-mêmes être couvertes par confirmation, lorsque la cause qui les produisait a cessé. Il faut donc s'en tenir à la règle posée dans le texte, sauf à y apporter les exceptions dont elle est susceptible.

1° Dans les cas où la volonté de l'obligé est absolument impuissante à faire disparaître, à une époque quelconque, la nullité dont l'obligation se trouve entachée. C'est ce qui a lieu, lorsque cette nullité étant tout à la fois d'ordre public et perpétuelle, le vice de l'obligation se continue malgré la confirmation, et se communique à cette dernière. Ainsi, on ne peut confirmer les obligations conventionnelles fondées sur une cause illicite⁷, par exemple, l'engagement de payer des intérêts usuraires⁸.

2° Lorsqu'il s'agit de formalités établies dans l'intérêt des tiers. La nullité qui résulte de leur inobservation ne peut être couverte à leur détriment par un acte de confirmation passé entre les parties. Cpr., art. 1250 et 2127.

3° En ce qui concerne les nullités de forme qui vicient une donation entre-vifs⁹. Le donateur ne peut couvrir ces nullités par aucun acte confirmatif, soit sous seing privé, soit authentique. Il ne le peut même pas, en exécutant volontairement la donation¹⁰, qui ne devient valable que lorsqu'elle a été refaite en la forme légale, c'est-à-dire, lorsqu'elle a été passée par-devant notaires, et acceptée, d'une manière expresse, par le donataire¹¹. Art.

⁷ *Observations du Tribunat et Rapport fait au Tribunat* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 284 et 286, n° 73, p. 523 et suiv., n° 24). Cpr. Toullier, VIII, 515; Duranton, XIII, 271.

⁸ Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Cpr. Bordeaux, 17 décembre 1827, Sir., 28, 2, 65; Req. rej., 22 juin 1830, Sir., 30, 1, 409.

⁹ Il importe peu, du reste, que la nullité résulte de l'inobservation des formes exigées par les art. 931 et suiv. du Code Napoléon, ou de la violation des formes requises par la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat : *lex non distinguit*. En jugeant le contraire, la cour de Grenoble (21 décembre 1827, Sir., 28, 2, 163) a évidemment violé l'art. 1339. Mais la disposition exceptionnelle de cet article ne peut être étendue à des nullités qui ne seraient pas des nullités de forme. Duranton, XIII, 294. Cpr. Req. rej., 21 mars 1826, Sir., 27, 1, 300.

¹⁰ En prohibant la confirmation expresse, l'art. 1339 prohibe, à plus forte raison, la confirmation tacite : c'est ce qui résulte de la dernière disposition de cet article, et de sa combinaison avec l'article suivant. Cpr. § 658. Merlin, *Rép.*, v° Testament, sect. II, § 5. Duranton, VIII, 389; XIII, 292. Req. rej., 6 juin 1821, Sir., 23, 1, 41; Bourges, 30 août 1831, Sir., 32, 2, 111. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, VIII, 526.

¹¹ Cpr. art. 931 et suiv. ; Toullier, *loc. cit.* Cependant, une donation nulle en la forme serait efficacement confirmée, soit par un testament qui lui attribuerait le caractère d'un legs, soit par une novation qui la transformerait en un autre contrat. Req. rej., 23 mai 1822, Sir., 23, 1, 255. — Du reste, il est bien entendu que l'art. 1339 est inapplicable au cas où, par exception, la validité de la donation serait indépendante de l'observation des formes prescrites par les art. 931 et suiv. Delvincourt, II, p. 255. Duranton, VIII, 390 et suiv. ; XIII, 293. Cpr. § 659.

1339¹². Cette seconde exception ne s'applique qu'au donateur lui-même, et non à ses héritiers, qui peuvent, après son décès¹³, confirmer, soit expressément, soit tacitement, la donation nulle en la forme faite par leur auteur. Art. 1340.

Lorsque le vice dont se trouve entachée une obligation tient à un empêchement de nature à se perpétuer pendant un temps plus ou moins long, la confirmation de cette obligation ne peut avoir lieu avec efficacité, qu'après la cessation de la cause qui en opérerait la nullité; autrement, la confirmation se trouverait infectée du même vice que l'obligation elle-même¹⁴. Ainsi, la nullité de la contre-lettre par laquelle les époux modifient, après le mariage, leurs conventions matrimoniales, ne peut être couverte, tant que dure le mariage, par aucun acte confirmatif; mais elle est susceptible de l'être après sa dissolution¹⁵. Ainsi encore, la convention intervenue entre le tuteur et son ci-devant pupille, contrairement aux dispositions de l'art. 472, ne peut être confirmée qu'après l'accomplissement des conditions exigées par cet article¹⁶. Enfin, il résulte du même principe : que les nullités résultant de la violence, de l'erreur, ou du dol, dont se trouve infecté le consentement de l'obligé, ne peuvent être effacées qu'après la cessation de la violence et la découverte de l'erreur ou du dol¹⁷; que les obligations sujettes à annulation ou à rescision à raison de l'incapacité de l'obligé,

¹² La disposition de cet article est toute spéciale, et n'est pas susceptible d'être étendue par voie d'analogie. En règle générale, les nullités de forme peuvent se couvrir par la confirmation, comme toute autre espèce de nullité. Arg. art. 1344. *Rapport au Tribunat* par Jaubert (Loché, *Lég.*, XII, p. 525). Duranton, XIII, 272, n° 24. Cette proposition doit cependant être combinée avec l'exception indiquée au texte, n° 2 *supra*, et avec ce qui sera dit, texte et note 20 *infra*, sur la forme des actes confirmatifs.

¹³ Mais non durant sa vie : une pareille confirmation constituerait un pacte sur une succession future. *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 405, n° 207.) Delvincourt, II, p. 255. Duranton, XIII, 294. Bastia, 10 avril 1854, Sir., 54, 2, 236.

¹⁴ Merlin., *Rép.*, v° Conventions matrimoniales, § 2. Toullier, VIII, 515 et 516.

¹⁵ Merlin, *Rép.*, v° *et loc. cit.* Metz, 26 novembre 1823, Sir., 26, 2, 27. Cpr. aussi Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., 33, 1, 471; Toulouse, 19 janvier 1853 et Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 33; Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37; Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

¹⁶ Cpr. § 424, texte et note 30.

¹⁷ Art. 1145 et arg. de cet article. Arg. art. 1338, al. 2 cbn. 1304, al. 2. Cpr. art. 892. Toullier, VIII, 505. Duranton, XIII, 277.

ne peuvent être confirmées par ce dernier que lorsqu'il se trouve en état de capacité, à moins qu'on observe les formalités destinées à suppléer à son incapacité ¹⁸.

La confirmation, dont le but est de faire disparaître le vice inhérent à l'obligation, ne peut, à raison même de sa nature, être valablement faite qu'autant qu'elle a lieu en connaissance de ce vice, et dans l'intention de le réparer ¹⁹.

¹⁸ Art. 1311 et arg. de cet article. Arg. art. 1338, al. 2 cbn. 1304, al. 2 et 3. Toullier, VIII, 504 et 505. Duranton, *loc. cit.*

¹⁹ Ces conditions sont formellement exigées, en matière de confirmation expresse, par le premier alinéa de l'art. 1338. Et comme elles ne constituent pas des solennités extrinsèques particulières à cette espèce de confirmation, mais des conditions intrinsèques nécessaires à la confirmation en elle-même, de quelque manière qu'elle soit faite, il résulte, de la nature même des choses, que ces conditions s'appliquent également à la confirmation tacite résultant de l'exécution volontaire. Le second alinéa de l'art. 1338 le donne clairement à entendre, lorsqu'il statue « qu'à défaut d'acte de confirmation, il suffit que l'obligation soit volontairement « exécutée après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée. » Ces dernières expressions indiquent, entre autres, que la confirmation tacite ne peut avoir lieu qu'après connaissance acquise du vice qu'il s'agit d'effacer. Aussi cela paraît-il généralement admis. Cpr. notamment : Merlin, *Rép.*, v° Ratification, n° 9, *Quest.*, *eod. v°*, § 5, n° 3; Toullier, VIII, 504; Req. rej., 27 mars 1812, Sir., 12, 4, 369; Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 4, 70; Req. rej., 24 janvier 1833, Sir., 33, 4, 209; Grenoble, 8 mai 1835, Sir., 35, 2, 554; Req. rej., 12 juillet 1837, Sir., 37, 4, 964; Caen, 27 mai 1843, Sir., 43, 2, 575; Civ. cass., 19 décembre 1853, Sir., 54, 4, 686. La véritable et l'unique difficulté soulevée par la doctrine et la jurisprudence est de savoir, si c'est au créancier qui se prévaut de la confirmation, à prouver le concours des deux conditions ci-dessus indiquées, ou si c'est, au contraire, au débiteur auquel elle est opposée, à justifier de leur absence. Merlin, qui avait d'abord admis (*Rép.*, v° *et loc. cit.*, et v° Testament, sect. II, § 5, n° 3) que c'était au créancier qui se prévalait de la confirmation, à prouver qu'elle avait eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation se trouvait entachée, s'est depuis (*Quest.*, v° Ratification, § 5, n° 5), sur les observations critiques de Toullier (VIII, 519), rangé à l'opinion contraire, que professe ce dernier auteur, par le motif que l'erreur ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'invoque à la prouver. Ce principe est sans doute vrai, en ce sens que celui qui intente une action ou qui invoque une exception dont le fondement repose sur l'erreur, doit prouver cette erreur, en vertu de la règle *onus probandi incumbit actori*. Mais telle n'est pas la position du débiteur auquel on oppose l'exécution de l'obligation contre laquelle il se pourvoit en nullité ou en rescision; il n'a plus rien à prouver une fois qu'il a justifié sa demande. C'est au créancier qui veut tirer de l'exécution de l'obligation une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ou en rescision, à établir, suivant la règle *reus excipiendo fit actor*, l'existence des conditions moyennant le concours desquels l'exécution volontaire équipolle à confirmation, et à démontrer, par conséquent, que l'exécution a eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation est entachée et dans l'intention de l'effacer.

La confirmation peut avoir lieu expressément ou tacitement.

La confirmation expresse peut être faite par acte authentique, ou par acte sous seing privé. Toutefois, la nullité résultant de l'inobservation de formes prescrites pour garantir la liberté et l'indépendance des parties, ne peut se couvrir que par un acte confirmatif²⁰ revêtu de ces formes.

Un acte, soit authentique, soit sous seing privé, ne fait à lui seul preuve complète de la confirmation²¹, que lorsqu'il contient la substance de l'obligation à confirmer, la mention du vice dont elle est entachée, et la manifestation de l'intention de réparer ce vice. Art. 1338, al. 1.

La confirmation tacite est celle qui résulte de l'exécution volontaire, soit totale, soit même partielle²², de l'obligation sujette à annulation ou à rescision²³. Art. 1338, al. 2. A cet égard, il importe de remarquer :

Toutefois, la preuve de ces deux conditions est susceptible de se faire au moyen de simples présomptions abandonnées à la prudence du juge. Ces présomptions peuvent résulter, en ce qui concerne la première condition, de la nature même du vice à couvrir, et, en ce qui concerne la seconde, de la nature même de l'acte d'exécution. Cpr. sur ce dernier point : Toullier, VIII, 506 à 509; Duranton, XIII, 282 à 284. D'un autre côté, il est à remarquer que notre théorie ne s'applique qu'à l'ignorance de fait et non à l'erreur de droit. S'il était justifié que le débiteur connaissait en fait le vice de l'obligation qu'il a volontairement exécutée, il serait encore admis à prétendre que la confirmation n'a point eu lieu en connaissance de cause, à raison de l'ignorance où il était sur les conséquences juridiques de ce vice et l'action en nullité à laquelle il pouvait donner lieu ; mais ce serait à lui à justifier de cette erreur de droit, parce que personne n'est censé ignorer la loi. Cpr. sur tout ce qui précède : § 664, texte n° 8 ; Pau, 27 février 1827, Sir., 28, 2, 223 ; Req. rej., 5 février 1829, Sir., 29, 1, 198 ; Nîmes, 28 janvier 1834, Sir., 34, 2, 292 ; Montpellier, 22 avril 1834, Sir., 32, 2, 620.

²⁰ Ainsi, par exemple, une reconnaissance d'enfant naturel, nulle en la forme, ne peut être confirmée que par un acte authentique. Art. 334.

²¹ Nous avons cru devoir substituer ces expressions à celles de la loi, parce que la validité de la confirmation n'est pas subordonnée aux énonciations indiquées par l'art. 1338, qui, conformément à la règle générale (cpr. § 306, note 4), ne sont exigées que comme moyen de prouver l'existence des conditions auxquelles la confirmation est attachée, et qu'ainsi l'existence de ces conditions peut être établie, indépendamment de tout acte confirmatif, par les divers genres de preuve que la loi autorise. Cpr. Toullier, VIII, 499; Duranton, XIII, 276. Voy. aussi Poitiers, 7 juillet 1825, Sir., 26, 2, 43.

²² Duranton, XIII, 280. Cpr. § 297, texte et note 18.

²³ La distinction que l'on faisait autrefois (cpr. Merlin, *Quest.*, v° Mineur, § 3), sous le rapport de la confirmation tacite, entre l'obligation entachée de nullité et l'obligation sujette à rescision, n'est plus admissible aujourd'hui. Art. 1311 et arg. de cet article. Toullier, VIII, 510 et 511.

1° Que l'exécution d'un acte consiste, pour l'une des parties, dans le paiement de ce qu'elle doit, et pour l'autre, dans la réception de ce qui lui est dû en vertu de cet acte.

2° Que les actes qui semblent seulement annoncer l'intention d'exécuter une obligation n'ont pas, sous le rapport de la confirmation, une force égale à celle des actes par lesquels cette exécution se réalise. Ainsi, la demande d'un délai pour accomplir une obligation, ou la constitution d'une hypothèque destinée à la garantir, ne forment pas une exécution de cette obligation, dans le sens de l'art. 1338²⁴. Il en est de même de l'offre de remplir une obligation, tant que cette offre n'a point été acceptée²⁵.

3° Que l'exécution ne peut être considérée comme volontaire, dans le sens de l'art. 1338, qu'autant qu'elle est exempte de tout vice de nature à invalider le consentement, et que, d'un autre côté, elle n'a point eu lieu pour échapper aux poursuites dirigées par le créancier²⁶.

La confirmation, soit expresse, soit tacite, n'exige pas le concours de la partie au profit de laquelle elle est faite²⁷. Ainsi, elle ne peut être révoquée sous le prétexte que celle-ci ne l'aurait point encore acceptée.

L'effet de la confirmation est d'enlever au débiteur le droit d'invoquer les moyens de nullité ou de rescision qu'il eût pu faire valoir contre son engagement, et de rendre cet engagement aussi inattaquable que le serait une obligation qui n'aurait jamais été entachée d'aucun vice. Lorsqu'un acte de confirmation, ou l'exécution volontaire, d'une obligation susceptible d'être annulée ou rescindée pour différentes causes, ne fait mention que de l'une de ces causes, ou n'a lieu qu'en connaissance de l'une d'elles, l'obligation reste, pour les autres, sujette à annulation ou à rescision²⁸.

²⁴ Req. rej., 20 décembre 1832, Sir., 33, 1, 345. Rennes, 8 avril 1835, Sir., 36, 2, 73. Cpr. Civ. rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1, 370.

²⁵ Civ. rej., 8 avril 1835, Sir., 36, 1, 37.

²⁶ Toullier, VIII, 512. Req. rej., 19 janvier 1830, Sir., 30, 1, 69. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 1, 475.

²⁷ La raison en est que cette partie est censée avoir donné par anticipation, et dans le moment même où l'obligation a été contractée, son adhésion à la confirmation. Toullier, VIII, 509. Merlin, *Quest.*, Mineur, § 3; v° Testament, § 18, n° 1.

²⁸ L. 1, C. *si major factus* (5, 74). Toullier, VIII, 498. Duranton, XIII, 273.

La confirmation a, de sa nature, un effet rétroactif au jour où l'obligation a été formée²⁹. Mais cet effet rétroactif ne peut jamais porter atteinte aux droits des tiers. Art. 1338, al. 3. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne a confirmé en majorité une vente immobilière qu'elle a passée en minorité, cette confirmation reste sans effet à l'égard d'un second acquéreur, auquel le ci-devant mineur a transmis, depuis sa majorité, et avant la confirmation de la première vente, la propriété de l'immeuble qui en faisait l'objet³⁰.

§ 339 *.

Continuation. — 2. *De la prescription des actions en nullité ou en rescision.*

Les actions en nullité ou en rescision des conventions ou autres actes analogues de volonté, se prescrivent par dix ans, lorsqu'elles n'ont pas été soumises à une prescription de plus courte durée par quelque disposition spéciale¹. Art. 1304, al. 1.

Pour la saine application de l'art. 1304, il faut avant tout distinguer les actes simplement sujets à annulation ou à rescision, de ceux qui sont à considérer comme nonavenus. La prescription établie par cet article ne s'applique qu'aux actes de la première espèce; elle est complètement étrangère à ceux de la seconde, dont l'inefficacité absolue peut être proposée en tout temps par ceux auxquels on les oppose. C'est ainsi que l'héritier, contre lequel on se prévaudrait d'un traité fait avant l'ouverture de la succession, pour repousser l'action en pétition d'hérédité ou en partage par lui introduite, est encore admis à faire déclarer ce traité nonavenu, bien qu'il se soit écoulé plus de dix ans depuis le décès de la personne dont la succession forme l'objet de cette action².

De Fréminville, *De la minorité*, II, 948. Civ. rej., 8 février 1841, Sir., 41, 1, 436. Limoges, 13 décembre 1847, Sir., 48, 2, 466.

²⁹ Toullier, VIII, 513 et 514. Duranton, XIII, 287 à 289.

³⁰ En revendant en majorité l'immeuble qu'il avait aliéné en minorité, le ci-devant mineur s'est dépouillé de tous ses droits de propriété sur cet immeuble, et s'est ainsi enlevé le pouvoir de confirmer, au préjudice du second acquéreur, la vente passée en minorité. Civ. cass., 16 janvier 1837, Sir., 37, 1, 102. — *Quid de la confirmation d'une hypothèque constituée en minorité?* Cpr. § 266.

* Le § 338, traitant de la reconnaissance des obligations, a été transporté au *Droit civil pratique*, sous le n° 760 bis.

¹ Cpr. art. 1622, 1676 et 1854.

² Nous avons dans nos précédentes éditions adopté une solution contraire, en

Le caractère de la nullité sur laquelle l'action est fondée est, en général, sans influence sur l'application de l'art. 1304³. Il importe peu que la nullité soit virtuelle ou textuelle, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public, pourvu que, d'ailleurs, elle soit susceptible d'être couverte par confirmation⁴. Il en ré-

partant de l'idée que les traités sur succession future sont simplement annulables. Mais une plus mûre réflexion nous a convaincus que de pareils traités, fondés sur une cause contraire à la loi et aux bonnes mœurs, doivent, aux termes de l'art. 1131, être considérés comme non venus. Et ce point une fois reconnu, il en résulte nécessairement que la prescription de dix ans n'est point applicable à des conventions de cette nature. En vain objecterait-on qu'un traité sur succession future devient susceptible de confirmation après l'ouverture de la succession, et qu'ainsi, à partir de cette époque, rien ne s'oppose plus à l'application de la prescription établie par l'art. 1304. En effet, la première de ces propositions est inexacte, puisqu'il ne saurait être question de la confirmation d'un acte qui n'a aucun principe d'existence ni d'efficacité. Il peut sans doute arriver qu'un traité sur succession future soit, après la mort de l'auteur commun, explicitement ou implicitement adopté par les héritiers, comme un des éléments constitutifs du partage de la succession, et qu'à ce titre, il reçoive son exécution. Si, dans ce cas, les arrangements intervenus entre les parties doivent être maintenus, c'est plutôt par l'effet d'une convention nouvelle qu'en vertu d'une simple confirmation. D'un autre côté, dût-on admettre la possibilité de la confirmation, après l'ouverture de la succession, d'un traité fait antérieurement, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que la prescription de dix ans devienne applicable à partir de cette époque. S'il est vrai de dire que cette prescription n'a pas lieu, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte non susceptible de confirmation, il serait inexact de prétendre à l'inverse qu'elle devient applicable, du moment où la confirmation est elle-même possible. En effet, la confirmation, par acte nouveau ou par exécution volontaire, peut et doit, à certains égards, avoir plus d'effet que la simple inaction. C'est ainsi que, quoique les héritiers du donateur puissent après sa mort confirmer une donation nulle en la forme, ils n'en jouissent pas moins d'un délai de trente années à partir de son décès pour intenter l'action en nullité qui leur compete. Cpr. texte et note 14, *infra*. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 547. Troplong, *De la vente*, I, 246. Zachariæ, § 337, note 6. Civ. cass., 2 juillet 1828, Sir., 28, 4, 286. Toulouse, 25 mai 1829, Sir., 31, 2, 330. Montpellier, 3 juin 1830, Sir., 31, 2, 151. Toulouse, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 97. Bastia, 14 avril 1834, Sir., 34, 2, 594. Limoges, 6 avril 1838, Sir., 38, 2, 501. Aix, 2 février 1840, Sir., 40, 2, 359. Civ. rej., 8 novembre 1842, Sir., 43, 1, 33. Req. rej., 14 novembre 1843, Sir., 44, 1, 229. Civ. rej., 11 novembre 1845, Sir., 45, 1, 785. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 599 ; Duvergier, *De la vente*, I, 230 ; Rouen, 30 décembre 1823, Sir., 25, 2 ; Req. rej., 3 août 1829, Sir., 29, 1, 339 ; Pau, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 202 ; Toulouse, 13 avril 1831, Sir., 31, 2, 330 ; Toulouse, 11 juillet 1834, Sir., 35, 2, 39.

³ Les expressions *dans tous les cas*, qui se trouvent au commencement de l'art. 1304, indiquent la généralité de sa disposition. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Nullité, § 8, n° 3 ; Marbeau, *Traité des transactions*, n° 315.

⁴ La nullité qui ne serait pas susceptible d'être couverte par confirmation ne

sulte, d'une part, que l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal est, après la dissolution du mariage, sujette à la prescription établie par l'art. 1304⁵. Il en résulte, en sens inverse, que cette prescription ne peut être opposée au donateur qui demande la nullité d'une donation entachée d'un vice de forme, et qu'elle n'est pas non plus opposable à l'action en nullité dirigée contre la clause par laquelle il a été stipulé, dans un contrat d'antichrèse, que le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu⁶.

Il est également indifférent, pour l'application de l'art. 1304, que la nullité invoquée soit fondée sur les dispositions du Code Napoléon, ou qu'elle résulte de lois spéciales⁷, et que l'action en nullité soit ouverte au profit de personnes physiques, ou compétente à des personnes morales⁸.

En ce qui concerne particulièrement l'action en nullité accordée aux mineurs non émancipés, à raison de l'inobservation des formes prescrites pour la validité de certains actes juridiques, la prescription de dix ans s'applique tout aussi bien au cas où ces actes ont été passés par les tuteurs, qu'à celui où ils l'ont été par les mineurs eux-mêmes⁹.

pourrait évidemment pas l'être par la prescription de dix ans, qui repose sur une présomption légale de conformation. Arg. art. 1445. Cpr. Marbeau. *op. et loc. cit.*; Toullier, VII, 561 et suiv.

⁵ Req. rej., 9 janvier 1828, Sir., 28, 1, 127. Civ. rej., 31 mars 1844, Sir., 41, 1, 397. Voy. cependant Civ. rej., 28 février 1825, Sir., 25, 1, 421.

⁶ Cpr. art. 2088. Toulouse, 5 mars 1831, Sir., 34, 2, 111.

⁷ Ainsi, la prescription établie par cet article s'applique à l'action en nullité fondée sur l'inobservation des formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, et dirigée contre des conventions dont la validité exige un acte notarié. Duranton, XII, 537. Pau, 4 fév. 1830, Sir., 30, 2, 202.

⁸ La prescription de dix ans s'applique notamment à l'action en nullité d'une aliénation de biens communaux, consentie par le maire en cette qualité, sans l'observation des formalités requises. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 6, n° 5. Troplong, *De la prescription*, 1, 196. Civ. rej., 29 juin 1838, Sir., 38, 1, 489. Req. rej., 18 janvier 1841, Sir., 41, 1, 340. Caen, 4 mars 1848, Sir., 49, 2, 543. Voy. en sens contraire : Solon, *Des nullités*, II, 479.

⁹ De Fréminville, *De la minorité*, II, 896. Solon, *Des nullités*, II, 468. Civ. rej., 14 novembre 1826, Sir., 27, 1, 306. Riom, 8 mai 1829, Sir., 29, 2, 296. Riom, 25 mars 1829, Sir., 30, 2, 241. Civ. cass., 25 novembre 1835, Sir., 36, 1, 130. Nîmes, 14 janvier 1839, Sir., 39, 2, 369. Paris, 2 novembre 1840, Sir., 41, 2, 134. Grenoble, 10 juin 1842, Sir., 43, 2, 144. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 641. M. Duranton (III, 598, X, 282, XII, 545) enseigne, au contraire, qu'un acte passé par le tuteur sans l'observation des formalités requises, telle

Quoique l'art. 1304 ne mentionne expressément que les actions en nullité ou en rescision de conventions, sa disposition ne doit pas être restreinte aux conventions proprement dites : elle s'applique de même à tous actes de volonté, d'où résulte un engagement, une renonciation, ou une décharge, et qui, opérant à l'instar d'une convention, lorsque le bénéfice en a été accepté par les intéressés, confèrent ainsi à ces derniers des droits irrévocables¹⁰. C'est ainsi que la prescription de dix ans peut être

une vente immobilière consentie sans l'accomplissement des conditions exigées par les art. 457 à 459, n'est pas plus opposable au mineur que ne le serait la vente d'un de ses immeubles faite par un étranger, et que le mineur jouit par conséquent de l'action en revendication, tant que l'usucapion n'est point accomplie au profit de l'acquéreur. Voy. aussi en ce sens : Grenier, *Des hypothèques*, I, 48; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 550; Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, 286; Metz, 1^{er} juin 1824, Sir., 24, 2, 154; Riom, 13 déc. 1826, Sir., 27, 2, 147; Bordeaux, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 319; Toulouse, 7 juin 1830, Sir., 34, 2, 66; Grenoble, 24 mars 1833, et Rennes, 1^{er} août 1833, Sir., 33, 2, 580. Aux motifs donnés par la cour de cassation dans son arrêt du 25 novembre 1835, on peut ajouter, à l'appui de l'opinion énoncée au texte, que la doctrine contraire repose sur une fausse assimilation entre le tuteur et un simple mandataire. Lorsqu'il s'agit d'un mandat conventionnel qui détermine les formes dans lesquelles doit être passé l'acte pour lequel il est donné, ces formes constituent une condition restrictive du mandat, de telle sorte que la qualité de mandataire est subordonnée à leur observation, et que leur omission doit, au regard du mandant, faire considérer l'acte consenti par le mandataire comme ayant été fait par un tiers dépourvu de mandat. Mais le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, et, si la loi l'astreint pour certains actes à l'observation de formalités spéciales, elle ne fait cependant pas dépendre sa qualité de représentant du mineur de l'accomplissement de ces formalités. Leur omission forme bien obstacle à la validité d'un acte de cette nature, mais elle n'empêche pas que le mineur n'y ait été représenté, et que cet acte ne puisse lui être opposé. *Factum tutoris factum pupilli*. Voy. dans ce sens : *Discussion au Conseil d'état*, de l'art. 1599 (Loché, *Lég.*, XIV, p. 51 et 53, n° 21). Cpr. L. 20, C. de *neg. gest.* (2, 19); § 145, texte n° 1. — Il est, du reste, bien entendu que, si des immeubles pupillaires avaient été vendus par un tiers ou même par le tuteur en son propre nom, la prescription établie par l'art. 1304 ne serait pas opposable au mineur, qui serait autorisé à exercer l'action en revendication, sans avoir besoin de faire prononcer la nullité de la vente. Art. 1165. Civ. rej., 8 décembre 1813, Sir., 14, 1, 213. Cpr. Civ. rej., 14 novembre 1826, Sir., 27, 1, 306.

¹⁰ L'art. 46 de l'ordonnance de 1510, qui forme le point de départ de notre législation en ce qui concerne la prescription des actions en nullité ou en rescision, l'avait fixée à dix années, non-seulement pour les contrats, mais encore pour les autres actes. Si les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans le premier alinéa de l'art. 1304, employé des expressions en apparence moins étendues, en ne parlant que des actions en nullité ou en rescision *de conventions*, on doit supposer

opposée à l'action en nullité ou en rescision dirigée, soit contre un paiement ou une quittance ¹¹, soit contre l'acceptation ou la répudiation d'une succession ¹².

Pour déterminer, d'une manière plus précise, la portée de l'art. 1304, il convient d'indiquer maintenant les hypothèses qui ne tombent pas sous son application.

La prescription établie par l'art. 1304 ne concerne que les actions en nullité relatives au patrimoine; elle est étrangère aux actions en nullité dirigées contre des conventions ou actes de l'état civil. C'est ainsi qu'elle ne s'applique pas à l'action par laquelle on demanderait l'annulation d'un mariage, d'une adoption, ou d'une reconnaissance d'enfant naturel ¹³.

D'un autre côté, la prescription dont s'agit ne peut être opposée qu'aux actions en nullité ou en rescision intentées par les parties elles-mêmes, et non à celles qui compèteraient à des tiers en leur propre nom. C'est ainsi que l'action en nullité ouverte aux héritiers contre une donation ou un testament faits par leur auteur ne se prescrit que par trente ans, et non par dix ans ¹⁴. Il en est de même de l'action paulienne formée par des créanciers contre les actes passés au préjudice ou en fraude de leurs droits ¹⁵.

En troisième lieu, la prescription de l'art. 1304 est étrangère aux actions qui ne constituent pas des demandes en nullité ou en rescision proprement dites, quelque analogie qu'elle présentent d'ailleurs avec ces dernières. Elle ne s'étend, par conséquent, ni aux actions en résolution ou résiliation de contrats ¹⁶, ni aux

qu'ils ne l'ont fait que pour empêcher l'application de cette disposition à des actes qui, d'après leur nature, ne sauraient être soumis aux mêmes règles que les conventions proprement dites, et que, dans leur pensée, le terme *conventions* devait comprendre tous les actes relatifs au patrimoine qui opèrent à l'instar des contrats. Ce qui confirme cette supposition, c'est que, dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 1304, le législateur s'est servi de l'expression *actes*, indiquant ainsi que le terme *conventions* ne devait pas être pris ici dans son sens le plus restreint.

¹¹ Angers, 27 décembre 1845, Sir., 47, 2, 57. Cpr. req. rej., 27 juin 1837, Sir., 38, 4, 426.

¹² Grenoble, 6 décembre 1842, Sir., 43, 2, 290.

¹³ Cpr. § 462, texte n° 4 et note 18, § 558, texte et note 13; § 568 *ter*, texte et note 24.

¹⁴ Toullier, VII, 617. Duranton, XII, 534. Civ., cass, 8 janvier 1838, Sir., 38, 4, 646. Bordeaux, 14 mars 1843, Sir., 43, 2, 311. Cpr. aussi §§ 730 et 731, texte et note 9; § 732, texte et note 9; § 734, texte et note 18.

¹⁵ Cpr. § 313, texte et note 37.

¹⁶ Duranton, XII, 552.

actions en rectification de comptes¹⁷, ni aux actions en répétition de l'indu¹⁸, notamment à celles qui ont pour objet la restitution, soit de sommes payées en vertu de conventions fondées sur une cause illicite¹⁹, soit du prix de vente d'une chose qui n'existait plus au moment du contrat²⁰, ni aux actions en réduction dirigées contre des dispositions à titre gratuit²¹, ni enfin aux actions en déclaration de simulation, alors même qu'elles seraient formées par l'une des parties, qui alléguerait que le contrat n'a absolument rien de sérieux, ou que son véritable caractère a été déguisé sous l'apparence d'une convention d'une autre nature²².

Enfin l'art. 1304, ne parlant que des actions en nullité ou en rescision, ne peut être étendu aux exceptions de cette nature.

¹⁷ Cpr. Code de procédure, art. 544. Merlin, *Quest.*, v° Compte. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 1886 *quinquies*. Bordeaux, 10 juin 1828, Sir., 28, 2, 268. Cpr. Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104.

¹⁸ Duranton, XII, 550. Amiens, 9 mai 1823, Sir., 26, 2, 165. Civ. rej., 19 janvier 1831, Sir., 31, 1, 157.

¹⁹ Ainsi, l'action en répétition d'intérêts usuraires ne se prescrit que par trente ans. Si la nullité dont se trouve entachée une stipulation d'intérêts usuraires était susceptible de se couvrir par une confirmation expresse ou tacite, et notamment par le paiement de ces intérêts, l'action en répétition se confondrait avec l'action en nullité. Mais, comme il n'en est pas ainsi (cpr. Loi du 3 septembre 1807, art. 3; § 337, texte et note 8), l'action en répétition d'intérêts usuraires est une véritable action en restitution de l'indu, essentiellement distincte de l'action en nullité. Troplong, *Du prêt*, n° 401. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 112. Angers, 27 mars 1829, Sir., 29, 2, 336. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 120. Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Montpellier, 1^{er} mars 1833, Sir., 37, 1, 234. Voy. en sens contraire : Caen, 29 avril 1835, Sir., 38, 2, 510 ; Toulouse, 8 novembre 1836, Sir., 37, 2, 324. — La même solution s'applique à l'action en répétition de sommes payées en vertu d'un traité secret relatif à la cession d'un office. Paris, 5 décembre 1846, Sir., 47, 2, 228. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Rouen, 26 décembre 1850, Sir., 51, 2, 97. Voy. en sens contraire : *Dissertation*, par Teyssier-Desfarges, *Revue de droit français*, 1846, III, p. 608.

²⁰ Duranton, XII, 531. Troplong, *De la vente*, I, 252. Duvergier, *De la vente*, II, 256. De Fréminville, *De la minorité*, II, 892. Rennes, 28 juillet 1811, Sir., 13, 2, 98.

²¹ Cpr. § 685 *quater*, texte n° 3 et note 6 ; § 734, texte *in fine* et note 38.

²² Ainsi, par exemple, l'action tendant à faire déclarer qu'un acte qualifié de vente n'est en réalité qu'un contrat pignoratif ou une antichrèse n'est pas soumise à la prescription de dix ans. Une pareille action ne peut, en effet, ni quant à son fondement, ni quant à son objet, être considérée comme une action en nullité de la convention. Son unique but est de faire déterminer le véritable caractère de cette convention, et les effets qu'elle doit produire d'après l'intention réelle des parties. Poitiers, 18 juillet 1838, Sir., 38, 2, 391. Voy. en sens contraire : Limoges, 2 août 1839, Sir., 40, 2, 62.

On doit appliquer à ces exceptions, comme à toutes autres, la maxime : *Quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*²³.

La prescription établie par l'art. 1304 commence, en général, à courir du jour auquel a été passé le contrat ou l'acte entaché d'une cause de nullité ou de rescision²⁴.

Cette règle reçoit exception :

1^o Quant aux nullités qui, en raison d'un obstacle apporté par quelque disposition légale, ne sont pas susceptibles d'être immédiatement couvertes par voie de confirmation. La prescription, en pareil cas, ne court que du jour où la confirmation est devenue légalement possible. Ainsi, par exemple, l'action en nullité dirigée, pour vice de forme, contre un contrat de mariage, ne devient prescriptible qu'à partir de la dissolution du mariage. Arg. art. 1395.

2^o Relativement aux actions en nullité ou en rescision, ouvertes en faveur de personnes que la loi déclare incapables de s'obliger. La prescription ne court alors qu'à dater du moment où l'incapacité a cessé, c'est-à-dire à dater de la dissolution du mariage, de la majorité, de la levée de l'interdiction, ou de la défense de procéder sans conseil, suivant que l'action est ouverte contre un acte passé par une femme mariée non autorisée, par un mineur²⁵, par un interdit, ou par une personne pourvue d'un conseil judiciaire. Art. 1304, al. 2 et 3, et arg. de cet article.

La prescription court également à partir de la levée de l'interdiction, lorsqu'il s'agit d'actes argués de nullité, en vertu de l'art. 503. Quant à ceux qui ont été passés en état de démence par une personne dont l'interdiction n'a pas été prononcée, elle court à dater du jour où cette personne a recouvré sa raison²⁶.

²³ Cpr. sur le sens de cette maxime, et sur les conditions auxquelles son application est subordonnée : § 771, texte et notes 4 à 6.

²⁴ Arg. *a contrario*, art. 1304, al. 2 et 3, cbn. al. 1. Toullier, VII, 603 et 604. Duranton, XII, 533.—Cette règle est-elle applicable à l'action en rescision pour cause de lésion, dirigée contre un partage d'ascendant fait par donation entre-vifs ? Cpr. § 734.

²⁵ Que l'acte ait été passé par le mineur, ou par le tuteur au nom de ce dernier, la prescription court également à dater de la majorité, et non pas seulement à partir de la connaissance que le mineur peut avoir acquise de l'acte qu'il attaque. Civ. cass., 30 mars 1830, Sir., 30, 1, 238.

²⁶ En jugeant que l'action en nullité ouverte contre de pareils actes n'est pas soumise à la prescription de dix ans établie par l'art. 1304, et ne se prescrit que

Enfin, lorsqu'un individu est décédé en état de minorité, d'interdiction, ou de démence, c'est à partir de son décès que commence à courir la prescription de l'action en nullité compétant à ses héritiers.

En vertu de la disposition toute spéciale de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, l'action en nullité des actes passés par une personne placée dans un établissement d'aliénés, et dont l'interdiction n'a pas été prononcée, ne se prescrit contre cette personne elle-même qu'à partir du jour où elle a eu connaissance de ces actes, par signification ou autrement, après sa sortie définitive de l'établissement, et contre ses héritiers, qu'à partir du moment où ils en ont eux-mêmes obtenu connaissance, après le décès de leur auteur, à moins toutefois que la prescription n'ait déjà commencé à courir contre ce dernier ²⁷.

3° Enfin la règle ci-dessus énoncée reçoit exception en ce qui concerne les nullités résultant d'un vice dont se trouverait entaché le consentement de l'une des parties. La prescription ne court, dans cette hypothèse, que du jour auquel le consentement aurait pu être valablement donné, c'est-à-dire, en cas de violence, à compter du jour où elle a cessé, et, en cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ²⁸. Art. 1304, al. 2. Cette exception ne doit pas être étendue au vice de lésion. La prescription, en pareil cas, court du jour du contrat ou du jour de la majorité, et non pas seulement à dater du moment auquel le demandeur en rescision prétendrait avoir obtenu connaissance de la lésion ²⁹.

Les règles sur la suspension ou l'interruption de la prescription

par trente ans, la Cour d'Aix (17 février 1832, Sir., 32, 2, 264) a ouvertement violé cet article.

²⁷ Cpr. § 127 bis, texte *in fine* et notes 39 à 42.

²⁸ C'est à celui qui prétend que la prescription de dix ans a été suspendue par suite d'erreur ou de dol à prouver que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans : *Reus excipiendo fit actor*. Art. 1315. Duranton, XII, 536. Civ. cass., 26 juillet 1825, Sir., 25, 4, 370. Besançon, 1^{er} mars 1827, Sir., 27, 2, 144. Paris, 22 juillet 1853, Sir., 54, 2, 49. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, 53. Mais cette preuve est susceptible d'être faite par témoins, ou à l'aide de simples présomptions, et il n'est pas même nécessaire que l'existence du dol soit au préalable établie. Le juge peut, à l'aide de faits et circonstances déjà constants, déterminer l'époque probable de la découverte du dol allégué, et rejeter, en conséquence, l'exception de prescription, tout en ordonnant une enquête pour la preuve du dol même. Civ. rej., 13 mars 1849, Sir., 49, 1, 347.

²⁹ Art. 1304 et 1676. Cpr., § 626, texte n° 2 et note 34.

en général doivent également être appliquées à la prescription qui nous occupe. Ainsi, la prescription de l'action en nullité ou en rescision ouverte au profit d'un mineur est suspendue jusqu'à sa majorité, non-seulement lorsqu'il agit en vertu d'un privilège spécial fondé sur la minorité, mais encore lorsqu'il invoque une cause de nullité ou de rescision qu'un majeur serait également admis à faire valoir³⁰. Il y a mieux, cette prescription est suspendue au profit du mineur qui a succédé à un majeur, dans la personne duquel l'action en nullité ou en rescision avait pris naissance³¹.

Du reste, les dispositions spéciales de l'art. 1304 ne forment pas obstacle à l'application de la règle générale établie, en matière de prescription, par l'art. 2262. Ainsi, s'il s'était écoulé plus de trente ans, depuis la passation d'un acte entaché de dol ou d'erreur, l'action en nullité se trouverait prescrite, bien qu'il ne se fût point encore écoulé dix années depuis la découverte de l'erreur ou du dol³².

³⁰ Cpr., § 626, texte n° 2 et note 35.

³¹ Delvincourt, II, part. II, p. 806. Merlin, *Rép.*, v° Rescision, n° 5 bis; *Quest. cod. v°*, § 5. Proudhon, II, p. 504 et 505. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 572. Pau, 11 décembre 1835, Sir., 36, 2, 183. Limoges, 28 mai 1836, Sir., 39, 2, 69. Nîmes, 20 juin 1839, Sir., 39, 2, 535. Req. rej., 8 novembre 1843, Sir., 44, 1, 129. Voy. cependant, en sens contraire : Toullier, VII, 615; Duranton, XII, 548; Zachariæ, § 337, *in fine* et note 11; Angers, 22 mai 1834, Sir., 34, 2, 337. La proposition énoncée au texte se justifie par le rapprochement des articles 1304 et 2252. En vain objecte-t-on qu'il ne s'agit point ici de l'écoulement d'une véritable prescription, mais d'une simple déchéance résultant d'un délai préfix. Cette objection, en faveur de laquelle milite, jusqu'à certain point, la rédaction de l'article 1304, qui, sans parler de prescription, se borne à fixer la durée des actions en nullité et en rescision, ne nous paraît cependant pas fondée, surtout en ce qui concerne les actions en nullité. De pareilles actions, qui dérivent des principes du Droit commun, ne sauraient être considérées comme constituant l'exercice d'une simple faculté ou d'un bénéfice exceptionnel; elles tendent à la réalisation d'un droit acquis, et ne peuvent, dès lors, s'éteindre que par une véritable prescription. Or, s'il en est incontestablement ainsi des actions en nullité, on est bien forcé d'admettre la même conséquence pour les actions en rescision, que l'article 1304 place sur la même ligne au point de vue qui nous occupe. La disposition du second alinéa de l'article 1676 nous paraît clairement démontrer que le législateur est parti de l'idée qu'en général le délai accordé pour l'exercice des actions en rescision ne court pas contre les mineurs, alors même qu'elles ont pris naissance dans la personne d'un majeur.

³² A l'appui de l'opinion contraire, on a invoqué l'art. 2264 et la maxime *specialia generalibus derogant*. Mais ce serait, à notre avis, aller directement contre l'esprit qui a dicté les dispositions spéciales de l'art. 1304, que d'écarter,

SECONDE SECTION.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS EN PARTICULIER.

Voyez les sources et la bibliographie de la première section.

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS.

I. DES CONTRATS EN GÉNÉRAL.

A. NOTION DU CONTRAT.

§ 340.

Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique ¹.

Un contrat est la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'engagent, envers une ou plusieurs autres, à une

d'une manière absolue, en matière d'actions en nullité ou en rescision, l'application de la prescription générale établie par l'art. 2262. En limitant à 10 années le délai pendant lequel ces actions peuvent être utilement intentées, le législateur a clairement manifesté qu'à ses yeux elles méritaient moins de faveur que les actions ordinaires, qui ne se prescrivent que par 30 ans. Et si, pour tempérer les conséquences de cette réduction, il a cru devoir exceptionnellement fixer le point de départ de la prescription de dix ans au moment de la découverte de l'erreur ou du dol, cela n'autorise pas à supppser qu'il ait voulu soustraire les actions dont s'agit à la prescription de trente ans. En vain se prévaudrait-on de la maxime *contra agere non valentem non currit præscriptio*, puisque la continuation de l'erreur ou l'ignorance du dol ne forment que des obstacles de fait, et purement relatifs, à l'introduction immédiate de l'action en nullité, et que les obstacles de cette nature n'arrêtent point, en général, le cours de la prescription. Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que l'exception de nullité reste indéfiniment ouverte au profit de celui qui n'a pas exécuté l'acte contre lequel il est fondé à revenir, et que l'action en nullité n'est, en définitive, qu'un moyen pour faire admettre une demande en répétition ou restitution. Or, il serait contraire à l'esprit général de notre législation, et au but final de la prescription de trente ans, qui est de garantir le patrimoine contre toute ultérieure réclamation, d'étendre au delà de ce terme la durée normale d'actions qui ne présentent qu'un intérêt pécuniaire. Paris, 22 juillet 1853, Sir., 54, 2, 49. Voy. en sens contraire : les autorités citées en note de cet arrêt ; Seligman, *Dissertation, Revue critique*, 1854, V. p. 447.

¹ *Conventio est duorum pluriumve in idem placitum consensus. L. 1, D. de pact. (2, 14).*

prestation quelconque, c'est-à-dire, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. Art. 1101.

En Droit français, les conventions sont, en général², obligatoires par le seul effet du consentement des parties, et sans qu'il soit besoin, ni de la livraison de la chose qui en forme l'objet ou de l'accomplissement par l'une des parties du fait auquel elle s'est obligée, ni de l'emploi de formalités extrinsèques³. Sous ce rapport, le Droit français⁴ diffère essentiellement du Droit romain, dont les dispositions reposent sur le principe contraire, c'est-à-dire, sur le principe que le consentement ne suffit point, en règle générale, pour rendre une convention civilement obligatoire⁵.

B. DES DIFFÉRENTES DIVISIONS DES CONTRATS¹.

§ 341.

1° Les contrats se divisent en contrats unilatéraux et bilatéraux ou synallagmatiques (*sensu lato*), suivant qu'une seule des parties s'engage envers l'autre, sans que celle-ci soit obligée, ou que les deux parties s'engagent réciproquement l'une en-

² Voy. cep. § 343, texte et notes 7 à 9.

³ Arg. art. 1108. Cpr. § 306, note 4. — La théorie du Droit romain sur les *Causes d'obligation*, ainsi que la distinction des contrats d'avec les simples conventions ou les pactes, et la division des contrats en réels, verbaux, littéraux et consensuels, sont donc étrangères au Droit français. Cpr. § 345. Il résulte bien des définitions que le Code Napoléon donne du commodat, du prêt de consommation, du dépôt et du nantissement, ainsi que des règles qu'il trace sur ces matières, que les contrats dont s'agit n'existent comme tels que par la livraison de la chose qui en forme l'objet. Mais ils ne constituent pas pour cela des contrats réels dans le sens du Droit romain : car il n'est pas douteux que, d'après les principes du Code Napoléon, la simple promesse, suivie d'acceptation, de livrer une chose à titre de commodat, de prêt de consommation, de gage, ou de la recevoir en dépôt, ne soit civilement obligatoire. Colmar, 8 mai 1845, Sir., 47, 2, 417.

⁴ L'ancien Droit français avait déjà admis le principe *solus consensus obligat*. Autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du Droit romain. Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. I, reg. 2. Pothier, n° 15.

⁵ § 2. *Inst. de oblig.* (3, 13).

¹ Cpr. sur cette matière : Pothier, nos 9 et suiv.; Delvincourt, II, p. 419; Duranton, X, 65 et suiv.; *Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge*, par J. Rudhardt; Nuremberg, 1811, 8°. — La division des contrats en contrats *bonæ fidei* et *stricti juris*, qui était d'une haute importance en Droit romain, est étrangère au Droit français. Voy. art 1134, 1135 et 1160.

vers l'autre. Art. 1102 et 1103. Le cautionnement et la constitution d'hypothèque, par exemple, sont des contrats unilatéraux.

Les contrats synallagmatiques se subdivisent en contrats parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques, selon que les parties se soumettent ou non, par le fait même de la convention, et indépendamment de tout événement ultérieur, à des engagements réciproques, qui forment ou sont censés former, de la part de chacune d'elles, l'équivalent de la prestation à laquelle elle a droit².

Les contrats parfaitement synallagmatiques sont commutatifs, lorsque cet équivalent consiste, pour chacune des parties, dans un avantage certain. Ils sont aléatoires, lorsque cet équivalent consiste, soit uniquement dans des chances réciproques de gain ou de perte, soit dans des chances de cette nature combinées avec un avantage certain pour l'une ou l'autre des parties. Art. 1104.

L'intérêt pratique de la division des contrats, en contrats parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques, se rattache principalement à l'application des art. 1184 et 1325. Dans l'un et l'autre de ces textes, les termes *contrats synallagmatiques* sont pris dans une acception restreinte, et ne s'appliquent qu'aux contrats commutatifs et aux contrats aléatoires.

² Dans les contrats parfaitement synallagmatiques, les deux parties contractent, par le fait de la convention, deux obligations actuelles, qui forment réciproquement la cause l'une de l'autre. Au contraire, dans les contrats imparfaitement synallagmatiques, l'une des parties ne se soumet qu'à une obligation éventuelle, subordonnée au cas où l'autre partie ferait des déboursés ou contracterait quelque engagement pour l'exécution ou à l'occasion du contrat. Cette obligation éventuelle est tout au plus une suite, mais non la cause de l'obligation primitive, qui forme l'objet direct du contrat. Aussi les contrats parfaitement synallagmatiques engendrent-ils, au profit de chacune des parties, une action principale, ayant pour objet l'exécution des engagements qui en dérivent directement (*actio utrinque directa*), tandis que les contrats imparfaitement synallagmatiques ne confèrent à l'une des parties qu'une action éventuelle en indemnité, ou en garantie, des déboursés qu'elle pourra faire, ou des engagements qu'elle pourra prendre (*actio contraria*). — Il est quelquefois difficile de déterminer la nature d'un contrat, à raison des pactes accessoires que les parties y ont attachés. C'est ainsi que l'on peut hésiter sur la question de savoir si le mandat et le dépôt cessent d'être des contrats imparfaitement synallagmatiques, et revêtent le caractère de contrats parfaitement synallagmatiques, lorsqu'ils renferment la stipulation d'un salaire pour le mandataire et le dépositaire. Cette question semble devoir être résolue d'après l'intention des parties. Dans le doute, on devrait cependant la décider négativement.

2° Les contrats se divisent en contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit ou de bienfaisance. Ils sont à titre onéreux, lorsque l'avantage qu'ils procurent à l'une ou à l'autre des parties ne lui est concédé que moyennant une prestation, qu'elle a fournie ou à laquelle elle s'oblige. Ils sont à titre gratuit, lorsqu'ils assurent à l'une ou à l'autre des parties quelque avantage, indépendamment de toute prestation de sa part. Art. 1105 et 1106. Les contrats parfaitement synallagmatiques sont tous et nécessairement à titre onéreux. Les contrats imparfaitement synallagmatiques et les contrats unilatéraux sont, les uns à titre onéreux, les autres de bienfaisance.

3° Les contrats sont ou d'acquisition ou de garantie, suivant qu'ils ont pour objet d'augmenter, ou simplement de garantir le patrimoine des deux parties ou de l'une d'elles.

4° Ils sont solennels ou non solennels, selon que la validité en est ou non subordonnée à l'observation de certaines formalités³.

5° Enfin, les contrats sont nommés ou innommés, selon que la loi les désigne ou non sous une dénomination spéciale⁴. Les règles tracées par le Code Napoléon sur les contrats en général s'appliquent aux contrats nommés aussi bien qu'aux contrats innommés. Mais les règles particulières aux divers contrats nommés ne sont applicables que par analogie aux contrats innommés⁵. Art. 1107.

Nous ne traiterons que des contrats nommés dont le Code Napoléon s'est occupé⁶. Encore ne parlerons-nous pas, dans cette section, du contrat de mariage et des donations.

C. DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A L'EXISTENCE ET A LA VALIDITÉ DES CONTRATS.

§ 342.

1. Généralités.

Tout contrat exige le concours du consentement des parties,

³ Cpr. § 306, note 4; § 340; § 343, note 7.

⁴ Une convention qui, d'après son objet et sa nature, constitue un contrat nommé et défini par la loi, doit être appréciée d'après les règles relatives à ce contrat, quoique les parties ne l'aient pas dénommée, ou qu'elles lui aient donné une qualification différente de celle qui lui appartient.

⁵ Cpr. Duranton, X, 92.

⁶ Ainsi, nous n'expliquerons pas les contrats commerciaux, tels, par exemple, que le contrat de change, le contrat à la grosse et le concordat.

de leur capacité à l'effet de contracter, d'un objet, et enfin d'une cause d'obligation. Art. 1108. Ces quatre conditions doivent exister au moment où se forme le contrat.

Nous expliquerons, dans les paragraphes suivants, les règles relatives au consentement des parties, à l'objet, et à la cause. Ces trois conditions constituent tout à la fois des éléments de fait indispensables à l'existence des contrats, et des éléments de droit qui, pour la validité de ces derniers, doivent réunir certains caractères ou être exempts de certains vices indiqués par la loi. Quant aux principes qui régissent la capacité de contracter, nous nous bornerons à renvoyer au § 52 et aux matières qui y sont indiquées.

§ 343.

2. Spécialités. — a. Du consentement.

Le consentement nécessaire à l'existence d'un contrat doit être réciproquement donné par toutes les parties ¹. Tout contrat exige donc essentiellement le concours de deux ou de plusieurs déclarations de volonté, se manifestant d'un côté par des offres, et de l'autre par leur acceptation.

Les déclarations de volonté des parties peuvent avoir lieu entre absents, aussi bien qu'entre présents; et au premier cas, par lettres missives, ou par un intermédiaire (*per litteras, aut per nuntium*).

Il n'est pas nécessaire que l'acceptation intervienne immédiatement après les offres; elle peut les suivre à un intervalle de temps plus ou moins considérable. Toutefois, l'acceptation ne peut plus efficacement intervenir, soit après le décès de l'auteur des offres, soit après qu'il a perdu de fait ou de droit la capacité nécessaire pour persévérer dans sa volonté ².

¹ L'art. 1108, qui n'exige formellement que le consentement de la personne qui s'oblige, est, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Cpr. art. 932, al. 1. — Voy. sur le cas où une promesse faite à plusieurs personnes n'a été acceptée que par quelques-unes d'entre elles : Civ. cass., 4 juillet 1840, Sir., 40, 1, 376.

² Ainsi, une offre ne peut plus être utilement acceptée, lorsque celui qui l'a faite est tombé en état de démence, ou a subi un changement d'état qui l'a privé de la capacité de contracter. Pothier, *De la vente*, n° 32. Duranton, XVI, 45. Duvergier, *De la vente*, 1, 67. Troplong, *De la vente*, 1, 27. Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1, 250. — En cas de décès de celui à qui la proposition a

L'acceptation rend le contrat parfait dès l'instant où elle a lieu, soit expressément, soit tacitement, et non pas seulement à partir du moment où elle parvient à la connaissance de celui qui a fait les offres³.

Les offres peuvent être rétractées tant qu'elles n'ont pas été acceptées, à moins que celui dont elles émanent n'ait explicitement ou implicitement renoncé à la faculté de les retirer avant une certaine époque. Toutefois on devrait, même dans ce dernier cas, reconnaître à l'auteur de la proposition le droit de la révoquer, aussi longtemps qu'elle ne serait pas parvenue à la connaissance de celui auquel elle avait été adressée⁴.

Du reste, la partie qui a accepté des offres dans l'ignorance, soit de leur rétractation, soit du décès ou du changement survenu dans la condition de l'autre partie, et qui, en conséquence de cette acceptation, a fait des dépenses ou éprouvé des pertes, est en droit de réclamer des dommages-intérêts⁵.

Le consentement n'est, en général, soumis, pour sa manifes-

été adressée, ses héritiers ont-ils le droit de l'accepter? Nous n'hésitons pas à adopter la négative enseignée par MM. Toullier (VI, 31) et Duvergier (*op. cit.*, I, 69). Cpr. cep. Caen, 27 avril 1812, Sir., 12, 2, 294.

³ *Nec obstat* art. 932, al. 2. La disposition de cet article, spéciale aux donations entre-vifs, ne doit pas être étendue à des contrats qui, à la différence des donations, n'exigent pour leur perfection que le concours de deux volontés, abstraction faite de toute solennité extérieure. Or, ce concours se réalise par le fait même de l'acceptation. Cpr. art. 1121. Pothier, *De la vente*, n° 32. Duranton, XVI, 45. Duvergier, *De la vente*, 1, 58 et suiv. MM. Merlin (*Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3, n° 41); Toullier (VI, 29); Troplong (*De la vente*, I, 24), et Pardessus (*Cours de droit commercial*, 1, 250), enseignent l'opinion contraire, en se fondant sur ce que l'acceptation n'est qu'un *propositum in mente retentum*, tant que l'auteur des offres n'en a pas reçu reconnaissance. Ce motif nous paraît porter à faux. Il est bien clair qu'une acceptation purement intentionnelle ou manifestée de manière à laisser à celui qui l'a donnée le pouvoir d'en effacer toutes les traces ne suffit pas à la perfection du contrat. Mais telle n'est pas la question, qui consiste uniquement à savoir si l'acceptation manifestée par des moyens qui doivent, d'après le cours ordinaire des choses, la porter à la connaissance de l'auteur des offres, rend le contrat parfait à son égard, même avant que de fait il en ait été instruit. Or, il est inexact de dire que l'acceptation ne soit, en pareil cas, qu'un *propositum in mente retentum*, et doive, en ce qui concerne l'auteur des offres, être considérée comme n'existant pas. La difficulté qui nous occupe a été principalement agitée à l'occasion des ventes par correspondance. Cpr. Poitiers, 11 ventôse an X, Sir., 2, 2, 25.

⁴ Toullier, VI, 30. Duvergier, *De la vente*, I, 56 et 57.

⁵ *Nemo ex alterius facto pręgravari debet*. Voy. les autorités citées à la note 2, *supra*.

Vide l. —

tation, à aucune formalité intrinsèque. Il peut être donné, d'une manière expresse, par écrit, par paroles, ou par signes. Il peut aussi résulter tacitement de faits ou d'actes qui le présupposent ou l'indiquent d'une manière non équivoque. Mais le seul silence ne saurait, en général, être considéré comme équivalant à consentement⁶. Le principe d'après lequel la manifestation du consentement n'est soumise à aucune condition de forme reçoit exception, à l'égard des contrats solennels⁷, dans les cas où la loi exige une manifestation expresse de volonté⁸, et dans ceux où les parties ont formellement stipulé que leurs conventions ne deviendraient obligatoires que par l'accomplissement de certaines formalités extrinsèques, telles, par exemple, que la rédaction d'un acte instrumentaire⁹.

Pour que le consentement puisse être considéré comme existant de fait, il faut :

1° Que les parties aient été, en le donnant, physiquement capables d'avoir et d'exprimer une volonté. La promesse faite, soit par un enfant, soit par un homme qui n'était pas sain d'esprit, ou

⁶ Thibaut, *System des Pandectenrechts*, I, § 138. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, § 132. Vening-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen civil Rechts*, I, § 129.

⁷ Par exemple, dans les donations (art. 931), les conventions matrimoniales (art. 1394) et les constitutions d'hypothèques (art. 2127). Voy. aussi art. 1250, n° 1. L. du 5 juillet 1844, art. 20, al. 1 ; Code de commerce, art. 195. — Toutefois la promesse faite par lettre missive de constituer une hypothèque serait obligatoire. Pau, 16 juillet 1852, Sir., 2, 417.

⁸ Cpr. par exemple, art. 784, 1250, n° 1, 1275, 1457 et 2015. Voy. aussi art. 1907.

⁹ La clause par laquelle les parties conviennent de consigner leur convention dans un acte sous seing privé, ou de la faire constater par un acte notarié, n'en fait pas dépendre l'existence de l'accomplissement de ces formalités, à moins qu'il ne résulte clairement des termes mêmes de cette clause ou des circonstances que telle a été l'intention des parties. Une clause de cette nature doit, en général, être considérée comme ayant uniquement pour objet d'assurer la preuve de la convention à laquelle elle se rapporte. *Exposé de motifs* par Portalis (Loché, *Lég.*, XIV, p. 142 et suiv., n° 5). Pothier, n° 11. Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3, n° 7. Toullier, VIII, 140. Duranton, XVI, 39. Duvergier, *De la vente*, I, 166. Troplong, *De la vente*, I, 19. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 884, n° 8 et 9. Colmar, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 549. Civ. cass., 6 septembre 1813, Sir., 14, 1, 95. Civ. rej., 12 novembre 1821, Sir., 22, 1, 148. Bourges, 20 août 1841, Sir., 42, 2, 68. Bourges, 17 mai 1842, Sir., 43, 2, 100. Riom, 19 mars 1844, Sir., 44, 2, 324. Voy. aussi : Req. rej., 19 juin 1839, Sir., 39, 1, 462. Cpr. cep. Bourges, 10 novembre 1808, Dalloz, *op. et loc. cit.*

qui se trouvait en état d'ivresse¹⁰, ne saurait être considérée comme le résultat d'un véritable consentement.

2° que les parties aient eu l'intention sérieuse de s'obliger. Une offre faite ou acceptée par plaisanterie, ou par forme de simple politesse, ne constitue pas un consentement.

3° Que le consentement ne soit pas le résultat d'une erreur.

Quoique le consentement qui ne réunit pas les conditions ci-dessus indiquées doive, philosophiquement parlant, être considéré comme inexistant, il ne faut cependant pas en conclure que la convention à laquelle un pareil consentement a servi de base soit toujours réputée non avenue selon le Droit positif. S'il en est incontestablement ainsi des conventions conclues avec un enfant non encore parvenu à l'âge de raison¹¹, ou avec une personne qui n'avait pas l'intention de s'obliger, il en est autrement des conventions passées, soit avec un homme qui se trouvait en état de démence¹², soit avec une personne dont le consentement a été la suite d'une erreur¹³. La loi, en ouvrant une action en nullité

¹⁰ Pothier, n° 49. Toullier, VI, 412. Duranton, X, 403. Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, 88. Angers, 12 décembre 1823, Sir., 24, 2, 140. Cpr. Colmar, 27 août 1819, Sir., 20, 2, 79; Rouen, 1^{er} mars 1825, Sir., 25, 2, 245; Rennes, 14 juillet 1849, Sir., 50, 2, 36.

¹¹ En déclarant simplement annulables ou rescindables les conventions *passées par des mineurs*, les art. 1124, 1125 et 1305 n'ont évidemment en vue que des mineurs qui, parvenus à l'âge de raison, ont, sinon de droit, tout au moins de fait, la capacité nécessaire pour contracter : *Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent.* § 10. *Inst. de inut. stip.* (3, 49). *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 323, n° 18 *in fine*). Proudhon, II, p. 452 à 455.

¹² Cpr. § 427, texte et note 3.

¹³ Les art. 1109 et 1117 placent l'erreur sur la même ligne que la violence et le dol. Cette assimilation n'est cependant pas rigoureusement exacte. Le dol et la violence vicient bien le consentement, mais ils n'empêchent pas qu'il n'existe de fait; l'erreur, au contraire, peut être de telle nature qu'elle exclue de fait tout consentement : *Non videntur, qui errant, consentire.* L. 416, § 2, D. de R. J. (50, 17). L. 57, D. de obl. et act. (44, 7). L'absence d'erreur n'est donc pas seulement, comme l'absence de violence ou de dol, une condition juridique de la validité du consentement, mais bien une condition de fait de son existence. Il en résulte que, philosophiquement parlant, toute convention qui est le résultat d'une erreur doit être réputée non avenue. Mais il importait, pour les besoins de la pratique, de préciser les circonstances dans lesquelles l'erreur se trouverait avoir de fait déterminé la convention, et la vérification de ces circonstances nécessitant une instruction judiciaire, on comprend que les rédacteurs du Code Napoléon aient été amenés à envisager la convention conclue par suite d'une erreur comme simplement sujette à annulation, et non comme inexistante.

contre ces dernières conventions, donne clairement à entendre qu'elle en reconnaît l'existence juridique. Cpr. art. 503, 504 et 1117. Ces observations s'appliquent, *a fortiori*, aux conventions passées en état d'ivresse.

L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'il est certain, d'après la nature même de l'erreur, que les deux parties, ou l'une d'elles, ne se seraient point obligées, si elles avaient connu le véritable état des choses¹⁴. En partant de cette idée, le législateur décide, dans l'art. 1110, que l'erreur relative à l'objet de la convention n'entraîne nullité que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose, non lorsqu'elle porte simplement sur ses qualités accidentelles¹⁵, et que l'erreur concernant la personne avec laquelle a été conclue une convention ne l'annule qu'autant que la considération de la personne a été le motif principal de cette convention. On doit attribuer à l'erreur sur la cause de l'obligation le même effet qu'à l'erreur sur l'objet de la convention¹⁶. Quant à l'erreur relative seulement aux motifs occasionnels ou de circonstance, qui de fait peuvent avoir porté les parties ou l'une d'elles à contracter, elle n'est une

¹⁴ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 319, n° 10).

¹⁵ Il résulte des explications données par Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs cité à la note précédente, que les termes *substance même de la chose* ont été employés par opposition aux qualités simplement accidentelles. Du reste, quand il s'agit de savoir, pour l'application de l'art. 1110, si telle qualité doit être considérée comme substantielle ou comme simplement accidentelle, il faut bien moins s'attacher à la nature de la chose considérée en elle-même, qu'au point de vue sous lequel elle est devenue l'objet du contrat ; de telle sorte qu'il peut arriver qu'une qualité, qui en soi n'est qu'accidentelle, doive cependant être réputée substantielle, lorsque, d'après l'intention commune des parties, telle qu'elle a été expressément ou implicitement manifestée, cette qualité constitue une condition de la convention. Cpr. § 355 bis.

¹⁶ Il faut bien se garder de confondre, comme on le fait si souvent, l'erreur sur la cause, qui rentre sous l'application des art. 1009, 1110, 1117, 1304 et 1338, avec la cause fautive ou erronée dont il est question en l'art. 1131. L'erreur sur la cause est celle qui ne porte que sur l'efficacité juridique d'une cause existant d'ailleurs de fait. Telle est l'erreur d'une personne qui s'engage, par voie de novation, à payer une dette naturelle, qu'elle s'imagine être civilement efficace. En cas de cause fautive ou erronée, l'erreur porte sur l'existence même de la cause, de telle sorte que l'obligation fondée sur une cause fautive n'est en réalité qu'une obligation sans cause. C'est ce qui arriverait, par exemple, si un héritier *ab intestat* s'obligeait à payer un legs contenu dans un testament qui se trouverait, à son insu, révoqué par un testament postérieur. Dans ce dernier cas, l'obligation est à considérer comme non avenue, tandis que, dans le premier, elle est simplement annulable.

cause de nullité que dans le cas où, d'après leur intention commune, la réalité de ces motifs constitue évidemment une condition à laquelle devait être subordonnée l'efficacité de la convention¹⁷. Du reste, l'erreur de droit produit, dans ces diverses circonstances, les mêmes effets que l'erreur de fait¹⁸.

Il ne suffit pas, pour la validité d'un contrat, que le consentement des parties puisse, d'après ce qui précède, être considéré comme existant de fait; il faut de plus qu'il n'ait pas été obtenu à l'aide de moyens réprouvés par la loi.

1° Tout contrat est sujet à annulation, lorsque l'une des parties a été contrainte de donner son consentement par des violences physiques¹⁹, ou par des menaces²⁰ assez graves pour lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable²¹. Art. 1109 et 1112, al. 1. Les violences ou les menaces

¹⁷ *Exposé de motifs, op. et loc. cit.* Pothier, n° 20.

¹⁸ Cpr. § 28. Merlin, *Rép.*, v° Testament, sect. II, § 5. Delvincourt, II, part. II, p. 461. Toullier, VI, 58. Duranton, X, 127. Solon, *Des nullités*, I, 196 et suiv. Metz, 28 novembre 1817, *Sir.*, 19, 2, 142. Toulouse, 19 janvier 1824, *Sir.*, 24, 2, 415. Besançon, 1^{er} mars 1827, *Sir.*, 27, 2, 141. Grenoble, 24 juillet 1830, *Sir.*, 31, 2, 95. Limoges, 8 décembre 1837, *Sir.*, 39, 2, 27. Civ. rej., 12 mars 1845, *Sir.*, 45, 1, 524.

¹⁹ La détention arbitraire d'une personne est un fait de violence qui vicie les conventions que cette personne a passées dans le but de recouvrer sa liberté. Il n'en est pas de même d'une contrainte par corps légalement exercée. Pothier, n° 26. Toullier, VI, 81. Merlin, *Quest.*, v° Crainte, § 2. Duranton, X, 142 et 143.

²⁰ La menace faite à un débiteur d'exercer contre lui une voie de droit, par exemple, la contrainte par corps, ne l'autorise pas à attaquer les conventions qu'il a passées avec le créancier pour se soustraire à cette voie d'exécution. Pothier, *loc. cit.* Il en est de même de la menace faite à une personne de porter contre elle une dénonciation à raison d'un délit. Mais, si les conventions passées dans ces hypothèses ne doivent pas être regardées comme entachées de violence, elles peuvent souvent se trouver destituées de cause licite. Cpr. Req. rej., 17 mars 1813, *Sir.*, 13, 1, 262.—*Quid* des engagements contractés par une personne surprise en flagrant délit? Cpr. Duranton, X, 144.

²¹ L'art. 1112 dit : « à un mal considérable et *présent*. » Nous avons cru devoir retrancher cette dernière expression. Il n'est pas indispensable, pour que des menaces vicient le consentement, qu'elles doivent se réaliser à l'instant même; il suffit qu'elles inspirent actuellement à la personne qui en est l'objet une crainte assez grave pour la déterminer à contracter. Ainsi, par exemple, une menace d'incendie vicie le consentement qui en est la suite, quoique l'effet en doive, par sa nature même, rester suspendu pendant un certain temps. On est, en rédigeant l'art. 1112, parti de l'idée que des menaces dont l'effet ne doit se réaliser que dans un avenir plus ou moins éloigné ne sont pas de nature à faire sur l'esprit de celui qui en est l'objet une impression assez vive pour le décider à s'en rédimier au

exercées ou proférées contre le conjoint, les descendants²², ou les ascendants de l'une des parties, entraînent les mêmes conséquences que celles qui ont été dirigées contre cette partie elle-même. Art. 1113. Il est, du reste, indifférent que les violences ou les menaces aient été exercées ou proférées par l'un des contractants ou par un tiers. Art. 1111. Pour juger si c'est par suite de violences ou de menaces qu'une personne a été déterminée à contracter, on doit avoir égard à son âge, à son sexe, à sa condition, et aux circonstances dans lesquelles elle a donné son consentement. Art. 1112, al. 2. La seule crainte révérentielle²³, par suite de laquelle l'une des parties a pu être portée à contracter, ne suffit pas pour invalider le contrat. Art. 1114.

2° Tout contrat est sujet à annulation, lorsque l'une des parties a été entraînée à donner son consentement par le dol de l'autre partie²⁴, c'est-à-dire par l'effet de manœuvres que celle-ci a pratiquées dans le but de l'induire en erreur²⁵. Les manœuvres auxquelles l'un des contractants a participé, vicie la convention, comme celles dont il aurait lui-même été l'auteur. Il y a mieux: la partie qui, en contractant, avait connaissance des manœuvres

moyen d'un sacrifice. Cette idée est vraie en général; mais on l'a formulée d'une manière inexacte.

²² Ce terme comprend ici les enfants naturels comme les enfants légitimes.— S'étend-il aussi aux enfants adoptifs? Voy. Delvincourt, sur l'art. 1113; Duranton, X, 152.

²³ Si la crainte révérentielle avait été aggravée par l'effet de quelque menace, le contrat serait susceptible d'être annulé, quoique cette menace n'eût pas par elle-même la gravité nécessaire pour vicier le consentement. Ainsi, la menace faite par un père à son enfant de le priver de sa succession, en vendant tous ses biens moyennant une rente viagère, quoique insuffisante en elle-même pour former une cause de nullité des conventions passées par l'enfant, peut être considérée comme telle à raison de la crainte révérentielle de ce dernier envers son père. Duranton, X, 154.—La disposition de l'art. 1114 s'applique également à la crainte révérentielle de la femme envers le mari, et, à plus forte raison, à celle d'un domestique envers son maître, et d'un subordonné envers son supérieur. Duranton, X, 115.

²⁴ Les manœuvres pratiquées par un tiers à l'égard de l'un des contractants n'autorisent pas ce dernier à demander l'annulation du contrat; il ne peut, en pareil cas, former qu'une demande en dommages-intérêts contre le tiers qui l'a induit en erreur. La différence qui existe sous ce rapport entre le dol et la violence (cpr. art. 1111) tient à la nature même de ces vices. L. 14, § 3, D. *quod metus causa* (4, 2). Duranton, X, 176.

²⁵ Le dol est susceptible, quelle que soit la valeur de la convention, d'être prouvé par témoins, lors même qu'il n'en existerait pas de commencement de preuve par écrit. Arg. art. 1348. Cpr. § 765, texte et note 18. Duranton, X, 196.

pratiquées par un tiers pour déterminer l'autre partie à donner son consentement, et qui n'en a pas averti cette dernière, doit, par cela même, être considérée comme y ayant participé²⁶. Le dol commis par le mandataire conventionnel ou légal de l'une des parties, par exemple, par son tuteur, est, en ce qui concerne la recevabilité de l'action en nullité, censé avoir été commis par la partie elle-même²⁷.

L'erreur produite par le dol de l'une des parties vicie le contrat, lorsqu'elle a déterminé l'autre partie à contracter²⁸, quoiqu'elle ne présente pas, d'ailleurs, les caractères indiqués par l'art. 1110²⁹.

§ 344.

b. De l'objet des contrats.

Tout contrat exige un objet, c'est-à-dire une prestation à laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre. Art. 1126.

Une prestation peut consister dans la livraison d'une chose, ou dans l'accomplissement de tout autre fait positif ou négatif, d'ailleurs susceptible d'appréciation pécuniaire¹. Il importe peu que la chose existe déjà, ou qu'elle n'existe pas encore au

²⁶ Duranton, X, 477 et 478. Cpr. Belost-Jolimont sur Chabot, obs. 2 sur l'art. 783; Req. rej., 5 décembre 1838, Sir., 38, 4, 954.

²⁷ L. 15, *D. de dolo malo* (4, 3). Duranton, X, 486. Mais la partie représentée par un mandataire ne serait pas responsable des dommages-intérêts dus en raison du dol commis par ce dernier. Cpr. § 445, texte et note 9.

²⁸ Il faut, en effet, que le dol ait donné naissance au contrat (*dolus causam dans contractui*). Le dol simplement incident (*dolus incidens*), c'est-à-dire celui qui a été pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, et qui, par conséquent, n'a plus eu pour objet de faire naître dans l'une des parties l'intention de contracter, mais seulement de l'amener à accepter des conditions auxquelles elle n'aurait pas souscrit, si elle n'avait pas été circonvenue, n'est pas une cause de nullité de la convention, et ne donne ouverture qu'à une action en dommages-intérêts contre l'auteur ou le complice du dol. Toullier, VI, 91. Duranton, X, 470 et suiv.

²⁹ Ainsi, quoiqu'une erreur qui ne porte que sur des qualités accidentelles de la chose ne vicie pas par elle-même la convention, cette erreur autorise cependant une demande en nullité, dès qu'il est établi qu'elle a été le résultat du dol de l'une des parties, et qu'elle a déterminé l'autre partie à contracter. La preuve du dol n'est exigée, d'après cela, que dans les cas où l'erreur n'est point, par elle-même, suffisante pour entraîner la nullité de la convention.

¹ *Ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt. L. 9, § 2, D. de statu lib.* (40, 7).

moment de la formation du contrat, et que le créancier doit en acquérir la propriété, ou qu'il ne doit en obtenir que la jouissance ou la détention. Art. 1127 et 1130, al. 1.

Les actes dépendants d'une profession littéraire, scientifique ou artistique ne peuvent, en eux-mêmes et directement, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse². Ainsi, l'engagement pris par un médecin de traiter un malade, ou par un avocat de défendre une cause, n'engendre contre eux aucune action contractuelle, sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle ils pourraient être soumis, en vertu des art. 1382 et 1383³. Mais rien n'empêche qu'une chose à produire (*opus*) ne devienne l'objet d'une convention civilement efficace, bien que sa production doive être le résultat de l'exercice de talents artistiques ou de facultés intellectuelles de l'ordre le plus élevé. Ainsi est civilement efficace, l'engagement pris par un peintre de fournir un tableau, ou par un auteur de livrer un ouvrage destiné à la publication ou à la représentation. D'un autre côté, si des actes dépendants d'une profession libérale ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de former l'objet d'un engagement obligatoire pour celui qui les a promis, ils n'en constituent pas moins, en raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis⁴.

Un contrat qui manque absolument d'objet, ou qui n'a pour objet qu'une prestation physiquement impossible, est à considérer comme inexistant⁵.

Il en est de même du contrat dont l'objet n'est pas déterminé, au moins quant à son espèce. Mais il n'est pas nécessaire que l'objet du contrat soit actuellement déterminé quant à sa quo-

² De pareils actes, considérés en eux-mêmes, sont *res inestimabiles*, et ne constituent, d'après leur caractère principal, qu'un fait d'obligance de la part de celui qui les a promis. *Opera loco beneficii præstatur*. L. 4, *proæ.*, D. *si mentor fal. mod. dix.* (44, 6). Le sens moral, comme les principes du droit, condamneraient la prétention de celui qui voudrait réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une promesse de cette nature.

³ Req. rej., 18 juin 1835, Sir., 35, 4, 404.

⁴ Le terme *honoraire*, par lequel on désigne cette rémunération, en fait parfaitement ressortir le caractère particulier. L. 4, *proæ.*, D. *si mentor fal. mod. dix.* (44, 6). Cpr. Req. rej., 24 août 1839, Sir., 39, 4, 663.

⁵ Pothier, nos 134 et suiv. Ainsi, la vente d'une chose qui n'existait plus au moment du contrat est à considérer comme non avenue. Cpr. § 349, texte et note 14.

tité, pourvu que cette quotité soit susceptible d'être fixée par le juge⁶. Art. 1129.

On doit assimiler aux conventions dépourvues d'objet, les contrats dont l'objet consisterait dans une chose placée hors du commerce, ou dans un fait illicite. Art. 1128. Arg. art. 6 et 1133. Ces contrats sont, à l'instar des conventions de la première espèce, à considérer comme non avenues.

Telle est, d'une part, la convention par laquelle un fonctionnaire public, qui n'appartient pas à la classe des officiers ministériels jouissant du droit de présentation, s'engage à se démettre de sa place moyennant une somme déterminée, que l'autre partie promet de lui payer⁷. Telle est encore la convention de société ayant pour objet l'exploitation en commun d'un office ministériel, dont l'une des parties serait titulaire⁸.

⁶ Pothier, nos 131, 283 et suiv. Cpr. § 423, texte n° 2 et note 4.

⁷ Toullier, VI, 161. Troplong, *De la vente*, I, 270. Duvergier, *De la vente*, I, 207. Coulon, *Questions*, III, p. 563. Paris, 23 avril 1814, Sir., 15, 2, 238. Paris, 8 novembre 1825, Sir., 26, 2, 225. Nancy, 12 novembre 1829, Sir., 30, 2, 187. Paris, 18 novembre 1837, Sir., 38, 2, 63. Cpr. Rennes, 13 juillet 1840, Sir., 40, 2, 414. Voy. cependant en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 465 ; Amiens, 18 janvier 1820 et 18 juin 1822, Sir., 23, 2, 73 ; Grenoble, 3 juillet 1825, Sir., 26, 2, 61. Cpr. aussi Req. rej., 2 mars 1825, Sir., 25, 1, 361. — La clientèle d'un médecin est-elle susceptible de former l'objet d'une cession ? Voy. pour la négative : Paris, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 64.

⁸ Bien que les officiers ministériels, désignés en l'art. 91 de la loi de finances du 28 avril 1816, jouissent de la faculté de présenter un successeur, et de stipuler un prix pour cette présentation, leurs offices n'en restent pas moins, à tous autres égards, placés hors du commerce (cpr. Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 93), et ne peuvent, dès lors, former l'objet d'un contrat de société. En vain voudrait-on distinguer entre le titre même et les émoluments de la charge, puisque ces émoluments, qui ne constitueraient que des résultats éventuels de la société à établir, ne peuvent, en aucune manière, être considérés comme en formant l'objet. La solution d'après laquelle les sociétés de la nature de celles dont il est ici question sont à regarder comme non avenues peut d'ailleurs se justifier par la considération que de pareilles sociétés sont, dans leur constitution, contraires à l'ordre public. Duvergier, *Des sociétés*, nos 59 et suiv. Troplong, *Du contrat de société*, I, 89 et suiv. Delangle, *Des sociétés*, I, 108 et suiv. Paris, 2 janvier 1838, Sir., 38, 2, 83. Nantes, 9 mai 1839, Sir., 39, 2, 434. Rennes, 29 décembre 1839, Sir., 40, 2, 81. Rennes, 28 août 1841, Sir., 41, 2, 494. Paris, 17 juillet 1843, Sir., 43, 2, 369. Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 22. Rennes, 9 avril 1851, Sir., 52, 2, 261. Req. rej., 9 février 1852, Sir., 52, 1, 490. Lyon, 28 février 1853, Sir., 53, 2, 383. Paris, 4 février 1854, Sir., 54, 2, 148. Cpr. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634 ; Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 21. Voy. en sens con-

Tel est enfin, d'autre part, le traité ayant pour objet une entreprise de succès dramatiques⁹.

Les successions non encore ouvertes, quoique n'étant pas, à vrai dire, placées hors du commerce, ne sont pas non plus, du moins en général¹⁰, susceptibles de former l'objet d'une convention. Art. 791, 1130 et 1600¹¹.

Cette prohibition s'applique non-seulement aux conventions qui porteraient sur l'universalité ou sur une quote-part d'une succession non encore ouverte, mais encore à celles qui auraient pour objet des droits héréditaires éventuels sur des objets particuliers¹².

Les conventions portant simultanément sur des biens présents et sur des biens devant dépendre d'une succession non encore ouverte sont nulles pour le tout, lorsqu'elles ont été conclues pour un seul et même prix¹³, à moins que celui au profit duquel une pareille convention a été passée ne consente à faire porter la totalité du prix sur les biens présents, et à renoncer au bénéfice de la convention pour les biens à venir¹⁴.

traire : Mollot, *Bourses de commerce*, n° 284 ; Dard, *Code des officiers ministériels*, p. 328 et suiv. ; Malepeyre et Jourdain, *Sociétés commerciales*, p. 5. Voy. aussi : Paris, 15 juin 1850, Sir., 50, 2, 433. — Du reste, rien ne s'oppose à ce qu'un officier ministériel s'engage valablement à rémunérer un collaborateur ou un clerc au moyen de l'abandon d'une certaine partie des émoluments de sa charge. Req. rej., 13 janvier 1835, Sir., 35, 1, 17. Riom, 22 juillet 1842, Sir., 42, 2, 476.

⁹ Paris, 4 avril 1840, Sir., 41, 1, 623. Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 499.

¹⁰ Voy. cependant art. 761, 918, 1082 et 1083, 1093, 1401, 1526 et 1837. Voy. aussi § 744.

¹¹ Cpr. sur diverses applications de la règle qui prohibe toute convention sur succession future : § 337, texte et note 13 ; § 647, texte et note 10 ; § 739, texte, notes 52, 57 et 58 ; Grenoble, 13 décembre 1828, Sir., 29, 2, 278 ; Req. rej., 14 novembre 1843, Sir., 44, 1, 229 ; Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 172.

¹² Troplong, *De la vente*, I, 246, Civ. rej., 11 novembre 1845, Sir., 45, 1, 785. Cpr. Civ. cass., 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 666. Cet arrêt n'est pas contraire à celui qui a été précédemment cité. Dans l'espèce sur laquelle il a statué, les choses vendues ne l'avaient point été comme objets héréditaires, ni par des personnes agissant en qualité d'héritiers éventuels. En réalité, la convention n'était qu'une vente de la chose d'autrui, vente qui, d'ailleurs, avait été ultérieurement ratifiée par le propriétaire.

¹³ Troplong, *De la vente*, I, 251. Limoges, 13 février 1828, Sir., 29, 2, 32. Montpellier, 4 août 1832, Sir., 32, 2, 481. Toulouse, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 97. Limoges, 6 avril 1838, Sir., 38, 2, 501. Req. rej., 11 novembre 1843, Sir., 44, 1, 229. Voy. cependant Duvergier, *De la vente*, I, 231.

¹⁴ Grenoble, 8 août 1832, Sir., 33, 2, 176. Req. rej., 17 janvier 1837, Sir., 37, 1, 247. Voy. en sens contraire : Orléans, 24 mai 1849, Sir., 49, 2, 600.

La prohibition des pactes sur succession future ne s'applique pas, d'une manière absolue, aux conventions concernant les biens d'un absent, alors, du moins, qu'elles ont été conclues postérieurement à la déclaration d'absence. De semblables conventions seront sans doute annulables, s'il vient à être établi que l'absent existait encore à l'époque de leur passation. Mais à défaut de cette preuve, et dans l'état d'incertitude que l'absence entraîne avec elle, elles doivent sortir leur effet, tant entre les parties contractantes, qu'à l'égard des tiers¹⁵. Quant aux traités conclus avant la déclaration d'absence, ils ne peuvent, il est vrai, servir de fondement à une action dirigée contre des tiers, alors même que l'absence aurait été ultérieurement déclarée¹⁶. Mais les parties contractantes seraient, à défaut de preuve positive de l'existence de l'absent au moment où ces traités sont intervenus, non recevables à en demander la nullité¹⁷.

Lorsqu'une convention à titre onéreux a pour objet, soit une chose placée hors du commerce ou une succession non encore ouverte, soit un fait illicite, elle est également à considérer comme non avenue sous le rapport de la cause¹⁸.

¹⁵ La déclaration d'absence donnant lieu à l'ouverture présumée de la succession de l'absent, tant en ce qui concerne les rapports respectifs de ses héritiers présomptifs, qu'au point de vue des relations de ces derniers avec les tiers, il en résulte qu'aussi longtemps que la présomption de mort n'est pas détruite par la preuve contraire, les conventions relatives au patrimoine délaissé par l'absent ne sont point à considérer comme des conventions sur succession future. Demolombe, II, 430. Req. rej., 27 décembre 1837, Sir., 38, 1, 545.

¹⁶ Tant que l'absence n'a point été déclarée, la présomption de vie l'emporte, et les traités faits sur les biens de l'absent pendant cette première période, constituent des traités sur une succession qui ne peut point encore être réputée ouverte. Il est vrai que la déclaration d'absence fait remonter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles l'ouverture présumée de la succession. Mais cette rétroactivité n'est point absolue, elle ne concerne que le règlement des rapports respectifs des personnes qui ont à exercer sur la succession de l'absent des droits subordonnés à son décès; elle ne peut avoir pour conséquence de valider, au regard des tiers, des actes qui se trouvaient *ab initio* frappés de nullité. Civ. cass., 21 février 1844, Sir., 42, 1, 467.

¹⁷ Entre les parties contractantes la difficulté se réduit à une question de preuve, qui se résout par la règle que le demandeur est tenu d'établir tous les faits qu'il allègue à l'appui de sa demande. Art. 1345. Demolombe, II, 431. Civ. rej., 30 août 1826, Sir., 27, 1, 157. Req. rej., 3 août 1829, Sir., 29, 1, 339. Cpr. Req. rej., 17 janvier 1843, Sir., 43, 1, 446.

¹⁸ C'est même à ce point de vue que la jurisprudence et les auteurs s'attachent surtout, pour déclarer non avenues les conventions de cette espèce.

Du reste, si la prestation formant l'objet du contrat, bien que susceptible en elle-même d'appréciation pécuniaire, ne présentait, pour le créancier personnellement, aucun avantage appréciable en argent, celui-ci ne serait pas autorisé à poursuivre en justice l'exécution de la promesse à lui faite. Un simple intérêt d'affection ne serait pas suffisant pour lui donner une action¹⁹, à moins cependant que la stipulation déterminée par un pareil mobile n'ait eu en même temps pour but l'accomplissement d'un devoir moral²⁰.

§ 345.

De la cause des obligations conventionnelles.

En Droit romain, les conventions n'étaient pas, en général, civilement obligatoires par elles-mêmes. Les solennités et les faits à l'accomplissement ou à l'existence desquels la législation romaine avait subordonné l'efficacité civile des conventions, étaient appelés *causæ obligandi*. Il ne saurait, en Droit français, être question de causes d'obligation dans le sens qui vient d'être indiqué, puisque les conventions y sont, en général, civilement obligatoires par elles-mêmes, c'est-à-dire par le seul effet du consentement des parties.

Mais le Droit français exige, comme condition de la force obligatoire de toute promesse, et par conséquent de toute convention, que l'auteur de la promesse ait été déterminé à s'engager par un motif juridiquement suffisant. Ce motif est appelé cause de l'obligation¹.

¹⁹ Cpr. *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 325, n° 26).

²⁰ Cpr. L. 54, *proæ.*, D. *mand.* (17, 4).

¹ Selon certains commentateurs du Code Napoléon, la cause des obligations conventionnelles consisterait dans le motif qui porte les parties à s'engager. Cpr. Toullier, VI, 466 et 467 ; Delvincourt, II, part. II, p. 472. Cette définition manque de précision, en ce qu'elle ne distingue pas assez nettement la cause proprement dite du motif qui de fait peut avoir engagé les parties à contracter. Un exemple suffira pour faire comprendre cette distinction. A achète de B un cheval, dans l'intention d'en faire don à C. Cette intention est le motif qui de fait porte l'acheteur à contracter, mais elle ne constitue pas la cause de son obligation de payer, qui consiste dans le désir d'acquérir la propriété du cheval formant l'objet du contrat. Au surplus, le terme *causa* est également employé en Droit romain dans un sens identique ou analogue à celui qui vient d'être indiqué. Voy. L. 65, § 4, D. *de condict. ind.* (12, 6). Voy. aussi au D. les titres IV, V et VII du livre XII.

Dans les contrats de bienfaisance, l'intention d'exercer un acte de libéralité, ou de rendre un service, constitue une cause suffisante d'engagement ².

Dans les contrats intéressés, la cause pour chacune des parties se trouve dans l'avantage qu'elle entend se procurer, eu égard à la nature de la convention, et par l'effet direct qu'elle doit produire. Cet avantage peut consister, soit dans une prestation certaine ou éventuelle ³, soit dans la libération d'une obligation préexistante.

Les obligations naturelles peuvent, tout aussi bien que les obligations civiles, servir de cause à un nouvel engagement ⁴.

La jurisprudence tend même à reconnaître que le simple désir de satisfaire à des sentiments d'honneur ou de délicatesse peut constituer une cause suffisante d'engagements rentrant pour le fond, et même pour la forme, dans la classe des actes à titre onéreux ⁵.

L'obligation qui ne repose point sur une cause juridiquement

² Pothier, n° 42. *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XII, p. 325, n° 27). *Discussion au Conseil d'état*, Opinion de Portalis (Loché, *Lég.*, XIV, p. 77, n° 4).

³ Dans les contrats commutatifs ou aléatoires, la cause de l'obligation de l'une des parties se confond avec l'objet de l'obligation de l'autre. La théorie de la cause, en ce qui concerne ces contrats, se rattache donc d'une manière intime à celle de l'objet. Quand il s'agit de l'objet des conventions, on envisage en elle-même et isolément la prestation due par chacune des parties. Quand on s'occupe de la cause, on apprécie les prestations respectivement dues par les contractants en les opposant l'une à l'autre.

⁴ Cpr. 297, texte et notes, 19 à 24; § 324, texte et note 41.

⁵ Civ. rej., 3 décembre 1813, Sir., 14, 1, 85. Req. rej., 10 mars 1818, Sir., 19, 1, 158. Req. rej., 30 novembre 1831, Sir., 32, 1, 383. Nîmes, 16 février 1832, Sir., 32, 2, 315. Req. rej., 23 juillet 1833, Sir., 33, 1, 535. Bourges, 3 août 1844, Sir., 45, 2, 600. Cpr. Civ. cass., 11 avril 1820, Sir., 20, 1, 245; Aix, 22 avril 1828, Sir., 29, 2, 108. Bien que dans notre opinion les devoirs imposés par la délicatesse ou l'honneur ne soient pas toujours à considérer comme des obligations naturelles, nous n'hésitons cependant pas à donner une entière adhésion à cette jurisprudence. D'une part, en effet, la loi n'ayant pas indiqué les motifs qui, en matière de contrats unilatéraux, sont de nature à constituer des causes suffisantes d'engagement, s'en est, par cela même, remise à cet égard à l'appréciation des tribunaux; et d'un autre côté, l'Etat ne doit pas refuser la sanction du Droit à des engagements librement consentis par une personne, pour s'acquitter de ce que le sentiment de l'honneur ou de la délicatesse lui indique comme un devoir de restitution ou de réparation: ne pas vouloir conserver un bénéfice même licite dans la crainte de faire tort à autrui, ce n'est pas exercer un acte de pure bienfaisance ou de libéralité.

suffisante, d'après les explications qui viennent d'être données, est une obligation sans cause⁶.

La cause d'une obligation est fautive, lorsque l'une des parties s'est engagée en vue d'une cause imaginaire qu'elle supposait réelle (*cause erronée*), ou lorsque les deux parties ont indiqué une cause qu'elles savaient ne point exister (*cause simulée*).

La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Art. 1131.

En dehors des conventions dans lesquelles la prestation promise par l'une des parties ayant pour objet un fait illicite, la cause devient elle-même illicite à l'égard de l'autre partie⁷, nous citerons encore comme fondés sur de pareilles causes : les conventions qui auraient pour but d'assurer l'impunité d'un délit⁸; les traités secrets en matière de cession d'office, par lesquels le cessionnaire s'engagerait à payer un prix supérieur à la somme portée au traité apparent⁹; les promesses consenties pour rémunération de sollicitations auprès du Gouvernement, à l'effet d'en obtenir des places ou des faveurs¹⁰; les conventions connues sous le nom de pactes *de quota litis*, faites avec un avocat ou un officier ministériel¹¹; les dédits de mariage¹²; les actes de sociétés et les traités entre commerçants, qui auraient

⁶ On dit ordinairement qu'il est difficile de concevoir une obligation sans cause; et cette idée a été exprimée au sein même du Conseil d'état (Loché, *Lég.*, XII, p. 138, n° 27). Il est vrai que celui qui prend un engagement est toujours déterminé à le faire par un motif quelconque. Mais la question est précisément de savoir si ce motif constitue une cause juridiquement suffisante, au point de vue de la convention que les parties ont entendu conclure, et en cas de négative l'obligation est sans cause.

⁷ Cpr. § 344, texte et notes 7 à 9.

⁸ Bordeaux, 20 février 1839, *Sir.*, 39, 2, 462.

⁹ Cpr. § 297, texte *in fine*, et les autorités citées à la note 25 de ce §. Voy. aussi § 339, texte et note 49.

¹⁰ Merlin, *Rép.*, v° Cause, § 2. Civ. rej., 20 mai 1828, *Sir.*, 28, 4, 348. Colmar, 25 juin 1834, *Sir.*, 34, 2, 661.

¹¹ De pareils pactes, en effet, sont contraires aux devoirs professionnels imposés aux avocats et officiers ministériels. Merlin, *Rép.*, v° Pacte *de quota litis*, et v° Droits litigieux, n° 3. La Cour de Douai a même jugé, par arrêt du 18 mars 1843 (*Sir.*, 43, 2, 444), que le pacte *de quota litis* tombe sous la prohibition établie par l'art. 1597. Mais, à notre avis, c'est étendre la disposition de cet article à une convention qui ne présente pas les véritables caractères d'une cession de droits litigieux. Duvergier, *De la vente*, I, 204.

¹² Voy. les autorités citées à la note 25 du § 454.

pour but ou pour résultat de gêner la liberté du commerce ou de nuire à la concurrence ¹³.

Les obligations sans cause, sur une cause erronée, ou sur une cause illicite, sont destituées de toute efficacité juridique, et sont par conséquent à considérer comme non avenues ¹⁴. Art. 1131.

Quant aux obligations fondées sur une cause dont le débiteur a prouvé la simulation, elles ne sont pas nécessairement inefficaces ¹⁵; elles peuvent et doivent être regardées comme existantes et valables lorsque le créancier parvient à établir, qu'abstraction faite de la cause simulée, il existe une autre cause suffisante et licite ¹⁶.

Si un acte constatant une obligation unilatérale n'en énonçait pas la cause, par exemple, si un billet portait simplement, et sans autre indication : *je paierai* ou *je promets de payer*, cette obligation ne serait point à considérer comme non avenue ou comme nulle, en raison de la forme incomplète du titre. Art. 1132. Seulement, le créancier devrait-il, en pareil cas, prouver que l'obligation est fondée sur une cause licite ¹⁷. A défaut de

¹³ Bourges, 11 août 1826, Sir., 28, 2, 135. Civ. rej., 18 juin 1828, Sir., 28, 1, 244. Cpr. cependant, Pau, 7 août 1837, Sir., 38, 2, 242.

¹⁴ *Rapports au tribunal* par Favard et Jaubert. (Loché, *Lég.*, XII, p. 428 et 429, nos 24, 26 et 27, p. 491 et 492, n° 60, p. 524, n° 24.

¹⁵ La simulation, en effet, n'est point par elle-même une cause de nullité. Cpr. § 35, texte et note 1^{re}. Toullier, VI, 176. Merlin, *Rép.*, v° Convention, § 2; et *Quest.*, v° Cause des obligations. Civ. cass., 13 août 1806, Sir., 6, 2, 964. Req. rej., 8 juillet 1807, Sir., 7, 1, 374. Civ. rej., 9 juin 1812, Sir., 12, 1, 233. Civ. cass., 2 décembre 1812, Sir., 13, 1, 33. Colmar, 10 juin 1814, Sir., 15, 2, 128. Toulouse, 27 décembre 1830, Sir., 34, 2, 234. Pau, 14 novembre 1834, Sir., 35, 2, 167. Caen, 9 avril 1853, Sir., 54, 2, 30. Cpr. sur la preuve de la simulation : § 765, texte et notes 26 à 32.

¹⁶ On doit naturellement présumer que la simulation a eu pour objet de couvrir une cause insuffisante ou illicite; et, si le créancier prétend le contraire, c'est à lui à le prouver.

¹⁷ L'art. 1108 range la cause au nombre des conditions essentielles à la formation des conventions; et l'art. 1131 ne se borne pas à ouvrir une action en nullité contre les engagements destitués de cause : il leur refuse tout effet. Il en résulte que celui qui poursuit l'exécution d'un engagement doit justifier que cet engagement a une cause, et que, si cette preuve ne ressort pas de la nature même de la convention ou de l'acte qui la constate, il doit la faire d'une autre manière. En vain dirait-on que, d'après l'art. 1132, le fait seul de l'engagement fait présumer l'existence d'une cause vraie et licite. Cette objection, qui n'est au fond qu'une pétition de principe, nous paraît méconnaître le véritable sens de l'article précité, dont l'unique objet a été de faire cesser la controverse qui existait autrefois sur le point de savoir si le défaut d'énonciation de cause dans un billet devait ou non entraî-

cette preuve, qui peut être faite par témoins ou même à l'aide de simples présomptions¹⁸, l'obligation resterait inefficace. Du reste, on s'accorde généralement à admettre que la cause est suffisamment exprimée, lorsque le souscripteur de l'acte se reconnaît débiteur de la somme qu'il s'oblige à payer¹⁹.

D. DES EFFETS JURIDIQUES DES CONTRATS.

§ 346.

1° Les conventions tiennent lieu de loi entre les parties¹.
Art. 1134, al. 1.

ner la nullité. La doctrine contraire, admise par la Cour de cassation, doit d'autant moins être suivie, qu'elle est en opposition avec tous les précédents historiques et la discussion au Conseil d'état. Cpr. sur l'ancien état de la jurisprudence : Dalloz, 1848, 1, 193 ; et sur la discussion au Conseil d'état, Locré, *Lég.*, XII, p. 138 à 140, n° 27. Voy. dans le sens de notre opinion : Delvincourt, II, part. II, p. 472 ; Duranton, X, 353 et suiv. ; Favard, *Rép.*, v° Convention, sect. II, § 4, n° 4 ; Solon, *Des nullités*, I, 511 et 514. Voy. en sens contraire, Toullier, VI, 175 et IX, 83 ; Marbeau, *Des transactions*, n° 158 ; Maleville, III, p. 32 ; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 557 ; Dejaer, *Dissertation, Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 929 ; Bourges, 12 février 1825, Sir., 25, 2, 355 ; Agen, 3 juillet 1830, Sir., 32, 2, 375 ; Civ. cass., 16 août 1848, Sir., 49, 1, 113 ; Nîmes, 17 décembre 1849, Sir., 50, 2, 118.

¹⁸ Quoique l'acte qui constate un engagement sans en exprimer la cause ne fasse pas légalement présumer l'existence d'une cause, il forme cependant un commencement de preuve par écrit qui rend ce fait vraisemblable. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, X, 356 ; XIII, 354.

¹⁹ Bien que l'aveu d'une dette de la part du souscripteur d'un billet semble expliquer et justifier l'engagement qu'il a pris, on peut cependant soutenir, en principe rigoureux, que, faute d'expression de la cause de la dette avouée, cet aveu est lui-même incomplet. Mais la proposition énoncée au texte n'en doit pas moins être admise, puisqu'elle est conforme à notre ancienne jurisprudence, et qu'il résulte formellement de la *discussion au Conseil d'état* et de l'*exposé de motifs* par Bigot-Préameneu qu'on a entendu maintenir cette jurisprudence (Locré, *Lég.*, XII, p. 138 et 139, n° 27, p. 325, n° 287). Voy. en ce sens : Duranton, X, 353 et 357 ; Paris, 20 floréal an X, Sir., 7, 2, 817 ; Nîmes, 8 mars 1820, Sir., 20, 2, 163 ; Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., 22, 1, 272 ; Civ. cass., 29 août 1831, Sir., 31, 1, 110 ; Nancy, 25 avril 1833, Dal., 1833, 2, 211.

¹ Il résulte de ce principe que les lois déclaratives (cpr. § 33) ne peuvent être appliquées à des rapports réglés par les parties elles-mêmes, que relativement aux points sur lesquels leurs conventions sont muettes ou incomplètes (*in subsidium*). Civ. cass., 11 juillet 1814, Sir., 14, 1, 279. — Mais il ne faut pas en conclure que l'interprétation erronée des clauses d'un contrat donne ouverture à cassation. Voy. § 39 bis, note 6.

Elles doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées. Art. 1134, al. 3.

Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est formellement exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui doivent, d'après l'équité, l'usage ou la loi, être considérées comme y ayant été virtuellement comprises². Art. 1135 et 1160.

2° Les effets des conventions s'étendent, activement et passivement, aux héritiers et successeurs à titre universel³ des parties contractantes, à moins que le contraire ne résulte d'une disposition spéciale de la loi⁴, d'une clause de la convention⁵, ou de la nature même du contrat. Art. 1122.

3° Les conventions ne peuvent, ni être opposées aux tiers⁶, ni être invoquées par eux. Art. 1165⁷.

Ainsi, l'obligation contractée pour le compte d'une personne, sans mandat de sa part, ne lie pas cette personne. Elle ne lie pas même celui qui a contracté, s'il ne s'est obligé pour autrui qu'en son propre nom. Art. 1119. Mais la promesse faite pour le compte d'un tiers est efficace contre le promettant, lorsqu'il s'est porté fort pour ce tiers, ou lorsqu'il s'est obligé de rapporter sa ratification. Dans ce cas, si le tiers refuse d'exécuter l'engagement, le promettant est passible de dommages-intérêts. Art. 1120. L'intention de se porter fort pour un tiers, ou l'obligation de rapporter sa ratification, peut s'induire des circonstances⁸.

² On peut donc dire qu'en Droit français, tous les contrats sont des contrats *bonæ fidei*, dans le sens que le Droit romain attachait à cette qualification. Cpr. Maleville, sur l'art. 1134; Toullier, VI, 334 et suiv.

³ Cpr. sur les effets des conventions par rapport aux successeurs à titre particulier : §§ 182 et 183.

⁴ Voy. art. 1514, 1795, 1865, 2003. Duranton, X, 259.

⁵ Peut-on, en contractant, charger un seul de ses héritiers de la totalité de l'obligation? Cpr. § 301, note 32 à 34. — Peut-on stipuler au profit d'un seul de ses héritiers? Voy. L. 137, § *ult.* D. de *V. O.* (45, 1); Delvincourt, II, p. 468; Duranton, X, 264.

⁶ Cette règle souffre cependant, jusqu'à un certain point, exception, en fait d'usucapion de dix à vingt ans. Cpr. art. 2265 et § 217.

⁷ Les diverses applications et modifications dont cette double règle est susceptible, en matière d'obligations solidaires ou indivisibles et de cautionnement, sont indiquées aux paragraphes qui traitent de ces matières.

⁸ En matière civile, on ne doit pas trop facilement admettre que celui qui a promis le fait d'un tiers ait entendu se porter fort pour ce dernier. En matière

Elle résulte nécessairement de l'addition d'une clause pénale, stipulée pour le cas où le tiers refuserait de tenir l'engagement.

D'un autre côté, la stipulation faite en faveur d'un tiers ne profite pas à ce dernier. Il en est autrement, par exception, lorsqu'une pareille stipulation forme, soit la condition d'une convention à titre onéreux que le stipulant a conclue dans son propre intérêt, soit la charge d'une libéralité qu'il a faite au promettant. Art. 1121⁹.

Une stipulation faite au profit d'un tiers n'est pas même efficace pour le stipulant, à moins qu'elle n'ait été garantie par une clause pénale¹⁰.

Du reste, le stipulant est le maître de révoquer unilatéralement la stipulation¹¹, aussi longtemps que le tiers n'a pas manifesté l'intention d'en profiter¹². Art. 1121.

E. DE L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS¹.

§ 347.

1° Il n'y a lieu à interprétation qu'autant que les termes dont les parties se sont servies présentent quelque ambiguïté ou obs-

commerciale, au contraire, cette intention doit, en général, se présumer. Duranton, X, 209. Cpr. Pothier, n° 56; Toullier, VI, 136. — On peut se porter fort pour une personne incapable de s'obliger. Civ. cass., 1^{er} mai 1815, Sir., 15, 1, 279. — Cpr. sur les rapports qui se forment entre le porte fort et la personne vis-à-vis de laquelle il s'est engagé: Championnière et Rigaud, *Droits d'enregistrement*, I, 207 et suiv.; Limoges, 10 août 1850, Sir., 52, 2, 385; Req. rej., 25 mai 1852, Sir., 52, 1, 516.

⁹ Cpr. *Essai sur les stipulations pour autrui*, par Besnard; Caen et Paris, 1844, broch. in-8°.

¹⁰ *Nec obstat* art. 1227. Voy. § 19, *Inst. de inut. stip.* (3, 20); Duranton, X, 227.

¹¹ Cpr. Duranton, X, 445; Grenoble, 9 août 1843, Sir., 45, 2, 486; Civ. cass., 27 décembre 1853, Sir., 54, 2, 81.

¹² Cette intention peut être déclarée dans un acte sous seing privé, ou même manifestée tacitement. Elle n'est pas assujettie à la forme d'une acceptation de donation, dans le cas même où la stipulation aurait eu lieu en vue d'une libéralité. Cpr. art. 932. Duranton, X, 240. Req. rej., 5 novembre 1818, Sir., 19, 2, 50. Voy. aussi §§ 653 et 659. — La stipulation faite au profit d'un tiers devient irrévocable dans l'intérêt de ce dernier, par le seul fait de son acceptation expresse ou tacite, et sans qu'il soit nécessaire que le stipulant ait au préalable obtenu connaissance de cette acceptation. Voy. § 343, note 3.

¹ Les règles d'interprétation contenues aux art. 1156 à 1164 sont toutes empruntées à Pothier (n°s 91 et suiv.), qui les a puisées dans le Droit romain. Nous

curité, ou que le rapprochement de deux ou plusieurs clauses de la convention fait naître des doutes sur la portée de ces différentes clauses².

2° Lorsqu'il y a nécessité d'interpréter un contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties; à cet effet, il faut, avant tout, combiner entre elles toutes les clauses du contrat, pour les expliquer les unes par les autres, et par l'ensemble de la convention. Art. 1156 et 1161.

Ainsi, lorsque les contractants, pour mieux expliquer leur intention, se sont spécialement occupés de l'une des hypothèses auxquelles doit s'appliquer la convention, ils ne sont pas censés avoir voulu en restreindre l'effet à cette hypothèse. Art. 1164. Mais, d'un autre côté, une convention ne comprend, quelque généraux qu'en soient les termes, que les objets sur lesquels les parties ont eu en vue de contracter. Art. 1163. Cpr. art. 2048 et 2049.

3° Lorsque le moyen qui vient d'être indiqué ne suffit pas pour reconnaître la commune intention des parties, et que cette intention ne peut d'ailleurs être déterminée, ni à l'aide des circonstances dans lesquelles le contrat a été formé, ni au moyen de l'exécution qu'il a reçue, il faut observer les règles suivantes :

1) Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans celui qui convient le plus à l'objet du contrat. Art. 1158.

2) Les expressions ambiguës s'interprètent d'après l'usage du pays où le contrat a été passé. Art. 1159.

3) En tous cas, les clauses susceptibles de deux sens doivent plutôt être entendues dans le sens suivant lequel elles auront quelque effet, que dans celui d'après lequel elles n'en produiraient aucun. Art. 1157.

les avons présentées dans l'ordre successif d'après lequel elles nous paraissent devoir être appliquées (cpr. L. 34, D. *de R. J.* 50, 17), ce que n'ont pas fait les commentateurs du Code Napoléon, qui se sont bornés à les expliquer, sans les classer. Cpr. Toullier, VI, 302 et suiv.; Duranton, X, 504 et suiv.— Nous n'avons pas cru devoir rappeler la disposition de l'art. 1160, qui a plutôt pour objet de régler les effets des conventions, que d'indiquer la manière de les interpréter. Cpr. art. 1135; § 346, texte et note 2; et la note suivante.

² *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1156 (Loché, *Lég.*, XII, p. 154, n° 55). Toullier, VI, 305.— Il ne faut pas conclure de cette proposition que les effets d'une convention, sur le sens de laquelle il ne s'élève aucun doute, doivent être restreints à ce que les parties ont formellement exprimé. Autre chose est d'interpréter (*hoc sensu*) un contrat, autre chose est de déterminer les effets qu'il doit produire. Cpr. art. 1135; §§ 40 et 346; Toullier, VI, 334 et suiv.

4° Si tous ces moyens d'interprétation sont insuffisants, le doute qui s'élève sur le sens du contrat doit être résolu en faveur du débiteur, et contre le créancier. Art. 1162. Voy. cependant art. 1602, al. 2.

F. DE LA DISSOLUTION DES CONTRATS.

§ 348.

Les engagements contractuels s'éteignent par les mêmes causes que les obligations en général¹. Ils s'éteignent, en outre, par la dissolution du contrat dont ils procèdent.

Les contrats sont, en général, susceptibles d'être dissous par le consentement mutuel des parties². Mais ils ne peuvent l'être unilatéralement par l'une des parties, à moins que le contraire n'ait été convenu³, ou ne résulte d'une disposition spéciale de la loi⁴. Art. 1134, al. 2.

Les contrats se dissolvent, quel qu'en soit l'objet, par l'expiration du temps pour lequel ils ont été conclus⁵, par la nullité ou la rescision prononcée en justice de l'obligation à laquelle l'une des parties se trouvait soumise, et par l'effet des conditions résolutoires⁶. Les contrats se dissolvent enfin par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'engagement contracté par l'une des parties, lorsque cet engagement consiste, soit en une obligation de faire⁷, soit en une obligation de donner qui n'a pour objet que la transmission d'un droit personnel de jouissance⁸. Ainsi, l'autre partie se trouve, en pareil cas, également dégagée de l'obligation qu'elle avait contractée. Il en est autrement des contrats translatifs de propriété ou de droits réels, dans lesquels la perte de la chose formant l'objet du contrat n'éteint que l'obligation de la partie

¹ Cpr. § 314.

² Voy. cep. art. 1395, et 1443, al. 2.

³ Cpr. art. 1659, 1744 et 1761. Voy. aussi sur la clause connue sous le nom de *pactum displicentiae* : § 352, texte et note 4 ; et sur les contrats conclus avec arrhes, § 349, texte, notes 25 et 26.

⁴ Cpr. art. 1736, 1759, 1794, 1865, n° 5, 1869, 2003 et 2004. Voy. aussi art. 1182, al. 3, et art. 1601, al. 2.

⁵ Cpr. art. 1737, 1774 et 1775, 1865 et 1888.

⁶ Cpr. § 302, texte n° 3 ; § 336.

⁷ Arg. art. 1795.

⁸ Art. 1722, 1744, 1867, al. 2, et arg. de ces articles.

qui devait livrer cette chose, et laisse subsister l'engagement de l'autre partie⁹.

Les contrats ne se dissolvent pas, du moins en général, par la mort des parties ou de l'une d'elles¹⁰.

II. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE CONTRATS EN PARTICULIER.

A. DES CONTRATS D'ACQUISITION.

1. DES CONTRATS PARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES.

a. *Des Contrats commutatifs.*

1) *Du contrat de vente.*

SOURCES.—*Code Napoléon*, art. 1582-1701. — BIBLIOGRAPHIE.—*Traité du contrat de vente*, par Pothier. *Commentaire du titre de la vente*, par Troplong; Paris, 1834, 2 vol. in-8°. *De la vente*, par J.-B. Duvergier; Paris, 1835, 2 vol. in-8°.

§ 349.

a) *Notion du contrat de vente. — Des conditions essentielles à son existence.*

La vente est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre la propriété¹ d'une chose², moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer. Art. 1582, al. 1. Trois éléments sont donc de l'essence du contrat de vente : le consentement des parties³, la chose et le prix.

⁹ Cpr. § 331. Voy. cep. art. 1182, al. 3; et § 302, texte n° 2 et note 38.

¹⁰ Cpr. cep. art. 1795, 1865, al. 3, et 2003, al. 3.

¹ Nous avons cru devoir substituer au mot *livrer*, dont se sert l'art. 1582, les termes *transférer la propriété*, afin de mieux faire ressortir le caractère que la nouvelle législation a imprimé au contrat de vente. Cpr. Duvergier, 1, 47. Dans l'ancien Droit français on suivait la maxime du Droit romain : *Ilactenus tenetur venditor ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*. L. 30, § 1, D. de act. empt. vend. (19, 4). Pothier, n° 1. — La dation en paiement présente, surtout d'après le Droit nouveau, la plus grande analogie avec la vente, et aboutit, en général, aux mêmes conséquences que cette dernière. Cpr. § 318, note 4.

² Nous disons *la propriété d'une chose*. Si l'on voulait comprendre la cession dans la vente, il faudrait dire que la vente est le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre tous les droits qui lui compétent, ou qu'elle prétend avoir sur un certain objet.

³ Voy. sur les ventes faites avec réserve de déclaration de command, c'est-à-dire

1° Le consentement des parties doit porter à la fois sur la chose à vendre et sur le prix. Il doit, de plus, lorsque le contrat n'a pas été conclu purement et simplement, porter sur les conditions ou modalités sous lesquelles l'une des parties a déclaré vouloir vendre, ou l'autre, vouloir acheter. Il faut, enfin, que le consentement ait pour but la transmission de la propriété de la chose formant l'objet du contrat : une convention passée sous forme de vente par des parties qui n'avaient pas l'intention réelle et sérieuse, l'une de se dépouiller de la propriété, l'autre de l'acquérir, pourrait être efficace sous d'autres rapports, mais ne constituerait point une vente ⁴.

La promesse de vendre une chose, moyennant un prix déterminé ⁵, équivaut à une vente actuelle, et en produit tous les effets, lorsqu'elle a été acceptée avec promesse réciproque d'acheter. Une promesse de vente, ainsi acceptée, fait passer immédiatement à l'accepteur et la propriété et les risques et périls de la chose ⁶. Il en serait ainsi, alors même que la promesse aurait été faite avec indication d'un délai pour sa réalisation ⁷. Art. 1589.

avec réserve de la faculté, pour l'acheteur, de se substituer une autre personne : Toullier, VIII, 170 ; Troplong, I, 64 et suiv. ; Duvergier, I, 110 et suiv.

⁴ Ainsi, la convention connue sous la dénomination de contrat *mohatra* et le contrat pignoratif ne constituent pas des ventes, mais des prêts à intérêts. Cpr. § 396.

⁵ On ne pourrait attribuer aucun effet à une promesse de vente faite sans désignation de prix, et sans indication du mode d'après lequel il devrait être déterminé. Duvergier, I, 128. Voy. cependant Pothier, n° 482.

⁶ Duranton, XVI, 51. Favard, *Rép.*, v° Vente, § 4. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Promesse de vente, n° 13. Duvergier, I, 124. Bastia, 28 juin 1849, Sir., 50, 2, 257. Cpr. Req. rej., 2 mai 1827, Sir., 27, 1, 413. Malgré la formule à la fois claire et énergique dont se sert la loi, MM. Toullier (IX, 92) et Troplong (I, 125 et suiv.) ont cru pouvoir soutenir que la promesse de vente, même acceptée avec promesse réciproque d'acheter, ne transfère pas la propriété de la chose. Mais les arguments qu'ils présentent à l'appui de leur manière de voir ne nous paraissent pas de nature à atténuer la force de la disposition de l'art. 1589. Quant à M. Troplong en particulier, nous ne comprenons pas qu'il puisse, tout en considérant (voy., par exemple, I, 131) l'obligation qui procède de la promesse de vente comme une obligation de livrer, refuser cependant à cette obligation l'effet de transférer au créancier la propriété de la chose qui en est l'objet. Art. 1138.

⁷ M. Duvergier (I, 125) pense que, dans cette hypothèse, la propriété continuerait, jusqu'à l'époque fixée pour la passation de la vente, à résider sur la tête du promettant, qui resterait, d'un autre côté, chargé des risques et périls de la chose. Nous ne saurions admettre la première partie de cette opinion, qui nous paraît inconciliable avec le sens que M. Duvergier lui-même attribue à l'ar-

Lorsqu'au contraire une promesse de vente a été acceptée simplement, et sans engagement réciproque d'acheter, elle n'engendre qu'une obligation de faire⁸, tant que l'accepteur n'a pas déclaré vouloir acheter aux conditions proposées⁹. Mais au moyen de cette déclaration, il peut demander l'exécution de la promesse par la livraison de la chose et la passation d'un contrat¹⁰.

Les ventes de vin, d'huile, ou d'autres choses qu'on est dans l'habitude de goûter avant d'en faire l'achat, ne sont censées

article 1589. Quant aux risques de la chose, il est assez naturel de présumer qu'en remettant à un temps éloigné l'exécution de la promesse de vente, les parties ont entendu les laisser à la charge de l'ancien propriétaire, et nous convenons que le juge pourrait, d'après les circonstances, déclarer que telle a été l'intention des contractants.

⁸ L'art. 1589 ne concerne que les promesses de vente synallagmatiques, c'est-à-dire acceptées avec engagement réciproque d'acheter. En n'assimilant à la vente que les promesses de cette nature, la loi décide implicitement que les promesses de vente unilatérales n'équivalent pas à une vente. Il ne faut cependant pas en conclure qu'une promesse de cette nature soit nulle : il en résulte seulement qu'elle n'engendre qu'une obligation de faire. Duranton, XVI, 48. Troplong, I, 416. Duvergier, I, 422. Paris, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 87. Paris, 26 août 1847, Sir., 48, 2, 161. Cpr. Pothier, 479 et suiv. Voy. cependant : Merlin, *Rép.*, v^o Vente, § 8, n^o 5, et v^o *Non bis in idem*; Toullier, IX, 91; Angers, 27 août 1829, Dalloz, 1830, 2, 74; Lyon, 27 juin 1832, Sir., 33, 2, 285.

⁹ Paris, 26 août 1847, Sir., 48, 2, 161. Req. rej., 9 août 1848, Sir., 48, 1, 645. Req. rej., 25 juillet 1849, Sir., 50, 1, 520. Les ventes, ainsi que les constitutions d'hypothèques ou de servitudes, consenties par le promettant avant cette déclaration, sont donc valables à l'égard de l'accepteur, sauf son recours en dommages-intérêts contre le promettant. Troplong, I, 413. Duvergier, I, 423. MM. Duranton (XVI, 53) et Ballot (*Revue étrangère*, 1848, V, p. 414), qui font remonter au jour de la promesse l'effet de la déclaration par laquelle l'acheteur a manifesté l'intention d'acheter aux conditions proposées, confondent évidemment un élément nécessaire à l'existence de la vente avec une condition suspensive à laquelle aurait été subordonnée une vente d'ailleurs parfaite.

¹⁰ En vain opposerait-on que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts. Cette règle ne s'applique, en effet, d'une manière absolue, qu'aux obligations de faire qui exigent l'intervention personnelle du débiteur. Art. 1142 et 1144. Mais il y a mieux : du moment où l'acheteur a déclaré vouloir acquérir aux conditions proposées, le contrat de vente devient parfait, et entraîne, par conséquent, obligation de livrer, à supposer, bien entendu, que le vendeur soit encore propriétaire; l'office du juge se borne, dès lors, à ordonner l'exécution de la vente, et à déclarer que, faute par ce dernier de passer contrat, le jugement en tiendra lieu. Ballot, *op. et loc. cit.*, *Observations* de Devilleneuve, Sir., 48, 2, 161. Amiens, 16 juin 1841, Sir., 44, 2, 263. Voy. en sens contraire : Amiens, 24 août 1839, Sir., 43, 2, 403.

conclues qu'après que la chose vendue a été goûtée et agréée par l'acheteur, à moins que le contraire ne puisse être admis d'après les termes du contrat, la nature et les circonstances du marché ¹¹, ou l'usage du lieu. L'existence d'une pareille vente est donc, en général, subordonnée au pur arbitre de l'acheteur, qui ne peut être tenu d'accepter une chose qui ne satisferait pas son goût ¹². Art. 1587.

Au contraire, une vente faite à l'essai est à considérer comme définitivement conclue sous une condition suspensive. Si l'acheteur ne voulait pas faire cet essai, ou si, après y avoir procédé, il ne voulait pas prendre livraison, le vendeur pourrait provoquer la nomination d'experts chargés de vérifier si la chose est de nature à satisfaire le goût général, ou, en d'autres termes, si elle est de qualité loyale et marchande ¹³. Art. 1588.

2° La chose qui forme l'objet d'une vente doit exister actuellement, ou du moins être de nature à pouvoir exister un jour. Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, la chose n'existe plus, la vente est à considérer comme non avenue ¹⁴. Si elle n'est

¹¹ Ainsi, par exemple, lorsqu'un habitant de Paris fait à un marchand de vin de Bordeaux la commande d'une certaine quantité de vin de telle espèce, le marché peut, par interprétation de la volonté des parties, être considéré comme parfait, de telle sorte que l'acheteur sera obligé de recevoir le vin, pourvu qu'il soit de qualité loyale et marchande, ce qui, en cas de contestation, devra être vérifié par experts. Il en est de même, quand il s'agit de la vente de denrées qui ne sont pas destinées à la consommation personnelle de l'acheteur, mais à être livrées au commerce. Duranton, XVI, 93. Troplong, I, 400. Duvergier, I, 464. Angers, 21 janvier 1835, Sir., 35, 2, 228. Req. rej., 29 mars 1836, Sir., 36, 4, 566. Cpr. cep. Limoges, 8 et 15 mars 1838, Sir., 38, 2, 474; Req. rej., 5 déc. 1842, Sir., 43, 4, 89.

¹² On ne doit pas considérer une pareille vente comme conditionnelle, et l'assimiler à la vente à l'essai. La loi dit *qu'il n'y a pas de vente*, tant qu'il n'y a pas eu dégustation et approbation de la part de l'acheteur. Le consentement donné par l'acheteur avant la dégustation est donc absolument inefficace, et ne le lie en aucune manière. On ne peut même le sommer de faire la dégustation, si ce n'est pour le forcer à déclarer s'il entend ou non y procéder. Voy. cependant Duvergier, I, 96 et 97; Troplong, I, 408. — Si dans les ventes dont parle l'art. 1587, l'acheteur n'est pas lié dans le principe, il n'en est pas de même du vendeur, qui peut être contraint à remplir l'engagement qu'il a pris de mettre la chose à la disposition de l'acheteur pour la goûter, et de la lui céder, s'il l'exige. Troplong, I, 402.

¹³ Cependant, lorsque la chose a été achetée pour l'usage ou pour la consommation personnelle de l'acheteur, celui-ci a le droit d'en faire lui-même l'essai, et de la refuser, si elle ne convient pas à son goût individuel. Duvergier, I, 401.

¹⁴ Dans cette hypothèse, l'acheteur conserverait, pendant trente ans, son ac-

périe qu'en partie, l'acheteur a le choix de se départir du contrat ¹⁵, ou de demander la partie conservée en faisant réduire le prix dans la proportion de cette partie à la chose entière. Art. 1601.

Il faut, en outre, qu'il puisse y avoir, au profit de l'acheteur, transmission de propriété de la chose vendue : si l'acheteur était déjà propriétaire de cette chose, la vente serait à considérer comme non avenue ¹⁶.

3° Le prix doit consister en une somme d'argent ¹⁷, que l'acheteur s'oblige à payer, comme équivalent de la chose qu'il reçoit.

Le prix doit être sérieux. Il ne saurait être considéré comme tel, lorsqu'il présente avec la valeur de la chose vendue une disproportion telle, qu'il est évident que les parties n'ont pu le regarder comme l'équivalent de cette chose ¹⁸.

tion en répétition du prix, sans qu'on pût lui opposer la disposition de l'art. 1304. Cpr. § 339, texte et note 20.

¹⁵ Toutefois, la vente pourrait être maintenue, malgré l'acheteur, si, la partie périe étant sans importance relativement au tout, il paraissait que la perte de cette partie n'est qu'un prétexte dont l'acheteur s'empare pour se désister d'un contrat que, dans la réalité, il veut rompre pour d'autres raisons. Arg. art. 1636. Duvergier, I, 237. — Le second al. de l'art. 1601 s'applique également aux ventes de plusieurs objets dont les uns n'auraient pas été achetés sans les autres. Delvincourt, sur l'art. 1601. Troplong, I, 254.

¹⁶ Pothier, nos 8 et 9.

¹⁷ Art. 1582 cbn. 1702. C'est par cette condition que la vente diffère de l'échange et de tous les contrats innommés qui ont pour objet de transférer la propriété d'une chose, moyennant une prestation autre qu'une somme d'argent. — Le prix d'une vente peut consister en une rente constituée ou viagère, aussi bien qu'en une somme principale une fois payée. Pothier, *Des retrêts*, n° 79. Troplong, I, 148. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, n° 18. Cpr. § 398. — Lorsqu'une chose a été cédée moyennant des charges consistant, partie en argent, et partie en prestations d'autre nature, il appartient au juge de déterminer le caractère de la convention, d'après l'importance respective de ces charges. Cpr. LL. 38 et 79, D. de *contrah. empt.* (18, 1); L. 24, § 4, D. de *act. empt. vend.* (49, 1); Delvincourt, sur l'art. 1594; Duranton, XVI, 118.

¹⁸ Pothier, nos 18 et 19. Duranton, XVI, 100 et 104. Duvergier, I, 148 et suiv. Il ne faut pas confondre un prix non sérieux ou dérisoire avec un prix qui serait seulement entaché de vileté. La vileté du prix n'autorise que l'action en rescision dans le cas prévu par la loi. Au contraire, une vente dont le prix serait dérisoire devrait être considérée comme manquant de prix, et par conséquent, comme inexistante. Ce principe pourrait être appliqué, par exemple, à la vente faite moyennant une rente viagère dont les arrérages resteraient inférieurs aux revenus de la chose vendue, en admettant contre l'acheteur les chances les plus défavorables. Il devrait l'être, à plus forte raison, à la vente faite moyennant une portion des fruits de la chose. En rejetant la distinction que nous venons de proposer, M. Tro-

Le prix doit enfin être déterminé par les parties. Art. 1591.

Celles-ci peuvent cependant en confier la fixation à un ou plusieurs experts désignés au moment de la conclusion du contrat. Elles peuvent même convenir que le prix sera fixé par les experts qu'elles choisiront ultérieurement, ou qui seront désignés d'office par le juge ¹⁹. Dans l'une et l'autre hypothèse, elles ne sont point admises en principe, et à moins d'erreur grossière ou d'iniquité manifeste, à demander, soit l'augmentation, soit la réduction du prix fixé par les experts ²⁰. La vente dont le prix a été ainsi laissé à l'arbitrage de tierces personnes est à considérer comme subordonnée à la condition suspensive de l'estimation à faire ²¹. Si donc l'expert ou l'un des experts choisis par les parties refusait la mission qui lui a été confiée, ou ne pouvait l'accomplir, la vente devrait être regardée comme

plong (I, 150) n'a pas remarqué que, dans son système, les ventes mobilières devraient être maintenues même en l'absence de prix sérieux, puisqu'elles ne sont pas soumises à la rescision pour cause de lésion. Poitiers, 23 thermidor an XI, Sir., 3, 2, 490. Req. rej., 2 juillet 1806, Sir., 6, 1, 353. Paris, 25 juillet 1826, Sir., 27, 2, 488. Bourges, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 40. Angers, 24 février 1828, Sir., 30, 2, 431. Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., 32, 1, 300. Req. rej., 23 juin 1841, Sir., 41, 1, 868. Douai, 30 novembre 1847, Sir., 48, 2, 267. Req. rej., 7 août 1849, Sir., 50, 1, 129. Douai, 14 juin 1852, Sir., 53, 2, 97. Cpr. cep. Civ. cass., 16 avril 1822, Sir., 22, 1, 246; Civ. rej., 1^{er} avril 1829, Sir., 29, 1, 285; Agen, 5 mai 1829, Sir., 32, 2, 110; Grenoble, 18 août 1831, Dalloz, 1832, 2, 88.—Il est, du reste, bien entendu qu'une vente manquant de prix sérieux pourrait, par appréciation de l'intention des parties, être déclarée constituer une donation déguisée, et valoir comme telle. Douai, 14 juin 1852, *ubi supra*.

¹⁹ Si les parties n'étaient pas convenues qu'à défaut de nomination volontaire de leur part, les experts seraient désignés d'office par le juge, la nomination de ces experts ne pourrait être faite par les tribunaux. Delvincourt, II, p. 125. Duranton, XVI, 114. Troplong, I, 157. Limoges, 4 avril 1826, Sir., 27, 2, 40. Toulouse, 5 mars 1827, Sir., 27, 2, 125. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 153; Devilleneuve et Carette, *Coll. nouv.*, IV, 1, 564.

²⁰ Duranton, XVI, 116. Duvergier, I, 157. Toulouse, 25 février 1820, Sir., 21, 2, 364. Bastia, 3 avril 1839, Sir., 40, 2, 195.

²¹ Ce serait une erreur de croire qu'une pareille vente ne devient parfaite que par l'estimation. Quoique le prix ne soit pas, dans le principe, déterminé d'une manière absolue, il ne dépend cependant plus de la volonté des parties, et doit, par cette raison, être regardé comme suffisamment déterminé pour la formation du contrat. L'estimation, une fois faite, rétroagit au jour du contrat. Il en résulte que toute nouvelle aliénation consentie entre la vente et l'estimation est sans effet à l'égard du premier acheteur. Quant à la question des risques, elle se décide d'après les règles posées par l'art. 1182. Duranton, XVI, 109 et suiv. Troplong, I, 155. Duvergier, I, 162.

non avenue ²². Il en serait de même dans le cas où les experts ne tomberaient pas d'accord sur le prix, à moins que les parties n'eussent prévu et réglé cette hypothèse ²³. Art. 1592.

Du reste, le prix serait suffisamment désigné, s'il était dit que la chose est vendue, soit pour ce qu'elle a coûté au vendeur, soit au cours, soit au prix auquel vendront des voisins. Mais la vente faite, soit pour la valeur de la chose ou pour son juste prix, soit moyennant le prix qui en sera offert, doit être considérée comme non avenue ²⁴.

Lorsque, d'après les règles qui viennent d'être exposées, un contrat de vente est parfait ou définitivement conclu, il produit trois effets principaux :

1° Les parties sont réciproquement liées, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. Art. 1583. Il n'est donc pas au pouvoir de l'une des parties de résilier le contrat sans le consentement de l'autre, à moins que la faculté ne lui en ait été réservée, soit expressément, soit tacitement. Une réserve de cette nature résulte implicitement, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle ²⁵, du fait de la remise et de la réception d'arrhes. Dans ce cas, en effet, chacun des contractants est maître de se désister de la vente, celui qui a donné des arrhes en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double ²⁶. Art. 1590.

²² § 1, *Inst. de empt. vend.* (3, 22). Pamiers, 25 avril 1825, Sir., 26, 2, 264. Douai, 7 décembre 1844, Sir., 45, 2, 259. Cpr. cep. Toulouse, 10 août 1844, Sir., 45, 2, 452. — L'une des parties ne pourrait faire remplacer l'expert qu'elle avait choisi de concert avec l'autre, par un expert dont elle provoquerait la nomination en justice. Troplong, I, 456. Duvergier, I, 454 et 452. Voy. cep. en sens contraire : Paris, 18 novembre 1831, Sir., 32, 2, 434.

²³ Duranton, 46, 414. Duvergier, I, 454 et 454. Cpr. Req. rej., 18 mai 1814, Sir., 15, 4, 28.

²⁴ Duranton, XVI, 406. Troplong, I, 452 et suiv. Voy. cep. Duvergier, I, 460.

²⁵ L'art. 1590 ne parle que des promesses de ventes faites avec arrhes. Mais la règle qu'il pose s'applique, *ex ratione legis*, à des ventes actuelles, et même à d'autres contrats, par exemple, au louage, parce que la remise et la réception d'arrhes réduisent, en pareil cas, le contrat à une simple promesse de vendre ou de louer, dont on peut se départir. *Discours* de Grenier au Corps législatif (Loché, *Lég.*, XIV, p. 238, n° 40). Cpr. Duvergier, I, 435 et suiv. MM. Duranton (XVI, 50) et Troplong (I, 440 et suiv.) exposent, sur le caractère et les effets des arrhes, des théories qui s'écartent de celle que nous avons cru devoir adopter. Ces théories, divergentes entre elles, nous paraissent manquer d'ailleurs de conséquence, et sont loin de présenter des résultats clairs et satisfaisants.

²⁶ Il s'agit ici d'arrhes proprement dites (*arraha quæ ad jus pœnitendi pertinet*),

2° Les risques de la chose vendue passent à l'acheteur par le seul effet du contrat ²⁷. Art. 1138.

3° La propriété de la chose vendue est, en général, transmise à l'acquéreur, même à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat. Art. 1583 ²⁸.

avec lesquelles il ne faut confondre ni les arrhes données en signe de la conclusion définitive d'une convention (*arrha in signum consensus interpositi data*; denier à Dieu), ni surtout les sommes payées par forme d'à-compte sur le prix. Comme il n'est plus guère d'usage de constater, par la remise de quelque pièce de monnaie, la conclusion d'un marché, la question de savoir si telle somme d'argent remise, à l'occasion d'une vente, par l'un des contractants à l'autre, l'a été à titre d'arrhes proprement dites, ou en signe de la conclusion définitive du contrat, ne se présentera pas fréquemment. Si elle s'élevait, on devrait, dans le doute, considérer cette somme comme des arrhes proprement dites. Cpr. Pothier, n° 510; Merlin, *Rép.*, v° Denier à Dieu; Duvergier, I, 137.—En ce qui concerne la distinction à établir entre les arrhes et les sommes payées à compte sur le prix, on doit, en général, pour la solution de cette question de fait, s'attacher aux indications suivantes : 1° Une somme remise par le vendeur à l'acheteur est à considérer comme constituant des arrhes, soit qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle. 2° Il en est de même d'une somme remise par l'acheteur au vendeur, à l'occasion d'une promesse de vente, ou d'une vente sous condition suspensive, quel qu'en soit l'objet. 3° Une somme remise par l'acheteur au vendeur à l'occasion de la vente pure et simple d'une chose mobilière non encore livrée, ou lors d'une cession de créance, doit être envisagée comme donnée à titre d'arrhes, plutôt qu'à titre d'à-compte sur le prix. Il en serait ainsi surtout, si le prix avait été stipulé payable à terme. 4° Une somme remise par l'acheteur au vendeur, lors de la vente pure et simple d'un immeuble, est à considérer comme formant un paiement à compte, plutôt que des arrhes. La supposition contraire ne pourrait être admise que dans le cas où le prix serait payable à terme, et dans celui où les parties seraient convenues de faire constater la vente par écrit; encore ne devrait-on pas facilement s'arrêter à cette supposition. Cpr. en sens divers : Colmar, 15 janvier 1813, *Sir.*, 44, 2, 295; Colmar, 13 mai 1813, *Sir.*, 45, 2, 10; Dijon, 15 janvier 1845, *Sir.*, 46, 2, 163.

²⁷ Quoique, en Droit romain, la vente ne transférât pas par elle-même la propriété de la chose vendue, elle n'en faisait pas moins passer les risques à l'acquéreur, par le motif que le débiteur d'une chose déterminée dans son individualité est libéré par la perte de cette chose, et ne répond pas des détériorations qu'elle a pu subir sans sa faute. A côté de ce motif, qui n'a rien perdu de sa force, puisque l'art. 1302 a formellement consacré la règle *debitor rei certæ rei interitu liberatur*, vient se placer, d'après le Code Napoléon, une autre raison tirée de la maxime *res perit domino*.

²⁸ L'art. 1583 ne s'exprime pas, à la vérité, d'une manière aussi absolue que nous le faisons au texte; il dit simplement que la vente est parfaite entre les parties, et que la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur. Mais cette rédaction, qui ne décide pas la question de savoir si la propriété est également transmise à l'égard des tiers, s'explique par la circonstance que, lors de l'a-

Toutefois, la vente ne produit ces deux derniers effets que quand la chose vendue est déterminée dans son individualité. Dans l'hypothèse contraire, la propriété et les risques de la chose continuent à résider sur la tête du vendeur. C'est ce qui a lieu pour les ventes de marchandises faites, non en bloc, mais au compte, au poids ou à la mesure, même dans le cas où elles ont pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre sur une plus forte quantité déposée dans un lieu désigné²⁹. Les risques et la propriété³⁰ de la chose vendue ne passent, en pareil cas, à l'acquéreur qu'après l'opération du comptage, du mesurage ou du pesage. Mais la vente n'en est pas moins parfaite sous le premier rapport ci-dessus indiqué, c'est-à-dire, en ce qui concerne la formation des obligations qui en naissent. Art. 1585. La disposition de cet article ne s'applique pas à la vente de toute la marchandise contenue dans un vase déterminé ou déposée dans un lieu désigné, quoique cette vente ait été faite au poids, au compte ou à la mesure³¹. Cpr. art. 1586.

L'art. 1141 apporte au principe de la transmission de la propriété par le seul effet de la vente, exception en ce sens que,

doption de l'art. 1583, on n'était pas encore fixé sur les bases du système hypothécaire. Cpr. art. 2181 et 2182.

²⁹ C'est cette hypothèse que paraissent avoir eue en vue les rédacteurs du Code, en rédigeant l'art. 1585 : car, si les marchandises vendues n'étaient pas jusqu'à un certain point individualisées par la désignation du lieu où elles se trouvent, l'application de la règle *genus nunquam perit* ne pourrait souffrir aucune difficulté.

³⁰ L'art. 1585 ne parle que des risques, et ne dit pas expressément que la propriété continue à résider sur la tête du vendeur. Mais, comme on conçoit tout aussi peu la transmission de la propriété que celle des risques, tant que la chose vendue n'est pas déterminée dans son individualité, et comme cette détermination ne peut résulter que du pesage, du mesurage ou du comptage, il faut en conclure que, jusqu'à cette opération, il ne peut pas plus y avoir translation de propriété que transmission des risques. *Rapport* de Faure au Tribunat, et *Discours* de Grenier au Corps législatif (Loché, *Lég.*, XIV, p. 192, n° 7, p. 230 à 232, n° 4). Troplong, 4, 86. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XVI, 92 ; Duvergier, 4, 82 et suiv. : Civ. rej., 11 novembre 1812, Sir., 13, 4, 52.

³¹ Une vente de cette nature ayant réellement pour objet une chose déterminée dans son individualité, doit, immédiatement et par elle-même, transférer à l'acheteur la propriété et les risques de la chose vendue. L'opération du mesurage ou du pesage n'est pas nécessaire, en pareil cas, pour la détermination de la chose ; elle ne l'est que pour le calcul du prix. *Discussion au Conseil d'Etat* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 48 et suiv., nos 5 à 9). Duvergier, I, 90. Voy. cep. en sens contraire : Troplong, 4, 90.

si une chose mobilière corporelle a été successivement vendue à deux personnes, celle d'entre elles qui en a été mise en possession réelle est préférée, et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu cependant qu'elle ait été de bonne foi. Cette exception, qui doit être étendue au créancier nanti d'un gage, n'empêche pas qu'au regard de toutes autres personnes, et notamment des créanciers ordinaires du vendeur, la propriété d'objets mobiliers vendus ne soit transmise à l'acquéreur par le seul effet de la vente. Ainsi, lorsque des objets mobiliers vendus et non livrés ont été frappés de saisie par les créanciers du vendeur, la demande en distraction formée par l'acheteur doit être accueillie, à moins que les créanciers ne prouvent que la vente est simulée ou frauduleuse. Cette preuve peut, du reste, être facilement admise en pareille matière ³².

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a introduit une autre modification au principe ci-dessus indiqué. Aux termes des art. 1, 3 et 11 de cette loi, les actes de vente d'immeubles, corporels ou incorporels, susceptibles d'hypothèques, qui n'auraient point reçu date certaine antérieurement au 1^{er} janvier 1856, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette formalité, ont acquis des droits sur les immeubles vendus et les ont dûment conservés.

Du reste, lorsque la vente est contractée sous une condition suspensive, ou sous une condition résolutoire, les effets en sont modifiés d'après les règles posées au § 302. Art. 1584.

§ 350.

b) *Des différentes divisions de la vente.*

1° La vente est volontaire, lorsque le propriétaire y procède de son plein gré.

Elle est nécessaire, lorsqu'il est obligé d'y consentir par suite d'une nécessité juridique à laquelle il se trouve soumis ; c'est ce qui a lieu dans les circonstances suivantes :

³² Douai, 26 février 1840, Dal., 1841, 2, 162. Bourges, 25 janvier 1841, Sir., 41, 2, 624. Civ. rej., 25 juin 1845, Sir., 46, 1, 551. Douai, 5 février 1848, Sir., 48, 2, 742. Cpr. § 354, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 35 et 36 ; Troplong, I, 42 ; Duvergier, I, 37.

1) Lorsqu'une convention ou un testament impose au propriétaire l'obligation d'aliéner une chose qui lui appartient ¹.

2) Quand l'abandon d'une chose est commandé par une cause d'utilité publique ².

3) Lorsqu'un communiste provoque contre ses consorts la licitation d'une chose indivise. Art. 1686 et suiv.

4) Quand un créancier poursuit contre son débiteur la vente de biens qui appartiennent à ce dernier. Cpr. art. 2204 et suiv.

5) Enfin, dans les cas où la loi impose à un administrateur de biens d'autrui l'obligation de réaliser tout ou partie des choses qui composent le patrimoine confié à son administration. Cpr. art. 452 ; Code de comm., art. 564.

La vente que les créanciers poursuivent contre leur débiteur ou contre le tiers détenteur d'un immeuble qui leur est hypothéqué est plus spécialement appelée vente ou expropriation forcée, par opposition aux autres ventes nécessaires, qui présentent plus ou moins d'affinité avec les ventes volontaires ³. Art. 2204 et suiv. Art. 2169 et 2185.

2° La vente est privée ou publique, selon que le vendeur traite avec un acheteur de son choix, de la main à la main, ou qu'il met la chose aux enchères publiques, pour l'adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur.

Le vendeur est, en général, libre d'adopter l'un ou l'autre mode de vente ⁴. Mais il est des cas dans lesquels la loi prescrit la voie de l'adjudication publique, qu'elle soumet à de certaines formalités, établies dans le but de faire porter la chose à sa valeur réelle. Ces cas peuvent être rangés dans deux catégories. La première comprend les ventes forcées proprement dites ⁵. La

¹ Pothier, n° 540.

² Cpr. § 195, n° 4.

³ *Observations du Tribunal* sur l'art. 775 du Code de procédure (Locré, *Lég.*, XXII, p. 490, n° 104). Merlin, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 1, et v° Transcription, § 3, n° 7, § 6, n° 1, 2 et 3. Req. rej., 13 août 1807, Sir., 7, 1, 430. Paris, 19 juillet 1817, Sir., 18, 2, 1.

⁴ On ne peut cependant exposer aux enchères en justice des immeubles appartenant à un majeur capable de disposer de ses droits. Code de procédure, art. 743, al. 1. Nîmes, 30 décembre 1808, Sir., 10, 2, 559.

⁵ La procédure prescrite pour les ventes forcées peut cependant être modifiée par les parties intéressées, conformément à l'art. 743, al. 2 et 3, du Code de procédure. — Le débiteur peut-il, avant la saisie de ses immeubles, donner pouvoir au créancier de les exposer en vente sans l'observation des formalités de l'expropriation forcée ? Cpr. § 581, texte et notes 4 à 6.

seconde se compose de ventes nécessaires et de ventes volontaires, dans lesquelles la voie de l'adjudication aux enchères est prescrite, tantôt dans l'intérêt du propriétaire, tantôt dans celui des créanciers. Telles sont, par exemple, les ventes de choses appartenant à des mineurs ou à des interdits, celles de biens dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou d'une succession vacante, celles de choses appartenant à un débiteur qui a fait cession de biens, et enfin les licitations, sauf le cas où tous les intéressés, étant présents et maîtres de leurs droits, consentent à y procéder sans enchères publiques⁶.

Il est permis aux particuliers de procéder eux-mêmes, ou de faire procéder par des mandataires privés, à la vente de leurs immeubles aux enchères publiques, et à la suite d'affiches ou de publications⁷. Mais les ventes de choses mobilières ne peuvent être faites publiquement et par enchères que par le ministère d'officiers publics, investis du pouvoir d'y procéder⁸. Ces officiers sont les commissaires-priseurs, les courtiers de commerce, les notaires, les huissiers et les greffiers⁹.

Les effets de la vente sont, en général, les mêmes, qu'elle soit volontaire ou nécessaire¹⁰, publique ou privée.

Toutefois, dans les ventes faites par autorité de justice, il n'y a lieu, ni à garantie des vices rédhibitoires, ni à rescision pour cause de lésion. Art. 1649 et 1684.

D'un autre côté, la propriété transmise par un jugement d'adjudication sur expropriation forcée demeure révocable jusqu'à l'expiration de la huitaine à dater de sa prononciation,

⁶ Voy. sur ces différentes ventes : Code de procédure, art. 904, 953 et suiv., 972, 988 et 1001. — Les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs forment le type commun sur lequel sont calquées, sauf quelques modifications, les formes des autres ventes qui rentrent dans la même catégorie.

⁷ Bruxelles, 26 juin 1811, Sir., 12, 2, 431. Req. rej., 20 février 1843, Sir., 43, 1, 309. Amiens, 18 novembre 1846, Sir., 47, 2, 28. Req. rej., 19 mai 1847, Sir., 47, 1, 520. Voy. cep. décision ministérielle du 2 novembre 1811, Sir., 12, 2, 147.

⁸ Loi du 22 pluviôse an VII, art. 4.

⁹ Voy. Lois des 24-26 juillet 1790 et 17 septembre 1793 ; Arrêtés des 12 fructidor an IV, et 27 nivôse an V ; Loi du 27 ventôse an IX ; Code de commerce, art. 486 ; Décrets du 22 novembre 1811 et du 17 avril 1812 ; Ord. du 26 juin 1816 ; Loi du 15 mai 1818 ; Ord. des 1^{er} juillet 1818 et 9 avril 1819 ; Loi du 25 juin 1844.

¹⁰ Cpr. Code de procédure, art. 731 ; Grenier, *Des hypothèques*, II, 473 ; Toulouse, 11 août 1828, Sir., 24, 2, 38. Cpr. aussi §§ 354 et 355.

délai pendant lequel toute personne est autorisée à faire une surenchère. Code de procédure, art. 708 et suiv. ¹¹.

§ 351.

c) *Des conditions requises pour la validité du contrat de vente.*

1° *Du consentement des parties.*

Les règles développées au § 343 sur le consentement envisagé comme condition de la validité des conventions en général s'appliquent au consentement requis en matière de vente. Ce consentement, qui n'est soumis à aucune formalité extrinsèque, peut être donné verbalement ¹, aussi bien que par écrit ², et, au dernier cas, les parties sont libres de le constater par un acte sous seing privé ou par un acte authentique. Art. 1582, al. 2.

2° *Des personnes capables de contracter vente.*

Toute personne capable de disposer de ses biens est, en général, capable de vendre chacune des choses dont elle est propriétaire. Art. 1594. Par exception à ce principe :

1) Celui dont l'immeuble a été frappé de saisie réelle ne peut plus, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner cet immeuble, au préjudice du saisissant ou des créanciers hypothécaires. Code de procédure, art. 686 ³. Toutefois, l'aliénation

¹¹ L'art. 710 de l'ancien Code de procédure, remplacé par l'art. 708, ne s'appliquait pas, en général, aux ventes, même faites en justice, autres que les expropriations forcées. Paris, 2 mars 1809, Sir., 9, 2, 238. Paris, 19 juillet 1817, Sir., 18, 2, 1. Civ. cass., 16 novembre 1819, Sir., 21, 1, 271. Rouen, 28 janvier 1828, Sir., 28, 2, 129. Paris, 23 décembre 1830, Sir., 32, 2, 542. Req. rej., 18 janvier 1834, Sir., 34, 1, 8. Mais les dispositions des art. 708 et suiv. ont été rendues communes aux ventes de biens de mineurs et aux licitations, par les art. 965 et 973 du Code de procédure révisé.

¹ La disposition du deuxième alinéa de l'art. 1582 se rapporte à la preuve, et non à l'existence ou à la validité de la vente. Ainsi, la vente verbale est valable. Elle peut même être prouvée par témoins, lorsque la valeur de l'objet vendu ne dépasse pas 150 fr. Art. 1341. *Exposé de motifs* au Corps législatif, par Portalis, *Rapport* de Faure au Tribunal, *Discours* de Grenier au Corps législatif (Loché, *Lég.*, XIV, p. 142 et 143, nos 4 et 5, p. 193, n° 11, p. 234 à 237, n° 7). Duranton, XVI, 34. Troplong, 1, 19. Civ. cass., 21 octobre 1811, Sir., 12, 1, 229. Poitiers, 7 juillet 1825. Sir., 25, 2, 426. Cpr. §§ 306 et 343. Voy. cep. Code de commerce, art. 195.

² Cpr. sur l'effet de la clause par laquelle les parties conviennent de faire constater la vente par écrit : § 343, note 9.

³ Quoique la nullité de la vente ait lieu en pareil cas, sans qu'il soit besoin

ainsi consentie ne peut plus être attaquée, si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur consigne une somme suffisante pour désintéresser complètement les créanciers inscrits et le saisissant. Code de procédure, art. 687.

2) Le commerce de certaines choses est interdit à certaines personnes, à raison des fonctions dont elles sont revêtues. C'est ainsi, par exemple, que le commerce de bois est interdit aux agents forestiers⁴. Voy. aussi Code pénal, art. 176.

Toute personne capable de s'engager est, en général, capable d'acheter toutes espèces de choses, et de quelque personne que ce soit. Art. 1594. Par exception, la loi défend (art. 1596) :

a Aux tuteurs, d'acheter les biens de leurs pupilles ;

Cette prohibition s'applique aux ventes sur expropriation forcée, aussi bien qu'aux ventes volontaires⁵. Il en serait toutefois autrement, si le tuteur, se trouvant créancier hypothécaire du mineur, avait lui-même dirigé des poursuites contre le subrogé tuteur, ou s'était fait remplacer par ce dernier sur les poursuites exercées par un autre créancier⁶. D'un autre côté, le tuteur, qui serait copropriétaire avec le mineur, pourrait valablement se rendre adjudicataire des biens indivis entre eux, vendus sur licitation⁷.

La prohibition établie par les art. 450, al. 3, et 1596, frappe le cotuteur tout comme le tuteur ordinaire⁸; mais elle ne s'étend pas au subrogé tuteur⁹.

de la faire prononcer, elle n'est cependant pas absolue. Établie dans la seule vue d'empêcher que le débiteur ne puisse apporter des entraves à la marche de la saisie, et nuire ainsi au saisissant et aux créanciers hypothécaires, cette nullité ne peut être proposée, ni par le saisi, ni même par l'acquéreur. Arg. art. 687 du Code de procédure. Troplong, 1, 176. Req. rej., 5 décembre 1827, Sir., 28, 4, 240. Paris, 9 décembre 1833, Sir., 34, 2, 191.

⁴ Ordonnance du 1^{er} août 1827 pour l'exécution du Code forestier, art. 31. L'infraction à cette prohibition n'est punie que de la révocation de l'agent contrevenant ; elle n'entraîne pas la nullité de la vente.

⁵ De Fréminville, *De la minorité*, II, 791. Demolombe, VII, 751 et 752. Paris, 28 janvier 1826, Sir., 26, 2, 234. Voy. en sens contraire : Colmar, 16 février 1808, Sir., 10, 2, 565.

⁶ Duvergier sur Toullier, I, 1234. Demolombe, VII, 753. Toulouse, 4 février 1825, Sir., 25, 2, 147.

⁷ Durantou, III, 599. Valette sur Proudhon, II, p. 397, note *a*. Duvergier sur Toullier, I, 1234, note *c*. Demolombe, VII, 754.

⁸ Duvergier, I, 188. De Fréminville, *De la minorité*, I, 164. Limoges, 4 mars 1822, Sir., 22, 2, 265. Paris, 28 février 1826, Sir., 26, 2, 234.

⁹ Le rapprochement des art. 1594 et 1596 prouve jusqu'à l'évidence, que les

Elle est également étrangère au curateur du mineur émancipé et au conseil judiciaire ¹⁰. Toutefois, si le conseil judiciaire s'était rendu adjudicataire ou acquéreur d'immeubles appartenant à la personne qu'il est chargé d'assister, sans qu'au préalable il eut été remplacé par un conseil judiciaire *ad hoc*, la vente serait nulle pour défaut d'assistance.

La loi défend également :

b Aux mandataires, d'acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre pour le compte de leurs commettants ¹¹ ;

c Aux administrateurs d'une commune ou d'un établissement public, d'acheter les biens confiés à leur administration ;

d Aux officiers ou fonctionnaires publics, d'acheter les biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère.

e Enfin, la loi défend aux avoués de se rendre, en cas d'expropriation forcée, adjudicataires pour le saisi ¹², pour une personne

incapacités prononcées par le dernier de ces articles sont essentiellement limitatives. On ne peut donc étendre au subrogé tuteur la prohibition dont se trouve frappé le tuteur. En vain opposerait-on que, d'après les art. 452 et 458 du Code Napoléon, les ventes de biens meubles ou immeubles appartenant au mineur doivent avoir lieu en présence du subrogé tuteur. Il résulte, en effet, de l'art. 962 du Code de procédure, que si le subrogé tuteur doit être appelé à la vente, son intervention n'est cependant pas indispensable pour la validité de l'adjudication, à laquelle il peut être procédé tant en son absence qu'en sa présence. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'il se rende adjudicataire. Duranton, XVI, 434. Duvergier, I, 488. Riom, 4 avril 1829, Sir., 37, 1, 444. Bordeaux, 30 mai 1840, Sir., 40, 2, 367. Civ. cass., 24 décembre 1852, Sir., 53, 1, 43. Agen, 13 juin 1853, Sir., 53, 2, 390. Cpr. Delvincourt, III, part. II, p. 426 ; Troplong, I, 487. Voy. en sens contraire : Magnin, *Des minorités*, II, 4485 ; de Fréminville, *De la minorité*, I, 164 ; Demolombe, VII, 375 ; Lyon, 7 décembre 1824, Sir., 26, 1, 200 ; Riom, 25 février 1843, Sir., 43, 2, 247.

¹⁰ Duranton, XVI, 435 et 436. Duvergier, I, 488. Cpr. Troplong, I, 487. Voy. en sens contraire : Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Vente judiciaire, n° 434 ; de Fréminville, *De la minorité*, I, 164.

¹¹ Il résulte de la combinaison des art. 714, 964 et 988 du Code de procédure révisé, que les avoués ne peuvent se rendre adjudicataires des biens immeubles dont ils sont chargés de poursuivre la vente. En tant qu'il s'agit de ventes volontaires, ou de ventes nécessaires autres que des expropriations forcées, cette prohibition n'est qu'une application de la disposition de l'al. 3 de l'art. 4596, relative aux mandataires. Mais, en ce qui concerne les expropriations forcées, la prohibition dont il s'agit constitue une extension de cette même disposition.

¹² Rien n'empêche que l'époux du saisi, quoique commun en biens avec ce dernier, ou ses enfants, ne se rendent adjudicataires des biens vendus sur lui. Delvincourt, III, p. 427. Troplong, I, 492. Besançon, 12 mars 1844, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Saisie immobilière, p. 758. Bordeaux, 24 février 1829, Sir., 29, 2, 264.

notoirement insolvable, ou pour les juges, juges suppléants, officiers du ministère public et greffiers du tribunal où se poursuit la vente. Code de procédure, art. 711.

Les ventes passées au mépris des prohibitions établies par l'art. 1596 du Code Napoléon et l'art. 711 du Code de procédure sont nulles, soit qu'elles aient été faites directement aux incapables, ou qu'elles leur aient été faites indirectement, et au moyen de personnes interposées¹³. Elles ne pourraient être maintenues par le motif qu'elles se trouveraient être avantageuses au vendeur¹⁴. Du reste, la nullité dont elles sont entachées n'est que relative, et ne peut être proposée par les personnes contre lesquelles est établie la prohibition d'acheter¹⁵.

Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux¹⁶ que dans les trois cas suivants (art. 1595) :

a Lorsque, par suite de séparation de biens judiciaire, l'un des époux cède des biens à l'autre en paiement de ses droits.

b Lorsque, abstraction faite du cas de séparation de biens judiciaire, le mari a un motif légitime de céder des biens à sa femme¹⁷, c'est ce qui a lieu toutes les fois qu'il est, à un titre

Voy. en sens contraire : Bruxelles, 26 mars 1812, Dalloz, *ubi supra*. Cpr. Aix, 23 février 1807 et 29 avril 1809, Dalloz, *ubi supra*. — La prohibition dont il s'agit ici ne concerne pas le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, dont l'expropriation est poursuivie contre lui. Delvincourt, *loc. cit.*

¹³ La question de savoir si celui qui figure comme acheteur n'est qu'une personne interposée est entièrement abandonnée à l'arbitrage du juge. Les présomptions légales d'interposition de personnes que les art. 911 et 1100 établissent en matière de donation ne s'appliquent pas, comme telles, en matière de vente. Duranton, XVI, 138. Troplong, I, 193. Duvergier, I, 193. Bordeaux, 21 février 1829, Sir., 29, 2, 264. Civ. rej., 4 avril 1837, Sir., 37, 1, 332. Req. rej., 3 avril 1838, Sir., 38, 1, 368.

¹⁴ Cpr. Civ. cass., 26 août 1807, Sir., 7, 1, 437.

¹⁵ Duranton, XVI, 139. Troplong, I, 194. Duvergier, I, 194. Orléans, 11 février 1841, *Journ. du pal.*, 41, 1, 383.

¹⁶ Cette prohibition est fondée sur ce qu'il serait trop facile aux époux, soit de se faire, à l'aide de ventes simulées, des libéralités excédant la quotité disponible, soit d'imprimer à ces libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur refuse, soit de soustraire les biens l'un de l'autre à l'action de leurs créanciers personnels. Elle ne s'applique pas aux ventes passées entre futurs conjoints, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration. Bordeaux, 30 janvier 1834, Sir., 34, 2, 281. Mais de pareilles ventes pourraient, le cas échéant, être arguées de nullité pour contravention à l'art. 1396. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., 38, 2, 422.

¹⁷ Il n'existe pas, dans ce cas, de réciprocité entre le mari et la femme; celle-ci

quelconque, débiteur envers celle-ci de sommes susceptibles d'un remboursement actuel, et notamment, dans le cas où il est dû à la femme remploi d'immeubles ou de deniers à elle propres, aliénés ou touchés par le mari ¹⁸. La dot, au contraire, dont le mari ne doit la restitution à la femme qu'à la dissolution du mariage ou après séparation de biens, ne constitue pas une cause légitime de vente au profit de cette dernière ¹⁹.

c Lorsque la femme, mariée sous un régime simplement exclusif de communauté, ou sous le régime dotal ²⁰, cède des biens à son mari en paiement de la dot qu'elle lui avait promise ²¹.

Le mari autorisé à passer vente à sa femme, conformément au n° 2 de l'art. 1595, peut lui céder des biens de communauté, tout comme des biens propres ²².

Du reste, lorsqu'une vente passée entre époux, dans une des hypothèses où elle était permise, contient un avantage indirect au profit de l'un d'eux, les héritiers à réserve de l'autre sont au-

ne peut passer vente au mari que dans les circonstances indiquées par les n°s 1 et 3 de l'art. 1595.

¹⁸ L'art. 1595, n° 2, n'est pas limitatif; il se borne à expliquer, à l'aide d'un exemple, ce qu'il faut entendre ici par cause légitime. Duranton, XVI, 149. Troplong, I, 180. Duvergier, I, 179. Paris, 21 janvier 1814, Sir., 15, 2, 16. Req. rej., 23 août 1825, Sir., 26, 4, 379. Bordeaux, 1^{er} décembre 1829, Sir., 30, 2, 66. — Mais, quoique les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause à raison de laquelle la vente a été passée, il semble qu'ils devraient, en suivant l'analogie de l'exemple donné par la loi et l'esprit général des dispositions relatives aux ventes entre époux, n'admettre, comme causes légitimes de pareilles ventes, que des dettes préexistantes et susceptibles d'un remboursement actuel. Duvergier et Troplong, *loc. cit.* Voy. aussi les arrêts cités à la note suivante.

¹⁹ Grenoble, 24 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 155. Grenoble, 8 mars 1831, Sir., 32, 2, 55. Grenoble, 26 mars 1832, Sir., 33, 2, 152. Req. rej., 24 juin 1839, Sir., 39, 4, 596. Grenoble, 10 juillet 1841, Sir., 42, 2, 8. Caen, 4 janvier 1851, Dalloz, 1854, 2, 40. Voy. aussi Bourges, 14 mars 1853, Sir., 53, 2, 512.

²⁰ Les expressions du n° 3 de l'art. 1595 : *lorsqu'il y a exclusion de communauté*, comprennent évidemment le régime dotal. Toullier, XII, 41. Duranton, XVI, 150. Troplong, I, 181. Duvergier, I, 181.

²¹ La loi ne permet la vente que pour le paiement de la dot. Si la femme était débitrice de son mari pour causes antérieures au mariage, elle ne serait pas, par ce motif, autorisée à lui passer vente. Troplong, I, 182. Duvergier, I, 182.

²² Toullier, XII, 366. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 514. Req. rej., 9 mars 1837, Sir., 37, 4, 623. Voy. en sens contraire; Battur, *De la communauté*, I, 589.

torisés à demander la réduction de cet avantage à la mesure de la portion disponible ²³.

Les ventes consenties entre époux hors des hypothèses prévues par l'art. 1595 sont nulles, et la nullité peut en être proposée tant par les époux eux-mêmes, que par leurs héritiers et leurs créanciers ²⁴. Les héritiers jouissent de l'action en nullité, qu'ils aient ou non droit à une réserve ; les créanciers sont admis à la former, encore que leurs créances soient d'une date postérieure à la vente, et sans être tenus de prouver qu'elle est entachée de fraude. On ne pourrait, pour écarter l'action des héritiers non réservataires ou des créanciers postérieurs, attribuer à la vente le caractère et les effets d'une donation déguisée ²⁵.

3° *Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de vente.*

Tout ce qui est dans le commerce peut être l'objet d'une vente. Art. 1598. Ce principe s'applique même aux choses futures, c'est-à-dire à celles qui n'existent encore qu'en espérance, par exemple, aux fruits à naître d'un fonds de terre ²⁶, au produit d'un coup de filet.

²³ Le dernier alinéa de l'art. 1595 ne s'applique qu'aux héritiers à réserve. Duranton, XVI, 151. Troplong, I, 183. Duvergier, I, 185.

²⁴ Bien qu'à la différence des art. 1596 et 1597, l'art. 1595 ne prononce pas textuellement la nullité des ventes prohibées dont il s'occupe, cette nullité n'en résulte pas moins, d'une manière virtuelle, et de la rédaction essentiellement prohibitive de cet article, et des motifs sur lesquels il est fondé. D'un autre côté, la prohibition prononcée par l'art. 1595 étant également établie dans l'intérêt des époux eux-mêmes et dans celui de leurs héritiers ou créanciers, la nullité attachée à la violation de cette prohibition doit pouvoir être proposée par ces trois classes de personnes. Cpr. note 16 *supra*.

²⁵ On admet assez généralement que les ventes consenties entre époux hors des hypothèses prévues par l'art. 1595, quoique nulles comme telles, peuvent valoir comme donations déguisées, lorsqu'elles couvrent une libéralité que l'un des époux a voulu faire à l'autre. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 41 ; Troplong, I, 185 ; Duvergier, I, 183 et 184 ; Zachariæ, II, § 351, note 14. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. La jurisprudence suivant laquelle les donations déguisées sous forme de contrats à titre onéreux sont valables ne peut, d'après les motifs mêmes sur lesquels elle repose, recevoir son application qu'au cas où les actes qui renferment de pareilles donations sont eux-mêmes valables eu égard à leur caractère apparent, ce qui ne se rencontre pas dans notre hypothèse. Par cela même que la loi prohibe la vente entre époux, elle leur enlève la faculté de se faire une donation sous forme de vente. Voy. aussi art. 1099 et 1395. Duranton, XVI, 153 et 154. Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533.

²⁶ Dans les ventes de récoltes, il faut distinguer si les parties ont entendu faire

Des dispositions spéciales ont cependant défendu la vente de certaines choses. Ainsi, la loi prohibe la vente des blés en vert ²⁷, des armes et effets d'équipement militaire ²⁸, des remèdes secrets ²⁹, et du gibier pendant le temps où, dans chaque département, la chasse est prohibée ³⁰.

D'un autre côté, le débit de certaines denrées ou marchandises, telles que le tabac ³¹, les cartes à jouer ³², la poudre ³³, les substances vénéneuses ³⁴, n'est permis qu'à certaines personnes, et sous certaines conditions.

Enfin, la loi déclare nulle la vente de la chose d'autrui ³⁵.

une vente entièrement aléatoire, en traitant *de spe fructuum nasciturorum*, ou si elles ont voulu traiter d'une récolte à venir, en n'admettant de chances que pour le plus ou le moins de fruits. Au premier cas, la vente est pure et simple, et l'acheteur est obligé de payer le prix, quand même la récolte manquerait entièrement. Au second cas, la vente est subordonnée à la condition que la récolte donnera quelques produits. Dans le doute, on doit présumer que les parties ont voulu faire une vente de la seconde espèce. Toullier, VI, 503. Duranton, X, 304; XVI, 472. Troplong, I, 204. Cpr. Lyon, 18 mai 1854, Sir., 54, 2, 426.

²⁷ Lois des 6 et 23 messidor an III. Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 4, art. 4, n° 6. Toullier, VI, 448. Duranton, XVI, 460 et 464. Troplong, I, 423. Duvergier, I, 232. Alençon, 26 novembre 1833, Sir., 35, 2, 243. Montpellier, 4 mai 1842, Sir., 43, 2, 349. Bourges, 6 janvier 1844, Sir., 45, 2, 522. Toulouse, 12 décembre 1846, et Orléans, 9 novembre 1847, Sir., 47, 2, 652. Crim. cass., 12 mai 1848, Sir., 48, 1, 446. Crim. cass., 7 décembre 1854, Sir., 54, 1, 752. Voy. en sens contraire : Agen, 2 août 1830, Sir., 32, 2, 426.—Il semble, du reste, qu'une vente de blés en vert passée par un mari à sa femme, judiciairement séparée de biens, pour la couvrir de ses reprises, devrait être maintenue. Orléans, 2 mars 1849, Sir., 49, 2, 463. Voy. aussi : Montbrison, 21 juillet 1847, Sir., 47, 2, 453.

²⁸ Loi du 28 mars 1793, art. 5 cbn. Loi des 19-22 juillet 1794, tit. II, art. 33. Crim. cass., 17 juillet 1834, Sir., 34, 1, 768. Crim. cass., 9 février 1837, Sir., 38, 1, 66.

²⁹ Loi du 21 germinal an XI, art. 32 et 36. Cpr. Décrets du 18 août 1810 et du 3 mai 1852.

³⁰ Loi du 3 mai 1844, art. 4, et art. 42, n° 4.

³¹ Cpr. sur le monopole du tabac, les lois citées au § 194.

³² Loi du 28 avril 1816, *partie des contributions indirectes*, art. 460 à 474.

³³ Loi du 13 fructidor an V. Ordonnance du 25 mars 1818. Ordonnance du 19 juillet 1829.

³⁴ Loi du 19 juillet 1845. Ordonnance du 29 octobre 1846.

³⁵ L'ancien Droit français admettait, avec le Droit romain, la validité de la vente de la chose d'autrui, par la raison que le vendeur était censé contracter, non pas précisément l'engagement de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, mais plutôt celui de lui délivrer cette chose, et de lui en garantir la possession. Pothier, n° 4, Cpr. Civ. cass., 12 août 1812, Sir., 13, 1, 9. Les rédacteurs du Code ont cru devoir rejeter cette doctrine, comme reposant sur une

Art. 1599. Cette nullité peut être proposée, sous forme d'exception, non-seulement par l'acheteur actionné en paiement du prix, mais encore par le vendeur actionné en délivrance³⁶. Dans l'un et l'autre cas, le vendeur, même de bonne foi³⁷, pourrait être condamné à des dommages-intérêts, si l'acheteur avait ignoré le vice de la vente³⁸.

L'acheteur peut aussi, quoiqu'il ait été mis en possession et qu'il n'ait encore éprouvé aucun trouble, provoquer, par voie d'action principale, l'annulation de la vente et la restitution du prix avec ses accessoires, quand même le vendeur aurait été de bonne foi³⁹. Le vendeur, au contraire, ne peut, après avoir effectué la délivrance, demander l'annulation de la vente et la restitution de la chose⁴⁰.

subtilité contraire à l'intention des parties contractantes et à l'objet du contrat de vente. Ils sont partis de l'idée que la transmission immédiate de la propriété est la fin directe et principale du contrat de vente, pour en conclure que cette transmission étant impossible lorsque la chose vendue n'appartient pas au vendeur, la vente de la chose d'autrui devait, par cela même, être déclarée nulle. Cpr. *Discussion au Conseil d'état et Rapport au Tribunal* per Faure (Loché, *Lég.*, XIV, p. 51, n° 24, p. 196, n° 48). Quelle que soit la valeur juridique de cette nouvelle théorie, il est à regretter qu'on n'ait pas déterminé, d'une manière plus précise, le caractère et les effets de la nullité prononcée par l'art. 1599.

³⁶ Cpr. Civ. cass. 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 666. M. Duvergier (I, 220) pense que le vendeur ne peut proposer la nullité de la vente, qu'autant qu'il a été de bonne foi en vendant. MM. Merlin (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4 bis, n° 6) et Troplong (I, 238) vont encore plus loin; ils enseignent que la nullité de la vente de la chose d'autrui est purement relative, et ne peut jamais être invoquée par le vendeur. Ces opinions nous semblent également en opposition avec le motif sur lequel repose la nullité de la vente de la chose d'autrui. Les auteurs qui les ont émises n'ont, d'ailleurs, pas distingué avec assez de soin les différentes positions dans lesquelles peuvent se trouver le vendeur et l'acheteur, et la forme sous laquelle l'un ou l'autre propose la nullité de la vente.

³⁷ *Lex non distinguit*. Voy. aussi art. 1147, 1630, 1633 et 1634 c. n. 1635; § 355, texte et note 30. Troplong, I, 234. Voy. en sens contraire: Duvergier, I, 248. Cet auteur invoque à tort l'art. 1382, qui est étranger aux fautes contractuelles.

³⁸ Celui qui achète sciemment la chose d'autrui ne peut avoir droit à des dommages-intérêts.

³⁹ *Non obstat* art. 1653. Cet article n'a nullement pour objet de déroger à l'article 1599. Delvincourt, III, part. II, p. 430. Merlin, *Quest.*, v° Vente, § 11, n° 4. Duranton, X, 437 et XVI, 178. Troplong, I, 438. Duvergier, I, 220. Douai, 3 juillet 1846, Sir.; 46, 2, 378. Il existe, sous ce rapport, une différence pratique fort importante entre le Droit français actuel et le Droit romain. Cpr. L, 30, § 4, *D. de act. empt. vend.* (19, 4).

⁴⁰ On opposerait au vendeur la maxime *quem de evictione tenet actio, eundem*

La nullité de la vente de la chose d'autrui n'est pas couverte par la circonstance que le véritable propriétaire aurait ratifié la vente, ou que le vendeur serait ultérieurement devenu, comme successeur particulier, ou même comme successeur universel, propriétaire de la chose vendue ⁴¹. L'acheteur peut, malgré cela, demander, par voie d'exception, et même par voie d'action, l'annulation de la vente, à moins qu'il ne l'ait expressément ou tacitement confirmée, postérieurement à ces événements. Le vendeur, de son côté, pourrait, suivant les circonstances, être admis, même dans ce cas, à exciper de la nullité de la vente contre l'action en délivrance dirigée contre lui ⁴².

La vente, faite par l'un des copropriétaires, de la totalité de la chose indivise, est valable pour la portion du vendeur, et nulle

agentem repellit exceptio. Le vendeur, que l'on suppose n'être pas propriétaire de la chose vendue, serait d'ailleurs sans qualité pour en demander la restitution.

⁴¹ L'opinion émise au texte est rejetée, en principe, par la grande majorité des interprètes, et par une jurisprudence constante. Voy. Duranton, XVI, 179; Trop-Long, I, 236 et 237; Zachariæ, § 351, texte *in fine*, notes 29 à 32; Riom, 28 avril 1827, Sir., 29, 2, 79; Civ. cass., 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 666; Req. rej., 23 juillet 1835, Sir., 36, 1, 70; Amiens, 13 août 1840, Sir., 42, 2, 429; Agen, 17 décembre 1854, Sir., 52, 2, 392. Il est même des auteurs qui enseignent que l'action ou l'exception de nullité, utilement introduite ou proposée, s'éteint ou devient sans objet, lorsque, dans le cours de l'instance, le véritable propriétaire ratifie la vente, ou lorsque le vendeur acquiert la propriété de la chose vendue. Voy. en ce sens: Delvincourt, III, part. II, p. 431 et 432; Duvergier, I, 249. Mais voy. en sens contraire sur ce dernier point: Duranton, X, 438 et XVI, 178; Req. rej., 16 janvier 1840, Sir., X, 1, 204; Riom, 30 novembre 1843, Sir., 43, 2, 364; Civ. rej., 14 février 1837, Sir., 37, 1, 890. La doctrine d'après laquelle la nullité de la vente de la chose d'autrui se trouverait, indépendamment de tout consentement de l'acheteur, et même contre sa volonté, couverte de plein droit par la ratification du véritable propriétaire, ou par la circonstance que le vendeur serait devenu propriétaire de la chose vendue, n'est pas exacte en théorie. Voy. Toullier, VI, 432; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 52, 2, 392. Il est, en effet, de principe, que les conditions nécessaires à la validité d'une convention doivent exister dès l'instant de sa formation, ou que, du moins, leur existence doit être indépendante du bon plaisir de l'une ou de l'autre des parties. Or, dans le système que nous combattons, il serait au pouvoir du vendeur, selon qu'il lui plairait ou non de prendre des arrangements avec le véritable propriétaire, d'effacer ou de laisser subsister la nullité dont la vente est entachée, ce qui nous paraît inadmissible. Toutefois, nous comprenons que l'opinion contraire à la nôtre ait prévalu dans la pratique, d'après cette considération de fait que la réclamation élevée par un acheteur qui n'a plus aucune éviction à craindre ne se présente pas d'ordinaire sous un jour favorable.

⁴² Il devrait du moins en être ainsi lorsque le vendeur était de bonne foi, et que l'acquéreur connaissait le vice de la vente qu'il s'est fait passer.

pour celle de ses consorts⁴³. L'acheteur peut cependant faire prononcer la nullité pour le tout, si la partie de la chose qui n'appartient pas au vendeur est de telle importance, que l'acheteur n'eût pas accepté la vente sans cette partie⁴⁴. Arg. art. 1636.

La disposition de l'art. 1599 ne s'applique aux ventes de choses mobilières qu'avec certaines modifications, qui résultent du principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre⁴⁵. Cpr. art. 2279.

Elle est étrangère à la vente de choses déterminées seulement quant à leur genre, et aux ventes commerciales d'objets appartenant à un tiers, qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer⁴⁶.

D'un autre côté, cette disposition est inapplicable à la vente de la chose d'autrui, contractée sous la condition suspensive de l'acquisition de cette chose par le vendeur, ainsi qu'à celle lors de laquelle ce dernier s'est porté fort pour le véritable propriétaire⁴⁷.

Enfin, l'art. 1599 ne forme pas obstacle au maintien des ventes consenties par un héritier apparent au profit d'un acquéreur de bonne foi⁴⁸.

Du reste, la vente de la chose d'autrui est efficace en ce sens, qu'elle peut fonder un juste titre de nature à fonder l'usucapion de dix à vingt ans. Art. 2265. L'usucapion une fois accomplie

⁴³ Duvergier, I, 224. Troplong, I, 207. Civ. cass., 26 octobre 1812, Sir., 13, 4, 150. Civ. cass., 3 août 1819, Sir. XIX, 4, 359. — Toutefois, s'il s'agissait d'une vente faite par l'un des copropriétaires d'un immeuble indivis, et que, par suite d'un partage intervenu avant toute demande en nullité de la vente, cet immeuble fût tombé dans le lot du vendeur, il semble qu'à raison de l'effet rétroactif du partage, l'acquéreur ne fût plus recevable à attaquer la vente. Voy. art. 883. Cpr. Req. rej., 16 janv. 1810, Sir. 10, 4, 204.

⁴⁴ Duvergier, I, 224. Poitiers, 16 avril 1822, Sir., 25, 2, 324.

⁴⁵ Ainsi, par exemple, l'acheteur ne peut demander la nullité de la vente d'une chose mobilière, que le vendeur lui a délivrée ou dont il lui offre la délivrance, que dans les cas exceptionnels où il pourrait être exposé à une action en revendication de la part du légitime propriétaire.

⁴⁶ *Rapport au Tribunal*, par Grenier (Loché, *Lég.*, XIV, p. 241 et 242, n° 15). Troplong, I, 232. Duvergier, I, 223.

⁴⁷ Cpr. art. 1120. Delvincourt, III, part. II, p. 132. Duvergier, I, 222. Duranton, XVI, 180. Troplong, I, 334. Turin, 17 avril 1811, Sir., 12, 2, 155. Limoges, 1^{er} juillet 1822, Sir., 22, 2, 360. Paris, 25 août 1845, Sir., 46, 2, 161.

⁴⁸ Cpr. pour le développement de cette proposition : § 616, texte n° 5.

au profit de l'acheteur, celui-ci n'est plus recevable à demander la nullité de la vente. Mais dans ce cas, l'ancien propriétaire est autorisé à réclamer du vendeur une indemnité égale à la valeur de l'immeuble dont il a été dépouillé par son fait, et même la restitution des fruits dans le cas où ce dernier aurait été de mauvaise foi ⁴⁹.

§ 352.

d) *Des clauses spéciales qui peuvent être ajoutées au contrat de vente.*

Les parties qui contractent vente peuvent, à l'aide de clauses spéciales, subordonner à des conditions, ou modifier de telle manière qu'elles jugent convenable, les obligations qui procèdent naturellement du contrat de vente.

Les principales clauses usitées en matière de vente sont : la clause appelée *pactum addictionis in diem* ¹; le pacte commissoire ²; le pacte de préférence ³; la clause appelée *pactum displicentiae* ⁴; et le retrait conventionnel ⁵.

Le Code Napoléon ne trace de règles spéciales que pour quel-

⁴⁹ Req. rej., 20 juillet 1852, Sir., 52, 1, 689.

¹ Cette clause a pour effet de réserver au vendeur la faculté de se départir de la vente au cas où il trouverait, dans un délai déterminé, un autre acheteur qui lui ferait des conditions plus avantageuses. Cpr. D. *de in diem addict.* (13, 2); Pothier, nos 446 et suiv.

² Cpr. § 302, n° 3; Pothier, nos 458 et suiv.

³ Cette clause (*pactum protimiseos*) a pour objet d'assurer au vendeur le droit d'être préféré, à prix égal, à toute autre personne, dans le cas où l'acquéreur revendrait la chose. Elle ne produit qu'une action personnelle en dommages-intérêts contre le vendeur, et ne peut autoriser l'action en revendication contre le nouvel acquéreur. Cpr. § 349, texte et note 7. Duvergier, I, 13. Toulouse, 6 novembre 1825, Sir., 26, 2, 177. Cpr. Limoges, 1^{er} juillet 1840, Sir., 41, 2, 8. Voy. cep. Riom, 30 juin 1843, Sir., 44, 2, 343.

⁴ Par l'effet de cette clause, l'une et l'autre des parties conservent la faculté absolue de se départir du contrat pendant un certain temps. Ce temps ne paraît pas pouvoir être fixé au délai de cinq années. Arg. art. 1660.

⁵ Le retrait conventionnel (pacte de rachat ou de réméré, art. 1659 à 1673) est le seul que nous ayons à mentionner ici. Le retrait successoral (art. 841), le retrait d'indivision accordé à la femme dans le cas prévu par l'art. 1408, et le retrait de droits litigieux (art. 1699), ne modifient pas entre les parties les effets de la vente. Voy. quant aux autres retraits qu'avait admis l'ancienne jurisprudence : Merlin, *Rép.*, v° Retrait.

ques-unes de ces clauses ⁶. Les effets des autres se déterminent d'après les principes qui régissent les contrats innommés et les obligations conditionnelles.

§ 353.

e) *Des obligations, en général, qui dérivent du contrat de vente.*

Le vendeur est tenu de livrer la chose vendue, et d'en garantir la paisible possession. Il est de plus responsable des défauts cachés dont elle peut être entachée. Art. 1603 et 1625.

L'acheteur est tenu de recevoir ou d'enlever la chose vendue et d'en payer le prix, au temps et au lieu convenus. Art. 1650. Il doit, en outre, supporter, à moins de convention contraire, les frais de passation de l'acte de vente, ainsi que ceux d'enregistrement ¹ et de transcription ². Art. 1593.

Lorsque les termes d'un contrat de vente, sont obscurs ou équivoques, et qu'il n'existe pas d'autres moyens d'interprétation pour en déterminer le sens et la portée, le doute qui en résulte doit être résolu contre le vendeur, et en faveur de l'acheteur. Art. 1602 ³.

⁶ Cpr. art. 1656 et 1657, 1659 et suiv.

¹ Loi du 22 frimaire an VII, art. 31. Civ. cass., 30 juin 1813; Sir., 20, 4, 449. Cependant les droits d'enregistrement pourraient, dans certains cas, être mis à la charge du vendeur. Cpr. Req. rej., 21 juin 1827, Sir., 27, 4, 468; Req. rej., 9 février 1832, Sir., 32, 4, 844; Amiens, 18 août 1838, Sir., 38, 2, 509; Req. rej., 6 avril 1840, Sir., 40, 4, 294.

² Mais les frais de purge sont, en général, à la charge du vendeur. Arg. Code de procédure, art. 777. Cpr. § 294. Bordeaux, 14 décembre 1827, Sir., 28, 2, 400. Limoges, 18 décembre 1840, Sir., 41, 2, 485. Voy. en ce sens contraire : Duranton XVI, 424; Troplong, I, 464; Duvergier, I, 469.

³ A la règle d'interprétation posée par l'art. 1162, et qui serait favorable tantôt à l'acheteur et tantôt au vendeur, selon qu'il s'agirait des obligations de l'un ou de celles de l'autre, l'art. 1602 substitue une règle qui fait toujours pencher la balance contre le vendeur, même dans le cas où le doute s'élève sur l'étendue des engagements qu'il a contractés. Cette disposition est fondée sur ce que le vendeur, qui connaît, en général, mieux que l'acheteur l'état de la chose à vendre, doit s'imputer de n'avoir pas expliqué avec précision ce à quoi il entendait s'obliger. Du reste, l'art. 1602 ne doit, comme l'art. 1162, être appliqué qu'à défaut des autres règles d'interprétation développées au § 347; et il ne s'étend pas aux clauses exceptionnelles que l'acheteur a stipulées dans son intérêt. Grenier, *Discours au Corps législatif* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 242 et 249, n° 17). Merlin, *Quest.*, v° Vente, § 10. Duranton, X, 519. Troplong, I, 257 et suiv. Cpr. Bruxelles, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 321.

§ 354.

(1) *Des obligations du vendeur en particulier.*(a) *De l'obligation de délivrance.*

La délivrance, en matière de vente¹, est le transport de la chose vendue en la puissance de l'acheteur. Art. 1604.

La délivrance des immeubles se consomme par le délaissement qu'en fait le vendeur, avec remise des titres de propriété, et de plus, lorsqu'il s'agit d'un bâtiment, avec remise des clefs². Art. 1605. Elle n'exige, de la part du vendeur, aucun signe ou symbole extérieur, propre à manifester son intention de délaisser la possession au profit de l'acheteur³. Art. 1605.

La délivrance des choses mobilières s'effectue par la tradition manuelle que le vendeur en fait à l'acheteur, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent⁴, sans qu'il soit nécessaire que cette remise ait lieu dans la proximité de ces bâtiments. Art. 1606. Les actes indiqués dans cet article ne sont pas les seuls d'où résulte la délivrance, qui peut également s'effectuer à l'aide d'autres faits ou actes d'une nature analogue, par exemple, au moyen de l'apposition sur la chose vendue, du sceau ou de la marque de l'acheteur, faite du consentement du vendeur⁵. D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de marchandises qui se

¹ L'obligation de délivrer une chose peut résulter de conventions qui confèrent des droits personnels, aussi bien que de contrats translatifs de droits réels. Cpr. art. 1719; § 299, note 2. La délivrance qui doit être faite en vertu de contrats translatifs de propriété est plus spécialement appelée *tradition*. Les dispositions des art. 1604 et suiv., quoique placées sous le titre *De la vente*, s'étendent à toute espèce de tradition en général; mais elles ne doivent pas être appliquées indistinctement à la délivrance à faire par suite de conventions qui ne confèrent que des droits personnels. Cpr. § 299, texte et note 11.

² Il n'est pas exact de dire que l'obligation de délivrer un immeuble soit remplie par la seule remise *des titres ou des clefs*. Si le vendeur, après avoir fait cette remise, se maintient en possession de l'immeuble, il ne peut être considéré comme ayant effectué la délivrance. L'art. 1605 est donc, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Cpr. aussi note 48, *infra*.

³ L'art. 1605 n'exige pas la remise des titres et des clefs, comme un acte symbolique destiné à tenir lieu de délivrance, mais comme un complément indispensable de la délivrance, sans lequel la chose ne se trouverait pas pleinement en la puissance de l'acheteur.

⁴ Cpr. Lyon, 9 avril 1854, Sir., 53, 2, 4.

⁵ L'énumération que renferme l'art. 1606 ne saurait être considérée comme limi-

trouvent, ou exposées dans un lieu public, ou en cours de voyage, la délivrance peut également s'en faire par le transfert de l'acte de dépôt ou du connaissement ⁶.

La délivrance, soit d'immeubles, soit de choses mobilières, s'opère même par le seul consentement des parties :

1° Lorsque les choses vendues se trouvent déjà en la possession de l'acheteur, à un autre titre, par exemple, à titre d'usufruit, de bail, de commodat. C'est ce que l'on appelle vulgairement une tradition *brevi manu*.

2° Lorsque le vendeur, en se réservant la jouissance des choses vendues, par exemple, à titre d'usufruit ou de bail, s'en constitue détenteur pour le compte de l'acheteur, et convertit ainsi en possession précaire sa possession à titre de propriétaire. Cette clause s'appelle *constitut possessoire* ⁷.

3° La délivrance de choses mobilières, en particulier, s'opère encore par le seul consentement des parties, lorsque l'enlèvement ou le transport ne peut en être fait au moment de la vente ⁸. Art. 1606.

De quelque manière qu'ait eu lieu la délivrance d'un immeuble, elle confère à l'acheteur une possession susceptible de produire tous les effets indiqués au § 186. Mais la délivrance d'une chose mobilière ne transmet à l'acheteur une possession *réelle*, dans le sens de l'art. 1141, qu'autant qu'elle a eu lieu par l'un des modes énumérés en l'art. 1606, ou par des actes analogues ⁹.

tative: il est impossible, en raison de la variété des circonstances qui peuvent se présenter, d'indiquer tous les actes au moyen desquels la tradition est susceptible de se consommer. Duvergier, I, 249. Troplong, I, 282 et 283. Duranton, XVI, 96. Civ. rej., 15 janvier 1828, Dalloz, 1828, 4, 90. Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137.

⁶ Troplong, *Du nantissement*, nos 308, 324 et suiv.

⁷ C'est bien à tort que la plupart des commentateurs du Droit romain voient dans la tradition *brevi manu* et dans le *constitut possessoire* des espèces de traditions feintes. Cpr. Savigny, *De la possession*, §§ 44 à 47; Ducaurroy, *Institutes expliquées*, I, 403; Troplong, I, 267 et suiv.

⁸ Il faut, pour l'application de cette règle, qu'il y ait, au moment de la vente, impossibilité objective ou absolue de déplacer les choses vendues, comme cela a lieu, par exemple, dans la vente de récoltes sur pied. Une impossibilité simplement relative, par exemple, celle qui se rencontre dans les ventes de choses déposées en un lieu éloigné de celui où le marché est conclu, ne suffit pas pour faire considérer la délivrance comme consommée par le seul consentement des parties. Voy. cep. Toullier, VII, 40.

⁹ MM. Duranton (XVI, 191), Troplong (I, 281) et Duvergier (I, 253), enseignent même que la délivrance opérée par le seul consentement des parties, dans

En fait de meubles, le constitut possessoire n'investit pas l'acheteur de la possession des choses vendues, à l'égard d'un second acquéreur de bonne foi¹⁰. Ce dernier sera préféré, s'il a été mis en possession réelle.

Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, à moins qu'il n'y ait eu, pour les uns ou pour les autres, stipulation contraire¹¹. Art. 1608.

La délivrance doit se faire au lieu convenu entre les parties, et, lorsque la convention est muette à cet égard, au lieu où la chose vendue se trouvait à l'époque de la vente. Art. 1609. Cpr. art. 1247.

La délivrance doit avoir lieu dans le délai fixé par la convention. Toutefois, le vendeur peut se dispenser de livrer la chose vendue, aussi longtemps que l'acheteur n'a pas payé la totalité du prix, à moins que ce prix n'ait été stipulé payable à terme¹²; et, dans ce cas même, le vendeur ne serait plus tenu à la délivrance, si, depuis la vente, l'acheteur était tombé en déconfiture ou en faillite, ou qu'il eût diminué par son fait les sûretés qu'il avait données. Art. 1612 et 1613 cbn. 1188.

Lorsque le vendeur laisse écouler le délai fixé par la convention sans effectuer la délivrance, l'acheteur peut, après l'avoir constitué en demeure, demander, à son choix, et avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, sa mise en possession ou la résolution du contrat¹³. Art. 1610 et 1611. Cpr. art. 1184. Cependant, si le vendeur a été empêché, par un cas fortuit ou de force ma-

le cas où le transport de la chose vendue ne peut se faire au moment de la vente, ne confère jamais à l'acheteur une possession réelle. Cette opinion, qui ne tient pas compte de la distinction établie à la note précédente, nous paraît trop absolue.

¹⁰ A l'égard des créanciers ordinaires du vendeur, l'acheteur est saisi de la propriété des meubles vendus par le seul effet de la vente, et indépendamment de toute clause de constitut. Cpr. § 349, texte et note 31. Toutefois, les ventes de meubles faites, soit avec, soit sans clause de constitut, sont souvent annulées dans l'intérêt des créanciers, à raison des présomptions de fraude ou de collusion qui s'y attachent. Cpr. Toullier, VII, 41.

¹¹ C'est donc au vendeur à supporter les frais de mesurage et de pesage, et à l'acheteur ceux d'emballage, de chargement, de transport, et les droits de circulation. Cpr. Delvincourt, sur l'art. 1606; Troplong, I, 289.

¹² Le délai de grâce ne produit pas à cet égard les mêmes effets que le terme de droit; le vendeur pourrait, pendant le délai de grâce, se dispenser de livrer la chose. Duvergier, I, 271.

¹³ Civ. cass., 28 novembre 1843, Sir., 44, 1, 79.

jeure, d'effectuer la délivrance dans le temps convenu, ce retard ne peut, en général, motiver contre lui, ni la résolution de la vente, ni même une demande en dommages-intérêts ¹⁴.

Le jugement qui ordonne la mise en possession de l'acheteur équivaut à délivrance, non-seulement à l'égard du vendeur, mais encore à l'égard des tiers. En cas de refus du vendeur de satisfaire à ce jugement, l'acheteur peut le faire mettre à exécution *manu militari* ¹⁵.

Le vendeur ne peut changer l'état de la chose vendue ¹⁶. Il doit, jusqu'à la délivrance, apporter à sa conservation tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1436.

Il est tenu de délivrer, avec la chose vendue, tous les accessoires qui en dépendent ¹⁷, tels que les clefs des bâtiments, les titres de propriété ¹⁸, les accroissements que cette chose a reçus depuis la vente, et les fruits qu'il en a retirés depuis le moment fixé pour la délivrance. Art. 1614 et 1615.

Enfin, il doit délivrer la mesure indiquée au contrat, à moins qu'il n'ait été dispensé de cette obligation, ou qu'il ne soit constant que la chose a été vendue sans aucun égard à la mesure, malgré l'indication qui en a été donnée ¹⁹. Art. 1616.

L'obligation de fournir la mesure convenue est réglée d'une manière spéciale, pour les ventes d'immeubles, dans les hypothèses suivantes ²⁰ :

¹⁴ Troplong, I, 294. Duvergier, I, 265. Civ. rej., 8 octobre 1807, Sir., 8, 4, 95. Cpr. Bordeaux, 8 août 1829, Sir., 29, 2, 282 ; Civ. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 345.

¹⁵ L'art. 1442 n'est pas applicable à l'obligation de délivrer une chose déterminée dans son individualité. Cpr. § 299. Duranton, X, 393 et 395. Troplong, I, 293. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 451.

¹⁶ C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1614, qui, pris à la lettre, serait en opposition avec l'art. 1438. Cpr. art. 1624, 1436 et 1437.

¹⁷ Cpr. sur les accessoires de choses vendues : Pothier, *Introduction générale à la coutume d'Orléans*, nos 47 et 48 ; Troplong, I, 723 ; Duvergier, I, 275 ; Merlin, *Rép.*, v° Accessoires et v° Achat, n° 45 ; Bordeaux, 24 juillet 1826, Sir., 27, 2, 7 ; Req. rej., 18 juillet 1826, Sir., 27, 1, 145 ; Toulouse, 1^{er} juin 1827, Sir., 27, 2, 205 ; Bordeaux, 23 janvier 1828, Sir., 28, 2, 403. Civ. cass., 12 avril 1843, Sir., 43, 1, 281.

¹⁸ L'art. 1605 est encore, sous ce rapport (cpr. note 2 *supra*), rédigé d'une manière inexacte. On doit, malgré les termes alternatifs dans lesquels il est conçu, reconnaître à l'acheteur d'un bâtiment le droit de réclamer tout à la fois les clefs de ce bâtiment et les actes qui en constatent la propriété.

¹⁹ Duvergier, I, 281.

²⁰ La loi ne s'occupe, ni des ventes, faites à tant la mesure, d'un certain

1° Ventes, à raison de tant la mesure, d'un immeuble déterminé, dont la contenance et le prix total sont indiqués au contrat. Art. 1617.

Dans une vente de cette nature, tout déficit ou tout excédant de contenance, quelque peu considérable qu'il soit, donne lieu à une diminution ou à une augmentation proportionnelle de prix.

2° Ventes d'un immeuble déterminé ou d'un corps de biens, avec indication de la contenance, moyennant un prix total fixé par le contrat, mais non à raison de tant la mesure. Art. 1619²¹.

Les ventes de ce genre ne donnent lieu à une diminution ou à une augmentation de prix, que dans le cas où la différence de la contenance réelle à celle qui est indiquée au contrat produit, eu égard au prix total de l'immeuble ou des immeubles vendus, une différence de valeur d'un vingtième au moins.

Cette différence de valeur existe, ou doit être considérée comme existante, par cela seul qu'il y a une différence de contenance d'un vingtième, lorsque toutes les parties du fonds vendu sont de même qualité, ou que ces parties étant de nature diverse, la contenance de chacune d'elles n'a pas été indiquée séparément²². Mais, si la contenance de chacune des parties du fonds a été déclarée spécialement, et que ces parties soient d'ailleurs de qualité diverse, la différence de valeur ne suit plus la proportion de la différence de contenance²³.

nombre de mesures à prendre dans un champ, ni de celles d'immeubles déterminés, vendus également à tant la mesure, mais sans indication de la contenance et du prix total. Le prix, dans ces deux hypothèses, ne devant être fixé que par le mesurage, et eu égard au nombre de mesures, il ne peut être question ni d'augmentation ni de diminution de prix.

²¹ Les termes de l'art. 1619 : *soit qu'elle commence par la mesure ou par la désignation de l'objet vendu suivi de la mesure (a corpore vel a mensura)*, ont pour objet de proscrire une distinction admise dans l'ancien Droit, et à laquelle se rattachait une controverse que le Code a voulu faire cesser. Maleville, sur l'art. 1619. Troplong, I, 338. Cpr. L. 42, *D. de act. empt. vend.* (19, 1) ; L. 45, *D. de evict.* (21, 2).

²² Duvergier, I, 292 et 293.

²³ Ainsi, par exemple, en supposant qu'une vente ait pour objet un corps de biens dont la contenance déclarée soit, en terres labourables de quarante hectares, et en vignes de dix hectares, ensemble de cinquante hectares, et qu'il manque deux hectares de vignes, la différence de contenance ne sera que d'un vingt-cinquième ; mais, malgré cela, il y aura lieu à diminution du prix, si la valeur des deux hectares de vignes manquants dépasse le vingtième de ce prix. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 56 à 58, nos 34 à 36). Duranton, XVI, 231. Troplong, I, 343. Duvergier, *loc. cit.*

Lorsque plusieurs fonds ont été vendus, par un seul et même contrat, pour un prix unique, avec désignation de la contenance de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance dans l'un et plus dans l'autre, on fait compensation entre la valeur de l'excédant et celle du déficit de contenance; de telle sorte qu'il n'y a lieu à supplément ou à diminution de prix, qu'autant qu'il resté, après cette compensation, une différence de valeur d'un vingtième au moins. Art. 1623.

Lorsqu'il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acheteur a l'option, ou de payer le supplément de prix avec les intérêts depuis le jour de sa mise en jouissance, ou de se désister de la vente²⁴. Il ne jouit, toutefois, de cette option; dans l'hypothèse prévue par l'art. 1617, qu'autant que l'excédant est au-dessus du vingtième de la contenance déclarée. Si l'excédant était au-dessous du vingtième, il serait tenu de payer le supplément du prix. Art. 1618 et 1620.

Au contraire, en cas de déficit de contenance, l'acquéreur ne jouit pas de la faculté de se désister du contrat, et n'a, quelle que soit l'importance de ce déficit, que le droit de demander une diminution de prix²⁵. Toutefois, l'acquéreur serait autorisé à provoquer la résolution de la vente, si l'immeuble avait été acheté pour une certaine destination, connue du vendeur, à laquelle le défaut de contenance le rendrait impropre²⁶.

L'acheteur qui use de la faculté de se désister du contrat peut, dans tous les cas, exiger, outre la restitution du prix, celle des frais du contrat, et même des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1621 et arg. de cet article.

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux ventes forcées comme aux ventes volontaires²⁷.

²⁴ Mais il ne pourrait exiger le retranchement de l'excédant. Troplong, I, 336. Duvergier, I, 296.

²⁵ *Discours du tribun Grenier au Corps législatif* (Locré, *Lég. XIV*, p. 245, n° 21).

²⁶ Arg. art. 1636. Autre chose est la faculté de se désister du contrat, faculté qui est entièrement abandonnée à la volonté de l'acheteur; autre chose le droit de demander la résolution, dont l'exercice reste subordonné à l'appréciation du juge. On ne peut donc refuser ce droit à l'acheteur par le seul motif qu'il ne jouit pas de la faculté de se désister. Ce serait conclure du plus au moins, ce qui est inadmissible, quand il s'agit d'une proposition négative. Delvincourt, III, p. 138. Duranton, XVI, 223. Duvergier, I, 286. Voy. en sens contraire: Troplong, I, 330.

²⁷ Arg. art. 1684. Duvergier, I, 300. Besançon, 4 mars 1813, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 800. Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 25. Toulouse, 14 juin 1845, Sir., 47, 2, 477. Nîmes, 31 mars 1852, Sir., 52, 2 339. Cpr. Liège, 20 février

Elles peuvent être modifiées ou neutralisées par des stipulations contraires.

La simple clause de *non-garantie de contenance*, stipulée dans une vente faite, avec indication de la contenance, et à raison de tant la mesure, conformément à l'art. 1617, n'empêcherait pas que le prix ne dût suivre exactement la proportion de la mesure. Mais elle pourrait, selon les circonstances, être envisagée comme ayant eu pour objet de refuser à l'acheteur la faculté qui lui est accordée par l'art. 1618, de se désister du contrat en cas d'excédant d'un vingtième. Les tribunaux pourraient, par interprétation de la volonté des parties, attribuer le même effet à la formule *ou environ*, ajoutée dans une vente de cette nature à l'indication de la contenance ²⁸.

La clause de *non-garantie de contenance*, stipulée à l'occasion d'une vente du genre de celles dont s'occupe l'art. 1619, doit être considérée comme emportant dérogation à cet article, en ce sens que toute différence de contenance, fût-elle de plus d'un vingtième, ne donne lieu ni à augmentation ni à diminution de prix ²⁹. Il n'en est pas de même, du moins en général, et sauf interprétation de l'intention des parties, de la formule *ou environ*, ajoutée, dans une pareille vente, à l'indication de la contenance ³⁰.

L'action en supplément et celle en diminution du prix, ouvertes par les art. 1617 et 1619, doivent, à peine de déchéance, être intentées dans l'année à compter du jour du contrat ³¹. Art. 1622. Il importe peu, à cet égard, que les parties soient restées, pour leurs obligations respectives à raison de la contenance,

1812, Sir., 13, 2, 37; Req. rej., 18 novembre 1828, Sir., 29, 1, 419. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 345, note 2; Agen, 22 mars 1811, Dalloz, *ubi supra*.

²⁸ Duranton, XVI, 225. Duvergier, I, 299. Cpr. Civ. cass., 7 novembre 1853, Sir., 53, 1, 680.

²⁹ Troplong, I, 344. Duvergier, I, 305. Liège, 20 février 1812, Sir., 13, 2, 37. Req. rej., 18 novembre 1828, Sir., 29, 1, 419. Bourges, 31 août 1831, Dalloz, 1833, 2, 9. Voy. en sens contraire : Paris, 16 juin 1807, Sir., 7, 2, 4054.— Cpr. sur l'effet de la clause par laquelle les parties promettaient de se faire raison du plus ou moins de contenance : Troplong, I, 337; Duvergier, I, 299; Bordeaux, 7 mars 1810 et 19 mars 1811, Sir., 11, 2, 166, et 12, 2, 391.

³⁰ Pothier, n° 254. Troplong, I, 340. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 229.

³¹ Si les parties avaient fixé un jour pour le mesurage, le délai d'un an ne commencerait à courir qu'à partir de ce jour. Duranton, XVI, 238. Duvergier, I, 301.

dans les termes de ces articles, ou qu'elles aient modifié, par des conventions spéciales, les dispositions de la loi ³².

Le délai d'un an fixé par l'art. 1622 court contre les mineurs, les interdits et les femmes mariées ³³.

La prescription exceptionnelle établie par l'article précité est étrangère à la demande en délivrance d'une portion déterminée de l'immeuble, que l'acheteur prétendrait avoir été comprise dans la vente, et réciproquement, à l'action en restitution d'une certaine partie de l'immeuble, que le vendeur prétendrait n'y avoir pas été comprise ³⁴.

Elle ne concerne pas davantage l'hypothèse où la vente ayant eu lieu à tant la mesure, avec indication provisoire d'un prix approximatif, dont la fixation définitive a été subordonnée à un mesurage, l'une des parties provoquerait cette opération ³⁵.

Enfin, la disposition de l'art. 1622 ne doit pas être étendue aux ventes mobilières ³⁶.

§ 355.

(b) *De l'obligation de garantir la paisible possession.*

L'obligation de garantir la paisible possession de la chose vendue emporte, en premier lieu, pour le vendeur et ses héritiers, celle de s'abstenir de tout acte ou réclamation qui tendrait à inquiéter l'acheteur, ou à le priver de partie des avantages sur lesquels il pouvait compter, d'après la destination de cette chose et l'état dans lequel elle se trouvait au moment de la vente. C'est

³² Les stipulations particulières qui étendent ou restreignent la limite à partir de laquelle la loi accorde l'action en supplément ou en diminution de prix ne changent pas le caractère de cette action : elles ne doivent, par conséquent, pas influencer sur sa durée. Troplong, I, 350. Duvergier, I, 303. Vazelle, *De la prescription*, II, 728. Colmar, 29 mai 1817, Sir., 18, 2, 434. Agen, 7 juillet 1832, Sir., 32, 434. Req. rej., 22 juillet 1834, Sir., 34, 1, 500. Civ. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 1, 600. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 444 ; Bordeaux, 49 mars 1844, Sir. 44, 2, 466 ; Montpellier, 5 juillet 1827, Sir., 28, 2, 210.

³³ Duranton, XVI, 237. Troplong, I, 349.

³⁴ Les demandes de cette nature diffèrent essentiellement des actions en supplément ou en diminution de prix. Troplong, I, 353. Req. rej., 3 août 1831, Sir., 32, 1, 554. Civ. Rej., 30 août 1837, Sir., 37, 1, 972. Grenoble, 41 décembre 1837, Sir., 39, 2, 91. Cpr. Rennes, 28 juillet 1844, Sir., 43, 2, 98.

³⁵ Req. rej., 31 mai 1853, Sir., 53, 1, 693.

³⁶ Duranton, XVI, 244. Troplong, I, 352. Duvergier, I, 304. Req. rej., 25 février 1812, Sir., 15, 1, 180. Req. rej., 24 mai 1815, Sir., 15, 1, 335.

ainsi que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, ouvrir dans le voisinage un établissement de même nature ¹. C'est encore ainsi que le vendeur d'un moulin ne peut, dans son intérêt privé, par exemple, comme propriétaire de prairies riveraines, provoquer des mesures administratives tendant à faire réduire, au détriment de l'acheteur, la hauteur d'eau dont il jouissait lui-même de fait, au moment de la vente ². C'est ainsi, enfin, que le véritable propriétaire de la chose vendue ne peut plus, lorsqu'il a accepté purement et simplement la succession du vendeur dont il se trouve être l'héritier, exercer l'action en revendication de cette chose ³.

L'obligation de garantie impose, en second lieu, au vendeur celle de prendre la défense (*le fait et cause*) de l'acheteur, lorsque celui-ci est troublé par un tiers qui s'oppose, soit à son entrée en jouissance, soit à l'exercice d'une servitude active comprise dans la vente, ou qui forme, au sujet de la chose vendue, quelque réclamation judiciaire fondée sur une cause antérieure à la vente. C'est en vertu de cette obligation que le vendeur, lors même qu'il parvient à faire cesser le trouble, n'en reste pas moins garant envers l'acheteur des frais du procès qu'il a eu à soutenir, sauf à les récupérer contre l'auteur de ce trouble ⁴.

Enfin, la garantie due par le vendeur le soumet, lorsqu'il n'a pas réussi à faire cesser le trouble, et que l'acheteur se trouve

¹ Paris, 19 novembre 1824, Sir., 26, 2, 144. Grenoble, 10 mars 1836, Sir., 38, 2, 35. Lyon, 28 août 1843, Sir., 43, 2, 540.—Il en est autrement en cas de vente d'une usine. Civ. cass., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 678. La raison de cette différence est que la vente d'une usine ne comprend de sa nature que les bâtiments et les objets matériels nécessaires à son exploitation, tandis que la vente d'un fonds de commerce comprend l'achalandage, qui en forme un des principaux éléments.

² Civ. cass., 8 janvier 1854, Sir., 54, 1, 106.

³ Tel est le sens de la règle : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*; qui doit garantir ne peut évincer. Cpr. Civ. cass., 24 janvier 1826, Sir., 26, 1, 387; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 565; Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 568; Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 40, 1, 569; Req. rej., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 849.

⁴ Duvergier, I, 386. Angers, 18 août 1826, Sir., 27, 2, 33. Req. rej., 3 janvier 1833, Sir., 33, 1, 92. Grenoble, 3 janvier 1845, Sir., 45, 2, 344. Voy. en sens contraire : Grenoble, 30 novembre 1824, Sir., 25, 2, 383. Mais le vendeur ne pourrait, en pareil cas, être déclaré garant des dommages-intérêts adjugés à l'acheteur contre l'auteur du trouble. Req. rej., 25 juin 1822, Sir., 22, 1, 448.

évincé, à l'obligation de restituer à ce dernier le prix de vente et de l'indemniser du préjudice que lui cause l'éviction.

L'obligation de garantie, qui s'applique à la paisible possession de la totalité et de chacune des parties de la chose vendue, est en elle-même et de sa nature indivisible, soit qu'elle se présente sous la forme d'une obligation positive de prendre la défense de l'acheteur⁵, ou sous la forme d'une obligation négative de ne pas le troubler⁶. Mais l'obligation de garantie est divisible, en tant que, par suite d'éviction, elle a pour objet la restitution du prix et le paiement de dommages-intérêts. De ces deux propositions découlent les conséquences suivantes :

L'acheteur, troublé par un tiers, peut se borner à exercer son recours en garantie contre un seul des héritiers du vendeur, et cet héritier est tenu de le défendre pour le tout, sauf à appeler en

⁵ Cette obligation porte évidemment sur un fait indivisible, puisqu'on ne comprendrait pas une défense partielle, c'est-à-dire pour une partie aliquote des moyens à faire valoir à l'appui de la défense. La divisibilité de la chose à la paisible possession de laquelle s'applique la garantie ne peut rendre divisible le fait qui forme sous ce rapport l'objet de l'obligation de garantie, pas plus que la divisibilité, tout au moins intellectuelle, d'une maison, ne rend divisible l'obligation de ceux qui se sont engagés à la construire. Aussi les auteurs anciens et modernes sont-ils d'accord sur ce premier point. Dumoulin, *Extrictio labyrinthi dividui et individui*, part. II, nos 496 et suiv. Pothier, nos 104 à 107. Delvincourt, III, part. II, p. 144. Troplong, I, 433, 434 et 438. Duvergier, I, 355. Cpr. Req. rej., 11 août 1830, Sir., 30, 1, 395. M. Troplong critique assez vivement cet arrêt, comme ayant implicitement décidé que l'obligation de garantie est divisible, en tant que l'exécution s'en poursuit par voie d'action. Mais nous croyons que cette critique n'est pas fondée, et que M. Troplong prête aux considérants de l'arrêt un sens qu'ils n'ont pas. A notre avis, la Cour de cassation ne s'est pas attachée à déterminer le caractère de l'obligation de garantie envisagée en elle-même; elle s'est bornée à mettre en parallèle les conséquences de cette obligation, suivant qu'il s'agit d'une action ou d'une exception de garantie; et tout en admettant, comme le fait M. Troplong lui-même, que les condamnations à prononcer en cas d'éviction, par suite d'une action en garantie, sont divisibles, elle a décidé que l'exception est indivisible, non-seulement en elle-même, mais encore dans ses résultats, en ce sens qu'elle engendre une fin de non-recevoir pour le tout.

⁶ Il est vrai que les obligations de ne pas faire ne sauraient être considérées comme étant toutes, et de leur nature, indivisibles. Mais il en est incontestablement ainsi lorsque le fait dont l'une des parties doit s'abstenir n'est pas susceptible de division. Or, tel est celui de ne pas troubler l'acheteur: quelque minime, en effet, que soit la portion de l'objet dans laquelle il se trouve inquiété, il n'en est pas moins troublé dans sa paisible possession, qui, envisagée en elle-même, est indivisible, bien que l'objet auquel elle s'applique soit susceptible de division. Cpr. note 9, *infra*.

cause ses cohéritiers⁷. Art. 1225. Mais, si l'héritier assigné seul ne parvient pas à faire cesser le trouble, il ne peut être condamné que pour sa part héréditaire à la restitution du prix et aux dommages-intérêts de l'acheteur évincé⁸.

L'acheteur troublé par l'un des héritiers du vendeur, qui exercerait, de son propre chef, une action en revendication ou toute autre action réelle relative à la chose vendue, peut opposer à ce dernier l'exception de garantie pour le tout, et, par suite, le faire déclarer non recevable dans sa demande⁹.

⁷ Cet appel en cause n'est pas nécessaire pour faire diviser, en cas d'éviction, la condamnation à la restitution du prix et aux dommages-intérêts de l'acheteur évincé. Cette division, ainsi que nous le verrons, a lieu de plein droit. Mais l'héritier assigné seul a intérêt à mettre en cause ses cohéritiers pour demander qu'ils lui fournissent les moyens de défense qui ne seraient point en sa possession, et pour éviter de supporter seul les dépens. Pothier et Duvergier, *loc. cit.* Troplong, I, 438 et 439.

⁸ Pothier, Duvergier et Troplong, *loc. cit.* Il faudrait décider le contraire, si ces condamnations étaient à considérer comme la conversion en dommages-intérêts de l'obligation de défendre. Dans cette supposition, l'héritier assigné seul, qui aurait négligé de mettre en cause ses cohéritiers, devrait être condamné pour le tout à la restitution du prix et aux dommages-intérêts. Art. 1225. Cpr. § 304, texte et note 19. Mais cette supposition ne serait pas exacte. L'obligation d'indemniser l'acheteur après éviction est distincte de celle de prendre sa défense. Cette dernière suppose un simple trouble non encore suivi d'éviction : la première, au contraire, est une sorte de *condictio sine causa* qui naît du fait de l'éviction consommée. Ce qui le prouve, c'est que, même au cas de stipulation de non-garantie, le vendeur ou ses héritiers n'en sont pas moins, en général, tenus à la restitution du prix. Art. 1629. Or, cette obligation est essentiellement divisible.

⁹ Cette proposition est une conséquence des développements donnés à la note 6, *supra*. Du moment où l'on admet que l'obligation de ne pas troubler l'acheteur est une obligation indivisible, il en résulte nécessairement que l'un des héritiers du vendeur ne peut, même déduction faite d'une part correspondante à sa portion héréditaire, exercer contre l'acheteur l'action réelle qui lui appartient de son propre chef. Cet héritier ne pourrait dire que, par cela même qu'il abandonne ses droits dans la proportion de sa part héréditaire, il satisfait à son obligation de ne pas troubler. Il est en effet certain que, malgré cet abandon, l'acheteur n'en serait pas moins inquieté dans sa paisible possession. Or, si le juge est, aux termes de l'art. 1143, autorisé à ordonner la destruction de ce qui a été fait en contravention à une obligation de ne pas faire, à plus forte raison peut-il, afin de faire respecter l'obligation de ne pas troubler, imposée à l'héritier du vendeur, le déclarer non recevable dans sa demande. Pour compléter cette démonstration, nous ajouterons que l'admission de la demande aurait pour effet de transformer en copropriété le droit exclusif de propriété de l'acheteur, et l'exposerait ainsi à la nécessité d'un partage, ou même d'une licitation par suite de laquelle il pourrait être complètement dépossédé. Nous terminerons en faisant remarquer

Il convient, pour déterminer l'étendue de l'obligation de garantie, de distinguer l'hypothèse d'une éviction totale, ou d'une éviction partielle résultant de ce que l'acquéreur est dépouillé, soit d'une partie matériellement déterminée, soit d'une portion aliquote de la chose vendue, et l'hypothèse d'une éviction partielle résultant de ce que l'acquéreur est privé de la jouissance de servitudes actives comprises dans la vente, ou se trouve obligé de supporter des charges non déclarées.

1° *De la garantie due à raison, soit d'une éviction totale, soit de l'éviction d'une partie matériellement déterminée ou d'une portion aliquote de la chose vendue.*

L'éviction dont il est ici question est le délaissement de tout ou partie de la chose vendue, ordonné en justice contre l'acheteur, en vertu d'un droit de propriété ou d'un droit d'hypothèque exercé par un tiers.

Il faut assimiler à l'éviction : *a.* le cas où l'acheteur, pour éviter un procès, a volontairement abandonné la chose vendue, au délaissement de laquelle il aurait pu être contraint judiciairement¹⁰; *b.* celui où l'acheteur succombe sur l'action en déguerpissement qu'il a formée contre le tiers détenteur de la chose vendue; *c.* celui où, pour conserver cette chose, il est obligé de payer la créance d'un tiers à laquelle elle était affectée (art. 2178); *d.* enfin, le cas où l'acheteur, ayant acquis *a non domino*, succède plus tard, à quelque titre que ce soit, au légitime propriétaire,

que l'opinion émise au texte devrait être suivie, dans le cas même où l'on ne considérerait l'obligation de ne pas troubler que comme indivisible *solutione tantum*, puisque l'héritier auquel on oppose l'exception de garantie se trouve seul, comme investi du droit réel sur lequel son action est fondée, en position de contrevenir à cette obligation ou de l'accomplir. Arg. art. 1224, al. 5. C'est à ce point de vue que la Cour de cassation paraît s'être placée, dans son arrêt ci-après cité du 11 août 1830. Delvincourt, III, part. II, p. 144. Duvergier, I, 355. Req. rej., 19 février 1812, Sir., 41, 4, 188. Civ. rej., 5 janvier 1815, Sir., 45, 4, 234. Req. rej., 11 août 1830, Sir., 30, 4, 395. Bordeaux, 8 décembre 1834, Sir., 32, 2, 265. Rouen, 25 avril et 22 mai 1839, Sir., 39, 2, 453. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 40, 4, 569. Voy. en sens contraire : Dumoulin, *op. et locc. citt.*; Pothier, n° 575; Duranton, XI, 265, XIV, 325, XVI, 255; Troplong, I, 457.

¹⁰ Arg. art. 2178. Mais la prudence exige, en général, que l'acheteur se laisse assigner en déguerpissement et dénonce l'assignation à son vendeur. En prenant sur lui de délaisser volontairement la chose vendue, il s'expose à voir contester par le vendeur la légitimité de la réclamation à laquelle il a déféré. Cpr. art. 1640. Pothier, n° 96. Duvergier, I, 312.

et conserve, en vertu de son nouveau titre, la chose dont il aurait pu être dépossédé ¹¹. Mais une simple dépossession par voie de fait ne constitue pas une éviction (*hoc sensu*). Cpr. art. 1725.

L'éviction ne donne ouverture au recours en garantie, qu'autant qu'elle a lieu en vertu d'un droit remontant à une époque antérieure à la vente. Cependant, lorsque l'éviction procède d'un fait personnel au vendeur, et notamment, lorsqu'elle est le résultat de l'exercice d'un droit qu'il a lui-même concédé, elle donne lieu à garantie, quoique la cause en soit postérieure à la vente ¹².

On doit considérer comme procédant d'une cause antérieure à la vente l'éviction résultant d'une surenchère faite conformément à l'art. 2185 ¹³. Au contraire, l'éviction que souffre l'acheteur par suite d'une prescription accomplie seulement depuis la vente est à regarder comme fondée sur une cause postérieure à la vente; bien que le point de départ de la prescription y soit antérieur ¹⁴. Si cette dernière cependant s'était accomplie à une époque tellement rapprochée de la vente, que l'acheteur n'eût pas eu le temps moral nécessaire pour l'interrompre, le recours en garantie pourrait être exceptionnellement admis ¹⁵. La dépossession résultant du *fait du prince*, c'est-à-dire d'un acte du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, ne peut pas non plus, du moins en général, être envisagée comme une éviction procédant d'une cause antérieure à la vente ¹⁶. Il en serait toutefois autrement, si l'acte qui prononce ou entraîne la dépossession était fondé sur un droit préexistant ou sur une prohibition antérieure qu'il appartenait au souverain de déclarer ou de faire respecter ¹⁷.

¹¹ Pothier, nos 85, 86, 97. Duranton, XVI, 249. Duvergier, I, 311, 312 et 313. Voy. aussi art. 2191.

¹² Le vendeur aurait, en effet, enfreint l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à troubler l'acheteur. Cpr. texte et notes 1 à 3 *supra*. Pothier, n° 92. Troplong, I, 422.

¹³ Art. 2191. Merlin, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 15; et *Quest.*, v° Garantie, n° 10. Duranton, XVI, 260. Troplong, I, 426. Duvergier, I, 321. Civ. cass., 4 mai 1808, Sir., 8, 1, 358. Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 274. Toulouse, 27 août 1834, Sir., 35, 2, 325. Voy. en sens contraire : Paris 25 prairial an XII, Sir., 7, 2, 954; Metz, 31 mars 1824, Sir., 35, 2, 325, à la note.

¹⁴ Troplong, I, 425. Duvergier, I, 314. Bourges, 4 février 1823, Sir., 23, 2, 303. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 4 février 1831, Sir., 31, 2, 138. Cpr. aussi Pau, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 862.

¹⁵ Cpr. § 625, texte et note 22.

¹⁶ Civ. rej., 27 pluviôse an XI, Sir., 4, 1, 5. Bordeaux, 22 janvier 1826, Sir., 26, 2, 248.

¹⁷ C'est en s'attachant à la restriction indiquée au texte que la cour de cassation

La garantie a lieu dans les ventes sur expropriation forcée, aussi bien que dans les ventes volontaires¹⁸. Mais elle ne peut être exercée que contre la partie saisie, et non contre le créancier poursuivant¹⁹. Si cependant l'annulation de l'adjudication venait à être prononcée en raison d'un fait imputable à faute à ce dernier, l'adjudicataire serait autorisé à l'actionner en dommages-intérêts, en vertu de l'art. 1382²⁰. D'un autre côté, l'adjudicataire qui viendrait à être évincé par le véritable propriétaire, après avoir payé son prix aux créanciers, pourrait répéter, *condictione indebiti vel sine causa*, les sommes versées entre leurs mains²¹.

Il est indifférent, pour l'admission de la garantie, que l'acheteur soit lui-même évincé, ou que l'éviction atteigne un tiers auquel il

et la cour d'Orléans ont décidé qu'il y avait lieu à garantie dans l'affaire du baron de Boucheporn contre les héritiers de Fürstenstein. Le baron de Boucheporn avait acquis de M. de Fürstenstein le fief d'Immichenhain, que ce dernier avait reçu en dotation de Jérôme-Napoléon, roi de Westphalie. Il en fut dépossédé par une ordonnance de l'électeur de Hesse, qui, de retour dans ses États, révoqua, comme contraires aux lois du pays, toutes les dispositions de fiefs relevant de la maison électorale. Voy. Civ. cass., 18 août 1828, Sir., 28, 1, 328; Orléans, 5 juin 1829, et Req. rej., 14 avril 1830, Sir., 30, 1, 280.

¹⁸ MM. Delvincourt (III, part. II, p. 444) et Troplong (I, 432) refusent à l'adjudicataire tout recours, non-seulement contre le poursuivant, mais même contre le saisi, par le motif que, en matière d'expropriation forcée, il n'y a pas à vrai dire de vendeur. Ce motif, exact en ce qui concerne le poursuivant, qui n'est que le provocateur de la vente, ne l'est pas quant au saisi, dont le consentement est suppléé par l'intervention de la justice. D'ailleurs, le saisi qui laisse vendre sans protestation des immeubles dont il n'est pas propriétaire est par cela même en faute, et doit par suite, en ce qui concerne sa responsabilité vis-à-vis de l'adjudicataire, être assimilé à un véritable vendeur. Voy. les autorités citées à la note suivante.

¹⁹ Duranton, XVI, 265. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2323. Duvergier, I, 346. Req. rej., 16 décembre 1828, Sir., 29, 1, 24. Req. rej., 30 juillet 1834, Sir., 35, 1, 344. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 554. Pau, 20 août 1836, Sir., 37, 2, 278. Voy. en sens contraire : Caen, 7 décembre 1827, Sir., 29, 2, 224. Cpr. Toulouse, 24 janvier 1826, Sir., 26, 2, 136.

²⁰ Duvergier, I, 347. Dijon, 25 août 1827, Sir., 31, 2, 249. Cpr. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 554. Voy. aussi Angers, 12 juin 1816, Sir., 18, 2, 212.

²¹ Merlin, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 7, n° 2. Favard, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 2, n° 2. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2477, et Chauveau sur Carré, quest. 2409. Troplong, I, 432 et 498. Duvergier, I, 346. Persil, *Des ventes judiciaires*, n° 294. Lyon, 2 juillet 1825, Sir., 25, 2, 369. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 550. Lyon, 15 décembre 1844, Sir., 42, 2, 168. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, part. II, p. 444; Duranton, XIII, 686, et XVI, 266. Cpr. § 442, texte et note 12.

a transmis la chose vendue à titre onéreux, ou même à titre gratuit²². Ce tiers peut directement, et en son propre nom, exercer contre le vendeur primitif le recours en garantie auquel celui-ci se trouve soumis, dans le cas même où il n'aurait point été expressément subrogé aux droits de son auteur²³, et quoiqu'il ne jouisse personnellement d'aucun recours en garantie contre ce dernier²⁴.

L'obligation de garantie existe de plein droit, en vertu de la nature même du contrat de vente. Le vendeur est donc soumis à cette obligation, lors même qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher, ou qu'il a entièrement ignoré la cause de l'éviction. Art. 1626. Cpr. 1628 et 1635.

Le vendeur soumis à garantie pour cause d'éviction totale est tenu, en premier lieu, de restituer à l'acheteur le prix qu'il a reçu²⁵. Art. 1630, n° 1. Ce prix doit être remboursé en totalité, bien que, depuis la vente, la chose ait diminué de valeur, qu'elle ait subi des détériorations, ou qu'elle ait péri en partie, soit par cas fortuit, soit même par la négligence de l'acheteur²⁶. Art. 1631²⁷. Mais le vendeur est autorisé à retenir sur le prix : l'in-

²² Duranton, VIII, 532, et XVI, 276. Troplong, I, 429. Duvergier, I, 343. Voy. cep. Pothier, n° 98.

²³ Cette proposition est fondée sur ce que celui qui transmet la propriété d'une chose est censé transférer en même temps tous les droits réels et personnels qui lui compètent au sujet ou à l'occasion de cette chose. Cpr. art. 1122. Duranton, XVI, 275. Troplong, I, 437. Duvergier, I, 343. Bordeaux, 5 avril 1826, Sir., 27, 2, 6, Bordeaux, 4 février 1831, Sir., 31, 2, 438. Cpr. Paris, 1^{er} avril 1841, Dalloz, 1841, 2, 201.

²⁴ Duranton, XVI, 274. Civ. cass., 25 janvier 1820, Sir., 20, 1, 213. Cpr. § 705, texte et note 12.

²⁵ Cependant un acquéreur subséquent qui dirigerait, *omisso medio*, son action en garantie contre le vendeur primitif, ne pourrait répéter un prix supérieur à celui qu'il a payé, lors même qu'il agirait en vertu d'une subrogation expresse aux droits de son auteur, qui aurait acheté à un prix plus élevé. Troplong, I, 496. Duvergier, I, 371. Bourges, 5 avril 1821, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 882. Req. rej., 5 février 1845, Sir., 45, 1, 420. Cpr. cep. Pothier, n° 149.

²⁶ Duranton, XVI, 284. Troplong, 489 et suiv. Duvergier, I, 359.— Cette règle s'applique-t-elle aux ventes d'animaux ? M. Duvergier (I, 362) adopte la négative avec Dumoulin (*de eo quod interest*, nos 127, 128) et Pothier (n° 164). L'affirmative, professée par M. Troplong (*loc. cit.*), nous paraît préférable.

²⁷ Il faut se garder de confondre l'obligation de restituer le prix avec celle de réparer le dommage causé par l'éviction. Les rédacteurs du Code Napoléon ont, à cet égard, adopté l'opinion de Dumoulin (*op. cit.*, nos 68 et suiv.), et de Pothier (n° 69), qui considèrent la restitution du prix, non comme étant due à titre de

demnité qu'il peut avoir payée à l'acheteur, soit à raison de l'existence de servitudes passives non déclarées, soit pour défaut de contenance; la somme que l'acheteur aurait reçue du tiers qui l'a évincé, pour améliorations antérieures à la vente; enfin, le montant des bénéfices que l'acheteur peut avoir retirés des dégradations occasionnées par une jouissance abusive ou par une exploitation immodérée, lorsqu'il n'a pas été contraint d'en faire état au propriétaire ²⁸. Art. 1632.

Le vendeur soumis à garantie pour cause d'éviction totale est, en second lieu, tenu de réparer le dommage que l'éviction occasionne à l'acheteur. En vertu de cette obligation, il doit, lors même qu'il est de bonne foi, indemniser ce dernier :

a. Des frais et loyaux coûts du contrat. Art. 1630, n° 4.

b. Des fruits dont l'acheteur est lui-même obligé de faire état au propriétaire qui l'évince, lorsqu'il a payé son prix ou qu'il en a servi les intérêts ²⁹. Art. 1630, n° 2.

c. Du préjudice que l'éviction cause à l'acheteur, en le privant de l'augmentation de valeur que la chose peut avoir reçue depuis la vente ³⁰, soit par des événements indépendants du fait

dommages-intérêts, mais comme pouvant être réclamée en vertu d'une véritable *condictio sine causâ*. Cette opinion est conforme à la nature du contrat de vente. En effet, le vendeur qui ne satisfait pas à son obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue n'a aucun prétexte pour retenir une partie quelconque du prix : il doit, par conséquent, restituer en totalité la somme qu'il a reçue, lors même que le dommage réel causé à l'acheteur par l'éviction se trouve être inférieur à cette somme. Troplong, 4, 503. Duvergier, I, 358. Cpr. Colmar, 7 avril 1824, Sir., 24, 2, 239 ; Douai, 18 avril 1853, Sir., 54, 2, 44.

²⁸ Duranton, XVI, 285 et 286. Troplong, I, 494 et suiv. Duvergier, I, 360.

²⁹ On pourrait être porté, d'après la rédaction de l'art. 1630, à placer sur la même ligne que la restitution du prix les indemnités dues à l'acheteur à raison des frais du contrat et des fruits ; mais cette assimilation manquerait d'exactitude : le vendeur est tenu à la restitution du prix, quoiqu'il ne soit point passible de dommages-intérêts Cpr. note 27 *supra*. Ce n'est, au contraire, qu'à titre de dommages-intérêts, qu'il peut être tenu de payer les indemnités dont il s'agit ici, puisqu'il n'a pas profité des frais et des fruits à raison desquels elles sont dues. Il faut en conclure que l'acheteur ne peut réclamer de pareilles indemnités que lorsqu'il a droit à des dommages-intérêts.

³⁰ Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre le vendeur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Le vendeur, fût-il de bonne foi, doit indemniser complètement l'acheteur de la plus-value de la chose, quoique cette plus-value résulte de circonstances extraordinaires qu'il n'avait pu prévoir. Toullier, VI, 235. Duranton, XVI, 295. Troplong, I, 507.— M. Duvergier (I, 369), reproduisant la doctrine de Dumoulin (*op. cit.*, nos 57 et suiv.) et de Pothier (n° 433), enseigne que le ven-

de ce dernier, soit, à plus forte raison, par suite des réparations ou améliorations qu'il a faites, et pour lesquelles il ne recevrait du tiers qui l'évince aucune indemnité, ou n'obtiendrait qu'une indemnité incomplète³¹. Le montant des dommages-intérêts se détermine toujours par la mieux-value, c'est-à-dire, par la différence du prix de vente à la valeur de la chose au moment de l'éviction. Ainsi, lorsque l'augmentation de valeur résulte de réparations ou d'améliorations, le vendeur doit la totalité de la mieux-value, quoiqu'elle soit supérieure aux sommes déboursées par l'acheteur. Mais aussi, il ne doit que cette mieux-value, lors même qu'elle serait inférieure à ces sommes³². Art. 1633 et 1634. Quant au vendeur de mauvaise foi, qui connaissait, au moment de la vente, le danger de l'éviction, il doit, au choix de l'acheteur, soit le montant de la mieux-value de la chose, soit la restitution

deur de bonne foi ne doit, dans le cas d'une plus-value imprévue, que la plus forte somme à laquelle les parties ont pu s'attendre à voir s'élever les dommages-intérêts. Cette opinion, à l'appui de laquelle on peut invoquer la disposition de l'art. 1450, est contraire à la généralité des termes des art. 1633 et 1634, qui nous semblent avoir dérogé, pour le cas spécial dont ils s'occupent, à la règle posée par l'art. 1450. Cela nous paraît d'autant plus évident que la combinaison des art. 1633 et 1634 avec l'art. 1635 prouve que les rédacteurs du Code n'ont pas perdu de vue la différence de position qui existe entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi, et qu'ils ont réglé leurs obligations par des dispositions distinctes, chaque fois qu'ils ont pensé qu'elles ne devaient pas avoir la même étendue. D'ailleurs, l'application de l'art. 1450 se trouve écartée, en ce qui concerne le point spécial dont il est ici question, par l'art. 1639, qui ne renvoie au titre *Des obligations* que pour les cas non prévus au titre *De la vente*.

³¹ L'acheteur ne peut, à raison de ses impenses, avoir de dommages-intérêts à réclamer du vendeur, que dans le cas où, d'après les règles sur l'action en revendication, il n'aurait pas droit, sous ce rapport, à une complète indemnité de la part du tiers qui l'évince. Il en résulte que, pour les impenses nécessaires, qui doivent toujours être intégralement remboursées par ce dernier, l'acheteur n'a aucun recours en garantie à exercer contre le vendeur; et c'est pour ce motif que nous ne parlons point au texte de cette espèce d'impenses. Il en est autrement des impenses utiles; pour le cas du moins où, la mieux-value qui en est résultée se trouvant supérieure à la somme réellement déboursée, le demandeur en revendication userait du droit qui lui appartient de ne rembourser que le montant de cette somme; l'acheteur, dans ce cas, serait autorisé à exiger du vendeur la bonification de la différence.

³² L'éviction ne prive, en effet, l'acquéreur que de la mieux-value de la chose. La différence en moins entre cette mieux-value et le montant des déboursés qu'il a faits se trouvait déjà perdue pour lui au moment de l'éviction. Pothier, n° 136. Duranton, XVI, 297. Troplong, I, 509. Duvergier, I, 368. Voy. cep. Zachariæ, § 355, texte et note 12.

de toutes les sommes déboursées par ce dernier, quand même elles n'auraient eu pour objet que des dépenses voluptuaires ou de pur agrément. Art. 1635.

Du reste, que la garantie soit due dans toute son étendue, ou que le recours de l'acheteur ne porte que sur la restitution du prix, le vendeur est tenu des frais de la demande principale, ainsi que de ceux de la demande en garantie. Art. 1630, n° 3. Les tribunaux peuvent cependant, d'après les circonstances, laisser à la charge de l'acheteur les dépens faits sur la demande originaire, jusqu'au moment de l'appel en cause du vendeur³³. En tous cas, l'acheteur qui continue le procès, après que le vendeur a déclaré n'avoir pas de moyens suffisants pour lui faire adjuger ses conclusions, doit supporter tous les dépens faits depuis cette déclaration³⁴.

L'éviction partielle donne ouverture à garantie, quelque faible que soit la partie pour laquelle elle a lieu, et alors même que la proportion dans laquelle elle est subie n'autoriserait pas l'acheteur à former une demande en diminution de prix, si, au lieu d'avoir été évincé, il n'avait à se plaindre que d'un défaut de contenance³⁵.

En cas d'éviction partielle, l'acquéreur a le choix de demander une indemnité proportionnée à la perte qu'il a éprouvée, ou la résiliation de la vente, lorsque la partie dont il est évincé est d'une importance telle, qu'il est à présumer que l'achat n'eût pas eu lieu sans cette partie. Art. 1636. Dans l'hypothèse contraire, il n'a droit qu'à une indemnité. Cette indemnité se détermine d'après la valeur, à l'époque de l'éviction, de la partie dont l'acquéreur a été évincé, et non proportionnellement au prix total de la vente; peu importe que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur, et que l'éviction porte sur une partie ma-

³³ Arg. art. 2028, al. 2. Cpr. ord. de 1667, tit. VIII, art. 14. Pothier, n° 129. Merlin, *Rép.*, v° Dépens, n° 8. Carré, *Lois de la Procédure*, I, 783. Delvincourt, III, part. II, p. 148. Duranton, XVI, 292. Troplong, I, 500. Duvergier, I, 364. Req. rej., 8 novembre 1820, Sir., 24, 1. 402. Nîmes, 12 mars 1833, Sir., 33, 2, 553. Grenoble, 3 janvier 1845, Sir., 45, 2, 344. Besançon, 14 novembre 1844, Sir., 45, 2, 645. Cpr. civ. rej., 14 mars 1825, Sir., 26, 1. 171. Voy. aussi texte et note 4 *supra*.

³⁴ Pothier, n° 130. Duvergier, *loc. cit.*

³⁵ Civ. cass., 14 janvier 1851, Sir., 51, 1, 103. Voy., en sens contraire : Colmar, 19 avril 1837, Sir., 40, 1, 870.

tériellement déterminée, ou sur une portion indivise de cette chose ³⁶. Art. 1637 ³⁷.

Les règles ci-dessus posées pour la fixation des dommages-intérêts qui peuvent être dus à l'acheteur en cas d'éviction totale s'appliquent, par analogie, à l'hypothèse d'une éviction partielle.

Les parties peuvent, par des conventions spéciales, ajouter à l'obligation de garantie, soit en l'étendant à des causes d'éviction qu'elle n'embrasse point de sa nature, soit en attribuant plus d'étendue aux effets qu'elle produit d'après les règles générales qui viennent d'être développées ³⁸.

Les parties peuvent également restreindre l'obligation de garantie ou l'écarter entièrement ³⁸. Art. 1627.

L'obligation de garantie cesse, mais seulement quant aux dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a expressément renoncé à la garantie. Art. 1134 cbn. 1629. Cependant, cette renonciation laisse, en général, subsister, dans toute son étendue, l'obliga-

³⁶ *Lex non distinguit*. Duvergier, I, 374. MM. Delvincourt (III, p. 149) et Duranton (XVI, 300) enseignent que, si l'éviction est d'une portion indivise, il faut s'en tenir à l'art. 1630, en restreignant l'application de l'art. 1637 à l'éviction d'une partie matériellement déterminée de la chose vendue ; mais la généralité des termes de cet article résiste à toute distinction. Cpr. la note suivante.

³⁷ La disposition de cet article, qui s'écarte, en ce qui concerne l'éviction partielle, du principe adopté par l'art. 1630 pour le cas d'éviction totale, est l'objet d'une vive censure de la part de M. Troplong (I, 517), qui y voit une injustice contre l'acheteur dans l'hypothèse où la chose a diminué de valeur. Cette disposition se justifie, jusqu'à certain point, par la considération que l'éviction totale résolvant le contrat, oblige nécessairement le vendeur à restituer la totalité du prix qu'il a reçu, et qui désormais se trouverait sans cause dans ses mains. L'art. 1637 statuant, au contraire, sur une hypothèse où le contrat continue à subsister, on s'explique comment le législateur a pu être amené à restreindre à la perte réelle éprouvée par l'acheteur le montant de l'indemnité qui lui est due. Cpr. Duvergier, I, 374. Nous conviendrons toutefois qu'il eût été plus conséquent d'appliquer le principe adopté pour l'éviction totale à l'éviction partielle, et surtout à celle d'une quote-part indivise de la chose vendue.

³⁸ Il faut, pour étendre la garantie, des clauses spéciales et formelles. Une promesse vague et générale de garantir l'acquéreur *de tous troubles et empêchements quelconques*, promesse qui est d'ailleurs de style, laisserait les parties dans les termes de la loi, et ne soumettrait point le vendeur, par exemple, à la garantie des cas fortuits ou des faits du prince. Troplong, I, 465 et suiv. Civ. rej., 27 pluviôse an XI, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 877. Bordeaux, 23 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 183.—Une pareille clause devrait cependant recevoir son effet pour toutes les causes d'éviction déclarées au contrat. Troplong, I, 468. Cpr. civ. cass., 49 floréal an XII, Dalloz, *Jur. gén.*, v° *cit.*, p. 878.

tion de garantie à raison de l'éviction qui proviendrait d'un fait personnel au vendeur³⁹, soit postérieur, soit même antérieur à la vente, à moins que, dans ce dernier cas, la cause d'éviction n'ait été expressément déclarée. Art. 1628⁴⁰.

L'obligation de garantie cesse également, en ce qui concerne les dommages-intérêts, lorsque l'acheteur connaissait, au moment de la vente, le danger d'éviction⁴¹. Toutefois, le vendeur demeure, même dans ce cas, soumis à des dommages-intérêts, lorsque, connaissant lui-même les causes d'éviction, il s'est obligé à la garantie par une clause formelle⁴². Seulement, les tribunaux paraissent-ils, en pareil cas, autorisés à modérer les condamnations à prononcer au profit de l'acheteur⁴³. Du reste, il importe peu, du moins en général, que ce dernier ait été averti par le vendeur du danger d'éviction, ou qu'il en ait obtenu con-

³⁹ On doit considérer comme procédant d'un fait personnel au vendeur l'éviction résultant, soit de l'annulation ou de la rescision de son titre, pour cause de dol, de violence, de lésion, soit d'une vente antérieure par lui passée ou d'hypothèques attachées à des dettes qu'il a lui-même contractées. Mais on ne doit pas envisager comme personnelles au vendeur les causes d'éviction qui procèdent du fait d'une personne dont il est héritier. Troplong, I, 474 et 476.

⁴⁰ La disposition de cet article, qui frappe indistinctement de nullité toute clause de non-garantie pour des faits personnels au vendeur, est rédigée d'une manière trop absolue. Il est, en effet, hors de doute que le vendeur peut stipuler l'exemption de garantie pour un fait personnel antérieur à la vente, et qu'il a soin de déclarer. Troplong, I, 477. Duvergier, I, 337.

⁴¹ Arg. art. 1599 cbn. 1629. Pothier, n° 188. Troplong, I, 234. Duvergier, I, 248.

⁴² Une double condition est nécessaire pour que le vendeur soit passible de dommages-intérêts dans l'hypothèse où l'acheteur connaissait le danger d'éviction. Il faut, en premier lieu, que le vendeur ait également connu ce danger : en l'absence de cette circonstance, on ne peut plus admettre qu'il ait entendu, par une promesse de garantie, contracter des engagements plus étendus que ceux auxquels il était soumis de plein droit. Il faut, en second lieu, une clause formelle de garantie : il est vrai qu'une pareille clause n'est pas, en général, plus efficace que la garantie tacite ou de droit : *eadem est vis taciti atque expressi consensus*. Mais il doit en être autrement dans l'hypothèse prévue au texte : si le vendeur qui connaissait la cause d'éviction s'est malgré cela soumis à la garantie, l'acheteur est fondé à dire que c'est précisément en vue de cette cause d'éviction que la garantie a été expressément stipulée et promise. Cpr. Pothier, nos 191 et 192 ; Merlin, *Rép.*, v° Garantie, § 7, n° 2, *Quest.*, cod. v°, § 1 ; Duranton, XVI, 264 ; Troplong, I, 468 et 469 ; Duvergier, I, 334 ; Civ. cass., 27 messidor an X, Sir., 4, 1, 286.

⁴³ Cpr. Duranton, XVI, 264 ; Req. rej., 8 nov. 1820, Sir., 24, 1, 402 ; Req. rej., 20 août 1835, Sir., 36, 1, 34 ; Civ. rej., 12 juillet 1837, Sir., 37, 1, 964.

naissance par une autre voie⁴⁴. Mais il en est autrement, lorsque la cause de l'éviction consiste dans des hypothèques existant, soit du chef d'un précédent propriétaire, soit du chef du vendeur⁴⁵. Celui-ci n'est, dans ce cas, affranchi de la garantie, qu'autant qu'il a expressément déclaré ces hypothèques⁴⁶.

L'obligation de garantie cesse d'une manière absolue, c'est-à-dire tant pour la restitution du prix que pour les dommages-intérêts, dans les circonstances suivantes :

a. Lorsque l'acheteur a renoncé à la garantie en connaissance des causes de l'éviction. Art. 1629.

b. Lorsqu'il a acheté à ses risques et périls. Art. 1629.

c. Lorsque l'éviction est le résultat d'une faute imputable à l'acheteur, par exemple, lorsqu'il s'est laissé condamner par un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, sans avoir appelé en cause le vendeur, et que celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande ou la défense du tiers auteur de l'éviction. Art. 1640.

2° *De la garantie des servitudes actives, et de celle des charges dont se trouve grevée la chose vendue.*

Lorsqu'un héritage a été vendu avec des servitudes actives,

⁴⁴ Pothier, n° 188. Troplong, I, 418. Duvergier, I, 318. Req. rej., 20 juin 1843, Sir., 43, 1, 788. Douai, 16 février 1846, Sir., 46, 2, 319.

⁴⁵ La connaissance que l'acheteur peut avoir eue des hypothèques qui grevaient l'immeuble ne suffit pas pour prouver qu'il ait voulu renoncer à la garantie. Par cela même que le vendeur n'a pas expressément déclaré ces hypothèques, l'acheteur a pu et a dû supposer que ce dernier prendrait des arrangements pour dégrever l'immeuble. Duvergier, I, 249.—M. Troplong (I, 418) professe la même opinion, en ce qui concerne les hypothèques provenant du vendeur lui-même; mais il considère ce dernier comme affranchi de la garantie par rapport aux hypothèques existant du chef de précédents propriétaires, dès que l'acheteur en a eu connaissance par une voie quelconque. Les motifs sur lesquels s'appuie M. Troplong, pour justifier cette distinction, ne nous paraissent pas concluants. Pothier (n° 187) et Merlin (*Rép.*, v° Garantie, § 7, n° 2) n'exigent pas même de déclaration expresse pour les hypothèques qui proviennent du chef du vendeur.

⁴⁶ Le vendeur qui déclare l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble vendu avertit par cela même l'acheteur qu'il sera dans la nécessité de purger cette hypothèque et de verser son prix entre les mains du créancier : cet avertissement équivaut à une stipulation de non-garantie. Troplong, I, 477. Duvergier, I, 319. M. Duranton (XVI, 261) restreint l'effet d'une pareille déclaration aux hypothèques qui ne procèdent pas du chef du vendeur.

l'acquéreur, privé de l'exercice de ces servitudes, a droit à une indemnité ⁴⁷. Art. 1639 c. civ. 1147.

L'acquéreur a également droit à une indemnité, lorsqu'il est obligé de souffrir l'exercice de charges occultes dont le vendeur ne lui a pas suffisamment déclaré l'existence ⁴⁸, et dont il n'avait d'ailleurs pas personnellement connaissance au moment de la vente ⁴⁹. Les charges apparentes ⁵⁰ et celles qui grèvent la chose vendue par la seule force de la loi ⁵¹ ne donnent lieu à aucune indemnité au profit de l'acheteur, qui est réputé les avoir connues ou qui doit s'imputer de les avoir ignorées. Art. 1638.

L'indemnité à laquelle l'acheteur peut avoir droit, à raison de ces évictions partielles, se détermine d'après la règle posée par l'art. 1637 ⁵². Du reste, l'acheteur jouit de la faculté de demander la résiliation de la vente, lorsque les servitudes actives dont il est privé, ou que les charges qu'il est obligé de supporter, sont de telle importance qu'il y ait lieu de présumer qu'il n'eût pas acheté, s'il n'avait pas compté sur la jouissance des unes, ou s'il avait été instruit de l'existence des autres. Art. 1638, et arg. de cet article.

Les autres principes développés au n° 1 ci-dessus s'appliquent, par analogie, et en tant que la nature des choses le permet, à la garantie dont il est ici question.

Au surplus, les parties peuvent, pour cette espèce de garantie,

⁴⁷ Cpr. Grenoble, 17 mai 1843, Sir., 45, 2, 397; Req. rej., 11 février 1852, Sir., 52, 1, 399.

⁴⁸ Cpr. Req. rej., 17 janvier 1842, Sir., 42, 1, 559; Paris, 3 avril 1849, Sir., 49, 2, 335; Req. rej., 20 mars 1850 et 29 janvier 1851, Sir., 51, 1, 86; Req. rej., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 728; Req. rej., 2 février 1852, Sir., 53, 1, 491.

⁴⁹ Arg. art. 1629. *Non videtur esse celatus qui scit, neque certiorari debuit qui non ignoravit.* L. 1, § 1, D. de act. empt. et vend. (19, 1). Civ. rej., 7 février 1832, Sir., 32, 1, 690. Req. rej., 20 juin 1843, Sir., 43, 1, 789. Voy. cep. Orléans, 13 mars 1835, Sir., 36, 2, 534.

⁵⁰ Cpr. Civ. rej., 12 août 1812, et Bruxelles, 16 février 1820, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 886; Grenoble, 2 juillet 1840, Sir., 44, 2, 191; Bastia, 2 août 1854, Sir., 54, 2, 573; Req. rej., 8 novembre 1854, Sir., 54, 1, 765.

⁵¹ Telles sont, outre les servitudes légales indiquées par le Code Napoléon, les obligations résultant de l'alignement, les servitudes militaires, etc., etc. Orléans, 21 janvier 1835, Sir., 35, 2, 247. Colmar, 18 novembre 1836, Sir., 37, 2, 215. Grenoble, 21 juillet 1840, Sir., 44, 2, 191. Voy. aussi Civ. rej., 29 juin 1819, Sir., 19, 1, 81.

⁵² Duvergier, I, 381.

comme pour celle de l'éviction totale ou partielle, modifier les règles de Droit commun qui la régissent ⁵³.

§ 355 bis.

(c) *De la responsabilité¹ relative aux défauts cachés de la chose vendue.*

Les règles que le Code Napoléon établit en cette matière ont été, sous plusieurs rapports, modifiées par la loi du 20 mai 1838, concernant les vices rédhibitoires dans les ventes et échanges de certains animaux domestiques. Sauf ces modifications, qui d'ailleurs ne peuvent être étendues aux ventes de tous les animaux domestiques en général, ni à plus forte raison aux ventes d'objets d'une autre nature, les règles du Code Napoléon restent applicables même aux ventes des animaux domestiques dont s'occupe la loi précitée.

1° *Des règles de Droit commun qui régissent la matière.*

Le vendeur est responsable des défauts cachés de la chose vendue, lorsqu'ils la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée ², ou qu'ils diminuent tellement cet usage que l'ache-

⁵³ L'interprétation des clauses relatives à la garantie des charges fait souvent naître de sérieuses difficultés. Par exemple, la clause que *le fonds est vendu franc et libre de toutes charges et servitudes* soumet-elle le vendeur à la garantie des servitudes apparentes? Le vendeur est-il, d'un autre côté, affranchi de la garantie des charges occultes, lorsque le contrat porte que l'immeuble est vendu *tel et en tel état qu'il est, tel qu'il se poursuit et comporte, et que l'acheteur a dit bien connaître, avec les servitudes tant actives que passives*? Ces questions, qui ne nous paraissent pas susceptibles d'une solution *a priori*, doivent être décidées d'après les circonstances, d'autant plus que l'on courrait risque de se tromper sur la véritable intention des parties, en s'attachant servilement à la lettre de formules qui, le plus souvent, ne sont que de style. Cpr. L. 39, D. de act. empt. vend. (49, 4); Duranton, XVI, 302; Troplong, I, 527 et suiv.; Duvergier, I, 379; Req. rej., 6 mars 1847, Sir., 17, 4, 265; Colmar, 26 décembre 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Vente, p. 887; Agen, 30 novembre 1830, Dalloz, 1831, 2, 76; Dijon, 24 août 1843, Sir., 43, 2, 496; Paris, 2 août 1853, Sir., 54, 2, 438.

¹ Nous avons substitué au terme *garantie*, dont la loi se sert en cette matière, celui de *responsabilité*. Il ne s'agit point ici d'une véritable garantie. La garantie, en effet, dans le sens propre de ce mot, suppose l'obligation de prendre le fait et cause d'une personne, pour faire rejeter une demande dirigée contre elle, ou une défense qu'on lui oppose. Cpr. § 340, texte et note 1^{re}.

² Tel serait le cas où des graines, vendues pour semence, n'auraient pas levé

teur ne l'eût pas acquise, ou qu'il n'en eût donné qu'un prix moindre, s'ils les avait connus. Les défauts de cette nature sont appelés vices rédhibitoires. Art. 1641 et 1642.

L'absence seule de certaines qualités dont se trouverait dépourvue la chose vendue n'entraîne pas, en général, comme les défauts proprement dits, de responsabilité pour le vendeur³. Les défauts mêmes n'engagent sa responsabilité que lorsqu'il s'agit de défauts cachés. Les vices apparents, c'est-à-dire, ceux dont l'acheteur aurait pu se convaincre par une vérification exacte de la chose vendue, ne donnent lieu, sauf stipulation contraire, soit expresse, soit tacite⁴, à aucun recours contre le vendeur, lors même que cette vérification aurait présenté plus ou moins de difficulté au moment de la vente⁵. Enfin, le vendeur n'est pas non plus responsable des défauts même cachés qui, sans rendre la chose vendue impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou sans en diminuer notablement l'usage, lui ôteraient seulement de son agrément⁶.

convenablement, par suite du vice propre de la chose. Civ. rej., 22 mars 1853, Sir., 53, 1, 480. Cpr. Troplong, II, 558.—Le déficit dans l'aunage ne constitue pas un défaut caché de nature à donner lieu à une action rédhibitoire. Troplong, II, 559. Bordeaux, 25 avril 1828, Sir., 28, 2, 258. Un pareil déficit, qui ne tient pas aux propriétés intrinsèques de la chose vendue, pourrait cependant, suivant les circonstances, donner ouverture à des actions analogues à celles qui, en matière de ventes d'immeubles, résultent du défaut de contenance.

³ Ainsi, par exemple, la circonstance qu'un tableau vendu n'est pas du peintre dont il porte le nom ne constitue pas un défaut dans le sens de notre matière. Il n'en résulte qu'une absence de qualité, qui ne soumet, en général, le vendeur à aucune responsabilité. Troplong, II, 555. Duvergier, I, 390. Paris, 17 juin 1813, Sir., 14, 2, 85. Trib. de la Seine, 28 janvier 1848, Sir., 48, 2, 99. Si, cependant, l'origine du tableau avait formé une condition expresse ou tacite de la convention, l'erreur dans laquelle l'acheteur aurait été induit à cet égard pourrait donner lieu à une demande en nullité de la vente. Cpr. § 343, texte et note 17. Troplong, *loc. cit.* Paris, 9 janvier 1849, Sir., 49, 2, 80.

⁴ Cour d'Alger, 21 mars 1853, Sir., 53, 1, 673.

⁵ Duvergier, I, 391. M. Duranton (XVI, 310) enseigne le contraire, en se fondant sur les termes de l'art. 1642, et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. Mais le sens qu'il attache à ces termes est évidemment erroné. — Il résulte de la proposition énoncée au texte que la réception et l'enlèvement de la chose vendue rendent, en général, l'acheteur non recevable à se plaindre des vices qu'il eût pu reconnaître par une vérification préalable. On devrait cependant décider le contraire, quant aux ventes de marchandises dont la vérification, d'après un usage constant, ne se fait que dans les magasins de l'acheteur. Rouen, 11 décembre 1806, Sir., 7, 2, 10.

⁶ Caen, 22 novembre 1826, Sir., 27, 2, 223.

Il est, du reste, bien entendu que le vendeur n'est responsable que des vices qui existaient déjà au moment du contrat. Si le délai dans lequel le recours doit être exercé se trouve fixé par la loi ou par l'usage, les vices qui se manifestent dans le cours de ce délai sont, jusqu'à preuve contraire, présumés avoir existé à l'époque de la vente⁷. Lorsqu'il s'agit, au contraire, de vices à l'égard desquels la loi ou l'usage ne fixent aucun délai pour l'exercice du recours, c'est à l'acheteur à prouver que ces vices existaient au moment du contrat⁸.

La responsabilité dont il est ici question a lieu dans les ventes d'immeubles⁹, comme dans celles de choses mobilières corporelles. Elle s'applique même aux ventes de choses mobilières incorporelles, par exemple, aux cessions d'offices ministériels, en ce sens que les causes ou circonstances cachées de nature à diminuer sensiblement la valeur ou les produits de l'office donnent ouverture à un recours contre le cédant¹⁰.

Mais cette responsabilité n'a pas lieu dans les ventes qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice. Art. 1649¹¹.

Lorsque la chose vendue est entachée d'un vice rédhibitoire, l'acheteur a le choix ou de garder la chose en se bornant à demander une diminution de prix (*actio quanti minoris*), ou de rendre la chose et de se faire restituer le prix, avec les intérêts

⁷ Delvincourt, III, part. II, p. 152. Duranton, XVI, 314. Troplong, II, 569. Duvergier, I, 403. Besançon, 12 juillet 1808, Sir., 9, 2, 298. Cpr. cep. Bruxelles, 29 messidor an XIII, Sir., 5, 2, 269.

⁸ Duranton, Troplong et Duvergier, *loc. cit.* Req. rej., 23 juin 1835, Sir., 35, 1, 617.

⁹ L. 1 et L. 63, § 2, D. de edil. edic. (21, 4). Pothier, nos 203 et suiv. Troplong, II, 548. Duvergier, I, 306. Lyon, 5 août 1824, Sir., 24, 2, 365. Bourges, 18 novembre 1843, Sir., 44, 2, 347. Civ. rej., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 321. Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 53, 1, 673 et 54, 1, 176. Cpr. Montpellier, 23 février 1807, Sir., 7, 2, 298. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 317.

¹⁰ Aix, 26 juillet 1838, Sir., 39, 2, 486. Bourges, 27 janvier 1843, Sir., 43, 2, 501. Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 1, 705. Lyon, 2 mai 1849, Sir., 50, 2, 512. Bordeaux, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 400. Cpr. Bourges, 28 janvier 1853, Sir., 53, 2, 413 ; Req. rej., 13 déc. 1853, Sir., 54, 1, 93.—Mais le seul mécompte éprouvé par l'acheteur relativement aux produits de l'office ne l'autoriserait pas à demander la réduction du prix, si aucune manœuvre frauduleuse n'avait été pratiquée à son égard pour exagérer ces produits, et surtout s'il avait été mis à même de vérifier le rapport de l'office. Paris, 14 décembre 1832 et 1^{er} mars 1844, Sir., 33, 2, 426 et 44, 2, 307. Bordeaux, 10 mai 1848, Sir., 48, 2, 545.

¹¹ Cet article doit être entendu dans le même sens que l'art. 1684. Cpr. § 358, texte, notes 41 et 42. Troplong, I, 584 et 585. Duvergier, I, 408.

du jour du paiement, et les frais occasionnés par la vente (*actio redhibitoria*). Art. 1644.

L'acheteur qui use de cette dernière faculté est tenu, de son côté, de faire état au vendeur des produits de la chose, ou du bénéfice de l'usage qu'il en a retiré¹². Il n'a, d'ailleurs, pas droit à des dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve que le vendeur connaissait les vices de la chose, ou que ce dernier ne doive, à raison de sa profession, être présumé les avoir connus¹³. L'acheteur peut, après avoir intenté l'action rédhibitoire, l'abandonner pour s'en tenir à l'action en diminution de prix, et *vice versa*. Mais après le rejet de l'une de ces actions, la chose jugée s'oppose à l'exercice de l'autre¹⁴.

La responsabilité du vendeur cesse :

a. Lorsque l'acheteur a renoncé à tout recours à raison des défauts de la chose. Toutefois, le vendeur resterait, malgré une pareille renonciation, soumis à la responsabilité ordinaire, s'il avait connu ces défauts. Art. 1643.

b. Lorsque, avant la vente, l'acheteur a obtenu, par une voie quelconque, connaissance positive des vices de la chose¹⁵. Arg. art. 1641.

c. Lorsque la chose a péri par cas fortuit ou par la faute de l'acheteur¹⁶. Si elle a péri par l'effet des vices dont elle était entachée, le vendeur en demeure responsable. Art. 1647.

¹² D'ordinaire, on compense les bonifications à faire par l'acheteur avec les intérêts du prix. Pothier, n° 218. Duranton, XVI, 324. Troplong, II, 573. Duvergier, I, 410.

¹³ *Unusquisque peritus esse debet artis suae*. Pothier, n° 213. Duranton, XVI, 322 et 323. Troplong, II, 574. Duvergier, I, 412.

¹⁴ Cpr. § 323, texte et note 12 ; § 769.

¹⁵ L'acheteur aurait droit à garantie, s'il n'avait eu que de simples soupçons sur l'existence du vice dont il se plaint, ou s'il avait, à raison de ce vice, stipulé une garantie expresse. L. 4, § 5, D. *de dol. et met. except.* (44, 4). Pothier, n° 210. Duranton, XVI, 311. Duvergier, I, 401.

¹⁶ Le Droit romain, au contraire, admet l'action rédhibitoire, quoique que la chose ait péri par cas fortuit, ou même par la faute de l'acheteur, à charge par celui-ci de souffrir, au dernier cas, la déduction de la valeur que la chose avait au moment où elle a péri. L. 47, § 1, L. 31, § 11, D. *de edil. edict.* (21, 1). Cette théorie était conforme tout à la fois à l'équité et aux principes généraux du Droit. On doit regretter que les rédacteurs du Code Napoléon l'aient abandonnée pour établir un système, plus commode sans doute en pratique, mais qui blesse évidemment les droits de l'acheteur, et qui repose sur une fausse application de la maxime *res perit domino*. Duranton, XVI, 326. Duvergier, I, 414. — M. Troplong (II, 568) approuve la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1647 ; mais, par une

L'action rédhibitoire et l'action en diminution de prix doivent être intentées dans un court délai¹⁷. La question de savoir si l'action de l'acheteur est recevable sous ce rapport reste abandonnée à l'appréciation des tribunaux¹⁸, à moins qu'il ne s'agisse de ventes à l'égard desquelles le délai se trouve fixé par la loi ou par l'usage. Pour la solution de cette question, le juge doit se décider d'après la nature particulière du vice rédhibitoire dont se plaint l'acheteur, et le temps qui s'est écoulé depuis le moment auquel ce vice a pu ou dû se révéler¹⁹. Art. 1648.

Lorsque le délai pour l'introduction de l'action se trouve déterminé par la loi ou par l'usage, il ne suffit pas que le vice rédhibitoire soit régulièrement constaté durant ce délai, il faut que l'action elle-même soit intentée avant son expiration²⁰. Le délai fixé par la loi ou par l'usage court, en général, et à moins d'indication d'un autre point de départ, du jour même de la vente²¹. Toutefois, si l'époque de la livraison avait été différée par la convention, ou si le vendeur avait été mis en demeure de livrer, le délai ne courrait que du jour fixé pour la livraison, ou de celui de la tradition réelle²². La seule circonstance que l'acheteur n'aurait découvert qu'après ces diverses époques le vice rédhibitoire dont il allègue l'existence ne suspend pas le cours du délai²³.

contradiction qu'on ne peut s'expliquer, il accorde à l'acheteur un recours en garantie, lorsque la chose a péri par sa faute.

¹⁷ Cpr. Bordeaux, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 100.

¹⁸ *Rapport au Tribunat*, par Faure (Loché, *Leg. XIV*, p. 210). Lyon, 5 août 1824, Sir., 25, 2, 365.

¹⁹ Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 53, 1, 673 et 54, 1, 176.

²⁰ Civ. cass., 18 et 19 mars 1833, Sir., 33, 1, 277. Civ. cass., 10 juillet 1839, Sir., 39, 1, 859. Cpr. cep. Troplong, II, 589; Duvergier, I, 406. Voy. en sens contraire : Bourges, 12 mars 1831, Sir., 32, 2, 94.

²¹ Duvergier, I, 405. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 588.

²² Au premier cas, on peut et on doit présumer que, par cela même que l'époque de la livraison a été reculée, le vendeur s'est soumis à l'obligation de répondre, non-seulement des vices rédhibitoires déjà existant au moment de la vente, mais de ceux même qui viendraient à se produire dans l'intervalle de la vente à la livraison. Cette idée paraît avoir servi de base à la disposition de l'art. 3 de la loi du 20 mai 1838. Voy. cep. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 439. Au second cas, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'art. 1138, d'après laquelle le vendeur constitué en demeure de livrer reste chargé des risques et périls de la chose. Voy. aussi art. 1302.

²³ Troplong, II, 587.

2° *Des règles spéciales établies par la loi du 21 mai 1838, en matière de vente et d'échange de certains animaux domestiques.*

Les coutumes ou usages locaux avaient, pour les ventes de certains animaux domestiques, déterminé, d'une manière limitative, les défauts cachés qui devaient être considérés comme vices rédhibitoires. Mais le Code Napoléon n'ayant pas maintenu, sous ce rapport, l'autorité des coutumes ou usages, les tribunaux furent, à partir de sa promulgation, autorisés à déclarer le vendeur responsable de défauts cachés qui n'étaient pas autrefois rangés au nombre des vices rédhibitoires. De nombreux inconvénients résultèrent de cet état de choses, et c'est dans le but d'y remédier que fut rendue la loi du 20 mai 1838.

Cette loi, dans son article premier, auquel nous nous bornerons à renvoyer, énumère de nouveau, d'une manière limitative, les maladies ou défauts pouvant donner ouverture à l'action rédhibitoire, dans les ventes ou échanges de chevaux, ânes ou mulets, et d'animaux de l'espèce bovine ou de l'espèce ovine²⁴.

Les autres articles de cette loi renferment, en outre, diverses dispositions spéciales ou exceptionnelles, dont nous allons présenter l'analyse.

L'action en diminution de prix n'est pas admise dans les ventes d'animaux domestiques appartenant aux espèces ci-dessus indiquées ; la seule action ouverte, en pareil cas, à l'acheteur, est celle en réhabilitation. Art. 2.

Le délai pour intenter l'action rédhibitoire est de 30 jours, au cas de fluxion périodique des yeux ou d'épilepsie, et de 9 jours seulement dans tous les autres cas. Ces délais ne courent pas du jour de la vente, mais seulement du jour fixé pour la livraison. Si le vendeur avait été mis en demeure de livrer, ils ne courraient même que du jour de la tradition réelle²⁵. Du reste, conformément à la règle générale *dies a quo non computatur in termino*, le jour auquel ces délais commencent à courir n'y est pas compris. Art. 3.

Si l'animal a été livré hors du lieu du domicile du vendeur, ou

²⁴ Cpr. Req. rej., 22 novembre 1842, Sir., 43, 1, 58.

²⁵ Arg. art. 1138 et 1302. *Rapport de la commission et discussion à la chambre des députés (Moniteur des 25 et 28 avril 1838).*

si, la livraison ayant été effectuée dans ce lieu, il a été, avant l'expiration des délais ci-dessus déterminés, conduit dans un autre lieu, ces délais sont augmentés d'un jour par cinq myriamètres de distance du domicile du vendeur au lieu où l'animal se trouve. Art. 4.

Pour éviter la déchéance de son recours, l'acheteur doit non-seulement intenter son action dans les délais fixés par l'art. 3, mais de plus provoquer dans les mêmes délais, au moyen d'une requête présentée au juge de paix du lieu où l'animal se trouve, la nomination d'un ou de trois experts chargés de l'examiner. Art. 5. L'accomplissement de cette dernière formalité, qui est complètement indépendante de l'obligation imposée à l'acheteur d'introduire son action dans les délais précédemment indiqués, ne suffirait pas pour lui conserver un recours utile contre le vendeur qu'il n'aurait actionné qu'après l'opération de ces délais²⁶. Du reste, l'acheteur qui a laissé passer les délais fixés pour l'exercice de l'action rédhibitoire n'en conserve pas moins le droit de poursuivre, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, la réparation du préjudice que le vendeur peut lui avoir causé par la livraison d'un animal soupçonné d'être infecté d'une maladie contagieuse²⁷.

La mort de l'animal vendu, alors même qu'elle a eu lieu dans les délais fixés pour l'exercice de l'action rédhibitoire, est au compte de l'acheteur, à moins qu'il ne prouve que cette mort est le résultat de l'une des maladies spécifiées en l'art. 1^{er}. Art. 7. Encore le vendeur reste-t-il, même dans cette hypothèse, affranchi de toute responsabilité, en ce qui concerne la morve et le farcin pour le cheval, l'âne, ou le mulet, et la clavelée pour les animaux de l'espèce ovine, s'il établit que depuis la livraison l'animal vendu a été mis en contact avec des animaux atteints de ces maladies. Art. 8.

Il est, du reste, à remarquer que le vendeur peut, par une convention spéciale, s'engager à répondre de défauts autres que ceux qui donnent lieu à l'action rédhibitoire, en vertu de la loi du

²⁶ Civ. cass., 23 mars 1840, Sir., 40, 1, 431. Civ. cass., 5 mai 1846, Sir., 46, 1, 431. Civ. cass., 17 mai 1847, Sir., 47, 1, 848. Civ. cass., 15 mai 1854, Sir., 54, 1, 457.

²⁷ Code pénal, art. 459. Rouen, 22 novembre 1839, Sir., 40, 2, 499. Paris, 16 mars 1844, Sir., 45, 2, 30. Crim. rej., 17 juin 1847, Sir., 47, 1, 680. Voy. cep. Aix, 23 novembre 1843, Sir., 44, 2, 303.

20 mai 1838²⁸. Dans ce cas, on rentre sous l'empire du Droit commun, notamment en ce qui concerne les délais dans lesquels le recours de l'acheteur doit être exercé, délais dont la détermination reste par conséquent abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux²⁹.

§ 356.

(2) *Des obligations de l'acheteur en particulier.*

1° L'acheteur est tenu de prendre livraison de la chose vendue, et de l'enlever, s'il y a lieu, au terme fixé par la convention ou par les usages locaux (art. 1135), et, à défaut d'un terme convenu ou réglé par les usages, immédiatement après la vente¹.

Lorsque l'acheteur d'une chose mobilière néglige de la retirer, le vendeur, après l'avoir constitué en demeure au moyen d'une sommation, a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause le défaut d'enlèvement, et peut, ou se faire autoriser par justice à déposer la chose vendue dans un lieu déterminé, et poursuivre le paiement du prix², ou bien demander la résolution de la vente. Art. 1264.

Si le délai dans lequel le retirement doit avoir lieu, a été déterminé par la convention³, et que la vente ait, d'ailleurs, pour objet une chose mobilière, la résolution, au profit du ven-

²⁸ Rouen, 24 août 1842, Sir., 43, 2, 51. Req. rej., 20 juillet 1843, Sir., 43, 1, 802.

²⁹ La disposition de l'art. 3, qui fixe les délais dans lesquels l'action rédhibitoire doit être intentée, se lie d'une manière intime avec celle de l'art. 1^{er}, qui énumère les vices pouvant donner ouverture à cette action. Ces délais ayant été calculés d'après la nature particulière de chacun des vices rédhibitoires spécifiés dans l'art. 1^{er}, ce serait arbitrairement étendre la disposition qui en détermine la durée, que de l'appliquer à des défauts dont cet article ne s'est pas occupé. Duvergier, I, 407. Cpr. cep. trib. de Caen, 5 mai 1848, Sir., 48, 2, 544. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 590.

¹ L'acheteur jouit cependant du délai qui lui est moralement nécessaire pour le retirement des choses vendues.

² Pothier, nos 291 et suiv. Duranton, XVI, 333. Troplong, II, 675 et suiv. Duvergier, I, 468 et suiv.

³ Duranton, XVI, 383.—MM. Troplong (II, 679) et Duvergier (I, 474) enseignent, par argument de l'art. 1657, que dans le cas même où l'époque du retirement n'a point été fixée par la convention, la résolution de la vente a lieu de plein droit, au profit du vendeur, lorsque celui-ci a fait sommation à l'acheteur de retirer la chose vendue dans un délai déterminé, et que ce dernier a laissé passer ce délai sans obtempérer à cette sommation. Voy. dans le même sens : Douai, 8 janvier

deur ⁴, a même lieu de plein droit, et sans sommation préalable, par le seul effet de l'expiration du terme convenu pour le retirement. Art. 1657 ⁵.

L'acheteur doit, en prenant livraison, rembourser au vendeur les dépenses que celui-ci a faites pour la conservation de la chose depuis le moment de la vente ⁶.

2° L'acheteur est tenu de payer le prix de vente, au lieu et à l'époque déterminés par la convention, et, à défaut de stipulation, au lieu et au moment où doit s'effectuer la délivrance ⁷. Art. 1650 et 1651. Si la vente a été faite à crédit, ou que l'usage accorde un terme pour le paiement, le prix est payable au domicile de l'acheteur ⁸. Art. 1247, al. 2.

1846, Sir., 46, 2, 252. Cpr. aussi Bordeaux, 8 décembre 1853, Sir., 54, 2, 595. Mais cette opinion, qui s'écarte des principes généraux en matière de résolution (art. 1184, cpr. § 302), ne se justifie point, comme le pensent ces auteurs, par la considération que la mise en demeure résultant de la sommation faite par le vendeur doit produire les mêmes effets que la mise en demeure qui s'opère par la seule expiration du terme fixé pour le retirement. En effet, la résolution de plein droit prononcée par l'art. 1657 est moins une conséquence de la mise en demeure de l'acheteur qu'un effet de l'intention présumée des parties, qui, en fixant un terme pour le retirement, sont censées avoir voulu laisser au vendeur la faculté de disposer à son gré des choses vendues, après l'expiration de ce terme.

⁴ Comme la résolution n'a lieu que dans l'intérêt du vendeur, celui-ci peut, s'il le juge convenable, poursuivre l'exécution du contrat. Cpr. art. 1184, al. 2. Delvincourt, sur l'art. 1657.

⁵ Cpr. Bourges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 425.—L'art. 1657 s'applique-t-il aux ventes commerciales ? La négative résulte formellement de la discussion au Conseil d'état (Locré, *Lég.*, XIV, p. 60, n° 45). Voy. en ce sens : Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 288 ; Maleville, sur l'art. 1657 ; Duvergier, I, 475 ; Delamarre et Lepoitvin, *du Contrat de commission*, III, 250 et suiv. ; Alauzet, *Dissertation, Revue de législation*, 1844, XXI, p. 334. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 680 ; Favard, *Rép.*, v° Acheteur, n° 4 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 896, n° 14 ; Civ. cass., 27 février 1828, Sir., 28, 1, 357 ; Bourges, 1^{er} février 1837 et 10 février 1844, Sir., 37, 2, 429 et 45, 2, 425 ; Douai, 8 janvier 1846, Sir., 46, 2, 252 ; Angers, 14 mai 1847, Sir., 47, 2, 412 ; Douai, 10 juillet 1847, Sir., 49, 2, 12 ; Req. rej., 6 juin 1848, Sir., 49, 1, 65 ; Bordeaux, 18 novembre et 8 décembre 1853, Sir., 54, 2, 394 et 395.

⁶ Pothier, n°s 292 et 293. Troplong, II, 683 et 684.

⁷ Il en est ainsi, lors même que la délivrance est devenue impossible, par exemple, par la perte de la chose. Cpr. § 348.

⁸ Merlin, *Rép.*, v° Tribunal de commerce, n° 6. Toullier, VII, 92. Duranton, XVI, 334. Duvergier, I, 417. Civ. rej., 14 juin 1813, Sir., 13, 1, 353. Limoges, 19 janvier 1828, Sir., 28, 2, 336.—La disposition de l'art. 1654, d'après laquelle le paiement doit se faire au lieu de la délivrance, reste-t-elle applicable aux ventes

L'acheteur qui a un juste sujet de craindre d'être troublé⁹ par une action de nature à pouvoir entraîner son éviction, est autorisé à suspendre le paiement du prix, à moins que le vendeur ne fournisse caution pour sa restitution. Art. 1653¹⁰. Mais il ne peut se refuser, par ce motif, au paiement des intérêts¹¹, et, d'un autre côté, il n'a pas le droit de réclamer caution, quand le vendeur n'exige pas le paiement du prix¹². La faculté de retenir le prix cesse, lorsque l'acheteur s'est engagé à payer, nonobstant tout trouble, ou lorsque, connaissant le danger d'éviction, il a cependant promis de payer son prix dans un délai déterminé¹³. Elle doit, à plus forte raison, être refusée à l'acheteur qui, par exception à la règle générale, ne serait pas admis à demander, en cas d'éviction, la restitution du prix. L'appréciation des faits et des actes sur lesquels l'acheteur fonde la crainte d'éviction est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux, qui, sans exiger de l'acheteur la preuve rigoureuse du danger de trouble, ne doivent cependant pas s'arrêter à des motifs de crainte dont la sincérité serait douteuse.

Le prix de vente ne porte intérêt que dans les cas suivants : lorsque l'acheteur a formellement promis des intérêts ; lorsqu'il

faites au comptant, lorsque le vendeur n'a pas exigé le paiement lors de la délivrance, et qu'il a accordé à l'acheteur un terme de pure complaisance ? MM. Toullier et Duvergier (*loc. cit.*) enseignent la négative, en assimilant cette hypothèse à celle d'une vente faite à crédit. MM. Duranton (*loc. cit.*) et Delvincourt (III, p. 453) professent l'affirmative, qui nous paraît préférable, puisque le vendeur, en renonçant à demander le paiement du prix au moment de la délivrance, n'est pas pour cela censé avoir renoncé au droit d'exiger ce paiement au lieu où la délivrance s'est faite : *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis*. Cpr. § 323, note 11.

⁹ Dans l'ancien Droit, l'acheteur n'était autorisé à suspendre le paiement du prix, que lorsqu'il y avait un commencement de trouble effectif. La disposition du Code Napoléon, qui lui accorde cette faculté dès qu'il existe un simple danger de trouble, est plus équitable. L'acheteur qui est réellement troublé, ou qui est à même d'établir que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose, peut non-seulement refuser de se dessaisir du prix, mais encore exercer son recours en garantie, ou demander l'annulation de la vente en vertu de l'art. 1599. L'offre d'une caution de la part du vendeur ne saurait arrêter les actions qui, en pareil cas, sont compétentes à l'acheteur.

¹⁰ *Quid*, lorsque le danger de trouble ne porte que sur une partie de la chose vendue ? Cpr. Civ. rej., 24 décembre 1834, Sir., 35, 4, 280.

¹¹ Troplong, II, 611. Duvergier, I, 422. Riou, 2 janvier 1830, Dalloz, 1832, 2, 460.

¹² Douai, 23 mai 1853, Sir., 54, 2, 9.

¹³ Paris, 16 juillet 1832, Sir., 32, 2, 517. Civ. cass., 5 février 1840, Sir., 40, 1, 511.

a été sommé de payer le prix ; enfin, lorsque la chose vendue produit des fruits. Au premier cas, les intérêts courent, sauf convention contraire, à partir du jour de la vente ; au second, ils courent du jour de la sommation faite à l'acheteur ; et au troisième, du jour de la délivrance ¹⁴. Art. 1652. Le cours des intérêts dus par l'acheteur n'est interrompu, ni par des saisies-arrêts interposées entre ses mains, ni par la nécessité où il se trouverait de tenir le prix à la disposition des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble vendu. La consignation du prix peut seule l'affranchir du service des intérêts ¹⁵.

Le vendeur qui n'est pas intégralement payé du prix ¹⁶ est autorisé à demander la résolution de la vente, que le contrat porte ou non une clause résolutoire. Art. 1184 et 1654. Il en est ainsi, alors même que le prix consiste en une rente perpétuelle, établie par le contrat de vente ; peu importe que cette rente ait été stipulée directement, ou après indication d'un prix déterminé en capital ¹⁷. Mais il en serait autrement, si le prix, consistant primitivement en un capital exigible, avait été, par une convention subséquente, converti en une rente constituée, sans réserve de l'action résolutoire ¹⁸. Que si le prix consistait en une rente viagère, même stipulée par le contrat de vente, le défaut de service de cette rente n'autoriserait pas, à moins de convention expresse, une demande en résolution ¹⁹.

Lorsque le vendeur est représenté par plusieurs héritiers ou cessionnaires, l'acquéreur, actionné en résolution par l'un d'eux, peut exiger que les autres soient mis en cause, et il doit être renvoyé de la demande, si tous les héritiers ou cessionnaires ne s'entendent pas pour suivre ensemble l'action en résolution ²⁰.

¹⁴ L'acheteur d'une chose productive de fruits doit les intérêts du prix à partir de la délivrance, lors même que la vente a été faite à crédit. La généralité des termes de l'art. 1652 ne permet pas d'adopter l'opinion contraire, enseignée par Pothier (n° 286), et qui, même dans l'ancien Droit, était sujette à contestation. Duranton, XVI, 340. Troplong, II, 599. Duvergier, I, 420.

¹⁵ Bruxelles, 9 août 1809, Sir., 12, 2, 351. Req. rej., 22 mai 1827, Sir., 27, 1, 454.

¹⁶ Le vendeur peut demander la résolution, quelque faible que soit la portion du prix qui lui reste due. Troplong, II, 642.

¹⁷ Troplong, II, 649, Duvergier, I, 451. Bordeaux, 23 mars 1832, Sir., 32, 2, 57. Voy. cep. Duranton, XVI, 370.

¹⁸ Cpr., § 324, texte et note 49.

¹⁹ Art. 1978. Cpr. § 390.

²⁰ Arg. art. 1670 et 1685. Troplong, II, 639, Civ. rej., 6 mai 1829, Sir., 29,

Le droit de provoquer la résolution a lieu dans les ventes de choses mobilières²¹, comme dans les ventes d'immeubles. Il existe même dans les ventes de marchandises formant l'objet du commerce de l'acheteur, à moins que celui-ci ne soit tombé en faillite, auquel cas le vendeur ne jouit que du droit de revendication établi par les art. 567 et suivants du Code de commerce²².

La résolution de la vente d'une chose mobilière ne peut être poursuivie, ni contre un tiers possesseur de bonne foi, ni au préjudice d'un créancier qui aurait acquis un privilège préférable à celui que la loi accorde au vendeur²³. Elle ne peut pas davantage être exercée au détriment des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble auquel la chose vendue aurait été incorporée²⁴. Au contraire, la résolution d'une vente d'immeubles réfléchit contre les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires de l'acheteur, et, en général, contre tous ceux qui auraient acquis des droits réels sur la chose vendue²⁵. Mais, sauf le cas de délégation, le vendeur ne peut agir contre le tiers sans faire juger, avec l'acheteur, la question de résolution²⁶.

1, 180. Voy., en sens contraire : Duvergier, I, 464. Cpr. Paris, 12 février 1844, Sir., 34, 2, 115.

²¹ Troplong, II, 645. Duvergier, I, 436. Paris, 18 août 1829, Sir., 30, 2, 10. Paris, 24 avril 1833, Dalloz, 1835, 2, 148. Paris, 11 novembre 1837, et Rouen, 29 novembre 1837, Sir., 38, 2, 97. MM. Delvincourt (III, p. 157) et Duranton (XVI, 380) enseignent le contraire, en se fondant sur l'art. 1657. Mais l'argument *a contrario* qu'ils tirent de cet article ne peut être d'aucun poids en présence des termes des art. 1184 et 1654, dont la généralité ne comporte point de distinction. Cpr. texte et note 48, *infra*.

²² Cpr. Code de commerce, art. 550. Troplong et Duvergier, *loc. cit.* Pardessus, *Cours de Droit commercial* II, 289, et IV, 1288. Paris, 20 juillet 1831, Sir., 32, 2, 29. Paris, 10 juillet et 16 août 1833, Sir., 33, 2, 472 et 474. Limoges, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 221. Cpr. note 45 *infra*.

²³ Arg. art. 2279, et 2402, n° 4, al. 3. Duvergier I, 438 et 439. Cpr. Paris, 10 juillet et 16 août 1833, Sir., 33, 2, 472 et 474.

²⁴ Arg. art. 2418 et 2433 cbn. 524 et 525. *Nec obstat* Code de procédure, art. 593. Duvergier, I, 439. Rouen, 19 juillet 1828, Sir., 29, 2, 266. Paris, 16 août 1832, Sir., 33, 2, 474. Civ. rej., 9 décembre 1835, Sir., 36, 1, 177. Paris, 25 juillet 1846, Sir., 46, 2, 358. Voy. en sens contraire : Troplong, II, add. au n° 645 ; Paris, 10 juillet 1832, Sir. 33, 2, 472.

²⁵ Arg. art. 1684. Troplong, II, 624 et suiv. Voy. aussi les arrêts cités aux notes 28, 29 et 30, *infra*. Cpr. sur les effets d'une résolution consentie à l'amiable, § 196.

²⁶ Duvergier, I, 466. Troplong, II, 633 et 634. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 361 ; Paris, 12 décembre 1844, Sir., 44, 2, 115.

Le droit de demander la résolution d'une vente immobilière était, d'après les principes du Code Napoléon, indépendant du privilège établi par l'art. 2103, n° 1²⁷. Ainsi, le vendeur jouissait de ce droit, quoiqu'il n'eût pas rempli les formalités prescrites pour la conservation de son privilège²⁸, qu'il y eût formellement renoncé²⁹, ou qu'il eût négligé de se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble, revendu volontairement ou par expropriation forcée, et dans lequel il aurait pu obtenir le paiement intégral de ce qui lui était dû³⁰. Il était même autorisé à l'exercer contre un second acquéreur qui avait régulièrement purgé l'immeuble par lui acquis³¹. Mais ces principes ont été modifiés par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription. Aux termes de l'art. 7 de cette loi, exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1856, l'action résolutoire ne peut être exercée, après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis, du chef de l'acquéreur, des droits sur l'immeuble, et qui les ont dûment conservés. Toutefois, d'après la disposition transitoire de l'art. 11, al. 4, de la même loi, le vendeur dont le privilège se trouverait éteint au moment de sa mise à exécution pourra conserver, vis-à-vis des tiers, son action résolutoire, en la faisant inscrire au bureau des hypothèques dans le délai de six mois à partir de la même époque.

Les poursuites dirigées par le vendeur contre l'acheteur, en paiement du prix, n'emportent pas, en général, renonciation à la faculté de poursuivre la résolution de la vente, encore que le

²⁷ Merlin, *Rép.*, v° Échange, n° 2 ; v° Privilège, sect. V, n° 5 ; et v° Résolution, n° 2. Duranton, XVI, 361. Duvergier, 1, 441.

²⁸ Civ. cass., 2 décembre 1811, Sir., 12, 1, 56. Civ. cass., 3 décembre 1817, Sir., 18, 1, 124. Limoges, 19 janvier 1824, Sir., 28, 2, 124. Civ. cass., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 371. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115. — Il ne faut pas conclure de là que le vendeur dont le privilège n'avait pas été conservé dût néanmoins être colloqué en vertu de ce privilège, par le motif qu'il aurait pu, en demandant la résolution de la vente, anéantir les droits du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires du premier acheteur. Civ. cass., 18 juillet 1825, Sir., 25, 1, 392. Montpellier, 1^{er} avril 1832, Sir., 33, 2, 426. Voy. en sens contraire : Lyon, 20 mai 1828, Sir., 29, 2, 125.

²⁹ Rouen, 15 mai 1852, Sir., 53, 2, 76.

³⁰ Troplong, II, 660. Civ. cass., 24 août 1831, Sir., 31, 1, 315. Req. rej., 30 juillet 1834, Sir., 35, 1, 311. Civ. cass., 25 août 1841, Sir., 42, 1, 46. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115.

³¹ Troplong, II, 660. Paris, 11 mars 1816, Sir., 17, 2, 1. Civ. cass., 25 août 1841, Sir., 42, 1, 46. Civ. cass., 10 décembre 1844, Sir., 45, 1, 155.

contrat renferme une clause résolutoire expresse³². Mais le vendeur qui a provoqué, autorisé³³, ou approuvé³⁴ soit la revente de l'immeuble, soit la concession de droits d'hypothèques ou de servitudes sur cet immeuble, est à considérer comme ayant renoncé à la faculté de demander la résolution de la vente contre les tiers au profit desquels a eu lieu la revente ou la constitution de servitudes ou d'hypothèques. En cas de reventes successives, la renonciation d'un précédent vendeur à l'action résolutoire n'empêche pas le vendeur subséquent de former une pareille demande, alors même qu'il aurait délégué au premier tout ou partie du prix stipulé dans l'acte de revente³⁵.

La résolution de la vente pour défaut de paiement du prix est réglée par les principes généraux sur la condition résolutoire et la mise en demeure³⁶, en ce qui concerne la manière dont cette résolution s'opère³⁷, les pouvoirs du juge appelé à la prononcer³⁸, et les effets qu'elle produit.

³² Troplong, II, 656. Duvergier, I, 444. Merlin, *Quest.*, v° Option, § 1, n° 10. Paris, 11 mars 1816, Sir., 17, 2, 4. Il en était autrement en Droit romain.

³³ Cpr. Req. rej., 7 novembre 1832, Sir., 33, 4, 310; Req. rej., 9 juillet 1834, Sir., 34, 1, 806.

³⁴ Le vendeur qui a produit dans un ordre ouvert pour la distribution du prix de revente de l'immeuble doit-il être considéré comme ayant approuvé la revente de cet immeuble, et, par conséquent, comme ayant renoncé au droit de résolution? Voy. pour l'affirmative: Troplong, *de la Vente*, II, 659, *des Hypothèques*, I, 224 et 225; Duvergier, I, 447; Req. rej., 16 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27; Req. rej., 2 juin 1824, Sir., 25, 1, 283. Voy. pour la négative: Merlin, *Quest.*, v° Option, § 1, n° 6; Civ. rej., 30 avril 1827, Sir., 27, 1, 273; Agen, 22 mai 1832, Dalloz, 1833, 2, 98; Bordeaux, 29 mai, et Paris, 12 août 1835, Sir., 36, 2, 57 et 272; Req. rej., 16 mars 1840, Sir., 40, 1, 321; Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416.

³⁵ Civ. cass., 13 juillet 1847, Sir., 47, 4, 587. Civ. cass., 20 juin 1850, Sir., 50, 1, 654.

³⁶ Cpr., § 302, n° 3; et § 308, n° 4.

³⁷ L'art. 1656 ne contient pas, ainsi que nous l'avons démontré à la note 49 du § 302, une exception aux principes généraux reçus en matière de pacte commissoire. Cet article n'est qu'une conséquence de la règle que la résolution, lors même qu'elle doit avoir lieu de plein droit, ne s'opère que par la mise en demeure du débiteur. Il en résulte que, si le créancier avait expressément stipulé, qu'à défaut de paiement du prix au terme convenu, le contrat serait résolu de plein droit et, de plus, sans qu'il fût besoin de sommation, l'acheteur, constitué en demeure par la seule échéance du terme, ne pourrait plus invoquer les dispositions de l'art. 1656. Duvergier, I, 462. Toullier, VI, 557 et 568. Troplong, II, 668. Voy. en sens contraire: Duranton, XVI, 373.

³⁸ Ainsi, le juge saisi de la demande en résolution peut accorder un délai pour le paiement du prix d'une vente mobilière, comme pour celui d'une vente d'im-

En cas de revente de l'immeuble par expropriation forcée, le vendeur est, en général, déchu de la faculté de provoquer la résolution de la vente, s'il n'a pas formé sa demande, avec notification au greffe, avant le jugement d'adjudication. Cette règle spéciale, établie par l'art. 717 du Code de procédure révisé, s'applique non-seulement au cas où le vendeur a été touché de la sommation prescrite par le second alinéa de l'art. 692 de ce Code, mais encore à celui où, à défaut d'inscription, cette sommation ne lui a pas été faite. Elle cesserait, au contraire, de recevoir application, si, malgré son inscription, il n'avait pas été constitué en demeure d'exercer son action résolutoire, et l'on retomberait alors sous l'empire des principes du Droit commun³⁹. D'un autre côté, cette règle est étrangère au cas où la poursuite sur expropriation forcée a été convertie en vente volontaire⁴⁰.

Le droit de demander la résolution de la vente, soit d'une chose mobilière, soit d'un immeuble, ne se prescrit que par trente ans, tant que la chose vendue reste dans les mains de l'acheteur. En cas de nouvelle aliénation, ce droit s'éteint, au profit de l'acquéreur de bonne foi⁴¹, par le fait même de la livraison, lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière corporelle⁴², et

meubles. Art. 1184. *Nec obstat* art. 1655. Toutefois, il ne devra que rarement donner terme à un acheteur d'objets mobiliers, puisque, la plupart du temps, le vendeur serait exposé à perdre la chose et le prix. Duvergier, I, 436.

³⁹ La simple sommation faite au vendeur, comme aux autres créanciers inscrits, de prendre communication du cahier des charges, serait insuffisante, si elle n'avait pas été accompagnée de l'avertissement exigé par le second al. de l'art. 692, pour le constituer en demeure d'exercer son action résolutoire. Rodière, *De la compétence et de la procédure*, III, p. 159. Chauveau, *Journal des avoués*, t. 75, p. 318.

⁴⁰ Cpr. Code de procédure, art. 743 et suiv. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2441. Rodière, *op. cit.*, III, p. 207. Caen, 9 février 1850, et Paris, 14 août 1851, Sir., 52, 2, 49.

⁴¹ Le sous-acquéreur doit, en général, être considéré comme étant de mauvaise foi, lorsqu'il a su, au moment de son acquisition, que tout ou partie du prix restait dû au vendeur originaire. Il en serait toutefois autrement, s'il avait de justes motifs de croire que ce dernier serait ultérieurement désintéressé. Cpr. Troplong, II, 662; Paris, 20 janvier 1826, Sir., 27, 2, 73; Orléans, 14 décembre 1832, Sir., 33, 2, 575; Nîmes, 19 février 1839, Sir., 39, 2, 455; Req. rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1, 521; Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115.

⁴² Arg. art. 2279. En matière de cession de créances, l'action en résolution du cédant dure trente ans, même à l'égard d'un second cessionnaire. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433.

par l'usucapion de dix à vingt ans, lorsqu'il s'agit d'un immeuble ⁴³.

Pour garantir d'autant mieux, en matière de ventes mobilières, les droits du vendeur, et pour empêcher qu'il ne soit exposé à perdre la chose et le prix, la loi lui permet de saisir-revendiquer l'objet vendu, dans la huitaine de la livraison ⁴⁴. Il ne jouit cependant de cette faculté, qu'autant que la vente a été faite sans terme, et que l'objet vendu se trouve encore en la possession de l'acheteur, sans avoir subi de changements qui lui aient fait perdre son ancienne forme, sa nature et sa dénomination ⁴⁵. Mais la simple saisie de l'objet vendu par les créanciers de l'acheteur ne forme pas obstacle à l'exercice de cette faculté, qui, en pareille circonstance, se réalise au moyen d'une demande en distraction ⁴⁶. La revendication dont il est ici question n'opère pas la résolution de la vente, et n'a d'autre effet que de faire rentrer le vendeur dans la possession de l'objet vendu, pour en demeurer nanti jusqu'à parfait paiement du prix ⁴⁷. D'un autre côté, la revendication est distincte du droit de résolution en ce sens que le vendeur est autorisé à exercer ce droit, soit contre l'acheteur, soit contre ses créanciers saisissants, bien qu'il ne se trouve pas dans les conditions exigées pour l'admission de la revendication ⁴⁸.

⁴³ Duranton, XVI, 363 et 364. Troplong, *De la vente*, II, 662; *De la prescription*, II, 797. Roland de Villargues, *Dissertation*, Sir., 27, 2, 75. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 517. Toulouse, 13 août 1827, Sir., 29, 2, 81. Colmar, 6 mars 1830, Sir., 31, 2, 135. Req. rej., 12 janvier 1831, Sir., 31, 1, 129. Grenoble, 4 août 1831, Sir., 32, 2, 400. Bordeaux, 24 décembre 1832, Sir., 33, 2, 295. Orléans, 14 décembre 1831, et Rouen, 28 décembre 1831, Sir., 33, 2, 575. Nîmes, 19 février 1839, Sir., 39, 2, 455. Agen, 28 août 1841, Sir., 42, 2, 110. Req. Rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1, 521. Voy. en sens contraire : Paris, 4 décembre 1826, Sir., 27, 2, 74 ; Montpellier, 29 mai 1827, Sir., 28, 2, 263 ; Paris, 4 mars 1835, Sir., 35, 2, 230.

⁴⁴ Art. 2102, n° 4. Cpr. Code de procédure, art. 826 et suiv.; Ferrière sur la coutume de Paris, art. 176.

⁴⁵ Le droit de saisie-revendication est même restreint dans des limites plus étroites, lorsqu'il s'agit de marchandises vendues à un commerçant qui est tombé en faillite. Cpr. Code de commerce, art. 576 et suiv. ; note 22 *supra*.

⁴⁶ Cpr. Code de procédure, art. 608.

⁴⁷ Valette, *Des privilèges et des hypothèques*, I, 90. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, I, 193.

⁴⁸ Valette, *op. et locc. citt.* Voy. aussi les autorités citées aux notes 21 et 22 *supra*. Cpr. cep. Duranton, XVI, 380.

§ 357.

f) *Des causes de résolution et de rescision, particulières au contrat de vente. — (1) Du pacte de retrait (Pacte de rachat ou de réméré)*¹.

Le pacte de retrait est une clause par laquelle le vendeur se réserve, lors du contrat², la faculté de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix³ et le paiement des indemnités mentionnées à l'art. 1673. Art. 1659.

La faculté de retrait ne peut être stipulée que pour cinq ans. Le délai pour l'exercice de cette faculté est, de plein droit, fixé ou réduit à ce terme, lorsque la convention ne l'a pas réglé ou qu'elle a indiqué un terme plus long. Art. 1660. Si ce délai a été fixé à moins de cinq ans, les parties sont, avant son expiration, autorisées à le prolonger; mais elles ne peuvent dépasser le terme de cinq ans à compter du jour de la vente⁴. Encore la prolongation, valablement convenue entre les parties, ne peut-elle être opposée aux tiers, qui ne sont soumis à aucun recours

¹ Les expressions usitées de *pacte de rachat ou de réméré* manquent d'exactitude: elles supposent que l'exercice de la faculté réservée au vendeur donne lieu à une nouvelle vente, dans laquelle le vendeur primitif figure, à son tour, comme acheteur, tandis que cette faculté ne forme qu'une condition résolutoire, dont l'accomplissement replace les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente. *Est distractus potius quam contractus*. C'est ce qui nous a déterminés à employer la dénomination de *pacte de retrait ou de retrait conventionnel*, dénomination adoptée par Tiraqueau dans son *Traité sur cette matière*. Pothier, n° 442. Duranton, XVI, 390. Troplong, II, 692 et suiv. Duvergier, II, 7.

² Si le pacte de retrait était apposé *ex intervallo*, à une vente pure et simple, il formerait une promesse de revente. Delvincourt, sur l'art. 1659. Duranton, XVI, 390. Troplong, II, 694.

³ L'engagement que prendrait le vendeur, de payer une somme supérieure au prix de vente, n'a, théoriquement parlant, rien d'illicite, et ne répugne pas à la nature du retrait. Toutefois, comme le but de cette stipulation sera presque toujours de déguiser un prêt usuraire, les tribunaux devront en faire abstraction, à moins qu'elle ne trouve sa justification dans des circonstances particulières, de nature à écarter tout soupçon d'usure. Pothier, n° 444. Duvergier, II, 42. Paris, 9 mars 1808, Sir., 8, 2, 157. MM. Delvincourt (III, p. 159), Duranton (XVI, 429) et Troplong (II, 696), considèrent la stipulation dont il s'agit comme illicite en elle-même.

⁴ Arg. art. 1660 cbn. art. 845, al. 2. Troplong, II, 744. Duvergier, II, 26. Voy. en sens contraire: Duranton, XVI, 398.

de la part du vendeur, lorsque le réméré n'est exercé qu'après l'expiration du terme primitivement fixé⁵. Le délai déterminé par la convention ne peut, en aucun cas, être prorogé par le juge. Art. 1661.

Le délai du retrait court contre toutes personnes, même contre les mineurs. Art. 1663. Il se compte d'après les règles générales sur la supputation des délais⁶.

L'expiration du délai fixé pour l'exercice du retrait emporte, *ipso facto*, déchéance de cette faculté, et rend l'acheteur propriétaire incommutable. Art. 1662.

Le vendeur doit, en général, pour ne pas encourir la déchéance de la faculté de retrait, faire à l'acheteur, avant l'expiration du délai assigné à l'exercice de cette faculté, des offres réelles pour le montant des restitutions auxquelles il est tenu. Les tribunaux seraient cependant autorisés à admettre, comme suffisantes, des offres purement verbales, pourvu qu'il fût constant que ces offres étaient sincères, et que le vendeur se trouvait en position de les réaliser immédiatement⁷. Ils pourraient également, selon les circonstances, considérer comme suffisantes pour soustraire le vendeur à la déchéance des offres réelles irrégulières ou incomplètes⁸. En aucun cas, le vendeur n'est astreint à consigner avant l'échéance du terme, ni à former avant cette époque une demande de validité des offres qu'il a faites⁹.

⁵ Art. 1321. Cpr. Paris, 5 juillet 1834, Sir., 34, 2, 449.

⁶ Cpr. § 49. Toullier, XIII, 54. Duvergier, II, 23. Angers, 3 mai 1830, Sir., 31, 2, 85. Req. rej., 7 mars 1834, Sir., 33, 1, 216. Nîmes, 31 mars 1834, Sir., 40, 2, 319.

⁷ Troplong, II, 724 et suiv. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 905. Besançon, 20 mars 1819, Dalloz, *op. et locc. cit.* Nîmes, 31 mars 1840, Sir., 40, 2, 319. Cpr. Colmar, 1^{er} mai 1814, Sir., 44, 2, 458. M. Duvergier (II, 27), tout en reconnaissant que la consignation des sommes offertes par le vendeur n'est pas indispensable pour empêcher sa déchéance, rejette cependant, comme absolument inefficaces, des offres purement verbales. Cet auteur ne nous paraît pas conséquent avec lui-même : si le vendeur ne devait être considéré comme ayant exercé le réméré, qu'autant qu'il se serait réellement libéré envers l'acheteur, ou qu'il aurait fait un acte équivalent à paiement, il faudrait en conclure que des offres réelles non suivies de consignation sont tout aussi inefficaces que des offres purement verbales. Cpr. § 322, texte et notes 21 et 22.

⁸ Merlin, *Rép.*, v° retrait conventionnel, n° 7. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 625. Duranton, XVI, 403. Troplong, II, 723. Req. rej., 25 avril 1812, Sir., 43, 1, 230. Douai, 17 décembre 1814, Sir., 16, 2, 36. Bastia, 10 janvier 1838, Sir., 38, 2, 266.

⁹ L'art. 1662 paraît, à première vue, faire dépendre la conservation de la faculté

Le vendeur qui veut exercer le retrait doit rembourser à l'acheteur le prix de vente, ainsi que les frais de passation du contrat, et ceux d'enlèvement ou de transport de la chose vendue. Il doit également rembourser les impenses nécessaires ou utiles que l'acheteur a faites, savoir, les premières pour la totalité des déboursés qu'elles ont occasionnés, et les secondes jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée¹⁰. Art. 1673, al. 1. Mais il n'est tenu de bonifier, ni les dépenses de simple entretien¹¹, ni les impenses voluptuaires¹², ni les intérêts du prix qu'il a reçu¹³. Du reste, ce n'est qu'après avoir satisfait à toutes les obligations ci-dessus énoncées, que le vendeur peut demander le délaissement. Art. 1673, al. 1.

L'acheteur, de son côté, est tenu de restituer la chose avec les accessoires qui en dépendaient au moment de la vente, et les accessions qu'elle a reçues depuis cette époque¹⁴. Les fruits perçus par l'acheteur lui demeurent acquis, à partir du jour de la vente jusqu'au jour correspondant de l'année où le retrait est exercé¹⁵.

de retrait, de l'introduction d'une action en justice dans le délai fixé à cet effet ; mais, en rapprochant ce texte des art. 1668 et 1669, on demeure convaincu que le mot *action* ne doit pas être ici pris dans son sens propre, et que les rédacteurs du Code Napoléon ont employé les termes : *faute d'avoir exercé son action en réméré*, comme équivalents de ceux-ci : *faute d'avoir usé du pacte de réméré*. Duranton, XVI, 403. Troplong, II, 716. Duvergier, II, 28. Cpr. aussi les arrêts cités aux notes précédentes.

¹⁰ L'obligation de restituer la mieux-value n'est cependant pas absolue ; les juges peuvent la restreindre, selon les circonstances, en appliquant les dispositions éminemment équitables de la loi 38, D. *de rei vind.* (6, 1).

¹¹ Les dépenses de simple entretien ne constituent pas des impenses nécessaires dans le sens de l'art. 1673. L'acheteur ne peut les répéter, parce qu'elles sont une charge des fruits qu'il a perçus et qu'il conserve. Arg. art. 605. Cpr. § 228. Cpr. aussi notes 43 et 45, *infra*. Duvergier, II, 49.

¹² L'acheteur jouit seulement, en ce qui concerne ces impenses, de la faculté accordée à l'usufruitier par l'art. 599, al. 3. Cpr. § 231.

¹³ En n'imposant au vendeur que l'obligation de payer *le prix principal*, l'art. 1673 le dispense, par cela même, de la bonification des intérêts de ce prix. Cette exception aux conséquences qu'entraîne en général la condition résolutoire (cpr. § 302, notes 41 et 42), prouve que, pour éviter des décomptes souvent très-difficiles, le législateur a entendu établir une compensation entre les intérêts du prix et les fruits ou l'usage de la chose. Cpr. texte et note 45 *infra*.

¹⁴ La moitié du trésor trouvé par l'acheteur doit être restituée au vendeur : c'est une conséquence forcée de l'effet rétroactif qu'entraîne l'exercice du retrait. Delvincourt, III, p. 459. Duranton, XVI, 425. Troplong, II, 766. Duvergier, II, 55. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 401.

¹⁵ *Fructus cum usuris compensantur*. Cpr. note 43, *supra*.

Quant à ceux qu'il a perçus dans le courant de cette année, et à ceux que le vendeur pourra recueillir dans le même intervalle, ils doivent être partagés entre les parties, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés depuis le jour correspondant à celui de la vente jusqu'à celui du retrait¹⁶. L'acheteur doit aussi faire état des dégradations que la chose a subies par sa faute.

Lorsque la vente a pour objet un immeuble, le vendeur peut, après avoir au préalable fait les offres nécessaires à son acquéreur, et sans être tenu de mettre ce dernier en cause, exercer le retrait contre tout tiers détenteur¹⁷. Art. 1664. La résolution de la vente résultant de l'exercice du retrait fait rentrer l'immeuble vendu dans les mains du vendeur libre et franc de toutes les servitudes ou hypothèques dont il peut se trouver grevé du chef de l'acheteur¹⁸. Mais le vendeur est tenu d'exécuter les baux passés sans fraude par ce dernier. Art. 1673, al. 2.

Lorsque l'objet vendu consiste en une chose mobilière corporelle¹⁹, la faculté de retrait ne peut être exercée contre le tiers possesseur, ni au préjudice d'un créancier qui aurait acquis un privilège préférable à celui que la loi accorde au vendeur pour le paiement du prix, à moins que le tiers possesseur ou le créancier n'ait eu, avant l'acquisition ou avant l'établissement du privilège, connaissance du pacte de retrait²⁰.

L'acheteur jouit, jusqu'à l'exercice du retrait, de tous les droits

¹⁶ Duvergier, II, 56 et 57. MM. Duranton (XIV, 424) et Troplong (II, 770 et suiv.) professent, sur la question du partage des fruits de la dernière année, question fortement controversée parmi les anciens auteurs, des opinions qui présentent quelques divergences entre elles et avec celle que nous avons adoptée.

¹⁷ L'action en retrait diffère, sous ce rapport, de l'action en résolution pour cause d'inexécution du contrat de la part de l'acheteur. Cette dernière repose sur un fait postérieur à la vente, fait pour la vérification duquel la présence de l'acheteur est indispensable. La première, au contraire, dépend uniquement de l'appréciation d'éléments qui se trouvent dans le contrat lui-même, et ne présente rien à juger contre l'acheteur. Voy. d'ailleurs § 302, texte n° 3 et notes 44 à 47. Troplong, II, 732. Duvergier, II, 61.

¹⁸ La transaction conclue par l'acheteur au sujet de la chose par lui acquise ne peut être opposée au vendeur qui exerce le retrait. Cpr. Marbeau, *Traité des transactions*, n° 115. — Le vendeur est admis à former tierce opposition aux jugements rendus contre l'acheteur.

¹⁹ Cpr. Caen, 24 avril 1844, Sir., 41, 2, 433.

²⁰ Arg. art. 2279 cbn. 2402, n° 4, al. 3. Cpr. Duvergier, II, 15.

que confère une vente pure et simple²¹. Ainsi, il peut, à l'aide de l'usucapion, consolider son acquisition à l'égard du véritable propriétaire et des tiers qui prétendraient des droits réels sur la chose vendue. Art. 1665. Il peut aussi, lorsqu'il est poursuivi par les créanciers hypothécaires du vendeur, leur opposer l'exception de discussion²². Art. 1666. Mais il n'est pas admis, avant l'expiration du délai fixé pour le retrait, à user de la faculté, que le vendeur s'est réservée, d'expulser le preneur. Art. 1751.

Le vendeur, de son côté, jouit, jusqu'à l'expiration du délai de retrait, d'un droit éventuel de propriété, dont la réalisation est subordonnée à l'exercice de cette faculté. Il peut, à moins de convention contraire, céder à un tiers le droit qui lui compète. Il peut aussi conditionnellement aliéner la chose vendue, ou la grever de servitudes et d'hypothèques. Art. 2125, et arg. de cet article²³. L'aliénation par lui consentie emporte virtuellement cession de la faculté de retrait²⁴. Quant aux constitutions d'hypothèques ou de servitudes, elles seront efficaces, si, par l'exercice du retrait, la chose rentre dans les mains du vendeur²⁵; elles s'évanouiront, au contraire, si le retrait n'est pas exercé, ou s'il est exercé par un tiers cessionnaire de cette faculté²⁶.

Le cas où la chose vendue sous condition de retrait appartient à plusieurs par indivis, et celui où l'une ou l'autre des parties

²¹ Le pacte de retrait constitue une condition résolutoire, et non une condition suspensive. Civ. cass., 18 mai 1813, Sir., 13, 1. 376. Cpr. § 302, n° 3.

²² Pourvu qu'il se trouve dans les conditions indiquées par les art. 2170 et 2171, qui ont pour objet de déterminer les limites dans lesquelles peut être exercé le bénéfice de discussion, accordé aux tiers détenteurs d'immeubles grevés d'hypothèques. Delvincourt, sur l'art. 1666. Duvergier, II, 33.

²³ La vente conditionnelle d'une chose précédemment aliénée avec faculté de retrait ne constitue pas une vente de la chose d'autrui dans le sens de l'art. 1599. Le contraire a cependant été admis par la cour d'Amiens, et par la cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi formé contre son arrêt. Req. rej., 4 août 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Vente, p. 906. Cpr. aussi: Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., 29, 1, 258. Voy. dans le sens de notre opinion, les auteurs cités à la note suivante.

²⁴ Duranton, XVI, 408. Troplong, II, 741. Duvergier, II, 29. Voy. en sens contraire, les arrêts cités à la note précédente.

²⁵ Merlin, *Rép.*, v° Hypothèque, sect. II, § 3, art. 3, n° 5. Delvincourt, III, p. 292. Troplong, *De la vente*, II, 740; *Des hypothèques*, II, 469. Duvergier, II, 29. Douai, 22 juillet 1820, Sir., 21, 2, 247. Voy. en sens contraire: Grenier, *Des hypothèques*, 1, 153; Bordeaux, 5 janvier 1833, Sir., 33, 2, 188.

²⁶ Troplong, *Des hypothèques*, II, 469. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275.

est morte en laissant plusieurs héritiers, sont prévus et réglés par les art. 1667 à 1672²⁷.

§ 358.

Continuation. — (2). *De la rescision de la vente pour cause de lésion de plus des sept douzièmes.*¹.

Le vendeur d'un immeuble corporel² peut, lorsqu'il a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix, demander la rescision de la vente, quoique, lors du contrat³, il ait expressément renoncé à cette faculté, ou déclaré donner la plus-value. Art. 1674.

²⁷ Cpr. Grenoble, 24 juillet 1834, Sir., 35, 2, 78.

¹ Cpr. L. 2, C. de rescind. vend. (4, 44). L'action en rescision pour cause de lésion, qui avait été abolie par la loi du 14 fructidor an III, n'a été admise au Conseil d'état qu'à la suite d'une discussion fort animée, dans laquelle le premier Consul s'est prononcé en faveur de la rescision. Cpr. Loqué, *Lég.*, XIV, p. 62 et suiv., nos 54 et 55, p. 76 à 95, nos 1 et 2.

² Le mot *immeuble*, employé par l'art. 1674, ne s'applique qu'aux immeubles corporels. Cela résulte, jusqu'à l'évidence, de la combinaison de cet article avec les art. 1675, 1681 et 1682. Cpr. aussi art. 2118 et 2181. D'ailleurs, la valeur de droits réels immobiliers n'est pas susceptible d'une estimation assez précise, pour qu'on puisse prêter au législateur l'intention d'avoir voulu étendre aux cessions de droits de cette nature une action qu'il n'a admise, contrairement aux principes généraux du Droit, qu'en partant de l'idée que l'existence de la lésion pourrait être établie d'une manière certaine. Ainsi, par exemple, l'action en rescision n'est pas recevable contre la vente d'un usufruit immobilier. Abstraction faite des raisons qui viennent d'être indiquées, cette solution devrait toujours être adoptée à raison du caractère aléatoire d'une pareille vente. Cpr. note 7 *infra*. Duranton, XVI, 444. Voy. cep. en sens contraire. Delvincourt, III, p. 163. — *Quid* de la cession d'un droit d'emphytéose? MM. Duranton (XVI, 443) et Troplong (II, 793) pensent qu'une pareille cession est sujette à rescision pour cause de lésion. Nous ne saurions adopter cette opinion, qui, d'ailleurs, repose sur la supposition, erronée selon nous, que l'emphytéose forme encore aujourd'hui un droit réel immobilier.

³ Il ne faut pas conclure, par argument *a contrario* des termes de l'art. 1674, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat, que toute renonciation faite postérieurement à la vente soit valable par cela seul, et rende non recevable l'action en rescision. Les tribunaux ne devraient s'arrêter, ni à une renonciation gratuite, ni même à une renonciation consentie moyennant une somme qui, jointe au prix porté au contrat, n'égalerait pas les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble, si ces renonciations avaient eu lieu à une époque où le vendeur n'avait pas encore touché le prix primitif. Delvincourt, III, p. 165. Duranton, XVI, 437. Cpr. cep. Toullier, VIII, 505; Troplong, II, 798; Duvergier, II, 78.

Il en est ainsi, alors même que le prix a été déterminé par un tiers, conformément à l'art. 1592⁴.

L'acheteur ne peut, en aucun cas, demander pour cause de lésion la rescision de la vente.

Les ventes de meubles ne sont pas sujettes à rescision pour cause de lésion⁵. Il en est autrement des ventes qui comprennent à la fois des meubles et des immeubles, quoiqu'elles soient faites pour un seul et même prix⁶.

La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans les ventes aléatoires, c'est-à-dire dans les ventes qui présentent des chances de gain ou de perte résultant de l'incertitude qui existerait, soit sur la valeur de la chose vendue, soit sur le montant définitif du prix⁷. Ainsi, l'action en rescision n'est admissible, ni contre des ventes à prix ferme de la nue propriété d'un immeuble⁸, ni contre des ventes consenties moyennant

⁴ *Lex non distinguit.* Les considérations d'erreur de dol ou de contrainte, qui ont fait admettre l'action en rescision pour cause de lésion (cpr. *Exposé de motifs* par Portalis, Loqué, *Lég.* XIV, p. 461 et suiv., nos 28 et suiv.), peuvent tout aussi bien se présenter dans le cas où le prix a été fixé par experts que dans celui où il l'a été par les parties elles-mêmes. Delvincourt, III, part. II, p. 355. Duranton, XVI, 446. Voy. en sens contraire: Troplong, I, 458; Duvergier, I, 457; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, III, 92 et suiv.; Bordeaux, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 427.

⁵ Ainsi, l'action en rescision n'est pas admissible contre la vente d'un office. Troplong, II, 789. Req. rej., 17 mai 1832, Sir., 32, 4, 849.

⁶ En pareil cas, il faudrait déterminer par ventilation la portion du prix qui doit vraisemblablement s'appliquer aux objets mobiliers compris dans la vente. Duranton, XVI, 439. Duvergier, II, 74.

⁷ La raison en est que, dans ces ventes, il est impossible de calculer, d'une manière précise, la proportion du prix à la valeur de la chose vendue. *Exposé de motifs* par Portalis (Loqué, *Lég.*, XIV, p. 472, n° 37). Duvergier, II, 75. Merlin, *Rép.* v° Lésion, § 4, n° 8. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 899. Montpellier, 6 mai 1834, Sir., 34, 2, 278. Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 4, 394.

⁸ M. Troplong (II, 790 et suiv.) reconnaît également, en principe, que les ventes aléatoires ne sont pas sujettes à rescision. Mais il pense, avec M. Duranton (XVI, 442), que ce principe, applicable aux ventes faites moyennant une rente viagère, ne concerne pas les ventes de la nue propriété d'un immeuble. Il nous est impossible de nous rendre raison de la distinction que ces auteurs établissent entre ces diverses ventes, qui toutes présentent des chances de gain ou de perte résultant de l'incertitude de la vie humaine. Les hypothèses qu'ils indiquent à l'appui de leur opinion ne prouvent absolument rien puisque dans ces hypothèses la vente n'est plus réellement aléatoire. Voy. en ce sens: Duvergier, II, 75; Montpellier, 6 mai 1834, Sir., 34, 2, 278; Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 4, 394. Cpr. cep. Nîmes, 27 août 1847, Sir., 47, 2, 633.

une rente viagère⁹. Il en serait toutefois autrement, si ces ventes ne renfermaient réellement pas de chances aléatoires, et même si les chances qu'elles présentent étaient restreintes au point, qu'il fût moralement certain que le prix n'égalera jamais les cinq douzièmes de la valeur de la chose vendue¹⁰.

L'action en rescision pour lésion n'est pas admise contre les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice, telles que les ventes sur expropriation forcée, et celles des biens de mineurs ou d'interdits¹¹. Art. 1684. Mais les ventes pour la validité desquelles l'intervention de la justice n'est pas indispensable sont sujettes à rescision, quoique, de fait, elles aient eu lieu en justice ; telle serait, par exemple, une licitation judiciaire faite entre des cohéritiers majeurs et présents¹².

Pour savoir s'il y a lésion, il faut estimer l'immeuble vendu suivant son état et sa valeur au moment de la vente. Art. 1675. Cette estimation ne peut être faite que par des experts nommés d'office ou choisis par les parties¹³. Le juge n'est cependant pas

⁹ Angers, 24 février 1828, Sir., 30, 2, 131. Req. rej., 30 mai 1831, Sir., 1, 31, 217.— Il est vrai que la loi suppose, relativement à la fixation de la quotité disponible, la possibilité d'évaluer un usufruit ou une rente viagère ; mais, si une pareille évaluation, qui repose sur un calcul de probabilités, peut paraître suffisante pour autoriser, dans l'intérêt d'héritiers à réserve, la réduction d'une donation, elle ne saurait motiver, en faveur d'un vendeur, la rescision de la vente qu'il a librement consentie. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 463.

¹⁰ Duvergier, II, 75. Civ. cass., 22 février 1836, Sir., 36, 1, 486. Nancy, 2 août 1837, Sir., 39, 2, 483. — Du reste, il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où une vente, faite moyennant une rente viagère, devrait être déclarée non avenue à défaut de prix sérieux. Cpr. sur ce dernier point § 349, texte n° 3 et note 48.

¹¹ Douai, 1^{er} août 1838, Sir., 40, 2, 24.

¹² Cette distinction résulte clairement du texte de l'art. 1684, et des observations du Tribunal (Loché, *Lég.*, XIV, p. 429, n° 44), d'après lesquelles a été arrêtée la rédaction définitive de cet article. *Rapport* de Grenier au Tribunal (Loché, *op. cit.*, XIV, p. 254, n° 35). Merlin, *Rép.*, v° Lésion, § 4, n° 7. Duranton, XVI, 468. Troplong, II, 856 et 857. Duvergier, II, 84. De Fréminville, *De la minorité*, II, 877. Pau, 22 décembre 1832, Sir., 33, 2, 486.

¹³ Le juge ne pourrait, sans expertise préalable, et sur le vu d'actes de vente, de baux ou d'autres documents, déclarer l'existence de la lésion et prononcer la rescision. Cela résulte, jusqu'à l'évidence, de la combinaison des art. 1678 et 1677, ainsi que des observations du Tribunal (Loché, *Lég.*, XIV, p. 46, art. 404, p. 429, n° 43), sur la demande duquel on supprima, dans le projet du Code, une disposition qui accordait au juge la faculté de prononcer la rescision sans expertise préalable. Delvincourt, III, p. 466. Voy. en sens contraire : Limoges, 14 février 1827, Sir., 31, 1, 33 ; Troplong, II, 831 ; Duvergier, II, 106. Ces auteurs nous

lié par l'avis des experts : il peut s'en écarter¹⁴, ou ordonner d'office une nouvelle expertise. La vérification de la lésion ne doit, du reste, être ordonnée, qu'autant que le vendeur produit des documents ou qu'il articule des faits de nature à en faire présumer l'existence¹⁵. Art. 1677 à 1680.

Lorsque l'existence de la lésion est reconnue, la vente doit être rescindée, et l'acheteur condamné à restituer l'immeuble, si mieux il n'aime le garder en payant le supplément du juste prix¹⁶. Ce supplément consiste dans la différence qui existe entre le prix stipulé au contrat et la valeur estimative de l'immeuble, déduction faite du dixième de cette valeur. Art. 1681. L'acheteur qui use de cette faculté doit, à compter du jour de la demande en rescision, les intérêts de la somme qui lui reste à payer.

Si l'acheteur préfère abandonner l'immeuble, il est obligé d'indemniser le vendeur des dégradations occasionnées par sa faute¹⁷, et de restituer les fruits par lui perçus, mais seulement à partir du jour de la demande. Le vendeur doit, dans ce cas, rembourser à l'acheteur le prix de vente avec les intérêts, à compter de la même époque, et même à dater de la vente, si la chose n'a pas produit de fruits. Art. 1682. Il doit en outre rembourser à l'acheteur le montant des sommes déboursées par ce dernier pour impenses nécessaires, et la mieux-value résultant des impenses

paraissent avoir perdu de vue que, si l'expertise est, en général, facultative pour le juge, il en est autrement dans les cas où la loi a indiqué cette voie d'instruction comme moyen spécial de vérifier un fait. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 70.

¹⁴ Code de procédure, art. 323. Rauter, *op. et loc. cit.* Duranton, XVI, 451. Troplong, II, 835. Duvergier, I, 413. Nîmes, 12 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 46. Grenoble, 18 avril 1831, Dalloz, 1832, 2, 88. Req. rej., 31 mars 1840, Sir., 40, 4, 305. Voy. en sens contraire: Carré, *Lois de la procédure civile*, I, 4220, à la note.

¹⁵ La loi donne sous ce rapport une espèce de pouvoir discrétionnaire au juge, qui devrait rejeter l'action en rescision, si le vendeur se bornait à alléguer une lésion de plus de sept douzièmes, sans justifier de la vraisemblance de cette allégation. Merlin, *Rép.*, v^o Lésion, § 5. Duranton, XVI, 446. Troplong, II, 828 et 829. Duvergier, II, 405. Civ. rej., 7 décembre 1819, Sir., 20, 4, 463.

¹⁶ La faculté laissée à l'acheteur de se rédimer des effets de la rescision en payant un supplément de prix n'empêche pas que l'action en rescision ne soit une action immobilière.

¹⁷ Arg. art. 2175. Delvincourt, III, p. 467. Duvergier, II, 424. M. Troplong (II, 844) pense avec Pothier (n^o 361) que l'acheteur n'est tenu de faire raison au vendeur que des dégradations dont il a profité. Cette distinction nous paraît contraire à l'effet rétroactif que la rescision entraîne.

utiles qu'il a faites ; mais il n'est pas tenu de lui restituer les frais et loyaux coûts du contrat ¹⁸. L'acheteur a le droit de retenir l'immeuble, aussi longtemps que le vendeur n'a pas rempli ces obligations.

La rescision pour cause de lésion a un effet rétroactif au jour de la vente, et fait, par conséquent, évanouir les aliénations consenties et les hypothèques ou servitudes constituées par l'acheteur ¹⁹, sauf aux tiers contre lesquels réfléchirait la rescision à en arrêter les effets, en usant de la faculté accordée à l'acheteur de payer le supplément du juste prix. Art. 1681, al. 2, et arg. de cet article.

L'action en rescision n'est plus recevable, si l'immeuble vendu a péri en entier par l'effet d'un cas fortuit ²⁰, encore que l'acheteur l'eût revendu pour un prix supérieur à celui qu'il en avait payé ²¹.

Cette action doit, à peine de déchéance, être exercée dans le délai de deux ans, à compter de la conclusion de la vente ²². Ce délai court contre toutes personnes, et n'est pas suspendu, en cas de vente faite avec faculté de retrait, pendant la durée du temps stipulé pour l'exercice de cette faculté. Art. 1676.

Les dispositions des art. 1667-1672 relatives à l'exercice du retrait conventionnel, dans les hypothèses prévues par ces articles, sont également applicables à l'exercice de l'action en rescision. Art. 1685.

¹⁸ Delvincourt, III, p. 468. Troplong, II, 848. Duvergier, II, 426.

¹⁹ Toullier, VII, 549. Duvergier, II, 429.

²⁰ Cpr. Merlin, *Quest.*, v^o Rescision, § 4.—Si l'immeuble avait péri par la faute de l'acheteur, l'action en rescision se résoudrait en une action en dommages-intérêts. Troplong, II, 826. Cpr. § 334.

²¹ Le vendeur, en effet, n'a pas le droit d'exiger un supplément de prix ; l'obligation existant à son profit est facultative, et non alternative. Cpr. § 300, texte et note 5. L'action résultant de cette obligation ne peut avoir pour objet que la restitution de l'immeuble vendu, et l'acquéreur est affranchi de cette obligation par la perte de l'immeuble, arrivée sans sa faute. Art. 1302. Duvergier, II, 403. Voy. en sens contraire : Pothier, 350 ; Troplong, II, 826.

²² Le délai courrait du jour de la conclusion de la vente, lors même que l'acte qui la constate n'aurait été rédigé que plus tard. Troplong, II, 823. Duvergier, II, 400. Cpr. auss : Paris, 7 janvier 1845, Sir., 25, 2, 344 ; Req. rej., 2 mai 1827, Sir., 27, 4, 443.

Appendice au contrat de vente. — De la cession.

§ 359.

a). *Généralités.*

La cession, dans le sens le plus étendu de ce mot, est la transmission par acte entre-vifs d'un objet incorporel. Cette transmission, qui peut avoir lieu à titre gratuit ou à titre onéreux, est plus spécialement appelée cession ou transport, lorsqu'elle est faite moyennant un prix déterminé en argent, et qu'elle constitue ainsi une espèce de vente. Le transport des rentes, et celui des actions dans les sociétés de commerce, est appelé transfert.

Tout objet incorporel, et en particulier, tout droit et toute action portant sur une chose qui se trouve dans le commerce, est susceptible d'être cédé, à moins que la cession n'en soit contraire à quelque prohibition expresse ou implicite de la loi. Art. 1598.

Les créances conditionnelles ou éventuelles peuvent, tout aussi bien que les créances actuellement exigibles, former l'objet d'une cession. C'est ainsi que le prix d'un office peut valablement être cédé avant la nomination du nouveau titulaire¹. C'est ainsi encore que, dans un contrat d'assurance, l'assuré est autorisé à céder à l'assureur ses droits éventuels en cas de sinistre contre ses locataires ou voisins². C'est ainsi, enfin, que des sommes qui pourront être dues par suite de l'exécution de conventions déjà conclues, de devis et marchés, par exemple, sont susceptibles de cession³.

Les droits portant sur des choses futures peuvent également être cédés par anticipation. Art. 1130. On doit donc considérer comme valable la cession du droit de recueillir les fruits naturels ou civils d'un immeuble, et les arrérages d'une rente perpétuelle ou viagère⁴. Il y a mieux, rien ne s'oppose à la cession

¹ Paris, 26 juillet 1843, Sir., 43, 2, 523. Civ. cass., 15 janvier 1845, Sir., 45, 1, 84. Req. rej., 16 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282.

² Civ. cass., 24 novembre 1840, Sir., 41, 1, 45. Amiens, 24 juillet 1841, Sir., 45, 2, 93.—Voy. aussi sur les cessions, faites avant la loi du 27 avril 1825, des indemnités allouées par cette loi aux émigrés : Req. rej., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 908.

³ Cpr. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441 ; texte et note 5 *infra*.

⁴ Rouen, 28 novembre 1825, Sir., 26, 2, 214. Cpr. Req. rej., 24 juin 1815, Sir.,

de créances qui pourront résulter de conventions non encore conclues ; seulement, dans ce dernier cas, la saisine du cessionnaire à l'égard des tiers, et notamment de créanciers saisissants, ne saurait-elle remonter au delà du jour de la conclusion de ces conventions⁵.

Les objets qui sont cessibles de leur nature ne peuvent, en général, et sauf disposition contraire de la loi, être déclarés incessibles par convention. Cette proposition s'applique notamment aux rentes viagères, constituées à titre onéreux, et aux prix de remplacement militaire⁶. D'un autre côté, une créance ne devient pas incessible, par cela seul qu'elle a été frappée de saisie-arrêt⁷.

La loi défend expressément de céder les droits d'usage et d'habitation, les espérances de succession⁸, les parts éventuelles dans le produit des prises maritimes⁹, les traitements de réforme, les pensions militaires ou civiles, et celles de la Légion d'honneur¹⁰, les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieil-

15, 1, 408. Voy. en sens contraire : Caen, 5 mai 1836, Sir., 36, 2, 338. Les motifs de cet arrêt, qui juge que les arrérages à échoir d'une rente ne peuvent être efficacement cédés qu'avec le fonds même de la rente, ne nous paraissent nullement juridiques, et sont en opposition formelle avec l'art. 1130. Nous donnons notre complète adhésion aux moyens développés, dans cette affaire, par M. Demolombe, à l'appui de la proposition énoncée au texte.

⁵ Civ. rej., 7 août 1843, Sir., 43, 1, 775. Cpr. Paris, 31 janvier 1854, Sir., 54, 2, 734. — Il en est autrement, lorsqu'il s'agit de la cession de sommes qui pourront être dues par suite de l'exécution de conventions déjà conclues. Dans cette hypothèse, la saisine du cessionnaire à l'égard des tiers remonte au jour de l'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités exigées par l'art. 1690. La cour d'Aix (15 juin 1839, Sir., 39, 2, 93) a cependant jugé le contraire, mais par des motifs qui, à notre avis, renferment une double erreur, en ce que d'une part, cette cour a considéré la délivrance du titre comme nécessaire à la saisine, et en ce que, d'autre part, elle a envisagé comme une condition potestative inhérente à la cession elle-même une éventualité qui ne se rapportait qu'à la créance cédée.

⁶ Arg. art. 544, 1172, 1594, 1598 et 1981. Orléans, 6 août 1841, Sir., 41, 2, 575. Req. rej. 1^{er} mars 1843, Sir., 43, 1, 345. Civ. cass., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 619.

⁷ Cette proposition n'est qu'une application particulière de la règle : *Main de justice ne saisit et ne dessaisit personne*. Civ. rej., 3 décembre 1851. Sir., 52, 1, 241. Voy. aussi les autorités citées aux notes 27 à 29 du § 359 bis.

⁸ Art. 631, 634, 791, 1130 et 1600. Cpr. § 344, texte et notes 10 à 17.

⁹ Loi du 1^{er} octobre 1793, art. 46. Arrêté du 9 ventôse an IX, art. 42.

¹⁰ Déclaration du 7 janvier 1779, art. 1 et 13. Loi des 18-22 août 1791, art. 4. Arrêté des consuls du 7 thermidor an X. Avis du Conseil d'état des 23 janvier, 2 février 1808. Ordonnances des 27 août 1817 et 30 avril 1823. Loi sur les pen-

lesse, les rentes viagères attachées à la médaille militaire, les dotations des membres du sénat, enfin, les sommes attribuées aux rengagés et engagés volontaires après libération, par les art. 12 et 13 de la loi sur la dotation de l'armée¹¹. Toutefois, celles de ces pensions ou rentes qui sont susceptibles d'être saisies, soit exclusivement pour certaines causes, soit d'une manière absolue, mais jusqu'à concurrence seulement d'une somme ou portion déterminée, peuvent dans la même mesure former l'objet d'une cession¹².

La question de savoir si le transport de tels droits ou actions, sur l'incessibilité desquels la loi ne s'est point formellement expliquée, se trouve ou non implicitement prohibé, ne peut être résolue au moyen d'une seule et même formule¹³. Pour la solution de cette question, il faut s'attacher à la nature et aux caractères particuliers du droit à l'occasion duquel elle s'élève, au but dans lequel il a été établi, aux conditions de son exercice, et à l'ana-

sions de l'armée de terre du 11 avril 1831, art. 28. Loi sur les pensions de l'armée de mer du 18 avril 1831, art. 30. Loi sur l'état des officiers du 19 mai 1834, art. 20. Loi du 21 juin 1845, art. 7. Loi sur les pensions civiles du 9 juin 1853, art. 26.

¹¹ Voy. sur ces quatre derniers points : Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850 ; Décret du 29 février 1852, art. 3 ; Décret du 24 mars 1852, art. 3 ; Loi du 26 avril 1855, art. 18.

¹² Cpr. Avis du Conseil d'état des 22 décembre 1807-11 janvier 1808 ; Loi du 11 avril 1831, art. 28 ; Loi du 18 avril 1831, art. 30 ; Loi du 19 mai 1834, art. 20 ; Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5, al. 3 ; Loi du 9 juin 1853, art. 18.

¹³ On a vainement cherché à établir un principe général qui pût donner le moyen de reconnaître si tel droit est ou non susceptible d'être cédé. Certains auteurs posent en principe que tout ce qui est transmissible par succession l'est également par voie de cession. D'autres enseignent que les droits qui ne peuvent être exercés par les créanciers ne sont pas davantage susceptibles d'être cédés. Cpr. Troplong, I, 224 et suiv. Mais ces règles, qui ne font d'ailleurs que reculer ou déplacer la difficulté, ne sont, ni suffisantes sous le rapport de leur application pratique, ni même exactes en théorie. Il est des droits qui, comme le retrait successoral, sont transmissibles par voie de succession, et qui cependant ne sont pas susceptibles d'être cédés. Cela s'explique très-bien par la raison qu'il existe une grande différence entre des héritiers, qui représentent la personne même de leur auteur, et de simples cessionnaires, qui ne la représentent pas. A l'inverse, il est des droits qui, quoique ne passant pas aux héritiers, parce qu'ils s'éteignent par la mort de celui auquel ils compètent, n'en sont pas moins cessibles : tels sont le droit d'usufruit et le retour successoral dont s'occupe l'art. 747. Enfin, il est des droits qui, ne peuvent être exercés par les créanciers contre le gré du débiteur, et qui pouvant l'être avec son consentement, sont par cela même susceptibles d'être cédés. Cpr. § 342, note 13.

logie qu'il peut présenter avec d'autres droits, dont la loi aurait expressément autorisé ou interdit la cession.

En partant de ces données, on doit considérer comme implicitement prohibée par la loi la cession du droit de retrait successoral au profit d'un non-successible¹⁴, et celle du droit de réclamer des aliments, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un acte de libéralité, en tant du moins que la cession tendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur de la libéralité¹⁵. On doit de même considérer comme incessibles

¹⁴ Cpr. Une pareille cession serait en opposition directe avec le but de l'art. 841. Cpr. § 359 *ter*, texte n° 8. Voy. aussi § 312, texte et note 25.

¹⁵ Arg. art. 581 et 1004 du Code de procédure. Voy. aussi Code Napoléon, art. 1293, n° 3. Cette opinion paraît généralement admise en ce qui concerne les aliments dus en vertu de la loi. Troplong, *De la vente*, I, 227; *Des transactions*, n° 95. Paris, 7 floréal an XII, Sir., 4, 2, 132. Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, 2, 325. Mais elle est vivement controversée quant aux aliments dus en vertu d'un acte de libéralité. M. Troplong, notamment (*de la vente loc. cit. et des transactions*, nos 96 à 98), repousse, sous ce rapport, la solution donnée au texte, en se fondant sur ce que l'insaisissabilité n'entraîne pas virtuellement l'incessibilité, ni la prohibition de compromettre celle de céder, et en invoquant, à l'appui de sa manière de voir, la jurisprudence de la cour de cassation. Voy. Civ. rej., 31 mai 1826, Sir., 26, 4, 447; Req. rej., 22 février 1831, Sir., 31, 4, 407. Malgré ces importantes autorités, nous persistons dans notre sentiment. Il n'est, sans doute, pas exact de dire que toute créance insaisissable soit par cela même incessible. Ainsi, les rentes sur l'État, quoique ne pouvant être saisies, n'en sont pas moins susceptibles d'être cédées, et cela se comprend parfaitement : c'est en dehors de toute considération tirée de la personne du crédi-rentier, et dans le but de rehausser la valeur de ces rentes, que le législateur les a déclarées insaisissables, de sorte que, quand bien même la loi n'en eût pas formellement admis la cession, ce serait directement aller contre le but qu'elle a voulu atteindre, que de conclure de leur insaisissabilité à leur incessibilité. Lors, au contraire, que dans la vue de protéger la personne du créancier, comme cela se présente en matière d'aliments, la loi déclare une créance insaisissable, la conclusion que nous écartions il n'y a qu'un instant, pour cause d'inconséquence, devient parfaitement rationnelle. L'insaisissabilité conduit forcément, en pareil cas, à l'incessibilité, car la protection que le législateur a voulu accorder au créancier serait incomplète, si elle ne le mettait à l'abri de ses propres faiblesses. D'un autre côté, tout en convenant que la prohibition de compromettre n'emporte pas toujours celle de céder, et qu'ainsi, par exemple, le tuteur est autorisé à céder les créances du pupille, sur lesquelles il lui est interdit de compromettre, nous maintenons cependant que quand cette prohibition est fondée, non sur l'incapacité des personnes intéressées ou sur le défaut de pouvoir de leurs représentants, mais sur la nature même du droit qui doit former l'objet du compromis, elle ne se comprend qu'en raison de l'indisponibilité de ce droit, indisponibilité qui s'oppose à la cession aussi bien qu'au compromis. C'est ce que prouve clairement, à notre avis, le rapproche-

les traitements d'activité des militaires et des fonctionnaires publics, dans la mesure du moins de leur insaisissabilité¹⁶. Mais rien ne paraît, en principe et d'une manière absolue, s'opposer au transport des sommes déposées aux caisses d'épargne¹⁷. D'un autre côté, les cautionnements des officiers ministériels sont également, sauf l'exercice des privilèges qui les frappent, susceptibles de cession¹⁸.

La propriété d'un droit cédé, c'est-à-dire le pouvoir exclusif d'exercer les actions qui y sont attachées, se transmet en général, non-seulement entre les parties, mais même au regard des tiers, par le seul effet de la cession. Cette règle, qui s'applique notamment à la cession de droits réels, tels que l'usufruit et les droits successifs, et même à la cession de droits personnels sur des objets immobiliers ou sur des objets mobiliers déterminés dans leur individualité, ne reçoit exception qu'en matière de transport de créances proprement dites, c'est-à-dire de créances ayant pour objet, soit le paiement d'une somme d'argent, soit la livraison de choses mobilières, déterminées seulement quant à leur espèce¹⁹. Art. 1690 et 1691.

ment des art. 1003 et 1004 du Code de procédure : si la personne à laquelle a été fait un don ou legs d'aliments devait être considérée comme ayant *la libre disposition de son droit*, et comme pouvant, par conséquent, le céder à titre onéreux, et même y renoncer à titre gratuit, la prohibition de compromettre sur un pareil droit n'aurait plus aucun fondement rationnel. Nous terminerons en faisant remarquer que les motifs des arrêts cités en tête de cette note sont, il est vrai, contraires à notre manière de voir, mais qu'au fond il ne s'agissait pas d'aliments constitués à titre de don ou de legs, dans les espèces sur lesquelles ils ont statué, puisqu'un douaire ou des gains de survie sont bien moins le produit d'une pure libéralité que le résultat de conventions matrimoniales essentiellement synallagmatiques. Duranton, XVI, 165. Duvergier, I, 214. Voy. aussi les autorités citées à la note 19 du § 420.

¹⁶ Cpr. loi du 19 pluviôse an III ; Loi du 21 ventôse an IX.

¹⁷ Voy. cependant en sens contraire : Montpellier, 22 avril 1842, Sir., 42, 2, 307.

¹⁸ Rouen, 27 février 1838, Sir., 38, 1, 753, note 3. Paris, 11 mars 1852, Sir., 52, 2, 176. Voy. en sens contraire : Paris, 11 juillet 1836, Sir., 36, 2, 395.

¹⁹ Cette proposition, qui ne paraît pas avoir été contestée quant à la cession de droits d'usufruit ou de bail, a soulevé de graves difficultés en ce qui concerne le transport d'actions immobilières ou de droits successifs. La jurisprudence la plus récente se prononce pour l'application des art. 1690 et 1691 aux transports de ce genre. Req. rej., 23 juillet 1835, Sir., 35, 1, 481. Req. rej., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 197. Pau, 24 décembre 1844, Sir., 45, 2, 454. Voy. aussi : Req. rej., 18 novembre 1849, Sir., 21, 1, 321. Nous ne croyons pas devoir nous rallier à

L'obligation de délivrance s'accomplit en matière de cession, soit au moyen de la remise des actes qui constatent l'existence du droit cédé, soit même, suivant les cas, en vertu du simple consentement du cédant à l'exercice de ce droit par le cessionnaire. Art. 1689 et 1607.

La cession faite moyennant un prix déterminé en argent est, en général, régie par les mêmes principes que la vente d'objets corporels. Ainsi, les frais de cession sont à la charge du cessionnaire²⁰. Ainsi encore, le cédant d'un office ou de droits successifs jouit du privilège de vendeur²¹. Enfin, le cessionnaire d'un office peut exercer l'action en diminution de prix, en raison de causes ou de circonstances cachées de nature à diminuer notablement la valeur ou les produits de l'office²². Il résulte également de l'assimilation à faire entre la cession et la vente, que le cédant est tenu de garantir l'existence du droit cédé, au moment du transport. Art. 1693.

cette jurisprudence. Les dispositions des articles précités sont d'une nature tout exceptionnelle, et doivent dès lors être interprétées restrictivement. Or, le terme *débiteur*, qui se trouve à trois reprises répété dans cet article, indique bien clairement, à notre avis, que le législateur n'a eu en vue que la cession de créances proprement dites. Dans les espèces sur lesquelles ont statué les arrêts ci-dessus cités, le débat s'était exclusivement élevé entre le cessionnaire d'une part, et les cohéritiers du cédant ou le tiers soumis à l'action immobilière d'autre part, et l'on comprend que, faute par le cessionnaire de s'être fait connaître, tous les actes intervenus de bonne foi entre ces dernières personnes et le cédant devaient être maintenus, par application des principes d'équité qui servent de base aux art. 1240, 1382 et 1383. Mais il y a loin de là à établir en principe que les dispositions des art. 1690 et 1691 s'appliquent, d'une manière directe et absolue, aux cessions de toute espèce de droits incorporels. Cette application conduirait, si le débat venait à s'élever, soit entre deux cessionnaires successifs, soit entre un cessionnaire et les créanciers du cédant, à donner la préférence au cessionnaire qui le premier aurait rempli les formalités indiquées en l'art. 1690, bien que sa cession fût postérieure en date, et à permettre aux créanciers du cédant de saisir les droits cédés ou de les exercer au nom de leur débiteur tant que ces formalités n'auraient pas été accomplies. Or, ces conséquences ne nous paraissent pas devoir être admises. Voy. dans le sens de notre opinion : Duvergier, II. 354 ; Amiens, 19 août 1825, Sir., 26, 2, 185 ; Civ. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 268 ; Toulouse, 24 novembre 1832, Sir., 33, 2, 316. Cpr. aussi : Troplong, II, 907.

²⁰ Art. 1593. Civ. cass., 25 novembre 1840, Sir., 41 1, 127. — Ces frais pourraient cependant être mis à la charge du débiteur cédé, s'il avait concouru à une cession faite dans son intérêt.

²¹ Cpr. art. 2102 et 2103 ; §§ 261 et 263. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102. Grenoble, 4 janvier 1853, et Lyon, 29 juillet 1853, Sir., 53, 2, 580.

²² Cpr. § 355 bis, texte et note 40.

Les règles spéciales établies par le Code, en matière de cession de créances, de droits successifs, ou de droits litigieux, feront l'objet des trois paragraphes suivants.

§ 359 bis.

b.) *Spécialités.* (1) *De la cession des créances.*

1° La propriété d'une créance¹ passe au cessionnaire, à l'égard du cédant, par le seul effet de la cession.

A l'encontre des tiers, c'est-à-dire des personnes ayant un intérêt légitime à contester la cession, pour faire maintenir des droits acquis depuis sa passation, la propriété de la créance n'est transmise au cessionnaire, en d'autres termes, ce dernier n'en est saisi, que par la signification du transport au débiteur cédé, ou par l'acceptation du transport de la part de ce dernier². Art. 1690³.

Au nombre des personnes à considérer comme tiers dans cette matière, figurent notamment, le débiteur cédé qui aurait fait des paiements au cédant ou traité avec lui, les créanciers de ce der-

¹ Le mot *propriété* est pris dans l'acception étendue que lui attribue l'art. 711. Quoique, de prime abord, il puisse paraître étrange de voir employer, en fait de créances, les expressions *propriété* et *propriétaire*, ces expressions se justifient cependant, lorsqu'on considère les créances, non plus en elles-mêmes et d'après leur nature propre, mais comme des biens, c'est-à-dire, comme des éléments constitutifs du patrimoine. Cpr. Code de commerce, art. 136.

² On aurait tort de regarder comme des tiers dans le sens de l'art. 1690, toutes les personnes qui, n'ayant pas figuré à la cession, pourraient avoir un intérêt quelconque à se la faire représenter. Ce serait attacher à sa disposition une idée de formalisme qui répugnerait à l'esprit général de notre législation. On doit, dans cette matière, comme pour l'application de l'art. 1328, restreindre la qualité de tiers aux personnes qui, depuis la cession, ont acquis de bonne foi des droits dont l'efficacité se trouverait compromise, si cette cession pouvait leur être opposée. La véritable portée de l'art. 1690 nous paraît avoir été parfaitement déterminée dans l'arrêt suivant de la cour de cassation : Req. rej., 22 juillet 1828, Dalloz, 1828, 4, 344. Voy. dans le même sens : Duvergier, II, 206. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 895 à 897. Les considérations à l'aide desquelles le savant auteur cherche à combattre la doctrine de cet arrêt, nous paraissent en général porter à faux.

³ La loi du 23 mars 1855 sur la transcription exige, indépendamment de l'accomplissement de l'une ou l'autre des formalités prescrites par cet article, une condition de plus, pour la complète efficacité des cessions de loyers ou de fermages non échus, lorsqu'elles sont consenties pour trois années et au delà. Les actes ou jugements constatant de pareilles cessions doivent être transcrits, pour pouvoir être opposés aux tiers ayant acquis et dûment conservé des droits sur les immeubles loués. Art. 2, n° 5, et art. 3. Voy. cep., art. 10 et 11.

nier⁴ qui auraient frappé de saisie-arrêt la créance cédée, enfin un second cessionnaire.

En cas de cession d'une créance due par plusieurs débiteurs solidaires, la signification faite à l'un d'eux, ou son acceptation, opère saisine en faveur du cessionnaire, sous cette restriction toutefois, que les paiements effectués de bonne foi par les autres débiteurs, entre les mains soit du cédant soit d'un second cessionnaire, devraient être maintenus⁵.

La signification du transport doit être faite au domicile général du débiteur, et non au domicile qu'il peut avoir élu pour l'exécution de la convention d'où résulte la créance cédée⁶. Il suffit du reste, pour la validité de la signification, qu'elle relate la substance du transport; il n'est pas nécessaire qu'elle en contienne une copie littérale⁷.

L'acceptation du transport, qui lie le débiteur cédé, lors même qu'elle n'a été faite que par acte sous seing privé ou verbalement⁸, n'est efficace vis-à-vis des autres intéressés, qu'autant qu'elle se trouve constatée par un acte authentique⁹. Art. 1690. Si, en l'absence d'une acceptation authentique, le débiteur est forcé de payer un second cessionnaire qui a fait signifier son transport, le premier cessionnaire ne peut contraindre ce débiteur à payer une seconde fois, à moins que ce dernier, en s'en-

⁴ Il importe peu que les titres des créanciers soient antérieurs ou postérieurs à la cession. Duvergier, II, 494. Req. rej., 2 mars 1814, Sir., 14, 1, 198.

⁵ Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Transport de créances, n° 59. Rouen, 15 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. Cpr., Toulouse, 11 janvier 1831, Sir., 31, 2, 247.

⁶ Cpr. § 446, texte et note 16.

⁷ Les termes *acceptation du transport*, qui, dans l'art. 1690, suivent les mots *signification du transport*, indiquent clairement que le législateur, en parlant de transport, a eu en vue, non l'acte instrumentaire qui constate la cession, mais la convention même de cession (*negotium juridicum*). Il doit donc suffire de notifier au débiteur la substance de cette convention. Troplong, II, 902, Duvergier, II, 483. Rolland de Villargues *op. et v° cit.*, n° 68. Orléans, 26 février 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 265. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 13 juillet 1848, Sir., 49, 2, 24.

⁸ Delvincourt, III, p. 470. Duranton, XVI, 496. Troplong, II, 904. Duvergier, II, 246.

⁹ L'acceptation du transport faite par le débiteur cédé dans un acte sous seing-privé, ne suffirait pas pour saisir le cessionnaire, quoique cet acte eût acquis date certaine. Dijon, 9 février 1847, Sir., 48, 2, 190. Cpr., Req. rej., 2 mars 1814, Sir., 14, 1, 198.

gageant à se libérer entre ses mains, ne l'ait dispensé de toute signification du transport¹⁰.

La connaissance que le débiteur cédé aurait indirectement acquise de la cession, n'équivaldrait pas à elle seule à signification ou acceptation, et ne l'empêcherait pas nécessairement d'exciper du défaut d'accomplissement de ces formalités. Mais si les faits et circonstances de la cause dénotaient de sa part une collusion avec le cédant, ou même simplement une imprudence grave, le transport devrait, quoique non signifié ni accepté, sortir, en ce qui le concerne, tout son effet¹¹. Les mêmes propositions s'appliqueraient à un second cessionnaire, en ce sens que le transport non signifié ni accepté, qui ne peut lui être opposé en raison de la seule connaissance qu'il en aurait acquise, serait cependant efficace à son égard, s'il s'était rendu coupable de mauvaise foi ou d'une imprudence grave¹².

¹⁰ Orléans, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 327. Douai, 11 février 1845. Sir., 45, 2, 375.

¹¹ Ce serait méconnaître l'esprit de la disposition de l'art. 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue, qu'elle pût avoir pour résultat de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'une grave imprudence. Toutefois, la seule connaissance que le débiteur aurait indirectement acquise du transport, ne doit pas toujours et nécessairement le faire considérer comme ayant agi de mauvaise foi ou avec imprudence, lorsqu'il a payé entre les mains du cédant, ou qu'il a traité avec lui. Si ce dernier, par exemple, était en apparence *in bonis*, et que le débiteur eût eu des raisons plausibles de croire que le transport n'était pas sincère, il n'y aurait aucun reproche à lui adresser. Ces observations nous paraissent de nature à concilier, sur cette difficulté, les opinions des auteurs et les décisions judiciaires, qui, au premier abord, peuvent sembler contradictoires. Cpr. Trop-Long, II, 900 ; Duvergier, II, 208 à 210 ; Civ., rej., 12 juillet 1831, Dev. et Car., Coll. nouv., IX, 1, 141 ; Req. rej., 25 juillet 1832, Sir., 33, 1, 347 ; Req. rej., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 198. Bastia, 2 mai 1842, Sir., 42, 2, 457 ; Req. rej., 17 août 1844, Sir., 49, 1, 48 ; Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25.

¹² En nous référant aux observations contenues dans la note précédente, nous ferons remarquer que le second cessionnaire devrait, malgré la connaissance de la première cession, être considéré comme ayant traité de bonne foi, s'il avait eu des raisons suffisantes de croire que cette cession n'était pas sincère, et surtout si, étant lui-même créancier légitime du cédant, il s'était fait passer le transport en extinction de sa créance. Cpr., Duranton, XVI, 499 ; Req. rej., 14 mars 1831, Sir., 34, 1, 718 ; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., 38, 1, 630 ; Paris, 2 décembre 1843, Sir., 44, 1, 56 ; Civ. rej., 4 janvier 1848, Sir., 48, 1, 103.—Il est, du reste, bien entendu que l'on ne pourrait jamais se prévaloir contre les créanciers saisissants, de la connaissance qu'ils auraient eue avant la saisie, de l'existence d'un transport non signifié, ni accepté : *jura vigilantibus succurrunt, non dormientibus.*

Les formalités prescrites par l'art. 1690 peuvent être utilement accomplies à toute époque, même après le décès du cédant, et bien que sa succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire¹³. Toutefois, en cas de faillite du cédant, la signification ou l'acceptation du transport, quoique pouvant encore valablement être faite après la cessation de paiement¹⁴, resterait sans effet à l'égard des créanciers de la masse, si elle n'avait eu lieu que postérieurement au jugement déclaratif de faillite¹⁵. D'un autre côté, l'existence d'une saisie-arrêt sur la créance cédée met obstacle à ce que le transport soit efficacement signifié ou accepté au préjudice du saisissant, mais elle n'empêche pas que les formalités prescrites par l'art. 1690 ne puissent être utilement accomplies à l'encontre des autres créanciers du cédant ou d'un autre cessionnaire¹⁶.

Si plusieurs significations ont eu lieu le même jour, elles placent sur la même ligne les différents cessionnaires, à moins que les actes qui les constatent n'indiquent, d'une manière précise, l'heure à laquelle elles ont eu lieu, auquel cas la cession signifiée ou acceptée la première, doit obtenir la préférence¹⁷. La preuve testimoniale ne serait pas admise pour établir la priorité¹⁸.

Du reste, la signification ou l'acceptation du transport emporte saisine au profit du cessionnaire, indépendamment de la délivrance du titre constitutif de la créance cédée, et bien qu'un

¹³ Douai, 17 juillet 1833, Sir., 33, 2, 502. Bordeaux, 10 février 1837, Sir., 37, 2, 288. Montpellier, 3 mai 1841, Sir., 41, 2, 532.

¹⁴ Civ. cass., 4 janvier 1847, Sir., 47, 1, 172. Cpr. aussi Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465.

¹⁵ Civ. cass. et Civ. rej., 4 janvier 1847, Sir., 47, 1, 161 et 170. Paris, 17 février 1849, Sir., 49, 2, 175. Cpr., par analogie, ce que nous disons de la transcription des donations, au § 704, texte et note 18.

¹⁶ Voy. sur les droits respectifs des parties, dans cette hypothèse : texte et notes 28 et 29 *infra*.

¹⁷ *Nec obstat* art. 2147 : La disposition de cet article, qui est fondée sur des motifs particuliers au régime hypothécaire, ne doit pas être étendue à d'autres matières. Troplong, II, 953. Duvergier, II, 187 et 188. Bruxelles, 30 janvier 1808, Sir., 7, 2, 1253.

¹⁸ Cette proposition n'est pas contraire à celle qui se trouve énoncée au § 763, texte *in fine* et note 12. Si la preuve testimoniale est admissible, entre plaideurs qui se sont fait signifier le même jour deux actes de procédure, pour établir la priorité de l'une de ces significations, il en est tout autrement dans l'hypothèse indiquée au texte, où le conflit s'élève entre deux personnes qui sont des tiers, l'une à l'égard de l'autre.

cessionnaire antérieur ait été mis en possession de ce titre ¹⁹.

La disposition de l'art. 1690 ne s'applique, ni au transfert des rentes sur l'Etat et des actions de la banque de France ²⁰, ni au transport, par voie d'endossement, des effets négociables, ni à la cession d'actions dans les sociétés de commerce, opérée par une déclaration de transfert sur les registres de la société ²¹.

En dehors de ces dernières exceptions, l'article précité s'étend aux cessions entre commerçants, comme à celles qui sont intervenues entre simples particuliers, et cela, lors même que la créance cédée serait de nature commerciale ²².

Du principe que la propriété de la créance ne passe au cessionnaire à l'égard des tiers que par l'accomplissement de l'une ou de l'autre des formalités indiquées en l'art. 1690, découlent entre autres les conséquences suivantes :

a. Le débiteur cédé est libéré par les paiements faits entre les mains du cédant ²³ avant la signification ou l'acceptation du transport. Art. 1691. Il peut également opposer au cessionnaire toute autre cause d'extinction de l'obligation, et toute présomption de libération, acquise en sa faveur contre le cédant, avant l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités ²⁴.

b. Dans le concours de deux cessionnaires successifs d'une

¹⁹ Ici ne s'applique pas l'art. 1141, qui ne concerne que les ventes de choses corporelles. Bruxelles, 30 janvier 1808, Sir., 8, 2, 253. Bordeaux, 26 août 1831, Sir., 32, 2, 75. Caen, 10 février 1832, Sir. 32, 2, 394. Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. Civ. rej., 29 août 1849, Sir. 50, 1, 193.

²⁰ Loi du 28 floréal an VII. Décret du 13 thermidor an XIII, art. 1^{er}. Décret du 16 janvier 1808, art. 4.

²¹ Code de commerce, art. 36, 136 et 187. Req. rej., 10 novembre 1829, Sir., 30, 1, 34. Nîmes, 23 mars 1830, Sir., 31, 2, 344.

²² Duranton, XVI, 505. Troplong, II, 908, Civ. cass., 23 novembre 1813, Sir., 14, 1, 78. Bordeaux, 18 août 1829, Sir., 30, 2, 5. Cpr. Riom, 8 mars 1845, Sir., 46, 2, 118. Les arrêts de la Cour de cassation du 7 janvier 1824 (Sir., 24, 1, 123) et du 3 juillet 1827, (Sir., 27, 1, 506), qui ont été cités en sens contraire, n'ont réellement pas décidé la question. Voy. cep. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 313; Duvergier, II, 213.

²³ Les quittances sous seing privé, émanées du cédant, peuvent-elles être opposées au cessionnaire, lorsqu'elles n'ont pas acquis date certaine avant l'acceptation ou la signification du transport? Cpr. texte et note 42, *infra*; § 756, texte, n° 2 et note 97.

²⁴ Ainsi, les jugements rendus contre le cédant, avant l'acceptation ou la signification de la cession, engendrent, au profit du débiteur cédé, l'exception de la chose jugée, sans que le cessionnaire soit admis à les attaquer par voie de tierce opposition. Cpr. § 769, texte et note 24. Carré, *Lois de la procédure*, II, 1710. Civ. cass. 16 juillet 1816, Sir., 17, 1, 25.

même créance, la préférence est due à celui qui le premier a notifié sa cession au débiteur cédé, ou obtenu l'acceptation authentique de ce dernier, encore que son transport soit postérieur en date ²⁵.

c. Le débiteur qui devient, par voie de cession, créancier de son propre créancier, ne peut se prévaloir de la compensation à l'égard des tiers, tant qu'il n'a pas fait accepter ou signifier le transport ²⁶.

d. Les créanciers du cédant peuvent, jusqu'à l'acceptation ou la signification du transport, frapper de saisie-arrêt la créance cédée. Cependant, une signification ou acceptation faite après une saisie-arrêt, vaut opposition à l'égard du saisissant, et donne au cessionnaire le droit de concourir au marc le franc avec ce dernier ²⁷. Si de nouvelles saisies étaient pratiquées postérieurement à cette signification ou acceptation, elles ne donneraient aux nouveaux saisissants aucun droit sur le dividende avenant au cessionnaire dans la répartition à faire entre lui et le premier saisissant ²⁸. Mais comme celui-ci sera tenu d'admettre les nouveaux saisissants au partage de son propre dividende, il aura le droit de réclamer du cessionnaire, qui n'est à son égard qu'un créancier opposant, la bonification de la différence en moins entre la somme qu'il recevra par suite de ce partage, et celle

²⁵ Voy. les arrêts cités à la note 19, *supra*.

²⁶ Paris, 28 février 1825, Sir., 26, 2, 73.

²⁷ Toullier, VII, 285. Duranton, XVI, 500. Troplong, II, 926. Duvergier, II, 204.

²⁸ Delvincourt, III, p. 469. Duranton, XVI, 504. Troplong, II, 907. Duvergier, II, 204. La jurisprudence avait longtemps admis une doctrine différente, d'après laquelle l'acceptation ou la signification du transport faite après une saisie-arrêt, ne devait valoir que comme opposition, même à l'égard des saisissants postérieurs. Cpr. Paris, 14 janvier 1814, Sir., 14, 2, 95; Paris, 20 mars 1820, Sir., 23, 2, 47. Ces décisions étaient contraires à la règle, que les poursuites faites par l'un des créanciers ne conservent que ses droits et non ceux des autres, règle qui conduit à reconnaître que, si la saisie-arrêt frappe en totalité la créance arrêtée, et la place toute entière sous la main de la justice, elle n'emporte cet effet que dans l'intérêt du créancier qui l'a fait interposer; elles ne pouvaient d'ailleurs se concilier avec l'esprit de la loi, tel qu'il ressort des art. 1242 et 1298 du Code Napoléon, et 559 du Code de procédure. Aussi la jurisprudence s'est-elle depuis fixée dans le sens de la proposition énoncée au texte. Voy. Pau, 12 avril 1832, Sir. 1835, 4, 222; Bourges, 3 fév. 1836, Sir. 37, 2, 5; Paris, 9 février 1837, 18 mars 1839 et 26 juillet 1843, Sir., 37, 2, 262, 39, 2, 182 et 43, 2, 523; Req. rej., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 908; Guadeloupe, 16 mai 1851, Sir., 51, 2, 804; Nîmes, 10 janvier 1854, Sir., 54, 2, 111.

qu'il aurait obtenue, si la totalité de la créance avait été proportionnellement répartie entre lui, le cessionnaire, et les nouveaux saisissants ²⁹.

Du reste, le défaut de signification ou d'acceptation du transport ne met point obstacle à ce que le cessionnaire fasse, à l'encontre de tierces personnes, tous actes conservatoires de la créance cédée ³⁰. Ainsi, il est autorisé à interposer des saisies-

²⁹ Ainsi, par exemple, une créance de 3,000 fr. cédée à B, se trouve frappée de saisie-arrêt par A, créancier de 1,500 fr., avant que le cessionnaire n'ait fait accepter ou notifier sa cession. Postérieurement à l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, C, également créancier de 1,500 fr., fait interposer une seconde saisie-arrêt. En faisant, pour un moment, abstraction de cette seconde saisie, et en partageant la créance de 3,000 fr. entre le premier saisissant et le cessionnaire, au prorata du montant de leurs droits, B recevra 2,000 fr. et A 1,000 fr. Mais ces 1,000 fr. devant être répartis entre A et C, A n'obtiendra en définitive que 500 fr., tandis qu'il en aurait eu 750, si la totalité de la créance avait été distribuée entre les trois intéressés. A éprouvera donc une perte de 250 fr., et c'est cette somme que B devra lui bonifier. Notre théorie est fondée sur la nécessité de combiner entre eux trois principes également certains, et dont l'application isolée conduirait à des conséquences contraires à l'un ou à l'autre de ces principes. En effet, si l'acceptation ou la signification d'une cession doit, quoique la créance cédée ait déjà été frappée de saisie-arrêt, donner au transport toute son efficacité vis-à-vis des créanciers dont les oppositions sont postérieures, il n'est pas moins certain, d'une part, que la signification ou l'acceptation de la créance ne peut, ni directement ni indirectement, porter atteinte aux droits du premier saisissant, et, d'autre part, que le premier saisissant n'acquiert, par le fait de l'antériorité de ses poursuites, aucun droit exclusif sur la créance saisie, à la distribution de laquelle il doit venir au marc le franc avec tous les opposants postérieurs. Or, on comprend qu'en faisant répartir la créance entière entre le premier saisissant, le cessionnaire et les opposants postérieurs, on refuserait à la cession son effet, comme telle, vis-à-vis de ces derniers ; que, d'un autre côté, en restreignant la distribution à faire entre les différents opposants, à la somme pour laquelle a été établie la première saisie, on diminuerait, au profit du cessionnaire, le dividende dû au premier saisissant ; et enfin, qu'en écartant comme non avenues les oppositions faites après la signification ou l'acceptation de la cession, on se mettrait en opposition avec le principe que des deniers placés sous la main de la justice par l'un des créanciers, continuent à rester le gage de tous les autres, tant qu'ils n'ont pas été définitivement acquis ou attribués au premier. Divers autres systèmes, qui s'éloignent plus ou moins de celui que nous venons d'indiquer, ont été proposés pour le règlement des droits respectifs des premiers saisissants, du cessionnaire, et des saisissants postérieurs. Cpr., Duvergier, II, 203 ; Dard, *Des saisies-arrêts et de leurs effets*, Paris, 1836, br. in-8° ; Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, n° 247 à 251 ; Mourlon, *Revue du Droit français*, 1848, V, p. 161 ; Vielle, *Revue critique*, 1853, III, p. 113 ; Flamm, *Revue critique*, 1854, IV, p. 337. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

³⁰ Troplong, II, 894. Duvergier, II, 204. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16,

arrêts entre les mains des débiteurs du débiteur cédé. Ainsi encore, il peut, lorsque la créance est hypothécaire, et qu'un tiers acquéreur poursuit la purge des immeubles hypothéqués, former une surenchère ³¹. Il y a mieux, le défaut d'acceptation ou de signification n'élèverait même pas une fin de non-recevoir opposable, soit à la demande en condamnation formée contre le débiteur cédé, soit même, en général, aux actes de poursuites dirigées contre lui ³².

Quant au cédant, il conserve jusqu'à la signification ou acceptation du transport, le droit de faire, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du débiteur, tous les actes conservatoires de la créance, et même celui d'exercer les actions et poursuites y relatives ³³. Seulement, le débiteur actionné ou poursuivi par le cédant, serait-il autorisé à provoquer la mise en cause du cessionnaire, s'il avait un recours à craindre de sa part en raison, soit d'une acceptation verbale ou sous seing privé de la cession, soit de la simple connaissance qu'il en aurait indirectement acquise.

2° Par l'effet de la cession, les droits résultant de la créance

1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Req. rej., 16 novembre 1840, Sir., 40, 1, 964. Bourges, 12 février 1841, Sir., 41, 2, 647. Voy. aussi Civ. rej., 25 juillet 1832, Sir., 33, 1, 347.

³¹ Duvergier, II, 205 et 206. Req. rej., 22 juillet 1828, Dal., 1828, 1, 344. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 895 à 897. L'opinion de ce dernier auteur, sur cette question spéciale, se rattache au sens trop étendu, selon nous, qu'il a cru devoir donner aux expressions à l'égard des tiers, dont se sert l'art. 1690. Cpr. texte et note 2, *supra*. La faculté de surenchérir est bien évidemment, pour le créancier hypothécaire, un moyen de conserver l'intégrité de son gage. On ne voit pas dès lors pourquoi il ne pourrait pas exercer cette faculté, comme toute autre tendant à la conservation de sa créance. En vain invoquerait-on les droits de l'adjudicataire, qui n'a pas d'intérêt légitime à contester l'effet de la cession non signifiée, ni acceptée, puisqu'il lui importe peu que la surenchère soit formée par le cessionnaire ou par le cédant.

³² Le débiteur cédé est bien autorisé, en pareil cas, à exiger du cessionnaire la justification de sa qualité, par la production de l'acte de cession, et à contester la sincérité ou la validité de cet acte. Mais il ne pourrait tirer du défaut de signification une exception de forme, pour faire rejeter la demande ou annuler les poursuites dirigées contre lui. Cette dernière proposition souffre cependant exception en matière de saisie immobilière. Art. 2214.

³³ Troplong, II, 885, 887 et 894. Duvergier, II, 204. Agen, 12 août 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII. Civ. cass., 4 décembre 1827, Sir., 28, 1, 42. Bordeaux, 29 avril 1829, Sir., 29, 2, 350. Bordeaux, 7 août 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX. Paris, 15 octobre 1829, Sir. 30, 2, 30.

cedée passent du cédant au cessionnaire, avec tous les accessoires qui y sont attachés, tels que cautionnements, privilèges et hypothèques. Art. 1692. Le cessionnaire profite aussi des avantages que peut donner, pour la poursuite de la créance, la forme exécutoire de l'acte qui la constate, alors même que la cession serait sous seing privé³⁴. Enfin, il est autorisé à exercer tous les droits à l'aide desquels le cédant aurait pu faire valoir la créance, comme, par exemple, la contrainte par corps et l'action en résolution pour défaut de paiement d'un prix de vente³⁵.

Toutefois, le cessionnaire n'entre pas d'une manière tellement absolue dans la place du cédant, qu'il soit autorisé à se prévaloir des avantages attachés à la condition personnelle de ce dernier, et qu'on doive, en sens inverse, lui refuser la faculté d'invoquer, en vertu de sa condition personnelle, des bénéfices dont ne jouissait pas le cédant. La substitution d'un nouveau créancier à l'ancien peut, à ce double point de vue, apporter certaines modifications aux droits des parties. C'est ainsi, qu'en cas de cession à un majeur, d'une créance due à un mineur, la prescription, qui était suspendue au profit du cédant, reprendra immédiatement son cours au détriment du cessionnaire ; et que, *vice versa*, la prescription qui courrait contre le cédant majeur, sera suspendue en faveur du cessionnaire mineur. C'est ainsi encore, que le cessionnaire pourra, en raison de ses liens de parenté avec le débiteur cédé, se trouver privé de la contrainte par corps qu'aurait pu exercer le cédant ; et que, réciproquement, il sera autorisé à recourir à cette voie de contrainte, si les rapports de parenté qui y auraient mis obstacle de la part du cédant, n'existent pas entre lui et le débiteur cédé³⁶.

Le cessionnaire, quoique subrogé au cédant relativement à la

³⁴ C'est ainsi que le cessionnaire d'une créance constatée par un acte authentique et exécutoire peut poursuivre l'expropriation du débiteur, bien que la cession ne soit que sous seing privé. Cpr., § 581, texte n° 3 et note 45.

³⁵ Cpr., Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416. Voy. aussi sur l'exercice du droit de résolution, par le cessionnaire de partie seulement du prix de vente : Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 415.

³⁶ Cette dernière proposition est généralement admise en matière de cession, par voie d'endossement, de billets négociables. Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, p. 103. Bourges, 8 mai 1837, Sir., 37, 2, 398. Paris, 1^{er} avril 1840 et 3 mars 1842, Sir., 42, 2, 454. Mais elle a été contestée pour les cessions ordinaires. Voy. Limoges, 16 juillet 1854, Sir., 54, 2, 759.—Cpr. sur la question analogue que peut présenter la cession consentie par un étranger, au profit d'un Français, d'une créance due par un autre étranger : § 586 bis, texte et note 1.

créance cédée et aux moyens de la faire valoir, ne jouit pas pour cela de tous les droits et actions qui compétaient au cédant, au sujet et en vertu de la convention ou de l'acte dont la créance cédée dérive. Ainsi, il n'est pas, à moins de stipulations particulières, admis à former les actions en rescision, en nullité, ou en résolution que le cédant aurait pu intenter; en particulier, le cessionnaire du prix d'une vente faite sous clause de retrait, ne peut, à moins d'une cession spéciale de la faculté de retrait, exercer cette faculté³⁷.

Si, par l'effet de la cession, la créance cédée passe au cessionnaire avec tous ses avantages, elle ne lui passe également qu'avec les vices dont elle se trouve entachée, et le débiteur n'en est tenu envers lui que dans la mesure de son obligation envers le cédant. Le débiteur peut donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions personnelles ou réelles qu'il eût pu faire valoir contre le cédant, et notamment l'exception de réduction d'un prix de vente, ou celle d'imputation d'intérêts usuraires³⁸. Il ne faut cependant, pas conclure de là, que le débiteur qui a librement consenti à l'indication d'une cause simulée, et en appa-

³⁷ MM. Troplong (II, 916) et Duvergier (II, 222) professent une doctrine contraire à celle qui est émise au texte. L'erreur dans laquelle ils nous paraissent être tombés, provient de ce qu'ils ont confondu la question spéciale de savoir si le cessionnaire d'un prix de vente peut, en cette qualité, provoquer la résolution de la vente pour défaut de paiement, avec la question générale de savoir si le cessionnaire d'une créance quelconque a qualité pour provoquer la rescision, la nullité, ou la résolution de la convention ou de l'acte dont résulte la créance. Si le cessionnaire d'un prix de vente peut, indépendamment de toute stipulation à ce sujet, provoquer la résolution de la vente pour défaut de paiement, c'est parce que cette action est un moyen de faire valoir la créance, qu'elle forme, par conséquent, un accessoire de celle-ci, et se trouve ainsi virtuellement comprise dans la cession. Art. 1692. Or, ces motifs ne s'appliquent, ni aux autres actions en résolution, ni aux actions en nullité ou en rescision. Les auteurs que nous combattons, n'ont pas, d'ailleurs, assez soigneusement distingué l'hypothèse d'une cession ayant pour objet une créance ou un droit déterminé, d'avec l'hypothèse d'une cession générale comprenant tous les droits et actions qui appartiennent au cédant, en vertu de telle qualité ou de tel acte. Or, il est bien entendu que, lorsqu'il s'agit d'une cession de la dernière espèce, il appartient aux tribunaux de décider, par appréciation des termes de l'acte de transport et de la commune intention des parties, si les actions en nullité et en rescision sont ou non comprises dans la cession. Duranton, XVI, 508. Req. rej., 22 juin 1830, Sir., 30, 4, 400. Voy. cep. en sens contraire : Proudhon, 4, p. 499 ; Delvincourt, III, p. 470 ; Limoges, 27 novembre 1844, Sir., 44, 2, 403.

³⁸ Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 4 705. Civ. cass., 2 mai 1853, Sir., 53, 4, 411.

rence légitime, dans une reconnaissance par lui souscrite, soit admis à prouver la simulation contre le cessionnaire de bonne foi, pour faire annuler son obligation, même au détriment de ce dernier. En pareil cas, le débiteur devrait être condamné à désintéresser le cessionnaire, sauf son recours contre le cédant. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le débiteur d'une dette de jeu, ou d'un supplément de prix pour cession d'office, avait souscrit une reconnaissance causée pour argent prêté, et que cette reconnaissance eût été cédée à un tiers de bonne foi³⁹.

Le débiteur conserve le droit de faire valoir contre le cessionnaire les exceptions qui lui compètent, bien qu'il n'ait fait aucune réserve à cet égard, lors de la signification du transport, ou que même il ait accepté la cession purement et simplement, à moins que, s'agissant d'exceptions de pur intérêt privé, son acceptation ne doive, d'après les circonstances, être considérée comme emportant, soit renonciation au droit de les faire valoir, soit novation de l'obligation⁴⁰. Il y a mieux, le débiteur cédé qui aurait payé le cessionnaire, serait autorisé à former contre lui toutes les actions en restitution (*condictio indebiti vel sine causa*) qu'il eût pu intenter contre le cédant, s'il avait payé entre ses mains⁴¹.

Quant aux quittances délivrées par le cédant, elles peuvent être opposées au cessionnaire, bien qu'elles n'aient pas acquis date certaine antérieurement à la signification ou à l'acceptation

³⁹ La preuve de la simulation ne serait pas relevante à l'encontre du cessionnaire, auquel on ne peut, en raison de sa bonne foi, reprocher ni fraude à la loi, ni abus de la simulation, et qui, d'un autre côté, ne doit pas être la victime de l'imprudence que le débiteur a commise. Cpr. Civ. rej. 4 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763.

⁴⁰ Cpr. les deux arrêts cités à la note 38 *supra*. — Voy. en ce qui concerne spécialement l'exception de compensation, art. 1295. D'après cet article, l'acceptation pure et simple de la cession est légalement considérée comme emportant toujours renonciation à l'exception de compensation.

⁴¹ Paris, 5 février 1848, Sir., 48, 2, 155. Les motifs du jugement de première instance, motifs que la Cour s'est appropriés, vont trop loin, en ce qu'ils semblent accorder au débiteur d'un prix de vente, évincé de l'objet vendu, un véritable recours en garantie contre le cessionnaire. Il est évident, en effet, que le recours du débiteur ne peut porter que sur la restitution du prix, et que le cessionnaire, qui n'est substitué au cédant que relativement au prix, ne saurait être tenu, ni du remboursement des frais et loyaux coûts du contrat de vente, ni du paiement de tous autres dommages-intérêts. Cpr. Colmar, 21 juillet 1812, Sir., 13, 2, 241.

de la cession, sauf aux tribunaux à en apprécier la sincérité selon les circonstances ⁴².

Du reste, les dispositions de l'art. 1252, relatives à la subrogation, ne doivent pas être étendues à la cession. En cas de transport partiel d'une créance, le cédant ne jouit, pour ce qui lui reste dû, d'aucune préférence sur le cessionnaire ⁴³.

D'un autre côté, le cessionnaire partiel d'une créance ne jouit d'aucune préférence sur le cédant, à moins que ce dernier ne lui ait expressément accordé la priorité, ou ne doive, d'après les circonstances, être considéré comme la lui ayant tacitement concédée, en garantissant le recouvrement de la créance ⁴⁴. Ce n'est également que dans ces deux hypothèses exceptionnelles, que le premier cessionnaire de partie d'une créance, est autorisé à invoquer la préférence sur le second cessionnaire du surplus de cette créance ⁴⁵.

3° Le cédant est, indépendamment de toute convention, tenu de garantir l'existence et la légitimité de la créance, ainsi que son droit de propriété au moment du transport ⁴⁶. Il y a donc lieu à garantie, non-seulement dans le cas où la créance cédée se trouvait déjà, au moment du transport, soit frappée de prescription, soit éteinte par compensation ⁴⁷ ou tout autre mode de libération, et dans celui où elle n'appartenait pas au cédant, mais encore lorsque le titre dont elle procède vient à être annulé ou rescindé. Art. 1693.

Cette garantie, qu'on appelle garantie de droit, parce qu'elle est due en vertu de la loi, s'étend aux sûretés et accessoires indi-

⁴² Cpr. § 756, texte et note 97.

⁴³ Cpr. § 321, texte et note 20.

⁴⁴ L'engagement personnel que le cédant aurait pris de payer au lieu et place du débiteur, impliquerait évidemment cession de priorité. La promesse de fournir et faire valoir, et la garantie de la solvabilité actuelle et future, auraient, à notre avis, le même effet, malgré la nécessité où se trouverait, en pareil cas, le cessionnaire, de discuter au préalable le débiteur cédé. Quant à la garantie de la simple solvabilité actuelle, elle n'emporterait pas, nécessairement et par elle-même, cession de priorité, puisque l'objet de cette garantie se trouve complètement rempli lorsque le débiteur est solvable au moment de la cession.

⁴⁵ On devrait, dans ces hypothèses, appliquer la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

⁴⁶ L'art. 1693, en parlant de l'existence de la créance, a entendu comprendre sous cette expression, tant le droit de propriété du cédant et la légitimité de la créance, que son existence proprement dite. Cpr. Duvergier, II, 247 et suiv.

⁴⁷ Civ. cass., 6 octobre 1807, Sir., 7, 1, 540.

qués comme dépendant de la créance et comme compris dans la cession ⁴⁸. Elle oblige le cédant à restituer au cessionnaire le prix de la cession, à lui rembourser les frais et loyaux coûts de l'acte de transport, enfin, s'il y a lieu, à lui bonifier les intérêts du prix de la cession, et à l'indemniser de toutes autres pertes que le transport peut lui avoir occasionnées. Mais le cessionnaire n'a pas droit à la bonification de la différence existant entre la valeur nominale de la créance cédée, et le prix de cession ⁴⁹.

Les parties peuvent, en matière de cession, comme en matière de vente, restreindre ou écarter entièrement l'obligation de garantie. La clause de non-garantie n'affranchit cependant le cédant de la restitution du prix et du remboursement des frais et loyaux coûts du contrat, qu'autant que la créance a été cédée comme incertaine ou litigieuse, que le cessionnaire l'a prise à ses risques et périls ⁵⁰, ou qu'il connaissait, au moment de la cession, les chances qu'il courait ⁵¹. Arg. art. 1629. La clause par laquelle le cédant déclare ne garantir que ses faits personnels, équivaut à une clause de non-garantie, mais ne produit pas des effets plus étendus ⁵².

Le cédant ne répond pas, de plein droit, de la solvabilité du débiteur cédé : *Præstat veritatem, non bonitatem nominis*. Art. 1694. Mais il peut s'y engager par une clause spéciale. La clause de garantie de la solvabilité du débiteur ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas, sauf stipulation contraire, à la solvabilité future. Art. 1695.

Les clauses qu'on rencontre d'ordinaire dans les actes de transport, sont les suivantes :

a La clause pure et simple de *garantie*. Une pareille clause n'ajoute, en général, rien à l'obligation de garantie, telle qu'elle est établie par la loi, et ne soumet pas, par conséquent, le cédant à répondre de la solvabilité du débiteur, à moins que le contraire

⁴⁸ Troplong, II, 933. Duvergier, II, 252 et suiv. Cpr. Civ. rej., 10 juillet 1839, Sir., 39, 1, 556 ; Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 471.

⁴⁹ Duranton, XVI, 312. Troplong, II, 943. Duvergier, II, 263.

⁵⁰ Req. rej., 9 mars 1837, Sir., 37, 1, 309. Req. rej., 5 juin 1837, Sir., 37, 1, 765. Cpr. Civ. cass., 21 novembre 1825 et 9 février 1830, Sir., 26, 1, 86 et 30, 1, 168.

⁵¹ Duranton, XVI, 541. Troplong, II, 936 et 937. Duvergier, II, 267 et suiv. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 471.

⁵² Paris, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 34.

ne doive s'induire des circonstances et des termes de l'acte de transport⁵³.

b La clause de *garantie de fait*. Elle soumet le cédant à l'obligation de répondre de la solvabilité actuelle du débiteur.

c La clause de *garantie de tous troubles et empêchements quelconques*, à laquelle on attribue le même effet qu'à la clause précédente⁵⁴.

d Enfin la promesse de *fournir et faire valoir*. Elle emporte garantie de la solvabilité actuelle et de la solvabilité future du débiteur⁵⁵.

Les clauses qui ont pour objet de garantir la solvabilité, soit actuelle soit future, du débiteur cédé, n'engagent le cédant que jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu, et ne le soumettent à aucuns dommages-intérêts. Art. 1694. Le cessionnaire ne peut en vertu de pareilles clauses recourir contre le cédant, qu'après avoir discuté le débiteur, les cautions fournies et les hypothèques établies pour sûreté de la créance⁵⁶.

Mais si le cédant avait pris l'engagement de payer lui-même, sans poursuites contre le débiteur, ou après un simple commandement resté sans effet, il serait, comme obligé personnel, tenu au paiement de l'intégralité de la créance, et ne pourrait exiger aucune discussion préalable⁵⁷.

⁵³ MM. Troplong, (II, 938) et Duvergier, (II 272), adoptant le sentiment de Loyseau, considèrent la clause pure et simple de garantie comme emportant, par elle-même et toujours, obligation de répondre de la solvabilité actuelle du débiteur. Nouvel examen fait de la question, nous ne croyons pas devoir persister dans cette manière de voir, que nous avons précédemment admise. La clause pure et simple de garantie laisse tout au moins un doute sur le point de savoir, si les parties ont ou non entendu étendre la garantie telle qu'elle se trouve établie par la loi, et ce doute doit, par application de l'art. 1162, se résoudre en faveur du cédant, lorsque les termes de l'acte de transport et les circonstances de la cause ne fournissent aucun moyen de déterminer la véritable intention des parties. En vain se prévaudrait-on de l'art. 1602, qui ne s'applique pas aux clauses particulières que l'acheteur ou le cessionnaire peut avoir stipulées dans son intérêt. Cpr. § 353, note 2. Vainement aussi invoquerait-on l'art. 1157, pour dire que la simple clause de garantie, entendue comme nous le faisons, ne produirait aucun effet. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante, puisqu'elle conduirait, dans beaucoup de cas analogues, à des conséquences inadmissibles.

⁵⁴ Troplong et Duvergier, *loc. cit.*

⁵⁵ Troplong, II, 939. Duvergier, II, 273.

⁵⁶ Turin, 7 mars 1810, Sir., 10, 2, 335. Cpr. Bordeaux, 2 juillet 1813, Sir., 15, 2, 11

⁵⁷ Troplong, II, 944 et 949. Duvergier, II, 280.

Le cessionnaire perd tout droit à la garantie de la solvabilité actuelle ou future du débiteur, lorsqu'à défaut de mesures conservatoires, il laisse périr, soit la créance elle-même, soit les sûretés qui y étaient attachées⁵⁸. La simple prorogation de terme accordée au débiteur par le cessionnaire, ne lui fait pas perdre son recours contre le cédant, à moins qu'il ne soit établi que le débiteur, encore solvable à l'époque de l'exigibilité de la créance, n'est devenu insolvable que depuis⁵⁹.

Il convient, pour compléter les développements qui précèdent, de recourir aux règles posées au § 355 sur la garantie d'éviction, règles qui s'appliquent par analogie, et en tant que la nature des choses le comporte, à la garantie en matière de cession.

§ 359 *ter*.

(2) *De la cession d'une hérédité.*

Celui qui est ou qui se croit appelé à une succession peut, ou céder, comme lui étant réellement dévolue, l'hérédité à laquelle il déclare être appelé, ou se borner à transférer les droits, bien ou mal fondés, qu'il prétend avoir sur cette hérédité¹. Ces deux espèces de cessions, dont les effets sont en général les mêmes, diffèrent cependant en ce que la seconde, n'ayant pour objet que des prétentions plus ou moins incertaines, ne donne point, lorsque ces prétentions sont reconnues mal fondées, ouverture à garantie contre le cédant, à moins qu'il n'ait positivement su, au moment de la cession, qu'il n'avait aucun droit à l'hérédité².

La cession ou vente d'une hérédité est régie par les règles suivantes³ :

⁵⁸ Troplong, II, 944. Duvergier, II, 275 et suiv. — Cette proposition s'appliquerait-elle au cas où le cédant se serait engagé à payer lui-même? M. Troplong, (II 944) résout la question négativement. Mais cette solution nous paraît devoir être rejetée, du moins dans l'hypothèse où les actes constatant la créance auraient été remis au cessionnaire. Arg. art. 2080.

⁵⁹ Paris, 18 mars 1836, Sir., 36, 2, 271.

¹ Au premier cas, la cession est appelée *cession de droits successifs*. Toute cession ayant une hérédité pour objet doit, en général, être considérée comme une cession de droits successifs, à moins qu'il ne soit clairement établi que les parties n'ont entendu transférer et acquérir que les prétentions du cédant à l'hérédité.

² Il y a dol à vendre, même comme incertain, un droit que l'on sait ne pas exister. L. 42, D. de *hered. vend.* (48, 4). Troplong, II, 958. Duvergier, II, 342.

³ Comme la plupart des dispositions du Droit romain sur la vente d'une héré-

1° Elle comprend tout ce qui est provenu de l'hérédité vendue, et tout ce qui peut en provenir par la suite. Le vendeur doit donc, à moins de réserves expresses, délivrer à l'acheteur, non-seulement les objets qu'il détenait réellement au moment de la vente, ou auxquels il avait droit en qualité d'héritier, mais encore les fruits et revenus qu'il a perçus antérieurement à la cession, le montant des capitaux qu'il a touchés, le prix des immeubles qu'il a aliénés, ainsi que la valeur des choses qu'il a consommées pour son usage, ou dont il a disposé à titre gratuit⁴. Art. 1697, et arg. de cet art.

2° Les objets composant l'hérédité doivent être délivrés dans l'état où ils se trouvent au moment de la cession. Arg. art. 1614. Il en résulte, d'une part, que l'acquéreur profite des améliorations faites avant cette époque par le vendeur, et des droits par lui acquis dans l'intérêt de la succession, d'autre part, que l'acquéreur n'a pas de recours à exercer contre le vendeur à raison des détériorations occasionnées avant la même époque par la faute de ce dernier, lorsqu'il n'en a tiré aucun profit personnel. A plus forte raison, ne peut-il pas réclamer d'indemnité pour les pertes résultant, soit des actes d'administration faits par le vendeur, soit des aliénations ou des transactions par lui consenties⁵.

3° La cession d'une part héréditaire ne donne droit aux objets composant la succession, que dans la proportion de la part aliquote pour laquelle les parties ont dû croire que le vendeur était appelé à l'hérédité. L'acquéreur ne peut donc, à moins de convention contraire, réclamer la part d'un cohéritier du vendeur, échue à celui-ci, par droit d'accroissement, depuis la cession, ou même antérieurement, mais à l'insu des parties⁶.

dité sont puisées dans la nature même de cette convention, on peut y avoir recours pour l'interprétation du Code Napoléon. Cpr. D. *de hered. vend.* (48, 4); C. *eod. tit.* (4, 39).

⁴ Duranton, XVI, 522. Troplong, II, 967. Voy. cep. Duvergier, II, 324.

⁵ Troplong, II, 964, 965 et 968. Duvergier, II, 324 à 327 et 335. — L'héritier vendeur serait-il du moins responsable des pertes occasionnées par sa faute grave? M. Troplong (II, 966) décide cette question affirmativement, en se fondant sur la L. 2, § 5, D. *de hered. vend.* (48, 4). Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 474 et 475; Duvergier, II, 326. L'opinion de ces derniers auteurs nous paraît préférable, du moins en thèse générale.

⁶ On pourrait, selon les circonstances, admettre le contraire, si l'héritier, au lieu de vendre nominativement sa part héréditaire, avait vendu tous ses droits

4° Les dettes et charges de la succession en suivent l'émolument. L'acheteur est donc tenu d'indemniser le vendeur de tout ce que celui-ci a payé, ou pourra être obligé de payer en qualité d'héritier ; mais il n'est pas tenu de lui rembourser ce qu'il aurait payé indûment et par erreur⁷. Art. 1698.

5° La vente d'une hérédité fait cesser, entre les parties⁸, les effets de la confusion qui s'est opérée au profit de l'héritier vendeur, ou à son préjudice. Ainsi, l'héritier est obligé de payer à l'acquéreur ce qu'il devait au défunt, et de souffrir l'exercice des servitudes dont ses héritages propres étaient grevés au profit d'héritages appartenant au défunt. Réciproquement, il peut réclamer de l'acquéreur le paiement de ses créances contre le défunt, et exercer les servitudes établies en faveur d'héritages à lui appartenant sur des héritages de ce dernier⁹. Art. 1698 et arg. de cet article.

6° La vente d'une hérédité ne fait point passer à l'acheteur la qualité d'héritier. Le vendeur conserve toujours cette qualité vis-à-vis des tiers, qui peuvent, malgré la vente, continuer à exercer contre lui tous les droits qui leur compètent¹⁰ : *Qui semel hæres, semper hæres*.

7° Le vendeur de droits successifs est, de plein droit, tenu de garantir sa qualité d'héritier, ou, en d'autres termes, la possession paisible de l'hérédité envisagée comme universalité juridique. Mais il ne répond pas de l'éviction d'objets particuliers qui auraient été considérés comme dépendant de la succession, à moins que ces objets n'aient été spécialement indiqués. Art. 1696.

successifs. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, § 6. Delvincourt, III, p. 175. Duranton, XVI, 524. Troplong, II, 972. Duvergier, II, 339.

⁷ L. 2, §§ 1 et 7, D. de *hered. vend.* (18, 4). L. 2, C. *cod. tit.* (4, 39). Pothier, n° 545. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 873. Duranton, XVI, 523. M. Duvergier (II, 347) pense, mais à tort selon nous, que l'héritier vendeur peut même répéter contre l'acquéreur ce qu'il a payé par erreur.

⁸ Nous disons *entre les parties*, car les droits éteints par la confusion ne reviennent point au préjudice des tiers par suite de la vente de l'hérédité. Arg. art. 1263 et 1299. Delvincourt, III, p. 175. Duranton, XII, 487, et XVI, 526. Duvergier, II, 346.

⁹ L. 2, §§ 18 et 19, D. de *hered. vend.* (18, 4). Pothier, n° 538. Troplong, II, 970 et 971. Duvergier, II, 344 et suiv.

¹⁰ Les créanciers de la succession n'ont même pas d'action directe contre l'acquéreur de l'hérédité, qui n'est qu'un successeur particulier ; mais ils peuvent agir contre lui en exerçant les droits de leur débiteur. Art. 1166. Duranton, XVI, 525. Duvergier, II, 348.

D'un autre côté, le vendeur ne peut, en général, et lors même que la succession vendue comprendrait des immeubles, demander la rescision pour cause de lésion, de la cession faite au profit d'un étranger, ou même d'un cohéritier après partage de la succession¹¹. Quant à la cession de droits successifs faite entre cohéritiers avant partage, elle est, en général, et comme tout acte faisant cesser l'indivision entre les parties, susceptible d'être rescindée pour cause de lésion¹².

8° La cession d'une hérédité peut, dans certains cas, être résolue contre le cessionnaire, par l'exercice du retrait successoral¹³. Art. 841.

Ce retrait constitue un droit de préemption. Il ne s'applique qu'aux cessions faites à titre onéreux¹⁴.

¹¹ Cpr. § 358, note 2. — Si cependant le vendeur s'était chargé du paiement de toutes les dettes de la succession, et qu'il se fût en même temps soumis à garantir l'éviction de tous les immeubles indiqués comme faisant partie de l'hérédité, il pourrait, en ce qui concerne ces immeubles, exercer l'action en rescision, pourvu d'ailleurs que le prix pour lequel ils ont été compris dans la vente fût susceptible d'être déterminé d'une manière exacte. Dans ce cas, en effet, la convention devrait, relativement à ces immeubles, être considérée plutôt comme une vente d'objets particuliers que comme une cession d'hérédité. Delvincourt, III, p. 463. Duvergier, II, 75. Cpr. Troplong, II, 790 ; Limoges, 19 novembre 1819, Sir., 20, 2, 81 ; Orléans, 24 mai 1831, Sir., 31, 2, 200.

¹² Art. 888. Voy. cep. art. 889. Cpr. § 626, texte n° 2, notes 12 à 16.

¹³ Les parlements, et notamment celui de Paris, avaient admis le retrait successoral, par extension des lois *per diversas et ab Anastasio* (LL. 22 et 23, C. *mand.* 4, 35). Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 8. Le Code Napoléon a maintenu ce retrait pour empêcher que des étrangers, guidés par la cupidité ou l'envie de nuire, ne pussent entraver, par de mauvaises difficultés, les opérations du partage, ou pénétrer dans les secrets des familles. Ces motifs ne sont pas sans force assurément. Mais, quand on considère que le retrait successoral est en lui-même préjudiciable aux intérêts de l'héritier, qui n'obtiendra, le plus souvent, qu'un prix inférieur à celui que paierait un cessionnaire dont le titre d'acquisition ne serait pas soumis à la résolution résultant de l'exercice de ce retrait, quand, d'un autre côté, on réfléchit que les parties peuvent aisément éluder l'exercice du retrait, soit en déguisant une cession onéreuse sous l'apparence d'une donation, soit en la tenant secrète à l'aide d'un mandat donné au cessionnaire de représenter le cédant au partage, et que dans tous les cas l'emploi de pareils moyens doit donner lieu à de fréquentes contestations, on est assez porté à regretter que ce Code n'ait pas laissé tomber dans l'oubli le retrait successoral, comme tant d'autres droits de préemption consacrés par l'ancienne jurisprudence. Cpr. sur cette matière: Benoit, *Du retrait successoral*, Paris, 1847, 1 vol. in-8°.

¹⁴ Chabot, *Des successions*, sur l'art. 841, n° 10. Duranton, VII, 494. — Il est bien entendu que les héritiers pourraient exercer le retrait contre une cession

Il ne peut être exercé qu'autant que la cession a pour objet l'intégralité ou une quote-part d'une portion héréditaire¹⁵. Le cessionnaire d'une part indivise dans des objets spécialement déterminés, ou même dans tous les objets restés en commun après le partage général de la succession, n'en est point passible¹⁶. Du reste, le retrait serait admis contre tout acte sous l'apparence duquel les parties auraient déguisé une véritable cession de droits successifs¹⁷.

Le retrait successoral n'est ouvert qu'à raison de cessions faites par un successible, c'est-à-dire par une personne appelée à prendre part à la succession en vertu d'un titre universel. Il n'est donc pas ouvert contre une cession faite par un simple légataire en usufruit, son droit portât-il sur l'universalité de la succession¹⁸. Mais il importe peu que le cédant soit un héritier proprement dit, ou un successeur universel privé de la saisine. Ainsi, le retrait est ouvert contre une cession faite par un enfant naturel ou par un légataire à titre universel¹⁹.

faite sous forme de donation, mais qui, dans la réalité, aurait eu lieu à titre onéreux. — Si le donataire d'une portion héréditaire cédait à titre onéreux ses droits à un étranger, celui-ci serait passible du retrait. Chabot, *op. et loc. cit.* Toullier, IV, 446.

¹⁵ Quoique l'art. 841 ne parle que de la cession faite par un cohéritier *de son droit à la succession*, ce serait une erreur de conclure de ces termes que le retrait n'est pas ouvert contre une cession ayant pour objet, non la totalité, mais une quote-part seulement d'une portion héréditaire. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 9. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 841, n° 8. Duranton, VII, 492.

¹⁶ Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 841, n° 9. Duranton, VII, 201. Req. rej., 9 septembre 1806 et 22 avril 1808, Sir., 8, 4, 523 et 525. Civ. rej., 27 juin 1832, Sir., 32, 4, 352. Lyon, 17 mai 1834, Sir., 33, 2, 456. Bourges, 26 décembre 1833, Sir., 34, 2, 652. Civ. rej., 14 août 1840, Sir., 40, 4, 753. Riom, 13 novembre 1846, Sir., 47, 2, 499. Agen, 2 avril 1851, Sir., 52, 2, 307. — Il a cependant été jugé, mais à tort selon nous, que le principe énoncé au texte pouvait être modifié suivant les circonstances. Pau, 14 mai 1830, Sir., 31, 2, 284. Civ. rej., 15 mai 1833, Sir., 33, 4, 369. Bourges, 9 mars 1842, Sir., 43, 2, 77. — Du reste, il est bien entendu que ce principe cesserait d'être applicable, si la cession faite par un héritier de sa part indivise dans des objets spécialement déterminés comprenait en réalité tous les objets qui composent la succession. Merlin, *op. et v° cit.*, n° 9. Req. rej., 1^{er} décembre 1806, Sir., 6, 2, 943. Bourges, 16 décembre 1833, Sir., 34, 2, 652. Pau, 19 août 1837, Sir., 39, 2, 453. Civ. cass., 16 mai 1848, Sir., 48, 4, 388.

¹⁷ Req. rej., 23 novembre 1842, Sir., 43, 4, 409. Civ. cass., 16 mai 1848, Sir., 48, 4, 388.

¹⁸ Dijon, 17 février 1854, Sir., 54, 2, 424. Cpr. texte, notes 20 et 24 *infra*.

¹⁹ L'art. 841 ne parle, à la vérité, que de la cession faite par un cohéritier.

Le retrait ne peut être exercé que contre des non successibles, c'est-à-dire, contre ceux qui ne sont pas eux-mêmes appelés, en vertu de la loi ou d'une disposition du défunt, à recueillir une quote-part de l'hérédité en pleine ou en nue propriété. Mais il peut être exercé contre tout cessionnaire à qui n'appartiendrait pas réellement le titre de successible, quelque analogie que sa position présente avec celle d'une personne revêtue de cette dernière qualité. Ainsi, on doit considérer comme soumis au retrait, le légataire en usufruit seulement, quoique de l'universalité des biens héréditaires²⁰, et le mari d'une femme qui serait elle-même héritière²¹. Le successible qui aurait renoncé à la succession pour s'en tenir à un don ou à un legs particulier serait passible du retrait²². Il en serait de même d'un parent non appelé à l'hérédité, à moins que la renonciation du cédant n'eût eu pour résultat de le faire arriver à la succession²³.

La faculté de retrait ne compète qu'aux personnes revêtues de la qualité de successibles, dans le sens qui vient d'être défini. Le successeur en usufruit seulement ne serait point autorisé à

Mais, si l'on voulait prendre cette expression dans son acception propre et ne l'appliquer qu'aux successeurs jouissant de la saisine, il en résulterait une incon séquence choquante. Comment, en effet, admettre que le cessionnaire des droits d'un légataire à titre universel ou d'un enfant naturel jouisse de plus de faveur que le cessionnaire des droits d'un héritier proprement dit, et ne puisse être écarté du partage dont ce dernier peut être exclu? Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 9. Toullier, IV, 439 et 440. Req. rej., 1^{er} décembre 1806, Sir., 6, 2, 943.

²⁰ Riom, 13 avril 1818, Sir., 18, 2, 198. Dijon, 8 juillet 1826, Sir., 29, 2, 157. Civ. rej., 17 juillet 1843, Sir., 43, 1, 697. Voy. en sens contraire: Paris, 2 août 1824, Sir., 22, 2, 29; Nîmes, 30 mars 1830, Dalloz, 1830, 2, 482; Bastia, 23 mars 1835, Sir., 35, 2, 350. Cette dernière opinion nous avait d'abord paru préférable. Mais nous avons changé de sentiment à cet égard, par la considération que l'usufruitier n'est intéressé qu'à la constatation de l'actif et du passif de l'hérédité, et n'est point, comme tel, appelé à concourir au partage proprement dit, de sorte que la cession faite à son profit aurait réellement pour effet d'introduire dans le partage une personne à laquelle sa qualité ne donne pas le droit d'y figurer, et qui pourrait en entraver les opérations. Cpr. aussi texte et note 24 *infra*.

²¹ Pau, 10 juin 1830, Sir., 34, 2, 52. Bordeaux, 28 juin 1844, Sir., 45, 2, 407. Req. rej., 25 juillet 1844, Sir., 44, 1, 614. Riom, 9 mars 1846, Sir., 46, 2, 257. Toulouse, 31 décembre 1852, Sir., 53, 2, 23. Voy. en sens contraire: Grenoble, 7 avril 1840, Sir., 42, 2, 5.

²² Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 844, n° 7. Cpr. Civ. cass., 14 mars 1810, Sir., 10, 1, 230.

²³ Grenoble, 3 juillet 1824, Sir., 25, 2, 63.

l'exercer, alors même que son usufruit porterait sur l'universalité des biens de la succession ²⁴.

La faculté de retrait appartient à tout successible, peu importe qu'il ait ou non la saisine héréditaire. Ainsi, elle appartient même à l'enfant naturel et au légataire à titre universel ²⁵. L'héritier bénéficiaire en jouit comme l'héritier pur et simple ²⁶.

Cette faculté passe aux successibles de celui qui en était investi, et elle peut même être exercée du chef de ce dernier par le curateur à sa succession vacante ²⁷. Mais ses créanciers ne sont point admis à la faire valoir en son nom ²⁸.

Du reste, les personnes qui jouissent du retrait sont autorisées à l'exercer, alors même qu'étant devenues héritiers du cédant, elles ont accepté sa succession purement et simplement ²⁹.

²⁴ L'usufruitier n'est point, en général, le successeur, dans le sens propre du mot, de celui dont il tient son droit. Mais, dût-on lui reconnaître cette qualité, il n'en résulterait pas que le légataire en usufruit d'une quote-part, ou même de l'universalité des biens héréditaires, pût être considéré comme un successeur universel. Cpr. § 744, texte et note 16. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 43. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 475 et 476. Civ. cass., 24 novembre 1847, Sir., 48, 4, 24. Voy. en sens contraire : Bastia, 23 mars 1835, Sir., 35, 2, 350.

²⁵ Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 844, n° 13 et 14. Duranton, VII, 486. Toullier, IV, 439 et 444. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 746. Malpel, *Des successions*, n° 247. Benoît, *op. cit.*, n° 5. Req. rej., 8 juin 1826, Sir., 26, 4, 399. Civ. rej., 2 décembre 1829, Sir., 30, 4, 29. Civ. rej., 15 mars 1834, Sir., 34, 4, 483. Req. rej., 5 décembre 1833, Sir., 34, 4, 433. Bastia, 23 mars 1835, Sir., 35, 2, 350. Grenoble, 7 avril 1840, Sir., 42, 2, 5. Caen, 19 mars 1842, Sir., 43, 2, 96. — La proposition émise au texte est une conséquence forcée du principe que le retrait successoral peut avoir lieu contre les cessions faites par un enfant naturel ou par un légataire à titre universel. Cpr. note 19 *supra*. On ne peut admettre que le législateur ait, dans un même article, attribué au mot *cohéritier* deux acceptions différentes, et qu'après avoir employé cette expression pour désigner tous les successibles indistinctement, il s'en soit servi, d'une manière limitative, pour indiquer les successibles jouissant de la saisine.

²⁶ Toullier, IV, 437. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 844, n° 13. Duranton, VII, 485. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 844, n° 12. Bordeaux, 16 mars 1832, Sir., 32, 2, 473. Limoges, 13 juillet 1844, Sir., 45, 2, 507. Voy. en sens contraire : Benoît, *Du retrait successoral*, n° 10.

²⁷ Montpellier, 8 juin 1848, Sir., 49, 2, 279.

²⁸ Cpr. § 342, texte et note 25.

²⁹ On ne pourrait leur opposer la maxime *eum quam de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, puisque le titre du cessionnaire se trouvant soumis à une condition légale de résolution, l'exercice du retrait ne constitue pas une éviction de nature à donner lieu à garantie. Civ. cass., 15 mai 1844, Sir., 44, 4, 605.

La faculté de retrait compète individuellement à chaque successible³⁰. Le retrait une fois consommé par le consentement du cessionnaire, ou par l'effet d'un jugement définitif rendu contre lui, celui qui l'a exercé ne peut être contraint à mettre en commun la portion héréditaire qui en a été l'objet³¹. Mais la simple demande à fins de retrait formée par l'un des successibles ne rend pas les autres non recevables à demander de participer au retrait³². Les héritiers d'une ligne ne jouissent d'aucune préférence sur ceux de l'autre, pour le retrait de la portion héréditaire cédée par un des successibles appartenant à leur ligne³³.

La loi ne fixe pas de délai pour l'exercice du retrait, qui peut avoir lieu tant que le partage n'est pas consommé³⁴. Si les successibles avaient admis le cessionnaire à des opérations préa-

³⁰ Req. rej., 14 juin 1820, Sir., 21, 1, 92.

³¹ Le principe que l'héritier qui traite sur un objet concernant la succession est censé agir dans l'intérêt commun de tous ses cohéritiers (cpr. L. 49, D. *fam. ercisc.*, 10, 20) est ici sans application. La loi considère le retrait, moins comme destiné à procurer un bénéfice à celui qui l'exerce, que comme un moyen d'écartier du partage un étranger ; et son but se trouve complètement atteint dès que le retrait est consommé. D'ailleurs, si le retrayant faisait une mauvaise opération, ses cohéritiers pourraient la lui laisser pour son compte, et il est juste, par réciprocité, qu'il profite seul des bénéfices qu'elle présentera. Toullier, IV, 438. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 841, n° 15. Duranton, VII, 199. Riom, 24 janvier 1809, Sir., 13, 2, 324. Montpellier, 7 juillet 1824, Sir., 25, 2, 313. Civ. rej., 28 juin 1836, Sir., 36, 1, 547. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Retrait successoral, § 4.

³² Toullier, *loc. cit.* Chabot, *op. et loc. cit.*, n° 16. Belost-Jolimont sur Chabot, obs. 8, sur l'art. 841. Benoit, *op. cit.*, n° 45 et 46. Limoges, 30 juin 1852, Sir., 52, 2, 569. Voy. en sens contraire : Duranton, VII, 199.

³³ La division en deux moitiés de toute succession dévolue à des collatéraux (art. 733) n'a pas pour effet de créer deux hérités distinctes, et n'empêche pas que les successibles des deux lignes ne soient cohéritiers les uns à l'égard des autres. Delvincourt, sur l'art. 841. Duranton, VII, 188. Vazeille, sur l'art. 841, n° 23. Malpel, *Des successions*, n° 246. Chabot (*ubi supra*, n° 17) et Toullier (IV, 442) professent l'opinion contraire. Mais il semble que, pour être conséquents, ces auteurs devraient aller jusqu'à dire que les collatéraux d'une ligne sont autorisés à exercer le retrait contre une cession passée par un successible de leur ligne au profit d'un successible de l'autre ligne. Or, ils rejettent eux-mêmes cette proposition, évidemment insoutenable. Paris, 14 février 1834, Sir., 34, 2, 650. Voy. cep. Riom, 9 mars 1846, Sir., 46, 2, 257.

³⁴ Merlin, *Rép.*, v° Succession, n° 10. Duranton, VII, 303. Req. rej., 14 juin 1820, Sir., 21, 1, 92. Agen, 8 avril 1845, Sir., 46, 2, 189. — Le retrait pourrait même être exercé après la consommation du partage, si la cession avait été tenue cachée, et si le cédant avait continué de figurer dans les opérations du partage. Civ. rej., 4 décembre 1820, Sir., 22, 1, 174.

lables au partage, cette circonstance n'emporterait pas, en général, contre eux déchéance du retrait³⁵.

Le successible qui veut exercer le retrait doit rendre le cessionnaire complètement indemne ; il doit, par conséquent, lui rembourser, non-seulement le prix principal³⁶ de la cession, mais encore les intérêts de ce prix et les frais et loyaux coûts du contrat³⁷. Du reste, il n'est pas nécessaire que la demande en retrait soit précédée ou accompagnée d'offres réelles, pour le montant des restitutions à faire au cessionnaire³⁸.

La déclaration faite par un successible de vouloir effectuer le retrait lui donne un droit acquis à l'exercice de cette faculté, qui, dès lors, ne peut plus être paralysé par une rétrocession. Mais une rétrocession sérieuse, faite avant toute déclaration de cette nature, éteint le droit au retrait³⁹.

Le successible entre, par l'exercice du retrait, dans tous les

³⁵ C'est ce qui résulte, à notre avis, des termes *écarter du partage*, dont se sert l'art. 841 ; et cette interprétation nous paraît conforme à l'esprit de la loi. Il se peut que les héritiers n'aient pas, dans le premier moment, des données assez précises sur l'hérédité pour savoir s'il leur serait avantageux d'exercer le retrait. Il se peut aussi que la présence du cessionnaire ne leur paraisse nullement incommode, ou qu'ils ne s'attendent pas de sa part à des prétentions en raison desquelles il leur importerait de l'écarter du partage. Duranton, VII, 203. Req. rej., 14 juin 1820, Sir., 21, 1, 92. Bourges, 19 janvier 1830, Sir., 30, 2, 146. Civ. rej., 15 mai 1833, Sir., 36, 1, 369. Bordeaux, 28 juin 1844, Sir., 45, 2, 407. Agen, 8 avril 1845, Sir., 46, 2, 189. Toulouse, 31 décembre 1852, Sir., 53, 2, 23. Cpr. Orléans, 18 mai 1839, Sir., 39, 2, 386 ; Toulouse, 22 février 1840, Sir., 40, 2, 318. Voy. en sens contraire : Chabot, *ubi supra*, n° 19. Cpr. Toullier, IV, 449.

³⁶ Le retrayant, qui n'est tenu de rembourser que le prix *réellement* payé, est admis à prouver, même par témoins ou par présomptions, que ce prix est inférieur à la somme énoncée dans l'acte de cession. Duranton, VII, 195. Aix, 5 décembre 1809, Sir., 12, 2, 379. Paris, 14 février 1834, Sir., 34, 2, 650.

³⁷ Arg. art. 1699. Chabot, *op. cit.*, sur l'art. 841, n° 21. Duranton, VII, 202. — Si la cession avait eu lieu par forme d'échange, le cessionnaire devrait se contenter de la restitution de la valeur estimative de l'objet par lui donné en échange. Duranton, VII, 197. Req. rej., 19 octobre 1814, Sir., 15, 1, 112. Caen, 19 mars 1842, Sir., 43, 2, 96. — Lorsque le prix de la cession consiste en une rente viagère, le retrayant n'est tenu que de rembourser les arrérages déjà payés, et de continuer le service de la rente, si elle dure encore. Toullier, IV, 454. Duranton, VII, 108. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 9. Req. rej., 1^{er} décembre 1806, Sir., 6, 2, 948.

³⁸ Duranton, VII, 200. Colmar, 11 mars 1807, Sir., 7, 2, 284. Pau, 10 juin 1830, Sir., 31, 2, 52. Bourges, 16 décembre 1833, Sir., 34, 2, 652.

³⁹ Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 14. Paris, 16 mai 1823, Sir., 23, 2, 244. Civ. cass., 4 mai 1829, Sir., 29, 1, 177.

droits du cessionnaire. Il profite donc des bénéfices qui se sont réalisés dans l'intervalle de la cession au retrait⁴⁰. Réciproquement, il succède à toutes les obligations que la cession avait imposées au cessionnaire. Mais celui-ci n'en demeure pas moins tenu, envers le cédant, des prestations restant à acquitter⁴¹. Il pourrait seulement exiger du retrayant une caution pour la sûreté du recours qu'il aurait à exercer contre lui, s'il était poursuivi par le cédant⁴².

Le retrait successoral n'est admis qu'en matière de succession. Il ne peut être exercé contre les cessions de droits indivis dans une communauté conjugale ou dans une société⁴³.

§ 359 quater.

(3) *De la cession de droits litigieux.*

Les art. 1597 et 1699 s'occupent tous deux, mais sous des rapports différents, des cessions de droits litigieux.

1° L'art. 1597 défend aux personnes qu'il énumère¹, de se

⁴⁰ Toullier, IV, 451. Chabot, *ubi supra*, n° 24.

⁴¹ Nous avons, dans nos premières éditions, émis une opinion contraire, d'après cette idée que le retrayant se trouve activement et passivement subrogé au cessionnaire. Mais un nouvel examen de la question nous porte à penser que cette idée, parfaitement exacte en elle-même, doit cependant être restreinte aux rapports des parties entre elles. Le cédant, qui est resté étranger au retrait, ne peut être forcé d'accepter un autre débiteur au lieu et place de celui qu'il s'était choisi. Dumoulin, *Sur la coutume de Paris*, titre des fiefs, § 20, glose 8, n° 8. Pothier, *Des retraits*, nos 299, 300 et 428. Dissertation par Brives-Cazes, *Revue de législation*, 1851, I, p. 69. Bordeaux, 24 juillet 1850, *Arrêts de Bordeaux*, 1850, XXV, p. 376.

⁴² Tel est, à notre avis, le moyen de concilier le droit du cédant, les obligations du retrayant, et les légitimes intérêts du cessionnaire.

⁴³ Le retrait doit, comme exception au Droit commun, être restreint à la matière des successions, pour laquelle il est nominativement établi. Les termes des art. 1476 et 1872, qui n'assimilent les partages de communautés ou de sociétés aux partages de successions, que sous le rapport de la forme, des effets et de la garantie, repoussent d'ailleurs l'extension du retrait aux cessions dont il est question dans le texte. Merlin, *Rép.*, v° *cit.*, n° 12. Vatismenil, *Revue de législation*, III, p. 432. Benoît, *op. cit.*, n° 38. Odier, *Du contrat de mariage*, I, 523. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 844. Metz, 17 mai 1820, *Sir.*, 21, 2, 305. Bordeaux, 19 juillet 1826, *Sir.*, 27, 2, 42. Bourges, 12 juillet 1831, *Sir.*, 32, 2, 50. Voy. en sens contraire : Battur, *De la communauté*, II, 796; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 844, n° 26; Riom, 23 novembre 1848, *Sir.*, 49, 2, 85.

¹ La disposition de l'art. 1597, relative aux *défenseurs officieux*, s'applique naturellement aux avocats, qui n'ont pas été mentionnés dans cet article, parce que

rendre cessionnaires des droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel elles exercent leurs fonctions².

Un droit est litigieux, dans le sens de l'art. 1597, par cela seul qu'il forme actuellement l'objet d'une contestation quelconque, ou qu'il existe des circonstances de nature à faire présumer qu'il donnera lieu à contestation sérieuse³. Cependant les difficultés qui s'élèvent sur la mise à exécution d'un droit, d'ailleurs certain et liquide, ne rendent pas ce droit litigieux⁴.

Toute cession passée au mépris de cette prohibition est nulle, alors même que le cessionnaire serait de bonne foi⁵. La nullité peut être proposée, non-seulement par le débiteur cédé, mais encore par le cédant⁶. Le cessionnaire doit, en cas d'annulation

l'ordre des avocats, supprimé par la loi des 2-11 septembre 1790, n'a été rétabli que par celle du 22 ventôse an XII, c'est-à-dire, postérieurement à la rédaction définitive du titre *de la vente*, adopté au conseil d'Etat le 3 ventôse de la même année. Cpr. Loqué, *Lég.*, XIV, p. 1.

² Ainsi, les magistrats, avocats et officiers ministériels près d'une Cour impériale, ne peuvent se rendre cessionnaires de droits litigieux de la compétence de l'un des tribunaux qui ressortissent à cette Cour. Ainsi encore, un juge de paix ne peut se rendre cessionnaire de procès de la compétence du tribunal dans le ressort duquel il exerce ses fonctions. Lyon, 10 juillet 1839, *Sir.* 40, 2, 104. Mais rien n'empêche qu'un magistrat, un avocat, ou un officier ministériel près d'un tribunal de première instance, ne devienne cessionnaire de droits litigieux de la compétence d'un autre tribunal de première instance, quoique ce tribunal soit placé dans le ressort de la même Cour impériale. Ce qui ne peut laisser aucun doute à cet égard, c'est le rejet de la proposition du Tribunat, qui avait demandé que la fin de l'art. 1597 fût rédigée de la manière suivante : *qui sont de la compétence du tribunal d'appel dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions* (Loqué, *Lég.*, t. XIV, p. 127, n° 10). Troplong, I, 99. Duvergier, I, 198. Colmar, 11 mars 1807, et Trèves, 24 juin 1807, *Sir.*, 9, 2, 252. Voy. en sens contraire : Amiens, 11 prairial an XIII, *Sir.*, 9, 2, 253.

³ La loi laisse sous ce rapport une grande latitude à l'arbitrage des tribunaux. Les motifs de la prohibition établie par l'art. 1597 ne permettent pas d'appliquer aux termes *procès, droits et actions litigieux* dont il se sert, la définition restreinte donnée par l'art. 1700. Voy. aussi *Exposé de motifs* par Portalis (Loqué, *Lég.* XIV, p. 149 et 150, n° 17). Delvincourt, III, p. 171. Carré, *Lois de la compétence*, I, p. 166. Duranton, XVI, 141. Troplong, I, 200. Duvergier, I, 199. Lyon, 10 juillet 1839, *Sir.*, 40, 2, 104. Req. rej., 11 février 1851, *Sir.*, 51, 1, 199. Voy. cep. en sens contraire : *Rapport fait au Tribunat*, par Faure (Loqué, *Lég.*, XIV, p. 195, n° 15) ; Rennes, 27 juillet 1808, *Sir.*, 9, 2, 157.

⁴ Req. rej., 5 juin 1825, *Sir.*, 26, 1, 412. Cpr., Bruxelles, 30 janvier 1808, *Sir.*, 10, 2, 491.

⁵ Nîmes, 15 mai 1840, *Sir.*, 40, 2, 539.

⁶ Troplong, I, 196. Duvergier, I, 200. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI,

de la cession, être condamné, envers le débiteur cédé, aux dépens, et à des dommages-intérêts s'il y a lieu. Mais l'annulation de la cession, prononcée sur la demande du débiteur, n'éteint pas le droit cédé, qui peut ultérieurement être exercé par le cédant lui-même, ou transporté à une autre personne⁷.

Les exceptions apportées par l'art. 1701 à la disposition de l'art. 1699 ne peuvent être étendues à la prohibition établie par l'art. 1597⁸.

2° L'art. 1699 autorise toute personne contre laquelle un droit litigieux, de quelque nature que ce soit⁹, a été cédé à titre oné-

145. — Le cessionnaire est-il aussi recevable à opposer la nullité de la cession ? M. Duvergier (*loc. cit.*) le pense ; mais nous ne saurions partager cette manière de voir, que nous avons déjà réfutée à la note 13 du § 37. En tout cas, le cessionnaire ne pourrait, en opposant la nullité de la cession, empêcher le débiteur cédé d'exercer le retrait, si le droit était litigieux dans le sens de l'art. 1699.

⁷ Duranton, XVI, 145. Les anciennes ordonnances prononçaient, en pareil cas, l'extinction des droits cédés, et une amende contre le cessionnaire. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Droits litigieux, n° 3.

⁸ Entraînés par l'opinion exprimée, d'une manière si formelle, dans le *Discours du tribun Grenier au Corps législatif* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 255 et 256, n° 38), nous avons d'abord adopté une solution contraire, que nous croyons devoir abandonner aujourd'hui, parce qu'il n'existe aucune analogie entre le retrait dont s'occupe l'art. 1699 et la prohibition portée par l'art. 1597, qui diffèrent également par leur origine, leur fondement et leurs effets. Si le législateur a considéré certaines circonstances comme assez favorables pour motiver des exceptions à un retrait qui est principalement établi dans des vues d'intérêt privé, il ne serait pas logique d'en conclure que les mêmes exceptions doivent être admises en ce qui concerne une prohibition qui, se liant d'une manière intime à la bonne administration de la justice, ainsi qu'à la dignité de la magistrature et de ses auxiliaires, intéresse à un aussi haut degré l'ordre public. Nous ajouterons que, dans l'hypothèse du transport d'une créance litigieuse fait à un magistrat ou à un officier ministériel en paiement de ce qui lui est dû, la cession présenterait évidemment, au point de vue de la prohibition établie par l'art. 1597, les mêmes inconvénients qu'une cession ordinaire. Et, si cette exception doit être rejetée, il ne paraît pas possible d'admettre les deux autres. Voy. en ce sens : Duranton, XVI, 142, et 538 ; Zachariæ, § 359, note 72 ; Nîmes, 25 mai 1840, *Sir.*, 40, 2, 539 ; Rouen, 1^{er} juillet 1852, *Sir.*, 54, 2, 348.

⁹ La disposition de l'art. 1699 ne concerne pas seulement les créances proprement dites, mais toute espèce de droits, soit mobiliers, soit immobiliers. Arg. art. 1701, n° 3. — Cette disposition s'appliquerait-elle à la vente d'un immeuble dont la propriété est litigieuse, comme elle s'applique à la cession d'un droit de propriété litigieux ? Voy. pour la négative : Delvincourt, III, p. 171 ; Rolland de Villargues, *Dictionnaire du notariat*, v° Droits litigieux, n° 6 ; Civ. rej., 24 novembre 1818, *Sir.*, 49, 1, 205. Voy. pour l'affirmative : Troplong, II, 1004 ; Duvergier, II, 379. Cette dernière opinion nous paraît préférable, alors du moins que le vendeur, ne détenant point l'immeuble, se trouve hors d'état d'en faire la

reux¹⁰, à exercer le retrait de ce droit, c'est-à-dire, soit à s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, soit à s'y faire subroger contre le gré de ce dernier.

Un droit ne devient litigieux, dans le sens de l'art. 1699, que lorsqu'il est contesté au fond, dans une instance judiciaire. Art. 1700¹¹. Il faut donc, tout à la fois, que le droit dont il s'agit forme l'objet d'une instance judiciaire actuellement liée¹², et que, dans cette instance¹³, le défendeur ait opposé des moyens de fond, c'est-à-dire des moyens tendant à faire rejeter, absolument et pour toujours, l'action elle-même. L'emploi de moyens de défense qui n'auraient pour objet que d'écarter temporaire-

délivrance. C'est en effet dans ce sens que les lois *per diversas et ab Anastasio* ont toujours été entendues. Il nous est, d'ailleurs, impossible de voir une différence réelle entre la cession d'un droit de propriété litigieux et la vente d'un immeuble, détenu par un tiers, dont la propriété se trouve revendiquée par le vendeur. Si l'on devait s'arrêter à cette distinction, il serait toujours facile d'éluder le retrait dans les cessions de droits de propriété. Voy. en ce sens : Req. rej., 22 juillet 1851, Sir., 51, 4, 567.

¹⁰ Cpr. sur les cessions faites par voie de transaction : Req. rej., 22 juillet 1851, Sir., 51, 4, 567.—Lorsqu'une cession de droits litigieux a été faite par un acte qualifié donation, mais qui impose certaines charges au donataire, les tribunaux doivent examiner, d'après la nature et la quotité des charges et les autres circonstances de la cause, si l'intention du cédant a été de faire une véritable libéralité, ou si, au contraire, c'est un transport onéreux qu'il a entendu consentir. Au dernier cas, le retrait devra être admis ; au premier, il devra être rejeté, nonobstant les charges imposées au cessionnaire. Duvergier, II, 388. Req. rej., 15 mars 1826, Sir., 26, 4, 397. Toulouse, 13 décembre 1830, Sir., 31, 2, 294. Cpr. cep. Troplong, II, 1009.

¹¹ La définition donnée par l'art. 1700 est conçue dans un esprit d'exclusion. Cet article, en effet, a eu pour objet de mettre un terme aux incertitudes de l'ancienne jurisprudence ; et ces incertitudes renaîtraient, s'il était au pouvoir des tribunaux de déclarer litigieux des droits dont le fond ne serait pas encore judiciairement contesté. Delvincourt, III, p. 471. Duranton, XVII, 532. Troplong, II, 985. Duvergier, II, 359. Civ. cass., 5 juillet 1819, Sir., 20, 4, 53. Req. rej., 24 janvier 1827, Sir., 27, 4, 352. Bourges, 19 janvier 1830, Sir., 30, 2, 146. Toulouse, 7 mai 1840, Sir., 40, 2, 347.

¹² Duvergier, II, 368. Civ. cass., 5 juillet 1819, Sir., 20, 4, 53. Riom, 11 mai 1839, Sir., 39, 2, 483. Limoges, 10 mai 1839, Sir., 40, 2, 14. Civ. rej., 9 février 1841, Sir. 41, 4, 220. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 4, 544.

¹³ Les débats qui auraient eu lieu au bureau de paix sur l'existence d'un droit ne rendent pas ce droit litigieux : le préliminaire de conciliation ne constitue pas une instance. Duranton, XVI, 534. Duvergier, II, 361 et 362. Metz, 6 mai 1817, Sir., 19, 2, 138. Cpr. Carré, *Lois de la procédure*, I, p. 92 ; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 409. Voy. en sens contraire : Turin, 9 mars 1811, Sir., 12, 2, 78.

ment la demande, ou de faire tomber l'instance, n'imprimerait pas au droit à raison duquel le procès est engagé le caractère de droit litigieux¹⁴. Il en est de même des contestations simplement relatives aux sûretés ou aux moyens d'exécution qui peuvent appartenir au créancier¹⁵. Mais, d'un autre côté, tout droit contesté au fond, dans une instance judiciaire, doit, par cela même, être considéré comme litigieux, sans que le juge puisse, sous ce rapport, examiner le mérite des moyens proposés par le défendeur. Toutefois, si un droit avait été précédemment consacré par un jugement passé en force de chose jugée, il devrait, nonobstant toutes nouvelles contestations sur son existence, être déclaré non litigieux¹⁶.

Le retrait litigieux constitue, de même que le retrait successoral, une espèce de droit de préemption, et se trouve régi, quant à son exercice, par les règles exposées au paragraphe précédent¹⁷. Celui qui veut user de ce retrait doit rembourser au cessionnaire le prix réel de la cession, les intérêts de ce prix à partir du jour du paiement, les frais de passation et de signification de la cession, et les dépens de l'instance suivie par le cessionnaire jusqu'à la demande en retrait.

Cette demande est recevable aussi longtemps que le litige n'est pas terminé par un jugement en dernier ressort. Elle peut, par conséquent, être formée, pour la première fois, en instance d'appel¹⁸.

¹⁴ Cpr. Troplong, II, 989 et suiv.; Duvergier, II, 364 et suiv.; Rauter, *op. cit.*, § 414; Lyon, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 144; Req. rej., 29 avril 1834, Sir., 34, 1, 293.

¹⁵ Cpr. Req. rej., 17 juillet 1826, Sir., 27, 1, 262. Voy. cep. Rouen, 1^{er} décembre 1826, Sir., 30, 2, 132.

¹⁶ Duvergier, II, 373. Civ. cass., 4 mars 1823, Sir., 23, 1, 204.

¹⁷ Ainsi, par exemple, la demande à fins de retrait litigieux n'a pas besoin d'être précédée ou accompagnée d'offres réelles. Req. rej., 8 frimaire an XII, Sir., 4, 1, 177, et 188 à la note. Besançon, 31 janvier 1809, Sir., 13, 2, 362. Ainsi encore, la rétrocession, postérieure à la demande en retrait, ne peut arrêter l'effet de cette demande. Turin, 19 mai 1813, Sir., 16, 2, 14. Cpr. § 359 *ter*, texte et notes 38 et 39.

¹⁸ Troplong, II, 999. Duvergier, II, 355. Rouen, 16 décembre 1826, Sir., 30, 2, 132. Grenoble, 19 mai 1828, Sir., 29, 2, 203. Metz, 11 mai 1831, Sir., 32, 1, 445. — Il a même été jugé que le retrait restait ouvert après une sentence en dernier ressort, si cette sentence était attaquée par voie de recours en cassation. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 627. — En tout cas, la demande de retrait serait recevable après un jugement rendu en dernier ressort, si la cession avait été tenue cachée pour prévenir l'exercice du retrait. Duvergier, II, 378. Rouen, 16 mars 1812, Sir., 12, 2, 335.

Elle devrait être rejetée, si elle n'était proposée que par des conclusions subsidiaires¹⁹.

La faculté de retrait n'est pas ouverte contre une cession qui serait passée, soit à un cohéritier ou à un copropriétaire du droit cédé, soit au possesseur de l'immeuble qui forme l'objet de ce droit, soit enfin à un créancier en paiement de ce qui lui est dû. Art. 1701. Mais, si un droit contesté entre trois parties était cédé par l'un des prétendants à l'autre, le troisième serait admis à l'exercice du retrait²⁰.

2) Du contrat d'échange.

SOURCES. Code Napoléon, art. 1702 à 1707. — BIBLIOGRAPHIE : Pothier, *Traité du contrat de vente*, nos 618 et suivants. — Troplong, *De l'échange*, en tête du 1^{er} vol. du *Contrat de louage*. — Duvergier, *De l'échange*, à la suite du *Contrat de vente*, vol. II, p. 495.

§ 360.

L'échange est un contrat par lequel l'un des contractants s'oblige à transférer à l'autre la propriété d'une chose, en retour, non d'une somme d'argent, mais d'une autre chose, dont celui-ci s'engage de son côté à lui transférer la propriété¹. Art. 1702.

L'obligation accessoire qui peut être imposée à l'une des parties de bonifier à l'autre, au moyen d'une soulte ou d'un retour en argent, la différence de valeur réelle ou de convenance, qui existerait entre les deux choses faisant l'objet de l'échange, ne transforme pas la convention en contrat de vente². Toutefois, une convention qualifiée d'échange, devrait être déclarée constituer une véritable vente, si la somme promise, à titre de soulte, par l'une des parties, était tellement supérieure à la valeur de la chose à livrer par la même partie, que le paiement de cette somme formât en réalité l'objet principal de son obligation.

L'échange est, en général, régi par les mêmes règles que la

¹⁹ Duvergier, II, 375. Civ. cass., 4 mars 1823, Sir., 23, 1, 204. Civ. cass., 4^{er} juin 1834, Sir., 34, 1, 245. Req. rej., 8 mars 1832, Sir., 32, 1, 445.

²⁰ Req. rej., 22 juillet 1854, Sir., 54, 1, 567.

¹ La convention par laquelle les parties se promettent l'usage d'une chose contre l'usage d'une autre chose, ou des services en retour d'autres services, ne constituerait pas un échange dans le sens propre de ce mot. Cpr. sur la définition donnée au texte, la note 4^{re} du § 349.

² Mais la soulte doit être assimilée à un prix de vente en ce qui concerne le privilège établi par les art. 2102, n° 4, et 2103, n° 1. Cpr. § 263.

vente. Art. 1703 et 1707. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

La partie qui a reçu en échange une chose dont l'autre partie n'était pas propriétaire est autorisée à demander la nullité du contrat, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu³. Arg. art. 1599. Cette demande, à laquelle s'appliquent d'ailleurs tous les développements donnés au § 351, sur la demande en nullité de la vente de la chose d'autrui, peut, comme cette dernière, être formée avant toute espèce de trouble⁴. Toutefois, le copermutant qui aurait aliéné la chose à lui donnée en échange, quoique sachant qu'elle n'appartenait pas à son copermutant, serait non recevable à demander l'annulation de l'échange, tant que l'acquéreur ne se trouverait pas troublé, ou ne demanderait pas contre lui la nullité de son contrat d'acquisition. Le copermutant, évincé de la totalité de la chose qu'il a reçue en échange, peut, suivant les cas, former une demande en nullité ou en résolution du contrat. Si l'éviction n'est que partielle, il ne peut provoquer la résolution de l'échange, qu'autant que la partie dont il a subi l'éviction est de telle importance relativement au tout, qu'il n'eût point consenti au contrat, s'il n'avait pas dû l'obtenir⁵. Arg. art. 1636.

Le défaut de paiement de la soulte promise par l'un des copermutants autorise l'autre à demander la résolution du contrat. Art. 1184 et arg. art. 1654. Cependant cette demande en résolution ne serait plus recevable, si le copermutant, créancier de la soulte, avait aliéné la chose à lui livrée, et s'était ainsi placé dans l'impossibilité de remettre les choses au même et semblable état où elles se trouvaient avant la formation du contrat⁶.

³ Duranton, XVI, 544. Troplong, n° 35. Duvergier, n° 410.

⁴ Il ne faut pas conclure, par argument *a contrario* de l'art. 1705, que l'un des copermutants soit non recevable à demander l'annulation du contrat avant d'être troublé dans la possession de la chose qu'il a reçue en échange. Cet article n'a pas pour objet de déterminer les circonstances dans lesquelles l'une des parties peut demander l'annulation du contrat, comme portant, de la part de l'autre, sur la chose d'autrui, mais seulement de régler les conséquences de cette annulation. Duranton, *loc. cit.* Duvergier, II, 413. Req. rej., 16 janvier 1810, Sir., 10, 1, 204. Poitiers, 16 avril 1822, Sir., 25, 2, 321.

⁵ Civ. rej., 30 juin 1841, Sir., 41, 1, 657. Req. rej., 15 mars 1852, Sir., 52, 1, 324.

⁶ Le copermutant qui aliène la chose qu'il a reçue en échange, avant d'avoir obtenu le paiement de la soulte à lui due, renonce par cela même à la faculté de demander, pour défaut de paiement de cette soulte, la résolution du contrat, et ne conserve que son privilège. Bordeaux, 7 mars 1846, Sir., 46, 2, 179.

Le copermutant autorisé à former une demande en nullité ou en résolution de l'échange peut réclamer à son choix, soit la restitution de sa propre chose, soit la bonification de la valeur de celle qui lui avait été donnée en échange, et ce, dans l'un et l'autre cas, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1705 et arg. de cet art. Il jouit de cette option, lors même qu'il aurait aliéné la chose par lui reçue en échange, à supposer d'ailleurs qu'il ne doive pas, en raison de cette circonstance et d'après les explications précédemment données, être considéré comme ayant tacitement renoncé à la faculté de répéter sa chose⁷.

La résolution, tout aussi bien que l'annulation du contrat d'échange, réfléchit contre les tiers détenteurs de l'immeuble⁸ livré à la partie contre laquelle elle est prononcée⁹, à moins qu'ils ne soient couverts par la prescription de 30 ans ou par celle de 10 à 20 ans¹⁰.

Le principe que l'échange est régi par les mêmes règles que la vente reçoit les modifications suivantes :

L'échangiste, auquel a été livrée la chose qui lui avait été promise, peut bien, lorsqu'il a juste sujet de craindre d'être troublé, se dispenser de remplir ses engagements ; mais, s'il veut user de cette faculté, il doit restituer la chose qu'il a reçue. Art. 1704. Cpr. 1653.

Le contrat d'échange n'est pas sujet à rescision pour cause de lésion. Art. 1707. Cpr. 1674. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'échange aurait eu lieu avec soulte, à moins que la convention ne dût, en raison de la quotité de la soulte, être considérée comme constituant en réalité une vente¹¹.

⁷ Du moment où la demande en annulation ou en résolution de l'échange est admissible en elle-même, il est impossible de refuser à celui qui l'a formée le droit de répéter sa chose, pour le réduire à un simple recours pécuniaire. La circonstance de l'aliénation par le demandeur, de la chose qu'il a reçue en échange, n'empêcherait pas que sa propre chose ne se trouvât sans cause entre les mains de l'autre copermutant. Cpr. Grenoble, 4 mars 1847, Sir., 48, 2, 718.

⁸ *Quid* en cas d'échange de choses mobilières ? Cpr. § 356, texte et note 22.

⁹ Merlin, *Rép.*, v° Echange, n° 2. Duranton, XVI, 546. Duvergier, II, 417. Troplong, n° 25. Aix, 25 mai 1813, Sir., 13, 2, 364. Grenoble, 18 juillet 1834, Sir., 35, 2, 75. Lyon, 12 janvier 1839, Sir., 39, 2, 293. Nîmes, 19 février 1839, Sir., 39, 2, 455. Bordeaux, 13 juin 1846, Sir., 47, 2, 30. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 184 ; Favard, *Rép.*, v° Echange, n° 3.

¹⁰ Toulouse, 13 août 1827, Sir., 29, 2, 81.

¹¹ Duranton, XVI, 547. Troplong, n° 3, 6 et 28. Cpr. Colmar, 25 mars 1825, Sir., 26, 2, 444.

3) *Du contrat de louage.*

Sources. Code Napoléon, art. 1708-1831. Les dispositions de ces articles sont principalement puisées dans le Droit romain, à l'exception des règles relatives au cheptel, lesquelles sont empruntées au Droit coutumier. — BIBLIOGRAPHIE : Pothier, *Traité du contrat de louage*. — Duvergier, *Du contrat de louage*; Paris, 1836, 2 vol. in-8°. — Troplong, *De l'échange et du louage*; Paris, 1840, 3 vol. in-8°.

§ 361.

Définition du louage. — Des diverses espèces de louage.

Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci pendant un certain temps l'usage ou la jouissance d'une chose (*locatio rerum*), soit à lui fournir temporairement ses services (*locatio operarum*), soit à faire pour son compte un ouvrage déterminé (*locatio operis*). Art. 1708 à 1711.

Le Code Napoléon confond les deux dernières espèces de louage sous la dénomination générale de louage d'ouvrage. Art. 1708 et 1710.

Le cheptel participe à la fois du louage des choses et de celui de services.

a) *Du louage des choses.*

§ 362.

Généralités.

Le louage peut avoir pour objet toutes espèces de choses mobilières ou immobilières. Art. 1713. Le Code Napoléon ne s'occupe, d'une manière spéciale et complète, que du louage des maisons d'habitation et des biens ruraux¹. Mais les règles qu'il établit à cet égard s'appliquent, par analogie et en tant que la nature des choses le permet, au louage des autres immeubles et à celui des meubles².

Les dispositions relatives à la vente peuvent, à raison de l'affinité qui existe entre ce contrat et le louage, servir à interpréter et à compléter les règles que la loi a tracées sur ce dernier contrat³.

¹ Voy. cep. art. 1711, 1713 et 1757.

² Rapport fait au Tribunat, par Mouricault (Loché, *Lég.*, XIV, p. 422, n° 6).

³ *Præ. Inst. de loc. cond.* (3, 24). L. 2, D. *loc. cond.* (19, 2). Pothier, n° 2 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 6.

(1) *Des règles qui régissent, en général, le louage des choses, et notamment de celles qui sont communes aux baux à loyer et à ferme.*

§ 363.

Des éléments essentiels à l'existence du contrat.

Tout contrat de louage de choses exige le concours de trois éléments essentiels, savoir : le consentement des parties, une chose dont l'usage ou la jouissance est abandonnée par l'une des parties à l'autre, et un prix (loyer, fermage) stipulé comme équivalent de cet usage ou de cette jouissance.

Le louage diffère de la vente :

1° En ce qu'il a pour objet de transférer, non la propriété, ni même la possession de la chose qui en fait la matière, mais seulement l'usage ou la jouissance de cette chose¹.

2° En ce que le prix peut consister, non-seulement en une somme d'argent, mais encore en une certaine quantité de denrées de la nature de celles que la chose louée est susceptible de produire, ou dans une certaine quotité des fruits qui doivent en naître². Dans ce dernier cas, le contrat prend le nom de bail à partage de fruits ou de colonage partiaire³.

A ces différences près, les principes exposés au § 349, sur les éléments essentiels à la vente, s'appliquent également au louage des choses. Ainsi, la promesse synallagmatique de bail équivaut à bail, et engendre une véritable obligation de livrer, dont le preneur est en droit d'exiger l'exécution effective par la délivrance de la chose louée⁴.

¹ Pothier, nos 243 et suiv., 285 et suiv.

² Pothier, n° 39. — La convention par laquelle l'une des parties abandonnerait à l'autre la jouissance d'une chose contre un équivalent qui ne consisterait, ni dans une somme d'argent, ni dans une certaine quantité de denrées ou dans une portion des fruits, mais dans d'autres objets mobiliers ou immobiliers à livrer, soit en propriété, soit en jouissance, ou dans des services, ne constituerait point un louage proprement dit, mais un contrat innommé. Cpr. § 2, *Inst. de loc. cond.* (3, 24). Duranton, XVII, 9. Duvergier, I, 95 et 96, et II, 247 et suiv.

³ Voy. sur le colonage partiaire : § 371 bis.

⁴ Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 1 ; et *Quest.*, v° Bail, § 1. Duvergier, I, 47. Civ. cass., 3 août 1838, Sir., 38, 1, 299.

§ 364.

Des conditions de la validité du louage des choses.

La capacité juridique requise pour ce contrat se détermine d'après l'idée que le bail est un acte de simple administration.

Il en résulte que les personnes qui, sans avoir la disposition de leurs biens, en ont cependant l'administration, tels que les mineurs émancipés et les individus pourvus d'un conseil judiciaire, sont, en principe, autorisés à passer bail de leurs biens meubles ou immeubles, sans l'observation d'aucune formalité, et même pour un temps excédant la durée ordinaire des baux ¹.

Il en résulte également que les administrateurs légaux de la fortune d'autrui, tels que le père administrateur des biens de ses enfants, le tuteur, le mari, l'envoyé en possession provisoire, jouissent, en principe, des mêmes pouvoirs.

Ces deux règles sont cependant, en ce qui concerne le mineur émancipé, le père administrateur, le tuteur et le mari, soumises aux modifications résultant de la combinaison des art. 481, 1429, 1430 et 1718 ². Les mêmes modifications s'appliquent aux baux consentis par l'usufruitier ³.

Mais elles ne paraissent pas devoir être étendues aux baux passés, soit par une personne pourvue d'un conseil judiciaire, soit par un envoyé en possession provisoire ⁴.

¹ Suivant l'opinion communément admise autrefois, les baux faits pour plus de neuf années, appelés baux à longues années, rentraient dans la classe des actes de disposition. Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v^o Bail fait pour plus de neuf années. Cette manière de voir se comprenait sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle les baux à longues années étaient, en général, considérés comme conférant un droit réel au preneur. Mais elle ne serait plus en harmonie avec les principes de notre nouvelle législation, et les art. 1429, 1430 et 1718, sagement entendus, prouvent que les rédacteurs du Code se sont placés à un point de vue tout différent. Il est, en effet, à remarquer que ces articles ne prononcent pas la nullité des baux passés par le mari ou le tuteur pour une durée excédant neuf années, et qu'ils réservent seulement à la femme et au mineur la faculté de les faire cesser à l'expiration de la période de neuf ans, courant au moment de la dissolution de la communauté ou de la majorité.

² Cpr. quant au mineur émancipé, § 432, texte et note 2; quant au père administrateur, § 423, texte et note 32; quant au tuteur, § 443, texte n^o 5 et notes 52 à 55; quant au mari, § 540, Voy. en ce qui concerne l'administrateur provisoire d'un individu placé dans un asile d'aliénés : Loi du 30 juin 1838, art. 31, al. 1; et § 427 bis, texte n^o 4.

³ Art. 595 cbn. 1429 et 1430. Cpr. § 227.

⁴ Cpr. § 440, texte et note 15; § 453, texte et note 40.

Le copropriétaire d'une chose indivise ne peut la louer, même pour la part à lui appartenant, sans le consentement de ses cointerlocuteurs, qui seraient autorisés à demander l'annulation, pour le tout, du bail qu'il aurait passé sans leur concours⁵.

Les personnes auxquelles l'art. 1596 défend de se rendre adjudicataires de certains biens ne peuvent pas non plus, en général, s'en rendre locataires⁶.

Le louage peut avoir pour objet toutes les choses dont l'usage ou la jouissance n'est pas hors du commerce⁷, à l'exception seulement de celles dont on ne peut user ou se servir sans les consommer⁸.

Ce contrat peut être passé verbalement ou par écrit. Art. 1714. Il se trouve, quant à la manière d'en prouver l'existence, soumis en général, et sauf les modifications indiquées aux art. 1715 et 1716, aux règles communes à toute espèce de conventions.

Aux termes de ces articles, l'existence ou les conditions d'un bail qui n'a pas encore reçu d'exécution ne peuvent être prouvées par témoins, quand même la valeur n'en dépasserait pas 150 fr.⁹. Au contraire, lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution, la preuve testimoniale est recevable pour en établir la durée, et toutes les conditions autres que le prix¹⁰, pourvu,

⁵ Merlin, *Quest. v* Location. Duranton, XVII, 35. Duvergier, I, 87. Troplong, I, 100. Civ. cass., 4 janvier 1844, Sir., 44, 1, 723.

⁶ Cpr. cep. art. 450, al. 2. L'exception admise par cet article confirme la règle énoncée au texte.

⁷ Pothier, nos 9 et suiv.—Ainsi, les biens composant un majorat et les terrains dépendant de fortifications, sont susceptibles d'être loués, parce qu'ils ne sont placés hors du commerce que quant à la propriété.

⁸ *Rapport fait au Tribunal*, par Mouricault (Loché, *Lég.*, XIV, p. 422, n° 5).

⁹ L'art. 1715 ajoute : *et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données*. Cette addition était inutile, car une pareille allégation ne peut pas plus autoriser la preuve par témoins d'un louage, que de toute autre convention.

¹⁰ Duranton, XVII, 55. Nîmes, 14 juillet 1810, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Louage, p. 910. Cpr. Req. rej., 10 mai 1832, Sir., 33, 1, 557. MM. Toullier. (IX, 32) et Duvergier (I, 258) cherchent à démontrer que, même dans ce cas, la preuve par témoins est absolument inadmissible. Voy. dans le même sens : Colmar, 15 mars 1843, Sir., 43, 2, 373. Mais la distinction entre le cas où le bail a reçu un commencement d'exécution et l'hypothèse contraire, est trop nettement tracée par la loi, pour qu'il soit permis d'en faire abstraction ; et l'argument *a contrario*, qui résulte de l'art. 1715, est ici très-concluante, puisqu'il s'agit d'écarter l'application d'une disposition exceptionnelle pour faire retour au droit commun. Cpr. § 40. Cet argument est d'ailleurs fortifié par l'art. 1716, qui, dans l'hypothèse où le bail a reçu un commencement d'exécution, ne rejette la preuve testimoniale que pour la fixation du prix.

d'ailleurs, que la valeur ¹¹. n'en excède pas 150 fr. ¹². Quant au prix, le bailleur doit, à défaut de quittances, en être cru sur son serment, à moins que le preneur ne préfère s'en rapporter à une estimation par experts, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. Que si le commencement d'exécution d'un bail était dénié, la partie qui s'en prévaudrait ne devrait pas être admise à la preuve testimoniale des faits de jouissance qui seraient, d'après son allégation, constitutifs de ce commencement d'exécution ¹³.

Du reste, les art. 1715 et 1716 ne dérogent pas à la disposition de l'art. 1347. Ainsi, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit qui rend vraisemblable l'existence d'un bail verbal, la preuve par témoins est recevable pour compléter ce commencement de preuve, quoique la valeur du bail dépasse 150 fr., et qu'il n'ait encore reçu aucune exécution ¹⁴. Toutefois, si le commencement de preuve par écrit ne se rapportait qu'à l'existence du bail, et ne tendait pas à rendre vraisemblables les allégations concernant la durée et la quotité du prix, la preuve par témoins ne pourrait être admise relativement à ces deux dernières conditions. Le prix devrait, en pareil cas, être déterminé conformément à l'art. 1716, et quant à la durée du bail, elle serait réglée de la même manière que dans les baux dont le temps n'a pas été fixé ¹⁵.

¹¹ La valeur d'un bail se détermine, non d'après la valeur des objets loués, mais d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner. Troplong, I, 446. Paris, 6 avril 1825, Sir., 26, 2, 278.

¹² Duvergier, II, 259. Delvincourt, III, p. 488. Grenoble, 14 mai 1825, Sir., 26, 2, 177. Bordeaux, 29 novembre 1826 et 19 janvier 1827, Sir., 28, 2, 4 et 5. Limoges, 30 juillet 1836, Sir., 36, 2, 127.

¹³ Des faits de jouissance, qui ne sont pas invoqués pour établir l'existence d'une convention, peuvent sans doute, comme tous faits purs et simples, être prouvés par témoins, dans le cas, par exemple, où ils sont allégués à l'appui d'une demande en dommages-intérêts. Mais admettre la preuve testimoniale de pareils faits, lorsqu'ils sont présentés comme constituant l'exécution d'un bail dont l'existence est déniée, ce serait, contrairement à la disposition formelle de l'art. 1715, accueillir la preuve testimoniale de l'existence même du bail. Troplong, I, 413. Civ. cass., 14 janvier 1840, Sir., 40, 1, 5. Bourges, 14 mai 1842, Sir., 43, 2, 29 et 31. Cpr. Nîmes, 1^{er} août 1836, Sir., 38, 2, 125.

¹⁴ Delvincourt, III, p. 487. Duvergier, I, 267. Rouen, 22 juin 1842, Sir., 43, 2, 29. Cpr. Caen, 31 janvier 1843, Sir., 43, 2, 151. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 54; Troplong, I, 442; Caen, 23 mars 1840, Sir., 40, 2, 263; Rouen, 18 février et 19 mars 1841, Sir., 41, 2, 468.

¹⁵ Duvergier, I, 268.

Aux termes des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, les baux de biens immobiliers, d'une durée de plus de dix-huit ans, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la formalité de la transcription, et ne peuvent, à défaut d'accomplissement de cette formalité, être opposés pour plus de dix-huit ans, aux tiers qui auraient acquis et dûment conservé des droits sur les immeubles loués. Voy. cependant art. 10 et 11 de la loi précitée.

§ 365.

Des clauses accessoires et des modifications que peut recevoir le contrat de louage.

Les parties sont autorisées à subordonner le contrat de louage à toute espèce de conditions licites. Elles peuvent étendre ou restreindre, selon leur convenance, les droits et les obligations que la loi en fait découler. Enfin, elles sont libres d'assigner au contrat la durée qu'elles jugent convenable, sans toutefois pouvoir dépasser le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans ¹.

Mais, quelles que soient les dénominations employées par les parties, et les conditions ou modifications qu'elles ont apposées au contrat, le droit de jouissance, plus ou moins étendu, accordé au preneur, ne constitue qu'un droit personnel ².

§ 366.

Des obligations du bailleur.

Le bailleur est tenu, par la nature même du louage, de faire jouir le preneur. En vertu de cette obligation :

1° Il doit délivrer ¹ au preneur la chose louée, avec les accessoires ² qui en dépendaient au moment de la passation du

¹ Loi des 18-29 décembre 1790, art. 1 ; et arg. de l'art. 1709. Troplong, I, 4. — Le bail qui serait fait pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, serait réductible à cette période de temps. Le bail à vie ne peut être fait sur plus de trois têtes.

² *Non obstat* art. 1743 : Cpr. § 369. Duvergier, I, 279. Ferry, *Revue étrangère*, VIII, p. 609, 849, et IX, p. 123. D'Hauthuille, *De la révision du régime hypothécaire*, p. 121. Caen, 24 janvier 1848, Sir., 49, 2, 533. Bourges, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 638. Voy. en sens contraire: Troplong, *Du louage*, II 491 et suiv.

¹ Cpr. §§ 299 et 354.

² Le droit de chasse ne peut être considéré comme un accessoire de la jouissance du fonds affermé. Le fermier n'en jouit pas, à moins d'une concession

bail³, en bon état de réparations de toute espèce, et dans un état tel qu'elle soit propre à l'usage pour lequel elle a été louée. Art. 1719, n° 1. Il doit, à cet effet, lever tous les obstacles que des tiers opposeraient, quoique par simple voie de fait⁴, à l'entrée en jouissance du preneur, et faire à la chose louée toutes les réparations, même purement locatives, qui sont nécessaires au moment de la délivrance⁵. Art. 1720, al. 1. Lorsque le bailleur est en retard d'exécuter de pareilles réparations, ou des travaux qu'il s'était engagé à faire, le preneur est, indépendamment de toute mise en demeure, autorisé à retenir une portion de loyer correspondant à la moins-value locative résultant de l'inexécution de ces travaux ou réparations⁶.

2° Le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et par conséquent, faire exécuter à ses frais toutes les réparations que cette destination peut nécessiter, à l'exception seulement des réparations locatives et de celles qu'une clause particulière du contrat a mises à la charge du preneur. Art. 1719, al. 2, et art. 1720, al. 2. Mais il n'est pas tenu de reconstruire ce qui a été détruit par cas fortuit ou de force majeure, par exemple, par suite d'incendie⁷.

expresse. Arg. art. 1, Loi des 28-30 avril 1790. Paris, 19 mars 1812, Sir., 12, 2, 323. Crim. rej., 12 juin 1828, Sir., 28, 1, 354. Cpr. du reste § 354, note 17.

³ Le preneur n'a pas droit à la jouissance des accessions survenues postérieurement à la passation du bail. Pothier, nos 278 et suiv. MM. Chardon (*Traité de l'alluvion*, n° 457) et Duvergier (I, 356) pensent que le fermier peut exiger la jouissance de l'alluvion, mais à la charge d'une augmentation proportionnelle de prix.

⁴ *Nec obstat*, art. 1725 : Arg. art. 1719, al. 1 et 3. L'obligation du bailleur est, sous ce rapport, beaucoup plus étendue que celle du vendeur. Cpr. art. 1605 et 1606 ; § 299, note 11. Duvergier, I, 277, Req. rej., 7 juin 1837, Sir., 37, 1, 970. Voy. aussi, Civ. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 361. Voy. en sens contraire : Nîmes, 26 juin 1806, Sir., 6, 2, 280.

⁵ Sous ce rapport encore, le bailleur est soumis à une obligation plus étendue que le vendeur. Cpr. § 299, note 11.

⁶ Douai, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 190. Une mise en demeure ne serait nécessaire, que pour rendre exigibles les dommages-intérêts auxquels le preneur pourrait avoir droit, si la réduction des loyers ne suffisait pas pour l'indemniser. Cpr. § 308, texte et note 2.

⁷ Arg. art. 1722 et 1741. Paris, 5 mai 1826, Sir., 28, 2, 18. Paris, 27 juillet 1850. Sir., 52, 2, 404. Douai, 21 mai 1852, Sir., 53, 2, 57. Cpr. cep. Duvergier, I, 523 ; Paris, 12 février 1833, Sir., 33, 2, 606. Voy. en sens contraire, Troplong, II, 219 et 220.

Si des réparations à la charge du bailleur deviennent nécessaires pendant la durée du bail, le preneur peut, après l'en avoir averti, et sur son refus d'y procéder, se faire autoriser à les exécuter aux frais de celui-ci. L'avertissement préalable et l'autorisation de justice ne sont même pas de rigueur absolue, et le preneur qui, sans s'être mis en règle sous ce rapport, aurait fait des réparations indispensables à la chose louée, n'en serait pas moins en droit de répéter, dans de justes limites, les dépenses occasionnées par ces réparations⁸.

3° Le bailleur est tenu de procurer au preneur la jouissance complète et paisible des avantages que le bail devait assurer à ce dernier. Art. 1719, n° 3. De là, découlent les conséquences suivantes :

a. Le bailleur doit, à peine de dommages-intérêts, s'abstenir de tout fait de nature à priver le preneur d'une partie plus ou moins notable de ces avantages. Ainsi, il ne pourrait, après avoir loué une partie de ses bâtiments pour l'établissement d'une industrie déterminée, installer une industrie rivale dans une autre partie des mêmes bâtiments, ni consentir, dans ce but, une seconde location à une autre personne⁹. Il ne pourrait même pas, s'il s'agissait de la location d'un fonds de commerce dont l'achalandage formerait la principale valeur, créer un établissement rival dans le voisinage de celui qu'il a loué¹⁰.

Le bailleur est cependant autorisé à faire exécuter les réparations qui ne pourraient, sans de graves inconvénients, être différées jusqu'à la fin du bail, à charge d'en prévenir le preneur, et de faire constater, en cas d'opposition de ce dernier, l'urgence de ces réparations¹¹. Le preneur, obligé de les souffrir, n'a droit à aucun dédommagement en raison, soit de l'incommodité qu'il en éprouve, soit de la privation momentanée de la jouissance de tout ou partie de la chose louée. Si cependant la privation de jouissance se prolongeait au delà de 40 jours, le preneur serait

⁸ Pothier, nos 429 et suiv. Duranton, IV, 384. Troplong, II, 354. Douai, 28 mars 1842, Sir., 42, 2, 482.

⁹ Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 4, 414.

¹⁰ Montpellier, 26 juillet 1844, Sir., 44, 2, 477.

¹¹ Pothier, n° 79, Duvergier, I, 298.— Si, à défaut d'avertissement préalable, le preneur n'avait pas été mis en demeure de prendre les mesures nécessaires pour garantir ses meubles ou marchandises, il pourrait avoir droit à une indemnité pour les détériorations que ces objets auraient éprouvées. Angers, 4 août 1847, Sir., 48, 2, 378. Cpr. Troplong, II, 248.

en droit de demander une diminution de prix, proportionnée à la partie de la chose dont il a été privé et au temps pendant lequel ont duré les réparations. Il pourrait même demander la résiliation du bail, si les réparations devaient rendre inhabitable la partie du bâtiment nécessaire à son logement et à celui de sa famille. Art. 1724.

b. Il est interdit au bailleur de changer la forme de la chose louée, lors même qu'il aurait le plus grand intérêt à le faire, et que les changements qu'il se propose d'exécuter ne causeraient aucun dommage réel au preneur¹². Que si les changements projetés ne devaient pas porter sur la chose louée en elle-même, mais seulement sur ses accessoires, le bailleur serait autorisé à les effectuer, pourvu qu'ils ne fussent pas de nature à causer un dommage sensible au preneur¹³.

c. Le bailleur répond des vices ou défauts de nature à empêcher l'usage de la chose louée, alors même qu'il ne les aurait pas connus, ou qu'ils ne seraient survenus que dans le cours du bail. Art. 1721, al. 1. Ces défauts autorisent le preneur à demander une diminution de prix, ou, suivant les cas, la résiliation du contrat. Que si de pareils défauts, existant déjà lors de la passation du bail¹⁴, avaient occasionné au preneur, indépendamment de la diminution de jouissance, quelque perte matérielle, par exemple, des détériorations dans ses meubles, il aurait droit en outre à des dommages-intérêts, que ces défauts aient ou non été connus du bailleur¹⁵.

¹² Le tempérament que Pothier (n° 75) avait admis à cet égard, doit être rejeté en présence de la disposition absolue de l'art. 1723, disposition qui est d'ailleurs parfaitement conforme à la nature du bail. En abandonnant la jouissance de sa chose au preneur, le bailleur renonce par cela même à la faculté d'en changer la forme. Duranton, XVII, 66. Duvergier, I, 307. Troplong, II, 244.

¹³ Cpr. Paris, 20 février 1843, Sir., 43, 2, 125 ; Paris, 9 janvier 1844, Sir., 44, 2, 79.

¹⁴ Le bailleur n'est pas passible de dommages-intérêts en raison des pertes que la chose louée peut avoir occasionnées au preneur, par suite de défauts qui n'y sont survenus que depuis le bail. De pareils défauts ne peuvent donner lieu qu'à une diminution de prix ou à la résiliation du contrat. Pothier, n° 417. Duvergier, I, 344.

¹⁵ La loi n'admet pas, en fait de louage, la distinction établie, en matière de vente, par les art. 1645 et 1646. La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu, doit savoir si elle y est propre, et se trouve ainsi responsable non-seulement de cet usage, mais encore des conséquences qui peuvent en résulter. Delvincourt, III, p. 494. Civ. rej., 30 mai 1837, Sir., 37, 1, 602. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. Voy. cep. en sens contraire : Duranton,

Mais ce dernier n'est aucunement responsable des causes qui, sans empêcher l'usage de la chose louée, ont seulement pour effet de la rendre moins commode¹⁶. Il ne répond pas davantage des inconvénients naturels inhérents à la chose louée ou à sa situation, surtout lorsque ces inconvénients sont de notoriété publique. C'est ainsi, que le bailleur d'une usine ou d'une cave n'est passible, ni de dommages-intérêts, ni même d'une réduction de loyers, lorsque le volume du cours d'eau constituant la force motrice de l'usine a été diminué par suite de sécheresse, ou lorsque la cave a subi une inondation à laquelle elle se trouvait exposée par sa situation¹⁷.

d. Le bailleur répond également des entraves apportées à l'usage ou à la jouissance de la chose louée, soit par le fait du prince, soit par des actes que des tiers auraient accomplis dans la limite de leurs droits. Ainsi, par exemple, le bailleur d'une usine répond du chômage temporaire prescrit par un arrêté administratif, à moins que cette mesure n'ait été provoquée par un abus de jouissance de la part du preneur¹⁸. Ainsi encore, le bailleur d'un bâtiment devient responsable envers le preneur, lorsque celui-ci se trouve privé, par suite de constructions qu'un propriétaire voisin a fait élever, du jour indispensable à l'usage que le bâtiment loué devait recevoir d'après le bail¹⁹. Dans de

XVII, 63 ; Duvergier, I, 344 ; Troplong, II, 194 ; Taulier, VI, 230. L'opinion de ces auteurs, qui affranchissent le bailleur de tous dommages-intérêts lorsqu'il s'agit de défauts dont il ignorait l'existence, est repoussée par le texte même de l'art. 1724, dont le second alinéa, qui commence par les mots *s'il résulte de ces vices ou défauts*, se relie d'une manière intime avec le premier ; elle repose, d'un autre côté, sur une confusion évidente entre les fautes contractuelles et les quasi-délits ; elle est enfin contraire à l'art. 1150, qui soumet à des dommages-intérêts, pour cause d'inexécution de ses engagements, le débiteur même de bonne foi, et qui ne tient compte de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur que pour déterminer l'étendue de sa responsabilité. Nous comprenons, toutefois, que la règle posée au texte devrait être appliquée avec un certain tempérament, s'il était question de défauts dont le bailleur n'aurait pas même pu présumer l'existence. Cpr. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 3, n° 8 ; Pothier, nos 416 et suiv.

¹⁶ Pothier, n° 410. Colmar, 14 novembre 1825, Sir., 26, 2, 182. Cpr. cep. Duvergier, I, 339.

¹⁷ Duvergier, I, 343. Troplong, II, 198 et 235. Rouen, 21 juillet 1838, Sir., 39, 2, 94. Nîmes, 1^{er} juin 1839, Sir., 41, 2, 432. Bordeaux, 28 mai 1842, Sir., 42, 2, 15. Paris, 23 janvier 1849, Sir., 49, 2, 77.

¹⁸ Nancy, 17 mai 1837, Sir., 39, 2, 464.

¹⁹ Pothier, n° 413. Req. rej., 11 mai 1847, Sir., 47, 1, 833. Paris, 13 juin 1849, Sir., 49, 2, 474.

pareilles circonstances, le preneur est autorisé à demander une diminution de loyer, ou même, suivant les cas, la résiliation du contrat, mais il n'a pas droit à des dommages-intérêts.

e. Le bailleur est tenu de défendre et, s'il y a lieu, d'indemniser le preneur, lorsque celui-ci est actionné en justice par des tiers qui réclament, sur la chose louée, un droit de propriété, de servitude ou de jouissance, ou lorsqu'il a été troublé dans la jouissance de la chose louée, et que, sur l'action en dommages-intérêts dirigée contre les auteurs du trouble, ceux-ci excipent d'un droit qui, en le supposant existant, les autorisait à agir comme ils l'ont fait. Art. 1726 et 1727. Au premier cas, le preneur doit, s'il l'exige, être mis hors de cause en nommant le bailleur pour lequel il possède, encore que ce dernier refuse de prendre son fait et cause²⁰. Au second cas, le preneur n'a plus qualité pour poursuivre l'instance ; son droit se borne à appeler en cause le bailleur, afin d'exercer son recours contre lui, le cas échéant²¹.

Le bailleur n'est pas tenu à garantie pour de simples voies de fait, commises par des tiers qui n'élèvent aucune prétention à la propriété, ou à la jouissance de la chose louée. Art. 1725. Le preneur n'a d'action, en pareil cas, que contre les auteurs des voies de fait ; et ces derniers fussent-ils inconnus ou insolubles, il ne serait pas fondé à réclamer contre le bailleur, soit une indemnité, soit une diminution de prix²².

Lorsque le bailleur ne réussit pas à faire rejeter les prétentions élevées par des tiers sur la chose louée, et que le preneur se trouve privé de la jouissance d'une partie de cette chose²³, il est fondé à réclamer une diminution du prix, ou, selon les circonstances, à demander la résiliation du bail. Le preneur a même droit à des dommages-intérêts, dont la quotité se détermine d'après les règles générales exposées au § 308²⁴. Toutefois, ce droit

²⁰ Req. rej., 7 juin 1836, Sir., 37, 4, 434.

²¹ Req. rej., 6 août 1844, Sir., 44, 4, 852.

²² La première rédaction de l'art. 1725 réservait au preneur, conformément à l'ancienne jurisprudence, le droit de demander une diminution de prix. Mais la partie de cet article qui consacrait ce droit fut retranchée par suite de la discussion au conseil d'État (Loché, *Lég.*, XIV, p. 340, n° 22, et p. 347, art. 32). Duvergier, I, 345.

²³ Cpr. sur le cas où le preneur se trouve privé en totalité de la jouissance de la chose louée, par suite de l'éviction intégrale du bailleur : § 369, texte n° 3.

²⁴ L'art. 1726 paraît restreindre l'effet de la garantie à une diminution sur le prix du bail. Mais la rédaction de cet article est évidemment incomplète ; et il

ne lui appartient pas dans les circonstances où un acheteur ne pourrait, pour cause d'éviction, réclamer des dommages-intérêts²⁵.

Du reste, le preneur est déchu de tout recours en garantie lorsqu'il a négligé de dénoncer au bailleur le trouble ou l'empêchement²⁶, à moins qu'il ne parvienne à démontrer que le bailleur n'aurait eu aucun moyen de le faire cesser²⁷, ou que ce dernier n'ait obtenu des dommages-intérêts contre les auteurs du trouble²⁸.

§ 367.

Des obligations du preneur.

1° Le preneur est tenu, par la nature même du contrat de louage, d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination exprimée au bail ou indiquée par les circonstances¹. Art. 1728, n° 1. Si le preneur emploie la chose louée à un usage autre que celui auquel elle est destinée, ou s'il n'en use pas en bon père de famille, et que, par une jouissance abusive sous l'un ou l'autre rapport, il cause préjudice au bailleur, celui-ci peut demander des dommages-intérêts, et, suivant les circonstances, la suppression des causes du dommage ou la résiliation du bail. Art. 1729². C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le locataire d'un fonds de commerce, d'une auberge, ou d'une usine, fermait le magasin, cessait l'exploitation de l'auberge, ou ne maintenait pas l'usine dans un état convenable de roulement³.

n'est pas douteux que l'obligation de garantie ne puisse entraîner des effets plus étendus que ceux que cet article indique. Arg. art. 1630, 1636 et 1638.

²⁵ Cpr. § 355, texte n° 4, *in fine*.

²⁶ Le preneur qui, après avoir négligé pendant quelque temps de dénoncer le trouble au bailleur, lui en ferait plus tard la dénonciation, aurait droit, sauf l'application de l'art. 1768, à une indemnité pour l'avenir.

²⁷ Arg. art. 1640. Delvincourt, III, p. 490. Duvergier, I, 323.

²⁸ Req. rej., 4^{er} décembre 1825, Sir., 26, 4, 474.

¹ Le Code Napoléon s'en est entièrement remis à cet égard à l'arbitrage des tribunaux, qui, pour apprécier l'intention des parties sur la destination de la chose louée, doivent principalement s'attacher à la profession du preneur, et à l'usage auquel cette chose a précédemment servi. Pothier, n° 489. Duvergier, I, 396.

L'art. 1729 est rédigé d'une manière incomplète ; mais il est bien évident qu'il a pour but de sanctionner la double obligation imposée au preneur par le n° 1 de l'art. 1728.

³ Pothier, n° 489. Duvergier, I, 403. Troplong, II, 309. Paris, 28 avril 1810,

Il en serait de même, si le locataire d'une habitation y avait établi, sans le consentement du bailleur, une maison de prostitution⁴. Il en serait encore ainsi, au cas où le locataire d'un atelier, qui fonctionnait précédemment par d'autres procédés, y aurait introduit une machine à vapeur⁵.

2° Le preneur est tenu de payer le prix aux époques convenues, et, en l'absence de convention expresse à cet égard, aux époques indiquées par l'usage des lieux. Art. 1728, al. 2.

Le preneur n'est pas, à moins d'une stipulation contraire ou d'une disposition formelle de la loi⁶, obligé, vis-à-vis du bailleur⁷, au paiement des charges ou impositions qui pèsent sur la chose louée au moment du bail, ou dont elle peut être frappée dans la suite⁸.

3° Le preneur est tenu d'apporter à la conservation de la chose louée tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1728, n° 1⁹. Conformément à la règle générale, il répond non-seulement de ses fautes, mais encore de celles des membres de sa famille habitant avec lui, de ses domestiques, ouvriers, hôtes ou sous-locataires. Art. 1735. Il répond également du dommage qui serait la suite d'entreprises ou d'usurpations commises par des tiers, lorsqu'il ne les a pas dénoncées au bailleur en temps utile. Art. 1768, et arg. de cet article. Cpr. art. 614.

Le preneur est, en général, admis à se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, à raison de la perte de la chose louée ou des détériorations qu'elle a subies, soit en prouvant que cette perte ou ces détériorations proviennent d'une cause qui lui est

Sir., 12, 2, 378. Rennes, 17 mars 1834, Sir., 34, 2, 596. Besançon, 4 juin 1846, Sir., 47, 2, 534. Voy. cep. Lyon, 26 mai 1824, Sir., 25, 2, 81.

⁴ Lyon, 6 février 1833, Sir., 33, 2, 392. Cpr. Req. rej., 19 mars 1835, Sir., 35, 4, 186. Voy. aussi Paris, 5 décembre 1814, Sir., 15, 2, 84 ; Paris, 11 mars 1826, Sir., 26, 2, 286.

⁵ Lyon, 26 janvier 1847, Sir., 47, 2, 536. Lyon, 6 janvier 1852, Sir., 53, 2, 109.

⁶ En vertu de l'art. 12 de la loi du 4 frimaire an VII, les contributions des portes et fenêtres sont à la charge des locataires, sauf convention ou usage contraire. Cpr. Loi électorale du 19 avril 1831, art. 6, al. 2. Merlin, *Quest.*, v° Contributions des portes et fenêtres. Duranton, XVII, 75. Civ. cass., 26 octobre 1814, Sir., 15, 4, 244.

⁷ Mais il en est tenu vis-à-vis de l'État, sauf son recours contre le bailleur. Loi du 3 frimaire an VII, art. 147.

⁸ Pothier, nos 241 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 4.

⁹ Cpr. § 308, nos 2 et 3.

étrangère, soit en démontrant qu'il a apporté à la conservation de la chose louée tous les soins qu'il devait y donner. Art. 1732.

Mais, en cas d'incendie d'un bâtiment loué¹⁰, la loi limite les moyens de justification du preneur, dont la responsabilité ne cesse, qu'autant qu'il prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit, force majeure ou vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine¹¹. Art. 1733. Le preneur serait donc non recevable, soit à prétendre qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher, parce qu'il aurait donné à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, soit à exciper de circonstances autres que celles qui viennent d'être indiquées, lors même qu'elles tendraient à écarter tout soupçon de faute de sa part¹². Ainsi, par exemple, le locataire ne pourrait invoquer comme moyen de justification, la circonstance qu'il n'aurait pas, au moment de l'incendie, occupé le bâtiment incendié¹³.

¹⁰ Les art. 1733 et 1734 s'appliquent au louage de toute espèce de bâtiments, d'un théâtre, par exemple, comme à celui d'une maison d'habitation. Duvergier, I, 417. Cpr. cep. Paris, 18 avril 1836, Sir., 37, 2, 70.

¹¹ L'art. 1733 ne contient point une dérogation au Droit commun, en ce qu'il met à la charge du preneur l'obligation de prouver les faits tendant à faire cesser sa responsabilité. Les incendies, en effet, ne sont point par eux-mêmes, et nécessairement, des cas fortuits ou de force majeure. Ils sont plus fréquemment le résultat d'une imprudence ou d'un défaut de surveillance, que d'un cas fortuit proprement dit. Ainsi, le preneur, obligé de veiller à la conservation de la chose louée, et de justifier, le cas échéant, de l'accomplissement de cette obligation, ne peut décliner la responsabilité d'un incendie, qu'en prouvant que cet événement provient d'une cause qui ne saurait lui être imputée à faute. La condition du locataire est, sous ce rapport, absolument la même que celle de toute personne, obligée, en vertu de la loi ou d'une convention, à veiller à la conservation de la chose d'autrui. Mais si cet article ne renferme point, sous le point de vue qui vient d'être indiqué, une dérogation au Droit commun, il s'en écarte réellement, en ce que, d'après les données de l'expérience (*incendia plerumque sunt culpâ inhabitantium*), il restreint le cercle des moyens de justification du preneur. Et sous ce rapport, la disposition qu'il contient ne doit être appliquée qu'en matière de bail.

¹² Toullier, XI, 161. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 435 ; Troplong, II, 382 ; Rouen, 16 janvier 1845, Sir., 45, 2, 473 ; Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 676. Cette dernière opinion nous paraît repoussée par les termes mêmes de l'art. 1733, qu'il est impossible de ne pas considérer comme restrictifs, surtout quand on compare la rédaction de cet article avec celle de l'art. 1752. D'ailleurs, cette hypothèse n'est pas la seule où le législateur ait cru devoir restreindre le cercle des moyens de justification du débiteur. Voy. art. 1784, 1953 et 1954 ; § 308, texte n° 2 et note 22.

¹³ Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1552. Cpr., Turin, 8 août 1809, Sir., 41, 2, 414.

Lorsqu'une maison est louée à plusieurs locataires, ils sont tous solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que le feu a éclaté chez l'un d'eux, cas auquel celui-ci en est seul tenu, ou que l'un d'eux ne prouve que le feu n'a pu commencer chez lui, auquel cas la responsabilité ne pèse que sur les autres. Art. 1734¹⁴.

La responsabilité solidaire qui pèse sur les différents locataires ne se divise pas nécessairement entre eux *pro portione virili*; les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, et en tenant compte, notamment, de l'étendue des diverses locations et des dangers de feu plus ou moins considérables auxquels chaque partie du bâtiment se trouvait exposée, d'après la profession et les habitudes de ceux qui l'occupaient, répartir la dette dans une proportion fondée sur ces données¹⁵.

Le locataire ne répond, dans les termes des art. 1733 et 1734, que du dommage causé au bâtiment loué, et non de la perte ou de la détérioration du mobilier que le propriétaire avait placé dans le bâtiment incendié, à moins que ce mobilier ne fût compris dans le bail¹⁶.

La responsabilité du locataire, en ce qui concerne le dommage causé au bâtiment, ne porte que sur la perte réellement éprouvée par le bailleur, eu égard à l'état de l'immeuble au moment

¹⁴ Les dispositions des art. 1733 et 1734 sont-elles applicables lorsque le bailleur occupe lui-même une partie de la maison? Cette question, qui ne paraît pas susceptible d'une solution absolue, doit, à notre avis, se résoudre par la distinction suivante : Si le propriétaire prouve que l'incendie n'a pu prendre naissance dans les localités qu'il occupe, les locataires restent soumis à l'application des art. 1733 et 1734, sans que cependant la responsabilité exceptionnelle qui pèse sur eux en qualité de locataires, puisse s'étendre à la partie réservée par le bailleur. Si ce dernier ne fait pas cette preuve, les locataires restent bien, conformément à l'art. 1733, responsables, chacun en droit soi, des localités par eux louées, mais ils ne sont plus soumis à la solidarité établie par l'art. 1734. Ceux qui soutiennent que, dans cette hypothèse, le propriétaire n'a aucune action contre les locataires, oublient qu'aux termes du Droit commun, le preneur, débiteur d'un corps certain, est tenu de le représenter, ou de prouver qu'il a péri sans sa faute, et que si l'art. 1733 s'écarte des règles du Droit commun, en ce qu'il restreint les moyens de justification du preneur, il n'est cependant, quant au principe même de la responsabilité, qu'une application de ces règles. Voy. en sens divers : Duranton XVII, 409 ; Duvergier, I, 416 ; Troplong, II, 380 ; Riom, 4 août 1829, Sir., 30, 2, 59 ; Lyon, 17 janvier 1834, Sir., 34, 2, 342 ; Toulouse, 7 juillet 1843, Sir., 44, 2, 175.

¹⁵ Rodière, *De la solidarité*, nos 175 et 206. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 410.

¹⁶ Duvergier, I, 420 et 421. Lyon, 17 janvier 1834, Sir., 34, 2, 342.

de l'incendie. Le bailleur ne peut, ni contraindre le locataire à reconstruire le bâtiment incendié, ni exiger de lui la somme nécessaire pour opérer cette reconstruction. L'indemnité à laquelle il a droit se détermine en défalquant de la dépense que nécessiterait la reconstruction une somme équivalente à la différence du neuf au vieux¹⁷ ; mais en sus de cette indemnité, il lui est dû bonification de la perte des loyers pendant le temps nécessaire à la remise en état et à la relocation du bâtiment¹⁸.

Les dispositions des art. 1733 et 1734 sont étrangères aux hypothèses dans lesquelles il n'existe pas, entre celui qui forme une action en indemnité à raison de l'incendie d'un bâtiment et les personnes contre lesquelles il dirige cette action, de lien contractuel ou légal qui oblige ces dernières à veiller à la conservation de ce bâtiment. Ainsi, elles ne peuvent être invoquées, ni par les différents locataires d'une maison entre eux, ni par les propriétaires voisins dont les maisons ont souffert de l'incendie¹⁹. Ces dispositions sont même, en tant qu'elles limitent les moyens de justification du locataire, inapplicables aux hypothèses dans lesquelles une personne se trouve obligée de veiller à la conservation d'un bâtiment, en vertu de toute autre cause que d'un bail. Ainsi, elles ne peuvent, sous ce rapport, être invoquées ni contre l'usufruitier²⁰, ni contre le créancier avec antichrèse.

¹⁷ Duvergier, I, 419. Troplong, II, 390. Nancy, 9 août 1849, et Paris, 3 janvier 1850, Sir., 51, 2, 129 et 132.

¹⁸ Duvergier et Troplong, *loc. cit.* Rouen, 10 février 1843, Sir., 43, 2, 234. Rouen, 6 août 1846, Sir., 48, 2, 140.

¹⁹ L'action en réparation d'un dommage d'incendie, dirigée contre une personne qui n'était pas tenue envers le demandeur de veiller à la conservation des objets incendiés, ne peut, évidemment, procéder que d'un délit ou d'un quasi-délit. Or, l'art. 1382 qui s'occupe des obligations naissant de délits ou de quasi-délits, impose implicitement au demandeur la charge de prouver que le dommage dont il se plaint a été occasionné par la faute du défendeur. Vouloir appliquer à des obligations de cette espèce la disposition de l'art. 1733, c'est confondre deux ordres de choses qui n'ont absolument rien de commun. Merlin, *Rép.*, v^o Incendie, § 2, n^o 9 ; et Consultation, Sir., 24, 2, 253. Duranton, XVII, 105. Duvergier, I, 412. Caen, 27 août 1819, Sir., 19, 2, 257. Paris, 27 janvier 1824, et Grenoble, 24 janvier 1824, Sir., 24, 2, 298 et 299. Paris, 16 mai 1825, Sir., 25, 2, 206. Pau, 6 juillet 1825, Sir., 26, 2, 5. Nancy, 19 juillet 1825, Sir., 26, 2, 199. Civ. rej., 18 décembre 1827, Sir., 28, 1, 44. Civ. cass., 11 avril 1831, Sir., 31, 1, 196. Civ. cass. 1^{er} juillet 1834, Sir., 34, 1, 559. Limoges, 23 novembre 1838, Sir., 39, 2, 405. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XI, 172 ; Amiens, 24 messidor, an XI, Sir., 7, 2, 1012 ; Montpellier, 25 mars 1824, Sir., 24, 2, 250.

²⁰ Il ne faut pas conclure de cette proposition, que l'usufruitier soit dispensé de

4° Le preneur doit exécuter à ses frais les réparations locatives qu'il peut y avoir lieu de faire pendant la durée du bail, à moins qu'elles ne soient nécessitées par cas fortuit, par vétusté²¹, ou par des dégradations antérieures à son entrée en jouissance. Art. 1720, 1754 et 1755.

Les réparations locatives sont certaines menues réparations que la loi ou les usages mettent, de plein droit, à la charge du preneur, sans distinguer si les dégradations qui les nécessitent doivent être attribuées à la faute du preneur, ou si, au contraire, elles sont le résultat naturel de l'usage de la chose²². Lorsque le bail porte sur des choses d'une nature particulière, pour lesquelles ni la loi ni l'usage ne déterminent les réparations à considérer comme locatives, il appartient aux tribunaux de suppléer à cette lacune, en suivant l'analogie résultant de la classification établie, pour d'autres objets, par la loi ou par l'usage²³.

5° Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue, sauf à décliner la responsabilité qui pèse sur lui relativement à la perte ou aux dégradations de cette chose, en faisant les justifications indiquées au n° 3 ci-dessus. Art. 1730 et 1732. Si le preneur a négligé de faire constater par écrit, et contradictoirement avec le bailleur, l'état de la chose louée, il est présumé, jusqu'à preuve contraire, l'avoir reçue en bon état de réparations locatives, et doit la rendre telle à la fin

prouver que l'incendie du bâtiment soumis à son usufruit a eu lieu sans sa faute. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'est pas, en pareil cas, réduit aux seuls moyens de justification que l'art. 1733 permet au locataire d'invoquer. Cpr. note 44, *suprà*. Toulouse, 15 mai 1837, Sir., 37, 2, 357. Voy. aussi Lyon, 7 mars 1840, Sir., 40, 2, 275. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1540.

²¹ Cpr. § 228, sur la distinction à faire entre les réparations nécessitées par la vétusté, et celles qui l'ont été par suite de la jouissance même du preneur et du cours naturel des choses pendant la durée du bail. Voy. aussi la note suivante.

²² Le législateur a cru devoir rejeter cette distinction, parce que les réparations locatives sont ordinairement nécessitées par des dégradations provenant de la faute du preneur ; que d'ailleurs, il serait le plus souvent impossible de vérifier si ces dégradations sont ou non le résultat naturel de l'usage de la chose ; et que cette vérification donnerait lieu, en tout cas, à une foule de petites contestations dont il importait de tarir la source. Pothier, nos 407, 219 et suiv. Lepage, *Lois des bâtiments*, part. II, chap. III, art. 4^{er}. Duvergier, I, 447.

²³ Duvergier, I, 447. Cpr. Req. rej., 24 novembre 1832, Sir., 33, 4, 238. MM. Lepage (*op. et loc. cit.*) et Duvergier (II, 24 et 26) donnent une indication détaillée des réparations locatives des maisons et des moulins.

du bail, abstraction faite toutefois de celles de ces réparations qui ne sont point à sa charge. Art. 1731 et 1755.

Lorsque, en dehors des stipulations du bail, et en l'absence de toute autre convention entre le bailleur et le preneur, ce dernier a fait des constructions, plantations, ou autres ouvrages incorporés à la chose louée, le bailleur a le choix d'en demander la suppression, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, ou de les conserver, à charge de bonifier au preneur la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, conformément à l'art. 555²⁴.

§ 368.

De la cession du bail et de la sous-location.

Le preneur est autorisé à céder son bail ou à sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été interdite par une clause du contrat¹, ou par une disposition spéciale de la loi². Art. 1717, al. 1 et 2.

La prohibition de sous-louer emporte, de sa nature, celle de céder le bail. Réciproquement, la prohibition de céder le bail emporte, en général, celle de sous-louer, du moins pour la totalité; mais elle n'implique pas nécessairement celle de sous-louer partiellement³. La défense de sous-louer entraîne, bien qu'elle ne soit conçue qu'en termes généraux, la prohibition de sous-louer, même pour partie⁴.

Lorsqu'il a été stipulé que le preneur ne pourrait sous-louer sans le consentement du bailleur, cette clause équivaut à une interdiction de sous-louer, en ce sens que le droit pour le bail-

²⁴ Ici ne s'applique pas l'art. 599. Troplong, II, 350. Req. rej., 1^{er} juillet 1851, Sir., 51, 1, 484. Cpr. Civ. cass., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 93.

¹ L'interprétation des clauses portant prohibition de céder le bail ou de sous-louer a donné lieu à de nombreuses difficultés. Les règles que nous présentons à cet égard, comme exprimant, dans les cas ordinaires, l'intention présumable des parties, deviennent sans application, toutes les fois que des circonstances spéciales conduisent à une interprétation différente.

² Cpr. art. 1763 et 1764.

³ Cpr. en sens divers sur ces deux points : Merlin, *Rép.*, v^o Sous-location, n^o 1 ; Duvergier, I, 376 et 377 ; Troplong, I, 134 ; Angers, 27 mars 1817, Sir., 18, 2, 234 ; Amiens, 24 mai 1817, Sir., 24, 2, 62 ; Paris, 28 août 1824, Sir., 25, 2, 106 ; Paris, 6 mai 1835, Sir., 35, 2, 305.

⁴ Duranton, XVII, 92. Troplong, I, 135. Amiens, 22 juin 1822, Sir., 24, 2, 44. Voy., en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v^o *et loc. citt.*, et v^o Bail, § 9, n^o 6 ; Duvergier, I, 374 et 378.

leur de refuser son consentement est absolu, sans qu'il soit permis aux tribunaux d'examiner le mérite des motifs de son refus⁵. Il n'en serait plus de même, s'il avait été simplement stipulé que le preneur ne pourrait sous-louer qu'à des personnes agréées par le bailleur. En pareil cas, les tribunaux auraient le droit d'autoriser la sous-location, malgré le refus de ce dernier, si la personne présentée comme sous-locataire offrait toutes les conditions désirables de solvabilité et de convenance⁶.

La clause qui interdit la faculté de céder le bail ou de sous-louer, est toujours de rigueur⁷. Art. 1717, al. 3. Ainsi, elle doit être observée sans égard aux changements qui peuvent survenir dans la position des parties, et abstraction faite de toute considération tirée, soit d'un prétendu défaut d'intérêt de la part du bailleur à en exiger l'exécution, soit de l'intérêt majeur que pourrait avoir le preneur à être dispensé de son observation⁸.

Cette clause n'empêche cependant pas le locataire d'une maison de la faire occuper par des domestiques ou des personnes de confiance⁹, et elle ne peut, en aucun cas, être opposée aux créanciers du preneur, qui entendraient user du bénéfice que leur accorde le n° 1 de l'art. 2102¹⁰.

D'un autre côté, quoique le juge ne puisse, sous aucun prétexte, dispenser le preneur de l'observation de la défense de sous-louer ou de céder le bail, il n'est cependant pas obligé, d'une manière absolue, de prononcer, pour violation de cette défense, la résolution du bail¹¹. Il jouit, à cet égard, du pouvoir d'appréciation que la loi lui accorde, en général, pour l'infra-

⁵ Lyon, 26 décembre 1849, Sir., 50, 2, 46. Cpr. Req. rej., 19 juin 1839, Sir., 39, 1, 462.

⁶ Paris, 6 août 1847, Sir., 47, 2, 447.

⁷ Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne jurisprudence. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 6. Pothier, n° 283.

⁸ Merlin, *Rép.*, v° Sous-location, n° 2. Duvergier, I, 364. Civ. cass., 12 février 1812, Sir., 12, 1, 214. Colmar, 16 août 1816, Sir., 19, 2, 27. Civ. cass., 12 mai 1817, Sir., 21, 1, 248. Voy. cep. Paris, 16 février 1822, Sir., 23, 2, 95.

⁹ Duvergier, I, 366. Bordeaux, 11 janvier 1826, Sir., 26, 2, 193.

¹⁰ Cpr. § 261.

¹¹ Ainsi, le juge pourrait se refuser à prononcer la résolution du bail, si le preneur offrait de faire cesser le sous-bail ou la cession, et, à plus forte raison, si la cession ou le sous-bail n'existait plus au moment de l'introduction de la demande. Cpr. § 369, texte n° 2. Duvergier, I, 370. Req. rej., 13 décembre 1820, Sir., 21, 1, 319. Lyon, 6 juin 1821 et 16 décembre 1825, Sir., 26, 2, 55 et 56. Req. rej., 29 mars 1837, Sir., 37, 1, 613. Req. rej., 21 août 1840, Sir., 40, 1, 867.

tion aux engagements résultant du contrat de louage¹², à moins que le bailleur n'ait spécialement stipulé que le bail serait résolu de plein droit, par le seul fait de la cession ou de la sous-location¹³.

La cession d'un bail consiste dans la transmission des droits et des obligations que ce bail confère ou impose au preneur¹⁴. Elle ne constitue donc point une location nouvelle ; et ses effets se déterminent, non d'après les règles relatives au contrat de louage, mais d'après celles qui régissent les cessions de droits mobiliers en général¹⁵. De là découlent plusieurs conséquences :

1° Le cédant ne jouit pas, pour le prix de la cession, du privilège établi par l'art. 2102, n° 1.

2° Le cessionnaire ne peut invoquer contre le cédant la disposition de l'art. 1720. Il est obligé de recevoir la chose louée dans l'état où elle se trouvait au moment de la cession.

3° Les clauses particulières par lesquelles le bailleur et le preneur auraient dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, peuvent être opposées au cessionnaire et lui profitent indépendamment de toute stipulation à cet égard.

4° Le cessionnaire a une action directe contre le bailleur pour le contraindre à l'accomplissement de toutes les obligations qu'il avait contractées envers le preneur. Mais, d'un autre côté, le cessionnaire est directement tenu envers le bailleur des obligations résultant du bail.

A la différence de la cession de bail, la sous-location constitue une location nouvelle ; et ses effets sont régis, sauf les stipulations particulières dont elle peut avoir été accompagnée, par les principes généraux sur le contrat de louage. Il en résulte :

1° Que le sous-locataire jouit, pour le prix de la sous-location, du privilège établi par l'art. 2102, n° 1.

2° Que le sous-locataire peut, en vertu de l'art. 1720, deman-

¹² Cpr. sur ce point : § 369, n° 2. Voy. cep. art. 1764 ; § 369, note 5 ; § 371, note 17.

¹³ Cpr. § 302, notes 47 à 49.

¹⁴ La convention par laquelle le preneur, en déclarant céder son bail, modifierait, au profit du prétendu cessionnaire, les conditions de ce bail, constituerait non une cession, mais une sous-location. On ne peut céder (*hoc sensu*) un droit soumis à certaines charges, qu'avec les charges auxquelles il est subordonné. Cpr. sur les différences qui existent entre la cession de bail et la sous-location : Duvergier, I, 379 et suiv.

¹⁵ Cpr. § 359.

der au sous-locateur la délivrance de la chose louée en bon état de réparations.

3° Que les clauses particulières du bail originaire, par lesquelles il aurait été dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, ne peuvent, ni être invoquées par le sous-locataire, ni lui être opposées.

Bien que le sous-bail constitue une location nouvelle, il n'en résulte pas moins des rapports directs entre le bailleur originaire et le sous-locataire. Ce dernier peut, dans les limites du sous-bail, poursuivre directement contre le premier l'accomplissement des obligations que celui-ci a contractées envers le preneur principal. Réciproquement, le bailleur originaire jouit d'une action directe contre le sous-locataire pour l'exécution des engagements résultant de la sous-location¹⁶, et notamment pour faire valoir contre lui la responsabilité établie par les art. 1733 et 1734¹⁷. D'un autre côté, le bailleur originaire a, de son propre chef, un privilège sur les meubles du sous-locataire, privilège que toutefois il ne peut exercer que dans la mesure des obligations qui incombent à celui-ci. Code de procédure, art. 820. Du reste, le bailleur originaire est obligé d'admettre les paiements faits au preneur principal par le sous-locataire pour loyers échus¹⁸. Quant aux paiements effectués par anticipation, ce dernier ne peut les lui opposer, à moins qu'ils n'aient eu lieu en vertu d'une clause du sous-bail, ou conformément à l'usage des lieux. Art. 1753.

Le preneur qui sous-loue ou qui cède son bail ne peut s'affranchir de ses obligations envers le bailleur originaire, sans le consentement de ce dernier.

§ 369.

Des différentes manières dont le contrat de louage prend fin.

Le contrat de louage prend fin notamment :

¹⁶ Il n'est pas réduit à invoquer l'art. 1166. Cpr. L. 44, § 5, D. *de pignorat act.* (43, 7) ; art. 1753 du Code Napoléon et art. 820 du Code de procédure civile ; § 312, texte *in fine*. Troplong, I, 428, II, 538 et 547. Duvergier, I, 539. Civ. cass., 24 janvier 1853, Sir., 53, 1, 324.

¹⁷ Toullier, XI, 469. Duranton, XVII, 412. Duvergier, I, 434. Troplong, II, 372. Paris, 12 février 1854, Sir., 54, 2, 207. Paris, 18 juin 1854, Sir., 52, 2, 235. Voy. cep. Besançon, 11 mai 1854, Sir., 54, 2, 613.

¹⁸ Le sous-locataire peut-il invoquer, contre le bailleur originaire, les quittances sous seing privé et dépourvues de date certaine, que lui a délivrées le preneur principal ? Voy. pour l'affirmative : § 756, texte et note 98.

1° Par la perte de la chose louée, arrivée par cas fortuit, ou même par la faute de l'une ou de l'autre des parties¹.

Lorsque la chose louée a péri en totalité, le bail est résolu de plein droit, sauf les dommages-intérêts dus à l'une des parties dans le cas où la perte aurait été occasionnée par la faute de l'autre. En cas de perte partielle, le bail n'est pas résolu de plein droit. Mais, si elle a eu lieu sans la faute du preneur, il peut réclamer une diminution du prix, ou, selon les circonstances, la résiliation du bail². Il a même droit à des dommages-intérêts, si la perte est le résultat de la faute du bailleur. Art. 1722 et 1741.

Un cas fortuit ou de force majeure qui, sans entraîner la perte de la chose louée, en empêcherait, d'une manière absolue, l'usage ou la jouissance³, constituerait une cause de résolution ou de suspension du bail, selon que l'obstacle serait perpétuel, ou qu'il ne serait que temporaire⁴.

2° Par l'effet d'une condition résolutoire, et entre autres par suite de celle qui est attachée à l'inexécution, de la part de l'une ou de l'autre des parties, des obligations résultant du bail. Art. 1741 c. n. 1184.

Le juge saisi d'une demande en résolution de bail, fondée sur le retard apporté par l'une ou l'autre des parties à l'exécution d'une obligation positive, peut, selon les circonstances, différer de prononcer la résolution, en accordant au défendeur un délai pour l'accomplissement de son obligation. Art. 1184, al. 3. Lorsque la demande en résolution est motivée sur une infraction à une obligation négative, il appartient au juge d'apprécier, suivant les circonstances, si l'infraction dont se plaint le deman-

¹ Duvergier, I, 524. Troplong, II, 243. Rouen, 16 janvier 1845, Sir., 45, 2, 473. Nancy, 9 août 1849, Sir., 51, 2, 129. Voy. cep. Paris, 22 février 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.* VIII, 2, 463.

² L'option entre la diminution du prix et la résiliation du bail appartient exclusivement au preneur, en ce sens qu'il pourrait, malgré l'offre de résiliation faite par le bailleur, maintenir le bail en réclamant une diminution du prix. Civ. cass., 23 juillet 1827, Sir., 27, 1, 490. Cpr. Rouen, 15 juin 1844, Sir., 44, 2, 548.

³ L'obstacle qui ne naîtrait que de la position personnelle du preneur, et non de l'état de la chose louée, ne constituerait pas une cause de suspension ou de résolution du bail. Duvergier, I, 525. Paris, 13 mars 1832, Sir., 32, 2, 0.

⁴ Pothier, n° 148. Duvergier, I, 524.—La crainte d'un danger que présenterait l'usage de la chose pourrait, selon les circonstances, autoriser une demande en résolution du bail. L. 27, § 1, D. *loc. cond.* (19, 2). Pothier, n° 149 et 320.

deur est assez grave pour entraîner ou non la résolution du contrat⁵. Art. 1729, 1766, et arg. de ces articles.

Du reste, les règles générales exposées au § 302, n° 3, sur la résolution des conventions synallagmatiques pour cause d'inexécution des engagements contractés par l'une ou l'autre des parties, s'appliquent également en matière de louage. Ainsi, lors même que le pacte comissoire aurait été expressément stipulé dans le bail à raison de l'inexécution de tel ou tel engagement imposé à l'une ou à l'autre des parties, la résolution n'en devrait pas moins être demandée en justice, et le juge jouirait toujours du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 1184, al. 3. Il en serait cependant autrement, s'il avait été spécialement convenu que le pacte comissoire produirait son effet de plein droit⁶.

3° Par l'éviction du bailleur. Il importe peu, à cet égard, que le bailleur possédât, en vertu d'un titre émané *a non domino*, ou qu'il fût absolument privé de titre⁷. Toutefois et par exception à cette règle, les baux passés par l'héritier apparent doivent être maintenus malgré l'éviction de ce dernier.

4° Par l'annulation ou la rescision du titre du bailleur⁸.

La simple résolution du titre en vertu duquel le bailleur possédait n'entraîne pas la résolution du bail qu'il a consenti, lorsque son titre l'autorisait à passer ce bail⁹.

⁵ Cpr. § 368, texte et note 11. Le juge ne paraît cependant pas jouir de ce pouvoir d'appréciation dans le cas prévu par l'art. 1764. Cpr. § 371, note 17.

⁶ Cpr. sur ces diverses propositions : Art. 1184 ; § 302, notes 47 à 50 ; Bruxelles, 7 août 1844, Sir., 42, 2, 22 ; Colmar, 6 décembre 1844, Sir., 45, 2, 137 ; Paris, 19 février 1830, Sir., 30, 2, 304 ; Req. rej., 3 décembre 1838, Sir., 39, 4, 339 ; Paris, 27 mars 1843, Sir., 43, 2, 259.

⁷ La passation d'un bail rentre, il est vrai, dans la classe des actes d'administration qui peuvent être faits par le représentant du propriétaire. Mais le simple possesseur, fût-il de bonne foi, ne peut, en aucune manière, être considéré comme ayant représenté le propriétaire par lequel il est évincé. C'est, du reste, bien à tort que l'on prétend appliquer aux baux passés par le possesseur évincé les dispositions spéciales qui concernent les baux consentis par un usufruitier. Ce dernier est revêtu, vis-à-vis du propriétaire, d'une qualité qui l'autorise à louer, du moins pour la durée de l'usufruit ; et l'on conçoit que, pour ne pas gêner sa jouissance, et pour le mettre à même de louer à de meilleures conditions, le législateur ait cru devoir maintenir, même après l'expiration de l'usufruit, les baux qu'il a passés. Duranton, XVII, 435. Duvergier, I, 531.

⁸ On doit appliquer, en pareil cas, la maxime *Quod nullum est, nullum pro-ducit effectum*.

⁹ Art. 1673, al. 2, et arg. de cet article. Ainsi, les baux faits par un grevé

5° Le bail cesse de plein droit par l'expiration du temps fixé pour sa durée, soit par une convention expresse¹⁰, soit par une convention légalement présumée¹¹.

Si, à l'expiration d'un bail dont la durée se trouve déterminée, le preneur reste et est laissé en jouissance, il s'opère un nouveau bail, en vertu d'une convention présumée que l'on appelle tacite réconduction. Art. 1738, 1759 et 1776. Il appartient au juge de décider si la durée de la prolongation de jouissance du preneur est assez considérable pour faire admettre une pareille convention¹².

de substitution ou par un donataire dont le droit a été révoqué doivent être entretenus par le donateur ou par l'appelé à la substitution. Duranton, XVII, 434. Duvergier, I, 530. Il en est de même des baux ou des sous-baux passés par l'acquéreur ou par le preneur, dont les droits ont été résolus pour défaut d'exécution de leurs engagements. Toullier, VI, 576, 435 et 436. Duvergier, I, 83 et 539.—La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, même à l'égard de baux passés par un adjudicataire dépouillé par l'effet d'une revente sur folle enchère. Req. rej., 41 avril 1824, Sir., 24, 4, 254. Civ. cass., 16 janvier 1827, Sir., 27, 4, 324. Paris, 25 janvier et 19 mai 1835, Sir., 35, 2, 402 et 256.

¹⁰ Art. 1737. La rédaction de cet article est évidemment vicieuse, ainsi que celle de l'art. 1736. En prenant à la lettre ces deux articles, il en résulterait, d'une part, que les baux non écrits ne finiraient pas de plein droit, par l'arrivée du terme pour lequel ils ont été faits, lors même qu'il serait prouvé qu'un terme a été expressément convenu entre les parties, et d'autre part, que dans les baux écrits on ne pourrait exercer la faculté de donner congé, lors même que la durée du bail n'aurait pas été déterminée par le contrat. Or ces deux conséquences sont inadmissibles. Lorsque les parties sont convenues que le bail cesserait à une époque déterminée, cette convention, pourvu qu'elle soit prouvée, doit recevoir son exécution ; peu importe qu'elle ait été ou non rédigée par écrit. Réciproquement, lorsque la durée d'un bail fait par écrit n'a pas été déterminée, il y a, pour faire cesser le bail, tout à la fois faculté et nécessité de donner congé. La rédaction vicieuse des art. 1736 et 1737 tient à ce que la durée des baux faits verbalement reste le plus souvent indéterminée, tandis que la durée des baux écrits est ordinairement fixée. C'est ce qui a fait confondre la fixation de la durée du bail avec la circonstance de sa constatation par écrit. Delvincourt, sur l'art. 1736. Duranton, XVII, 416. Duvergier, I, 485. Rouen, 17 mai 1812, Sir., 12, 2, 310.

¹¹ Les art. 1758, al. 1 à 3, et 1774, indiquent, en ce qui concerne les baux dont ils s'occupent, la durée pour laquelle ils sont censés conclus à défaut de convention contraire. Ainsi, dans les cas prévus par ces articles, il n'est pas besoin de congé pour faire cesser le bail. Art. 1775 et arg. de cet article. — Quel serait le terme d'un bail fait avec la clause que le preneur restera dans les lieux tant qu'il lui plaira ? Le bail continuerait jusqu'à la mort du preneur, si ce dernier n'avait pas usé de la faculté de le faire cesser. Paris, 2 juillet 1840, Sir., 40, 2, 445.

¹² Pothier, n° 349. Duranton, XVII, 419. Duvergier, I, 499 et 505.

Lorsque, antérieurement à l'expiration du bail, ou même après cette expiration, mais avant l'écoulement d'un délai assez long pour faire présumer l'intention de renouveler le bail, le bailleur donne congé¹³ au preneur, ou forme contre lui une demande tendant à son expulsion, la continuation de jouissance de ce dernier n'opère point, en général, de tacite réconduction¹⁴. Art. 1739.

Le nouveau bail résultant de la tacite réconduction est, quant à sa durée, régi par les principes qui concernent les baux dont les parties n'ont pas expressément fixé le terme. Art. 1738, 1759 et 1776. Du reste, il est censé fait moyennant le même prix et aux mêmes conditions que le bail originaire. Art. 1759, et arg. de cet article. Toutefois, les sûretés, telles que le cautionnement ou l'hypothèque, fournies pour l'exécution des obligations résultant du bail primitif, ne s'étendent pas à la garantie des obligations auxquelles la tacite réconduction donne naissance¹⁵. Art. 1740, et arg. de cet article.

6° Le bail cesse enfin par l'effet d'un congé donné dans le délai fixé par l'usage des lieux, lorsqu'il s'agit d'un bail originaire ou renouvelé par tacite réconduction, dont la durée ne se trouve déterminée, ni par une convention expresse, ni par une convention légalement présumée. Art. 1736 et 1759. Le congé peut être donné par écrit ou verbalement; mais il n'est pas, en général, susceptible d'être prouvé par témoins, lors même que le bail ne serait que verbal, ou que le prix n'en excéderait pas la somme de 150 fr.¹⁶. L'efficacité du congé est,

¹³ Ce congé, qui diffère, quant à son objet, des congés donnés pour mettre fin à un bail dont la durée n'est pas fixée, est soumis, en ce qui concerne la manière de le prouver, aux mêmes règles que ces derniers. Cpr. notes 16 et 17 *infra*.

¹⁴ Le congé n'est pas un obstacle absolu à la tacite réconduction. Il peut, postérieurement à l'époque où il a été donné, se présenter des circonstances qui indiquent, d'une manière tellement claire et certaine, l'intention de renouveler le bail de la part des deux parties, que l'on doit admettre la tacite réconduction. La même remarque s'applique à l'introduction d'une demande aux fins d'expulsion du preneur, et aux clauses prohibitives de la réconduction que peut renfermer le bail. Duvergier, I, 23 et 504. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 120 et 123.

¹⁵ Duranton, XVII, 124. Duvergier, I, 507 et 508.

¹⁶ Arg. art. 1715. Cpr. § 364, note 9. Merlin, *Quest.*, v° Preuve, § 5. Toullier, IX, 34. Duranton, XVII, 122. Duvergier, I, 489. Troplong, II, 422. Civ. cass., 12 novembre 1816, Sir., 16, 1, 117. Bastia, 5 novembre 1826, Sir., 27, 2, 239. Cpr. cep. pour le cas de colonage partiaire : Limoges, 18 mars 1842, Sir., 42, 2, 522.

du reste, indépendante de l'acceptation de la partie à laquelle il est donné¹⁷.

Le contrat de louage n'est résolu, ni par la mort du bailleur, ni par celle du preneur. Art. 1742.

Il ne l'est pas non plus par l'aliénation de la chose louée. Ainsi, l'acquéreur est obligé de respecter le bail consenti par son auteur, lorsque ce bail est constaté par un écrit, ayant acquis date certaine antérieurement à l'aliénation. Art. 1743¹⁸. Ce principe s'applique tout aussi bien à l'hypothèse où le preneur n'était point encore, au moment de l'aliénation, entré en jouissance de la chose louée, qu'à l'hypothèse contraire¹⁹. Il ne reçoit excep-

¹⁷ Duvergier, I, 493. — M. Duranton (XVII, 422) enseigne que le congé donné verbalement ou par simple lettre missive n'est valable qu'autant qu'il a été accepté, et qu'ainsi, à défaut d'acceptation, on ne serait pas admis à en prouver l'existence au moyen d'un serment ou d'un interrogatoire sur faits et articles. Mais cette opinion est évidemment erronée, puisque le congé n'est que la déclaration de l'une des parties qu'elle veut mettre fin au bail, et que cette déclaration unilatérale ne saurait être soumise aux règles qui régissent les conventions.

¹⁸ Deux systèmes ont été proposés pour expliquer la disposition de cet article. Suivant le premier, qui est enseigné par M. Troplong (II, 494 à 496), le droit purement personnel, que d'après le Droit romain et l'ancienne jurisprudence le bail conférait au preneur, serait, sous l'empire du Code, devenu un droit réel. Pour réfuter cette manière de voir, il suffit de faire remarquer que l'obligation de maintenir le bail n'est point imposée à tout tiers détenteur comme tel, mais seulement aux ayants cause du bailleur. Cpr. § 477. Le second système, mis en avant par M. Ferry (*Revue étrangère et française*, VIII, p. 609 et 849, et IX, p. 423), consiste à dire que, par l'effet même de la vente, l'acquéreur se trouve virtuellement subrogé aux obligations comme aux droits du bailleur. Mais cette opinion, contraire à la règle que le successeur particulier n'est pas tenu des obligations de son auteur, conduirait d'ailleurs à cette conséquence inadmissible, que l'acquéreur ne serait pas seulement privé du droit de faire cesser le bail, mais pourrait encore, même en renonçant à exiger le paiement du loyer, être contraint à accomplir toutes les obligations que ce contrat impose à son vendeur. A notre avis, il ne faut voir dans l'art. 1743 qu'une extension de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, maxime qui ne s'appliquait autrefois qu'au cas de collision entre deux droits réels concédés par la même personne, et que les rédacteurs du Code ont jugé équitable et utile d'admettre pour l'hypothèse même où un propriétaire, sans opérer un véritable démembrement du domaine par la constitution d'un droit réel, a simplement limité l'exercice de son droit de propriété par la concession d'un droit personnel de jouissance. Voy. en ce sens : *Discussion au Conseil d'état, Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault, et *Discours de Jaubert* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 346 à 348, n° 41, p. 434 et 432, n° 41, p. 458, n° 7).

¹⁹ La discussion au Conseil d'état (Loché, *Lég.*, XIV, p. 346 et suiv., n° 41,

tion, qu'autant qu'il y a été expressément dérogé par le bail. Dans ce cas, l'acquéreur est autorisé à rompre le contrat de louage, quoique ce droit ne lui ait pas été formellement transféré par son titre d'acquisition²⁰. Mais, pour en user, il doit donner congé au preneur dans les délais indiqués par l'art. 1748. Ce dernier ne peut même être expulsé, qu'après avoir reçu les dommages-intérêts auxquels il a droit, et dont la quotité doit, à défaut de convention, être réglée conformément aux art. 1744 à 1747.

S'il était établi contre l'acquéreur qu'il connaissait, au moment de son acquisition, non-seulement l'existence d'un bail, mais encore la durée assignée à la location, et qu'il savait de plus que le vendeur ne s'était pas réservé la faculté de résiliation pour le cas d'aliénation, la circonstance que le bail n'aurait pas acquis date certaine à son égard ne lui permettrait pas d'expulser le preneur²¹.

D'un autre côté, lorsqu'un bail, non opposable à l'acquéreur, a reçu un commencement d'exécution par l'entrée en jouissance du preneur, l'acquéreur n'est pas autorisé à expulser immédiatement ce dernier. Il ne peut, s'il s'agit d'un bail à loyer, faire cesser sa jouissance qu'au moyen d'un congé donné aux termes fixés par l'usage des lieux; et, en matière de bail à ferme, il doit le laisser en jouissance jusqu'à l'expiration des délais indiqués par l'art. 1774²².

Du reste, le preneur qui se trouve privé du bénéfice d'un bail

reousse toute distinction que l'on voudrait établir entre les deux hypothèses indiquées au texte, en se fondant sur les termes *expulser le fermier ou le locataire*, dont se sert l'art. 1743. Il résulte évidemment de cette discussion que les rédacteurs du Code, aux yeux desquels la disposition de l'art. 1743 n'était qu'une conséquence de la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, n'ont pas entendu les termes ci-dessus rappelés dans un sens exclusif, mais les ont employés comme équivalents des expressions *rompre le bail*. Troplong, II, 493 à 496. Dijon, 21 avril 1827, Sir., 27, 2, 416. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 439; Duvergier, I, 281 et 544.

²⁰ L'acquéreur se trouve en effet, de plein droit, subrogé à tous les droits qui compétaient à son auteur relativement à la chose par lui acquise. Cpr. § 183. Voy. cep. art. 1754. Duvergier, I, 543. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 200; Duranton, XVII, 448.

²¹ Cpr. Douai, 11 août 1837, Sir., 38, 2, 106. Cet arrêt, dont les motifs en droit ne nous paraissent pas exacts, a été bien rendu au fond, d'après les circonstances de l'espèce.

²² Pothier, n° 297. Duranton, XVII, 444. Duvergier, I, 546. Troplong, II, 505. Bruxelles, 13 vendémiaire an XIII, Sir., 5, 2, 22. Douai, 11 août 1837, Sir., 38, 2, 106. Voy. en sens contraire: Turin, 21 juin 1810, Sir., 11, 2, 235.

qui n'avait point acquis date certaine antérieurement à l'aliénation peut réclamer contre le bailleur des dommages-intérêts²³, dont l'étendue doit être déterminée par le juge, conformément aux principes généraux.

La disposition de l'art. 1743 a été modifiée par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, en ce qui concerne les baux de plus de 18 ans. De pareils baux ne peuvent être opposés à l'acquéreur, pour plus de 18 ans, s'ils n'ont été transcrits avant la transcription de son acte d'acquisition. Loi précitée, art. 2, n° 4, et art. 3. Voy. cep. art. 10 et 11.

(2) *Des règles particulières aux baux à loyer et aux baux à ferme*¹.

§ 370.

Des baux à loyer.

Le locataire d'une maison est tenu, sous peine de résiliation du bail, de la garnir de meubles suffisants pour assurer le paiement du loyer², ou de fournir à cet effet d'autres sûretés au bailleur. Art. 1752. Le législateur n'ayant pas indiqué le nombre de termes de loyer dont le paiement doit être garanti par le mobilier du locataire, s'en est par cela même remis aux tribunaux, pour l'appréciation de la question de savoir si le locataire a suffisamment garni les lieux³. Ce dernier doit cependant, en général, être considéré comme ayant satisfait à cette obligation, lorsqu'il a meublé les localités louées suivant sa condition ou la destination de ces localités.

²³ L'arrangement que feraient, au sujet de ces dommages-intérêts, l'acquéreur et le preneur, profiterait au bailleur. Turin, 3 juin 1808, Sir., 12, 2, 338.

¹ Lorsqu'un bail comprend tout à la fois des bâtiments et des fonds de terre, et qu'il importe de savoir s'il est régi par les règles relatives aux baux à loyer, ou par celles qui concernent les baux à ferme, il faut s'attacher à l'importance relative des deux espèces d'immeubles, et à l'usage principal pour lequel ils ont été loués. Duvergier, II, 4. Bruxelles, 29 novembre 1809, Sir., 10, 2, 97.

² On ne peut, en pareil cas, prendre en considération que les meubles sur lesquels frappe le privilège du bailleur. Cpr. art. 2102, n° 4; et § 264.

³ Duvergier, II, 16. MM. Delvincourt (III, p. 201) et Duranton (XVII, 157) pensent que le locataire a satisfait à l'obligation de garnir les lieux, lorsque son mobilier est suffisant pour répondre du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, ainsi que des frais de saisie et de vente. Il serait difficile d'admettre cette opinion d'une manière absolue, d'autant plus que les anciens usages exi-

Les locataires ne sont pas tenus des réparations locatives des lieux dont la jouissance est commune entre eux⁴.

Lorsqu'un bail à loyer est résilié par la faute du locataire, celui-ci est non-seulement tenu d'acquitter le terme courant, mais encore de continuer le paiement du loyer pendant le temps que l'usage des lieux laisse au propriétaire pour s'assurer d'un nouveau locataire⁵, le tout sans préjudice aux dommages-intérêts dont il serait passible pour abus de jouissance. Art. 1760.

Le bailleur ne peut, à moins qu'il ne s'en soit réservé la faculté, résoudre le bail en déclarant que son intention est d'occuper lui-même la maison louée. Il en est ainsi même dans le cas où il aurait un intérêt majeur à rentrer en jouissance de sa maison, et que son intention de le faire serait fondée sur des circonstances qu'il ne pouvait prévoir au moment du contrat⁶. Le bailleur qui s'est réservé la faculté dont s'agit ne peut en faire usage qu'en signifiant un congé à l'époque déterminée par l'usage des lieux. Il ne doit, du reste, aucun dédommagement au locataire⁷. Art. 1761 et 1762.

Lorsque les réparations à faire à une maison d'habitation sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable le logement du locataire et de sa famille, celui-ci est autorisé à faire résilier le bail, quoique ces réparations puissent être achevées avant l'expiration de quarante jours. Art. 1724, al. 3⁸.

geaient que les meubles du locataire garantissent pleinement les loyers d'une année entière. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 7, n° 3; Pothier, nos 348 et 273.

⁴ Lepage, *Lois des bâtiments*, II, p. 468 et 469. Duvergier, II, 25. Voy. en sens contraire : Pothier, n° 223.

⁵ Tel est le sens des termes *le temps nécessaire à la relocation*, dont se sert l'art. 1760. Ces termes ne doivent pas s'entendre de tout l'intervalle qui pourrait s'écouler depuis la résiliation jusqu'au jour où le bailleur aurait effectivement reloué. *Rapport au Tribunal*, par Mouricault (Loché, *Lég.*, XIV, p. 435, n° 43, *in fine*). Duranton, XVII, 172. Duvergier, II, 79. Troplong, II, 624. Bordeaux, 19 mai 1849, Sir., 49, 2, 560. Req. rej., 1^{er} juillet 1854, Sir., 54, 1, 484.

⁶ L'art. 1761 a abrogé la loi *æde* (L. 3, C. loc. cond. 4, 65).

⁷ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 348 et 349, n° 44). Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 44. L'argument d'analogie que cet auteur croit pouvoir tirer de l'art. 1744 n'est pas fondé, puisque la position du bailleur qui vient occuper sa maison est beaucoup plus favorable que celle du bailleur qui, en vendant l'immeuble loué, donne lieu à l'expulsion du preneur. Il nous semble même que la disposition de l'art. 1744, établissant une exception au principe *damnum facere non videtur qui suo jure utitur*, fournit un argument *a contrario*, et non un argument d'analogie dans le cas prévu par l'art. 1764.

⁸ La disposition de cet article, spéciale aux baux des maisons d'habitation, ne

§ 371.

Des baux à ferme, en général, et du colonage partiaire, en particulier.

1^o *Des baux à ferme ordinaires.*

Le bailleur de fonds de terre doit délivrer la contenance indiquée au contrat. Le preneur, de son côté, n'a droit qu'à cette contenance. Les droits et les obligations des parties à raison d'un déficit ou d'un excédant de contenance sont régis, à tous égards, par les règles posées, en matière de vente, dans les art. 1617 et suivants. Art. 1765. Ainsi, par exemple, le fermier est autorisé, dans les hypothèses prévues par les art. 1618 et 1620, à se désister du contrat. Ainsi encore, la durée de l'action en supplément ou en diminution de prix est restreinte à un an¹.

Le fermier est tenu, en vertu de son obligation, de jouir en bon père de famille, de continuer la culture, de se pourvoir des animaux et ustensiles nécessaires à l'exploitation des fonds loués², d'appliquer les fourrages et les pailles qui en proviennent à la nourriture des bestiaux et à l'engrais des terres. Art. 1766.

Il est tenu, pour assurer le privilège du bailleur sur les fruits³, d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail ou d'après l'usage. Art. 1767.

A défaut par le fermier d'accomplir ces diverses obligations, le bailleur a droit de le contraindre à les exécuter, ou de demander, selon les circonstances, la résiliation du bail. Art. 1766 et arg. de cet article.

Le fermier a droit à une réduction proportionnelle du fermage⁴,

doit pas être étendue à l'hypothèse où des réparations à faire à une usine, à une manufacture, ou à des bâtiments d'exploitation rurale, priveraient le preneur d'une manière absolue de la jouissance de ces objets : *Non est eadem ratio*. M. Duvergier, (I. 304) est cependant d'avis contraire.

¹ Merlin, *Rép.*, v^o Bail, § 9, n^o 2. Troplong, II, 658. Duvergier, II, 135. Voy. cep. Duranton, XVII, 180.

² Cette obligation est imposée au fermier, plutôt comme garantie d'une bonne culture, que dans la vue d'assurer le privilège du bailleur. Il en résulte que, pour savoir si le fermier a satisfait à cette obligation, il faut examiner non point si les bestiaux et les ustensiles qu'il possède offrent un gage suffisant pour l'exécution du bail, mais uniquement s'ils suffisent aux besoins de l'exploitation. Duvergier, II, 100. Cpr. Paris, 10 décembre 1851, *Sir.*, 52, 2, 192.

³ Cpr. § 264.

⁴ Ce droit a toujours été envisagé comme une conséquence de la nature même du contrat de louage. Cpr. Pothier, n^{os} 144 et 153 ; Duranton, XVII, 190. M. Du-

lorsque, par suite de cas fortuits, tels que grêle, feu du ciel, gelée, coulure, ou inondation, il est privé, dans une même année, de la moitié au moins de la récolte qu'il pouvait espérer d'obtenir, en prenant pour terme de comparaison une récolte ordinaire⁵. Toutefois, lorsque le bail a été fait pour plusieurs années, le fermier ne pourrait demander aucune remise, s'il avait été indemnisé de la perte qu'il a éprouvée par les récoltes des années précédentes⁶. Quand le fermier ne se trouve pas indemnisé par ces

vergier (II, 449 et suiv.) a cherché à établir, contre l'opinion généralement reçue, que la réduction dont il s'agit n'est qu'une modification apportée, en faveur du fermier, et dans l'intérêt de l'agriculture, aux principes qui régissent naturellement le louage; et c'est par suite de cette manière de voir qu'il a résolu, dans un sens défavorable au fermier, les questions indiquées aux notes 6 et 7 *infra*. Mais, quel que soit, en pure théorie, le sentiment que l'on adopte à cet égard, il nous paraît certain que les rédacteurs du Code Napoléon sont partis de l'idée que le bailleur doit procurer au preneur une jouissance continue et effective de la chose louée; en d'autres termes, qu'il doit lui garantir, non-seulement le droit abstrait de percevoir les fruits du fonds affermé, mais encore, dans une certaine mesure, la faculté physique et la possibilité matérielle de les recueillir. Cela résulte, à n'en pas douter, de l'art. 1774, qui refuse au fermier tout droit à une indemnité lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de terre. Cette disposition, que l'on ne s'expliquerait pas, si la réduction dont parlent les art. 1769 et 1770 était une faveur accordée au fermier malheureux, repose évidemment sur ce que la perception des fruits s'étant effectuée par leur séparation du sol, l'obligation du bailleur s'est par cela même trouvée remplie. Voy. aussi *Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault, et *Discours au corps législatif*, par Jaubert (Loché, *Lég.*, XIV, p. 438 et p. 460, n° 10).

⁵ Duranton, XVII, 499. Duvergier, II, 454.

⁶ Doit-on, pour savoir si le fermier se trouve indemnisé, prendre uniquement en considération l'excédant de récolte des bonnes années, sans égard aux déficits de moins de moitié que peuvent avoir présentés les autres années? Ou doit-on, au contraire, défalquer de l'excédant des années abondantes le déficit, quel qu'il soit, des mauvaises années, et n'imputer en compensation au fermier que la différence en plus? M. Duvergier (II, 475) se prononce pour le premier mode d'appréciation, M. Duranton (XVII, 204) pour le second. Cette dernière opinion nous paraît préférable, puisqu'en admettant le procédé que propose M. Duvergier, le fermier pourrait n'avoir pas de remise à réclamer, quoiqu'il ne fût pas réellement indemnisé par les années précédentes, ainsi que le suppose l'art. 1769, al. 1; et que d'un autre côté, le second alinéa de cet article veut qu'il se fasse, à la fin du bail, une *compensation de toutes les années de jouissance*, ce qui indique clairement que l'on doit établir une balance entre les bonnes et les mauvaises années. Nous conviendrons cependant qu'il y a, jusqu'à un certain point, inconséquence dans la loi, en ce que, si la perte de plus de moitié arrive dans le cours du bail, et que le fermier se trouve à ce moment indemnisé par les récoltes antérieures, il serait, malgré les déficits de moins de moitié qu'il pourrait éprouver dans les dernières années, non recevable à réclamer une remise. Pour éviter cette inconsé-

récoltes, et que le bail n'est pas expiré, il faut en attendre la fin, pour apprécier, au moyen d'une compensation à établir entre toutes les années de jouissance, s'il reste encore en perte, et quel est le montant du dommage dont la bonification lui est due⁷. Le juge peut néanmoins, dans ce cas, provisoirement dispenser le fermier du paiement de partie de son fermage. Art. 1769 et 1770.

Pour apprécier la quotité de la perte éprouvée par le fermier, il ne faut considérer que la quantité des fruits, et faire entièrement abstraction de leur qualité et de leur prix dans les différentes années⁸. Si le bail comprend des fonds de nature diverse, affermés pour un seul et même prix, la perte doit s'estimer, non pas séparément pour chacun de ces fonds, mais en formant une masse de leurs diverses espèces de produits⁹. Lorsque les différents fonds compris dans un bail sont affermés pour des prix distincts et séparés, on procède comme si chacun de ces fonds faisait l'objet d'un bail séparé.

Le fermier n'a droit à aucune indemnité, pour perte de récoltes, dans les cas suivants :

1^o Lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre. Il en serait cependant autrement, si le bail était fait moyennant une quote-part des fruits¹⁰, auquel cas le bailleur supporterait sa part de la perte, à moins que le preneur ne fût en demeure de lui livrer sa portion de récolte. Art. 1771, al. 1.

2^o Lorsque la cause de la perte était existante et connue à l'époque où le bail a été passé. Art. 1771, al. 2.

3^o Lorsque le fermier s'est expressément chargé des cas fortuits. Cette stipulation ne s'entend cependant que des cas fortuits or-

quence, il eût fallu, dans tous les cas, remettre à la fin du bail le calcul de compensation à faire en pareille circonstance.

⁷ Le fermier aurait droit à une réduction de fermage proportionnée à la perte qu'il éprouve en définitive, lors même que, par la compensation de toutes les années de jouissance, cette perte se trouverait réduite au-dessous de la moitié d'une récolte ordinaire. Duranton, XVII, 204. Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 474.

⁸ Duranton, XVII, 492. Duvergier, II, 455.

⁹ Voy. sur les difficultés que cette estimation peut présenter : Duranton, XVII, 496 ; Duvergier, II, 456 et 457.

¹⁰ Il ne faut pas confondre le bail fait moyennant une *quote-part* de fruits (bail partiaire) avec le bail fait moyennant une *quantité fixe* de fruits. Au dernier cas, le fermier supporte seul la perte arrivée après la séparation des fruits. Cependant, si c'était en fruits du fonds même que le fermage dût être acquitté, le fermier serait libéré par la perte totale de la récolte. Cpr. § 334, texte n^o 2. Duranton, XVII, 207. Duvergier, II, 493 et 494.

dinaires, et ne s'applique pas aux cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation à laquelle le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le fermier n'ait pris sur lui tous les cas fortuits prévus et imprévus ¹¹. Art. 1772 et 1773.

Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture les logements convenables et les autres facilités pour les travaux de l'année suivante. Et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort les mêmes facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes qui restent à faire. On doit, sous l'un et l'autre rapport, se conformer à l'usage des lieux. Art. 1777. Cpr. art. 1767.

Le fermier sortant doit laisser les pailles et les engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance. Le propriétaire peut même, au cas contraire, les retenir contre paiement de leur valeur estimative. Art. 1778.

2° *Du colonage partiaire.*

Le colonage partiaire, malgré l'affinité qu'il présente avec le contrat de société, n'en constitue pas moins, quant à son caractère prédominant, une sorte de bail. Et dût-on y voir un contrat innommé, il faudrait toujours reconnaître que, d'après son objet principal et l'intention qui préside communément à sa formation, ce contrat se rapprocherait beaucoup plus du louage que de la société ¹². Nous croyons donc devoir poser en principe que le

¹¹ Cpr. Duvergier, II, 498 et suiv.

¹² La nature du colonage partiaire a de tout temps formé l'objet d'une vive controverse. Dans le système contraire à l'opinion que nous avons admise, ce colonage constituerait une véritable société, ou tout au moins un contrat innommé dans lequel prédominerait le caractère de la société. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, part. II, p. 405 ; Durantou, XVII, 476 ; Troplong, II, 637 à 642 ; Limoges, 24 décembre 1839, Sir., 39, 2, 406 ; Limoges, 6 juillet 1840, Sir., 41, 2, 167 ; Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 324 ; Agen, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 208. Ce système se réfute, à notre avis, par les considérations suivantes. Il est, entre autres, de l'essence du contrat de société : 1° que chaque associé soit tenu pour sa part et portion des engagements contractés par l'associé administrateur, dans les limites de son pouvoir d'administration ; 2° que chaque associé ait à supporter sa part dans les pertes. Or, ni l'une ni l'autre de ces conditions ne se rencontre dans le colonage partiaire. Le bailleur ne peut en effet être recherché en raison des engagements que le colon a contractés, fût-ce même pour l'exploitation du fonds. Et d'un autre côté, si le bailleur est exposé à ne retirer qu'une faible portion de fruits, et à n'obtenir ainsi que de modiques bénéfices, il ne court cependant le

colonage partiaire est, en général, soumis aux mêmes règles que le bail à ferme ordinaire. Ce principe conduit entre autres aux conséquences suivantes :

Les art. 1774 et 1775 sur la durée présumée des baux ruraux s'appliquent également au colonage partiaire, à moins que, d'après un usage constant, il ne prenne fin que par l'effet d'un congé¹³.

Le colon partiaire est, comme tout autre preneur, soumis, pour le cas d'incendie, à la responsabilité établie par les art. 1733 et 1734¹⁴.

Le bailleur jouit, pour l'exécution des obligations imposées au colon partiaire et pour les avances faites à ce dernier, du privilège établi par l'art. 2102¹⁵.

Enfin, le colonage partiaire n'est, pas plus que le bail à ferme ordinaire, résolu de plein droit par la mort du preneur¹⁶, sauf au bailleur à demander la résiliation du bail, si les héritiers de ce dernier ne présentent pas les conditions désirables pour sa bonne exécution.

Par exception au principe ci-dessus posé, le colon partiaire ne peut, ni céder son bail, ni sous-louer les fonds à lui affermés, bien

risque d'aucune perte, dans le sens attribué à cette expression en matière de société. En résumé, il n'y a pas entre les parties de compte social à établir, mais un simple partage de fruits à opérer, sans décompte des dépenses que la production de ces fruits a pu occasionner. D'ailleurs, les termes mêmes de *bail*, *bailleur*, et *preneur*, dont se servent les art. 1763 et 1764, comme aussi la circonstance que le Code s'est exclusivement occupé du colonage partiaire pour écarter, en ce qui le concerne, la disposition de l'art. 1717 et la règle établie par la première partie de l'art. 1771, prouvent évidemment que le point de vue auquel nous nous sommes placés est bien celui du législateur. Voy. en ce sens : Duvergier, I, 99, II, 87; Nîmes, 14 août 1850, Sir., 50, 2, 477.

¹³ Limoges, 18 mars 1842, Sir., 42, 2, 522.

¹⁴ Nîmes, 14 août 1850, Sir., 50, 2, 477. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 février 1839, Sir., 39, 2, 406; Limoges, 6 juillet 1840, Sir., 41, 2, 167.

¹⁵ Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 321.

¹⁶ Cette proposition se justifie par les développements donnés à la note 12 *supra*. Elle se corrobore par le rapprochement des art. 1742 et 1795. Si le législateur avait pensé que la mort du colon partiaire dût nécessairement, et de plein droit, entraîner la résolution du bail, il n'aurait pas manqué de l'exprimer, comme il l'a fait pour le louage d'ouvrage, d'autant que la nécessité d'une dérogation expresse à la règle posée par l'art. 1742 se présentait d'une manière beaucoup plus impérieuse dans la première hypothèse que dans la seconde, où la dérogation découle pour ainsi dire de la nature même des choses. Duranton, XVII, 178. Duvergier, II, 91. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 203; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Bail partiaire, n° 8; Troplong, II, 645 et 646.

que cette faculté ne lui ait pas été expressément interdite. Art. 1763. En cas de contravention à cette défense, le propriétaire est autorisé à demander la résiliation du bail avec dommages-intérêts, sans que le juge puisse, sous un prétexte quelconque, refuser de lui adjuger sa demande¹⁷. Art. 1764.

D'un autre côté, les art. 1769 et 1770, qui de leur nature ne s'appliquent qu'aux baux faits moyennant une redevance fixe, sont nécessairement étrangers au colonage partiaire¹⁸.

(b. *Du louage d'ouvrage.*

§ 371 bis.

Le louage d'ouvrage (*sensu lato*) peut avoir pour objet, soit des services domestiques, industriels, ou commerciaux (*locatio operarum*), soit des œuvres à produire au moyen d'un travail de quelque nature que ce soit, mécanique, artistique, scientifique, ou littéraire (*locatio operis*).

Les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique, ou artistique, ne pouvant, directement et en eux-mêmes, former l'objet d'un engagement civilement obligatoire, la promesse de pareils actes ne saurait, alors même qu'elle a été faite avec stipulation de rémunération, être considérée comme un louage de services (*locatio operarum*)¹.

¹⁷ MM. Duvergier (II, 90) et Troplong (II, 644) professent l'opinion contraire, en appliquant à cette hypothèse la solution que nous avons nous-mêmes admise pour le cas où le preneur ordinaire contrevient à la défense de céder le bail ou de sous-louer. Cpr., § 368, texte et note 11 ; et § 369, texte n° 2. Cette solution est à notre avis écartée, en matière de colonage partiaire, par les termes mêmes de l'art. 1764, qui, en accordant au bailleur *le droit de rentrer en jouissance*, et en ajoutant que le preneur *est condamné* aux dommages-intérêts résultant de *l'inexécution du bail*, refuse par ce-la même aux tribunaux le pouvoir d'appréciation que prétendent leur attribuer les auteurs précédemment cités. Delvincourt, *loc. cit.*

¹⁸ L. 25, § 6, D. *loc. cond.* (19, 2). Troplong, II, 650. Cpr. art. 1771, al. 1 ; texte et note 10 *supra*.

¹ Nous croyons devoir rétracter sur ce point spécial, et ce par les motifs déjà indiqués au § 344, texte et notes 1 à 4, l'opinion émise dans nos premières éditions, en faisant toutefois remarquer que nous la maintenons quant à l'hypothèse où la convention ayant pour objet, non des services à rendre, mais la production d'une œuvre susceptible d'appréciation pécuniaire, constitue une *locatio operis*. D'un autre côté, tout en refusant à la promesse dont il est question au texte le caractère de louage de service, nous ne pouvons pas davantage y voir un mandat. A cet égard encore, nous persistons dans notre manière de voir. Le caractère distinctif du mandat ressort du pouvoir donné au mandataire de représenter

Le Code Napoléon indique trois espèces principales de louage d'ouvrage : le louage des domestiques et ouvriers ; celui des voituriers par terre et par eau ; et celui des entrepreneurs de travaux, par suite de devis ou marchés. Art. 1779.

L'importance que présentait, avant la loi du 26 avril 1855, le contrat de remplacement militaire, nous avait déterminés à traiter de ce contrat à la suite du louage des domestiques et ouvriers, Malgré le changement de législation, nous croyons devoir laisser subsister le § 372 *bis* relatif à cette matière, qui pourra présenter encore un certain intérêt. Cpr. art. 10 de la loi précitée.

§ 372.

(1) *Du louage des domestiques et ouvriers.*

On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Art. 1780. En cas de contravention à cette prohibition, chacune des parties est libre, en se prévalant de la nullité de la convention, de se refuser à son exécution, sans être tenue à aucuns dommages-intérêts¹. Toutefois, le temps de service écoulé jusqu'au moment où la convention serait rompue devrait être payé au domestique ou à l'ouvrier.

La prohibition établie par l'art. 1780 s'étend aux engagements qui, sans être ouvertement conclus pour la vie du domestique ou de l'ouvrier, seraient faits pour un délai tellement étendu, ou pour une entreprise d'une durée si longue, qu'ils devraient, selon toutes les probabilités, lier jusqu'à leur mort ceux qui les auraient contractés². Il appartient aux tribunaux d'apprécier ces probabilités.

Lorsque la durée d'un louage de services n'est déterminée, ni

le mandant dans des actes juridiques, de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Or, dans les promesses de la nature de celles dont il s'agit, on ne trouve aucune trace d'un pareil pouvoir. D'ailleurs, le mandat est civilement obligatoire pour celui qui l'a accepté, tandis que la promesse d'accomplir des actes dépendants d'une profession libérale n'engendre pas d'action, lorsque ces actes envisagés en eux-mêmes forment l'objet direct de cette promesse. Voy. pour le rejet de l'idée de mandat : Duvergier, II, 268 et suiv. Voy. en sens contraire : Pothier, *Du mandat*, n° 26 ; Merlin, *Rép.*, v° Notaire, § 6, n° 4 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, p. 443 ; Troplong, III, 791 à 844. Cpr. aussi Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., 12, 1, 498.

¹ Duranton, XVII, 226. Duvergier, II, 284 et suiv.

² On ne peut, en effet, faire indirectement ce que la loi défend de faire ouvertement. Duranton et Duvergier, *loc. cit.*

par une convention expresse ou par l'usage des lieux, ni par la nature des travaux à exécuter, chacune des parties a le droit de résilier le contrat, quand bon lui semble, en donnant à l'autre un avertissement ou congé dans le délai fixé par l'usage³.

Si, au contraire, ce temps est déterminé, chacun des contractants doit, à peine de dommages-intérêts, exécuter ses engagements jusqu'au terme fixé. Le domestique ou l'ouvrier ne peut quitter son service, même par des motifs honnêtes, par exemple, pour se marier, pour aller assister ses père et mère, ou pour s'engager volontairement au service militaire⁴. Mais il y est autorisé, lorsque le maître ne lui paie pas ses gages, qu'il le maltraite par des voies de fait ou par des propos outrageants, et lorsque, chargé de pourvoir à sa subsistance ou à son entretien, il ne lui fournit pas les choses nécessaires à cet effet.

Le maître, de son côté, est autorisé à renvoyer, avant le temps fixé, le domestique ou l'ouvrier qui manque gravement à ses devoirs, ou qui se trouve incapable de remplir le service pour lequel il s'est engagé.

Le domestique ou l'ouvrier appelé au service militaire par la loi sur le recrutement n'est passible d'aucuns dommages-intérêts envers le maître dont il quitte le service par ce motif. Il en est de même de celui qui est empêché, par suite de maladie, de remplir le service pour lequel il s'est engagé, sauf au maître à retenir une partie des gages, eu égard à la durée de la maladie⁵.

Les ouvriers et gens de travail qui se louent à la journée ne peuvent réclamer le salaire qui leur a été promis, ou n'ont droit qu'à une part proportionnelle de ce salaire, lorsque, par un événement de force majeure, ils ont été empêchés de travailler pendant tout ou partie de la journée⁶.

³ Cpr. Duranton, XVII, 229 ; Duvergier, II, 289.

⁴ Pothier, nos 170 et 171. Duvergier, II, 293 et 294. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 232. — Les dommages-intérêts doivent, en pareil cas, être estimés moins rigoureusement que quand le domestique quitte son service par paresse, par libertinage, ou dans l'espoir d'obtenir ailleurs un salaire plus élevé.

⁵ Toutefois, cette retenue ne pourrait avoir lieu pour une indisposition qui n'aurait duré que peu de jours. Pothier, n° 168. Duranton, XVII, 234. Duvergier, II, 292.

⁶ Il est bien entendu que le salaire leur est dû, quand c'est par le fait du maître qu'ils ont été empêchés de travailler, par exemple, quand ce dernier a engagé plus de personnes qu'il ne lui en fallait. Pothier, n° 167. Duranton, XVII, 228. Duvergier, II, 290.

Lorsque la convention n'est pas constatée par écrit⁷, et qu'il s'élève une contestation entre le maître et le domestique ou l'ouvrier, le premier⁸ est cru sur son serment⁹ pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les à-compte donnés sur l'année courante. Art. 1781. Si la contestation portait sur l'existence même de la convention, ou qu'elle eût pour objet la remise d'effets que le domestique prétendrait avoir apportés dans la maison du maître, il faudrait suivre les règles ordinaires en matière de preuve¹⁰.

La mort du domestique ou de l'ouvrier résout de plein droit l'engagement qu'il a contracté. Arg. art. 1122.

Les rapports entre patrons et ouvriers sont, en outre, régis par des lois particulières¹¹.

Les règles qui viennent d'être exposées s'appliquent par analogie, à l'exception toutefois de la disposition de l'art. 1781¹², au louage de services à fournir par des personnes qui ne rentrent

⁷ L'art. 1781 suppose que, suivant l'usage général, la convention n'a été faite que verbalement. Maleville, sur l'art. 1781. Toullier, X, 448. Duranton, XVII, 236.

⁸ La veuve du maître jouirait incontestablement de la même faveur. Mais ses héritiers pourraient-ils la réclamer ? Cette question paraît devoir être résolue affirmativement quant aux enfants du maître, qui de son vivant habitaient avec lui, puisque les rapports sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 1781 existent également entre eux et le domestique ; mais elle devrait être décidée négativement quant à d'autres héritiers. Duvergier, II, 307. — Toullier (X, 449) considère l'espèce de prérogative établie par l'art. 1781 comme absolument personnelle au maître, et la refuse à tous les héritiers indistinctement. — Il est hors de doute que l'art. 1781 peut être invoqué contre les héritiers du domestique.

⁹ L'affirmation dont parle l'art. 1781 ne consiste pas dans une simple déclaration, mais dans une affirmation assermentée. Merlin, *Rép.*, v° Affirmation. Toullier, X, 453. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 134. Duranton, XVII, 236. Duvergier, II, 305.

¹⁰ La disposition de l'art. 1781 déroge aux principes généraux en matière de preuve, et ne doit point, par conséquent, recevoir d'interprétation extensive. Toullier, X, 448. Duranton, XVII, 236. Duvergier, II, 306.

¹¹ Cpr. Loi du 22 germinal an XI ; Arrêté du 9 frimaire an XII ; Loi des 29 novembre, 29 janvier et 7 mars 1850 ; Loi des 25 avril, 8 et 14 mai 1851. Voy. aussi sur le contrat d'apprentissage : Loi des 22 janvier, 3 et 22 février 1851.

¹² Cet article renfermant, ainsi que cela a été dit à la note précédente, une disposition d'une nature tout exceptionnelle, il doit être restreint aux rapports du maître et des ouvriers ou domestiques proprement dits. Troplong, *De la prescription*, II, 975, Duvergier, II, 278. Paris, 14 janvier 1825, Sir., 25, 2, 342. Bourges, 30 mai 1829, Sir., 30, 2, 418. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 211 ; Duranton, XVII, 227, à la note ; Rouen, 10 juillet 1843, Sir., 44, 2, 34.

pas dans la classe des domestiques ou ouvriers proprement dits, par exemple, aux engagements d'un précepteur ou d'un commis.

§ 372 bis.

(2) *Du contrat de remplacement militaire*¹.

Ce contrat est une convention par laquelle une personne s'oblige, moyennant un certain prix, à en remplacer une autre au service militaire.

Cette convention est, en général, régie par les mêmes principes que le louage de services. Il en résulte que, si le remplacé était lui-même obligé de servir, par suite d'une loi nouvelle qui appellât le remplaçant pour son propre compte, il ne devrait le prix de remplacement que dans la proportion du temps pendant lequel le remplaçant aurait servi, ou serait censé avoir servi pour lui². Arg. art. 1722. Le remplaçant perdrait même tout droit à la portion du prix de remplacement, correspondant au temps pendant lequel il aurait été réellement sous les drapeaux, si, par suite de sa désertion dans l'année de garantie et de sa non-arrestation dans ce délai³, le remplacé se trouvait exposé à être lui-même appelé sous les drapeaux ; peu importe que de fait il n'y fût pas appelé⁴.

Le contrat de remplacement a pour objet unique de libérer le remplacé du service militaire. Le remplaçant doit donc être considéré comme ayant rempli son engagement, par cela seul qu'il a procuré au remplacé sa libération complète et définitive. Il en résulte que le remplaçant a droit à la totalité de son prix de

¹ D'après l'art. 24 de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, le contrat de remplacement, avec lequel il ne faut pas confondre l'acte administratif de remplacement, est régi par les principes du Droit civil.

² *Dissertation*, Sir., 15, 2, 27. Nîmes, 23 mars 1811, Sir., 11, 2, 443. Turin, 24 juin et 4 juillet 1810, Sir., 14 2, 80. Req. rej., 9 mai 1815, Sir., 15, 1, 310. Civ. rej., 20 juin 1826, Sir., 27, 1, 210. Voy. en sens contraire : Colmar, 2 janvier 1811, Sir., 11, 2, 108 ; Nîmes, 8 août 1810, Sir., 13, 2, 49 ; Bruxelles, 17 février 1810, Sir., 14, 2, 45.

³ Aux termes de l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, le remplacé n'est responsable de la désertion de son remplaçant que pendant un an, à compter du jour de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet. Encore sa responsabilité cesse-t-elle, lorsque le remplaçant est arrêté pendant ce délai, qu'on nomme l'année de garantie.

⁴ Civ. rej., 22 août 1826, Sir., 27, 1, 183. Voy. en sens contraire : Orléans, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 192 ; Req. rej., 9 février 1825, Sir., 25, 1, 305.

remplacement, bien que, par des événements imprévus, la durée de son service ait été abrégée⁵, ou qu'il ait déserté, soit après l'année de garantie, soit même pendant cette année, si, dans ce dernier cas, il a été arrêté avant l'expiration du délai de garantie⁶.

Quand le remplaçant n'a pas traité avec le remplacé personnellement, mais avec un agent de remplacement, il n'a pas, même en cas d'insolvabilité de cet agent, d'action directe contre le remplacé⁷, si ce n'est cependant jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier pourrait encore être redevable envers l'agent de remplacement⁸.

Les compagnies de remplacement qui se sont établies sans autorisation du Gouvernement n'en seraient pas moins admises à réclamer en justice l'exécution des conventions passées, soit avec des remplaçants, soit avec des jeunes gens appelés au service ou avec leurs parents⁹.

⁵ Montpellier, 3 janvier 1815, Sir., 16, 2, 140. Civ. cass., 28 décembre 1818, Sir., 19, 1, 172. Civ. cass., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 243. Civ. cass., 10 juillet 1820, Sir., 20, 1, 413.

⁶ Orléans, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 191. Paris, 29 août 1823, Sir., 25, 2, 73. Req. rej., 9 février 1825, Sir., 25, 1, 305. Req. rej., 13 août 1828, Sir., 29, 1, 26. Civ. rej., 14 février 1838, Dalloz, 1838, 1, 105.

⁷ Le remplaçant et l'agent de remplacement ne peuvent être considérés comme *negotiorum gestores* du remplacé, puisqu'ils ont traité en leur nom et dans leur propre intérêt. Bourges, 8 mars 1830, Sir., 30, 2, 298. Toulouse, 26 mai 1830, Sir., 30, 2, 266. Grenoble, 11 janvier et 13 avril 1831, Sir., 32, 2, 23 et 24. Lyon, 29 juin 1831, Sir., 32, 2, 413. Req. rej., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 43. Req. rej., 10 avril 1833, Sir., 33, 1, 271. Req. rej., 21 mai 1833, Sir., 33, 1, 765. Bordeaux, 12 juillet 1833, Sir., 34, 2, 19. Voy. cep. en sens contraire : Montpellier, 1^{er} août 1827, Sir., 27, 2, 220 ; Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 432 ; Montpellier, 26 janvier 1832, Sir., 32, 2, 203.— Le remplaçant qui a traité avec le père du remplacé a-t-il une action personnelle contre ce dernier ? Cette question nous paraît devoir, en général, être résolue affirmativement ; car le père est, en pareil cas, le *negotiorum gestor* du fils. La solution négative ne pourrait donc être admise, qu'autant qu'il résulterait des circonstances que le père a agi dans son intérêt personnel, et non dans celui de son fils. Paris, 7 février 1814, Sir., 15, 2, 87. Paris, 3 juin 1829, Sir., 29, 2, 334. Paris, 20 février 1840, Sir., 40, 2, 148.

⁸ Arg. art. 1753, 1798 et 1994, al. 2. Lyon, 26 février 1834, Sir., 35, 2, 159. Paris, 23 novembre 1835, Sir., 38, 2, 33. Cpr. Lyon, 21 mars 1833, Sir., 33, 2, 539. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 837 ; Rouen, 4 août 1838, et Paris, 16 août 1838, Sir., 38, 2, 514.

⁹ Une ordonnance du 14 novembre 1821 avait prescrit la nécessité d'une autorisation royale pour l'établissement des compagnies de remplacements mili-

§ 373.

(3) *Du louage des voituriers par terre et par eau*¹.

On appelle voiturier (*sensu lato*) tout individu qui se charge, moyennant un certain prix, de transporter en un lieu déterminé des personnes ou des choses. Ce terme, pris dans son acception la plus étendue, comprend donc : 1° les individus qui entreprennent accidentellement un transport ; 2° les voituriers proprement dits, dont la profession consiste à faire habituellement des transports, tels que les rouliers, les bateliers, et les loueurs de voitures particulières ; 3° les commissionnaires de transports par terre et par eau ; 4° les entrepreneurs de voitures publiques.

Le louage de transport, qui, comme toute autre convention, peut être contracté expressément ou tacitement, est censé tacitement conclu, dès que les objets à transporter ont été remis au voiturier ou aux personnes qu'il a préposées à cet effet²,

taires. En vertu de cette ordonnance, une jurisprudence à peu près constante avait, pendant longtemps, refusé aux compagnies et même aux agents non autorisés le droit de poursuivre l'exécution des obligations contractées envers eux. Voy. Req. rej., 11 avril 1827, Sir., 27, 1, 434 ; Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., 33, 1, 269. Mais, depuis la promulgation de la loi du 21 mars 1832, les tribunaux ont, avec raison, abandonné cette jurisprudence. Voy. Bourges, 18 mars 1833, Sir., 33, 2, 633 ; Paris, 5 août 1834, Sir., 34, 2, 463 ; Paris, 5 décembre 1834, Dalloz, 1835, 2, 171 ; Grenoble, 25 janvier 1835, Dalloz, 1835, 2, 66.

¹ Voy. sur cette matière : *Du contrat de louage des voituriers par terre et par eau*, par Hutteau fils ; Paris, 1806. Ce traité se trouve dans l'édition des *Œuvres de Pothier*, par Hutteau et Bernardi, à la suite du contrat de louage. *Das Frachtfahrrecht*, par J. C. F. Münser ; Hanovre, 1810 ; 2 vol. in-8°. *Nouveau Code voiturin*, par Lafargue ; Paris, 1827, 1 vol. in-8°. *Code des maîtres de poste, des entrepreneurs de diligence et de roulage, etc., etc.*, suivi d'un *Traité sur la responsabilité des voituriers en général*, par Lanoé ; Paris, 1827 ; 2 vol. in-8°. *Traité du contrat de louage et de dépôt appliqué aux voituriers, entrepreneurs de messageries de roulage, etc.*, par Vanhuffel ; Paris, 1841 ; 1 vol. in-8°.

² On ne doit considérer comme préposées à la réception des objets destinés à être transportés que les personnes qui ont reçu une mission spéciale à cet effet. Ainsi, les domestiques d'un voiturier et les conducteurs de voitures publiques n'ont pas, en cette seule qualité, pouvoir de recevoir les objets à transporter. Duvergier, II, 327 et 328. Req. rej., 5 mars 1844, Sir., 44, 1, 178. Civ. cass., 29 mars 1844, Sir., 44, 1, 102. Toulouse, 9 juillet 1829, Sir., 30, 2, 47.—Cependant un conducteur de voitures publiques doit être considéré comme ayant qualité pour recevoir les objets qui lui sont remis dans les lieux intermédiaires où l'entrepreneur n'a pas de bureau.

soit dans le bâtiment ou dans la voiture, soit même sur le port, dans l'entrepôt, ou dans le bureau à ce destiné. Arg. art. 1783.

La convention de transport et la remise des choses qui en forment l'objet ne peuvent, en général, être prouvées par témoins que dans les limites indiquées par l'art. 1341, lorsque cette convention a été conclue avec une personne qui ne se charge pas habituellement de transports³. Il en est autrement, lorsqu'elle a été faite avec un voiturier proprement dit, un commissionnaire de transports, ou un entrepreneur de voitures publiques : dans ce cas, la preuve testimoniale est indéfiniment admissible contre ces personnes, conformément aux principes reçus en matière commerciale⁴.

L'obligation imposée par l'art. 1785 aux commissionnaires de transports et aux entrepreneurs de voitures publiques, d'inscrire, sur un registre tenu à cet effet, les objets dont le transport leur est confié, ne modifie pas, en général, l'application de ces principes. Ainsi, le défaut d'inscription ne décharge pas les commissionnaires de la responsabilité à laquelle ils sont soumis⁵, et n'est point, par lui-même, un obstacle à l'admission de la preuve testimoniale⁶. Que si l'inscription avait eu lieu, la preuve testimoniale ne devrait être reçue contre les mentions portées au registre, qu'autant que des circonstances particulières rendraient vraisemblables les allégations de ceux qui en contesteraient l'exactitude⁷.

³ Aucune disposition ne modifie à cet égard les règles générales sur la preuve testimoniale. Si l'art. 1782 soumet les voituriers aux mêmes obligations que les aubergistes pour la garde et la conservation des objets qui leur sont confiés, on ne peut en conclure que la remise faite à un voiturier d'objets destinés à être transportés constitue, comme la remise faite à un aubergiste des effets apportés par un voyageur, un dépôt nécessaire, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle qu'en soit la valeur. Duranton, XVII, 242. Duvergier, II, 324.

⁴ La raison en est que, de la part de ces personnes, le louage de transport constitue un acte de commerce, dont l'existence peut, par conséquent, être prouvée contre elles par témoins. Cpr. Code de commerce, art. 103 et suiv., 109 et 632.

⁵ Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88. L'arrêt de la cour de cassation du 9 novembre 1829 (Req. rej., Sir., 29, 1, 411) n'est pas contraire à notre manière de voir. Dans l'espèce de cet arrêt, il n'était pas établi que le sac de nuit dont la valeur était réclamée eût été remis à une personne à ce préposée.

⁶ *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 357 et suiv., n° 9). Maleville, sur l'art. 1786.

⁷ *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1786 (Locré, *op. et loc. citt.*). Hulteau, chap. II.

Tout voiturier est responsable de la perte et des avaries des choses qui lui ont été confiées⁸, à moins qu'il ne prouve que le dommage a été occasionné par cas fortuit, par un événement de force majeure⁹, ou par le vice propre de la chose¹⁰. Ainsi, le voiturier ne peut se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, en démontrant directement qu'il a apporté à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille; il faut qu'il justifie de la cause du dommage, et qu'il établisse que cette cause est du nombre de celles qui viennent d'être indiquées¹¹. Art. 1784. Conformément à la règle générale, le voiturier serait même responsable du dommage arrivé par cas fortuit ou force majeure, si ce dommage avait été précédé de quelque faute de sa part sans laquelle il n'aurait pas eu lieu¹². Du reste, sa responsabilité doit être appréciée d'après les principes qui régissent celle de l'aubergiste. Art. 1782. Ainsi, il serait tenu de la perte arrivée par suite d'un vol qui n'aurait pas été commis avec force armée ou autre force majeure. Art. 1953 et 1954¹³.

Le voiturier qui ne représente pas les choses qui lui ont été confiées est tenu d'en payer la valeur intégrale¹⁴. Il en serait

⁸ Il en serait ainsi, lors même que, dans un prospectus ou dans des annonces publiques, le voiturier aurait déclaré ne vouloir se charger d'aucune responsabilité. Req. rej., 24 janvier 1807, Sir., 7, 1, 138. Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88. Paris, 14 août 1847, Sir., 47, 2, 509.

⁹ Le voiturier doit, par mesure de précaution, faire constater, sans aucun délai, au moyen de procès-verbaux réguliers, dressés sur les lieux, les accidents qui lui arrivent; mais, s'il néglige de le faire, il peut toujours administrer par témoins la preuve de ces accidents. Cpr. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Commissionnaires, p. 768; Colmar, 6 janvier 1815, Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 774.

¹⁰ Code de commerce, art. 103. On doit assimiler au vice propre de la chose le défaut d'emballage convenable, surtout lorsque la défectuosité de l'emballage n'était pas apparente. Cpr. § 308, texte n° 3. Duvergier, II, 331.

¹¹ C'est ce qui résulte bien évidemment de la rédaction de l'art. 1784. Cpr. § 308, texte n° 2, *in fine*; § 367, texte et notes 10 à 13; Paris, 31 août 1808, Sir., 8, 2, 278.

¹² Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 11, n° 2. Duvergier, II, 330. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 545. Metz, 18 janvier 1815, Sir., 19, 2, 78.

¹³ Req. rej., 2 thermidor an VIII, Sir., 1, 4, 315. Paris, 3 mai 1834, Sir., 33, 2, 486. Cpr. § 406.

¹⁴ Les messageries particulières ne peuvent se prévaloir de l'art. 62 de la loi des 23-24 juillet 1793, d'après lequel les messageries nationales, qui ont été supprimées par la loi du 9 vendémiaire an VI, ne devaient, en cas de perte des objets qui leur avaient été confiés, qu'une somme fixe de cent cinquante francs. Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 2, n° 4 à 7, v° Voiturier, n° 5. Civ. cass., 6 février 1809, Sir., 9, 1, 173. Rouen, 20 février 1816, Sir., 16, 2, 108. Lyon, 6 mars 1824,

ainsi, quand même le bulletin remis au voyageur porterait qu'en cas de perte il n'aurait droit qu'à une somme fixe et déterminée¹⁵. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'argent, de bijoux, ou d'autres effets précieux, renfermés dans une malle ou dans un paquet dont le contenu n'a pas été déclaré, le voiturier n'est, en général, tenu d'indemniser le propriétaire que dans la proportion de la valeur d'objets ordinaires¹⁶. Les mêmes règles s'appliquent, par analogie, au cas d'avaries. Lorsqu'il y a contestation sur la valeur des choses remises au voiturier, que ce dernier ne peut représenter, les tribunaux sont autorisés, à défaut de renseignements propres à la faire connaître, à déférer à l'expéditeur ou au voyageur le serment *in litem*¹⁷. Art. 1369.

Le voiturier est passible de contrainte par corps pour les dommages-intérêts auxquels il peut être condamné pour perte ou avaries des choses qui lui ont été confiées¹⁸. Arg. art. 1782 cbn. 1952 et 2060, n° 1.

Le transport doit être effectué dans le délai fixé par la convention, faute de quoi le voiturier peut être condamné aux dommages-intérêts du voyageur, de l'expéditeur, ou du destinataire, à moins qu'il ne prouve que le défaut d'arrivée dans ce délai est le résultat, soit de quelque faute imputable au voyageur ou à l'expéditeur, soit d'un événement fortuit ou de force majeure. Cpr. Code de commerce, art. 104.

Les voyageurs sont tenus de se rendre, à l'heure fixée, au lieu de départ, et les expéditeurs d'y remettre, en bon état d'embal-

Sir., 21, 2, 223. Req. rej., 18 juin 1833, Sir., 33, 1, 706. Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88. — Voy. en ce qui concerne la responsabilité de l'administration des postes : L. du 5 nivôse an V ; Favard, *Rép.*, v° Postes, sect. I, § 6. D'après les art. 14 et 16 de la loi ci-dessus citée, l'administration des postes ne doit, en cas de perte d'effets précieux ou de valeurs en papier renfermés dans des lettres, même chargées, qu'une somme de cinquante francs. Mais il est à remarquer que ces articles cessent d'être applicables au cas où les valeurs soustraites l'ont été par des employés de cette administration, qui, aux termes de l'art. 1384, est tenue de répondre intégralement du fait de ses agents. Crim. cass., 12 janvier 1849, Sir., 49, 1, 43. Paris, 6 août 1850, Sir., 50, 2, 404. Cpr. § 447.

¹⁵ Douai, 17 mars 1847, Sir., 47, 2, 207. Tours, 23 novembre 1847, Sir., 48, 2, 15. Voy. aussi les arrêts cités à la note § *supra*.

¹⁶ Toullier, XI, 255. Duvergier, II, 329. Bruxelles, 28 avril 1810, Sir., 11, 2, 21. Cpr. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100 ; Req. rej., 16 avril 1828, Sir., 29, 1, 163 ; Douai, 17 mars 1847, Sir., 47, 2, 207.

¹⁷ Toullier, XI, 254 et 256. Duvergier, II, 322 et 323. Paris, 9 avril 1809, Sir., 11, 2, 394. Paris, 7 juillet 1832, Sir., 32, 2, 469. Grenoble, 29 août 1833, Sir., 34, 2, 622.

¹⁸ Duranton, XVIII, 453. Paris, 9 avril 1809, Sir., 9, 2, 394.

lage, les choses qu'ils entendent faire transporter. Les uns et les autres doivent payer au voiturier le prix convenu et lui rembourser les dépenses qu'il a été obligé de faire à l'occasion des choses qui lui ont été confiées. Le voiturier jouit, pour le paiement de ce qui lui est dû, d'un privilège sur les choses qu'il a transportées ¹⁹. Art. 2102, n° 6.

Les dispositions des art. 105 et 108 du Code de commerce sur l'extinction des actions ouvertes contre les voituriers, sont spéciales au transport de marchandises expédiées à des commerçants, et ne peuvent être opposées à des destinataires non commerçants ²⁰.

Les règlements particuliers auxquels sont assujettis les entrepreneurs de voitures publiques et les commissionnaires de transports n'ont pas pour objet de régler les rapports résultant du contrat de louage dont nous nous occupons. Principalement établis dans des vues de sûreté publique, ces règlements de police sont cependant obligatoires entre les parties, en ce sens que les voyageurs et les expéditeurs sont tenus de s'y conformer ou d'en souffrir l'exécution, et que, d'un autre côté, ils ont une action pour en réclamer l'observation, lorsqu'ils y ont intérêt. Cpr. art. 1786 ²¹.

§ 374.

(4) *Du louage d'ouvrage qui se forme par suite de devis ou de marchés* ¹.

Lorsqu'on charge quelqu'un de la confection ou de la construction d'un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. Art. 1787. Au premier cas, la convention est un pur louage d'ouvrage. Art. 1711. Au second, elle participe tout à la fois de la vente et du louage ².

¹⁹ Cpr. § 261, texte n° 6.

²⁰ Req. rej., 4 juillet 1816, Sir., 17, 1, 300.

²¹ Voy. décrets des 14 fructidor an XII, 28 août 1808 et 13 août 1810; loi de finances, du 25 mars 1817, art. 115; ordonnances des 4 février 1820, 27 septembre 1827, 16 juillet 1828; loi du 28 juin 1829; décret du 10 août 1852.

¹ Voy. sur cette matière : *Traité des devis et marchés, selon le Code Napoléon*, par Lepage; Paris, 1809. *Traité de la législation des bâtiments*, par Frémy-Ligneville; Paris, 1850, 2 vol. in-8°.

² Notre système de procédure n'exigeant pas, comme celui du Droit romain, la désignation du contrat en vertu duquel l'action est intentée, il n'est plus, à ce

Si l'ouvrier fournit la matière, et que l'ouvrage vienne à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livré, l'ouvrier perd à la fois la matière et le prix de son travail³, à moins que l'autre partie n'ait été mise en demeure de recevoir l'ouvrage, auquel cas il a droit tant à son salaire qu'au prix de la matière. Art. 1788.

point de vue, nécessaire de rechercher si la convention dont nous nous occupons est plutôt une vente qu'un louage. Cpr. LL. 2 et 22, 4, D. *loc. cond.* (19, 2); § 4, *Inst. de loc. cond.* (3, 24); L. 65, D. *de cont. empt.* (18, 1). MM. Duranton (XVII, 250) et Duvergier (II, 335) ont cependant cru devoir résoudre la question, telle que les jurisconsultes romains se l'étaient posée et ils pensent que, d'après l'art. 1787, on doit considérer, comme un simple louage, toute convention par laquelle un ouvrier se charge de la confection d'un ouvrage; peu importe qu'il fournisse ou non la matière. Mais cette opinion nous semble repoussée par la nature même des choses, par le texte de l'art. 1744, que l'art. 1787 sagement entendu n'a nullement modifié, et par les travaux préparatoires du Code. L'art. 1787 renfermait, d'après le projet, un second et un troisième alinéa, ainsi conçus : « Dans le premier cas c'est un *pur* louage, dans le second c'est une vente d'une chose *une fois faite.* » Voy. Loqué, *Lég.* XIV, p. 328, art. 410. Ces deux alinéas supprimés à la demande du Tribunat ne l'ont été que comme énonçant une idée de pure doctrine, et comme n'ayant pas le caractère d'une disposition législative. Cpr. Loqué, *Lég.*, XIV, p. 404, n° 40. Il est donc, malgré leur suppression, permis d'en conclure qu'aux yeux des rédacteurs du Code la convention ne devait plus, dans la seconde hypothèse, être envisagée comme un simple louage. En sens inverse de l'opinion que nous venons de combattre, M. Troplong (III, 962 à 968) enseigne que, quoique renfermant un certain élément de louage, la convention dont s'agit n'en constitue pas moins, en raison de son caractère prédominant, une véritable vente, à moins que, le maître ayant livré la chose ou la matière principale, les matériaux fournis par l'ouvrier ne soient à considérer que comme de simples accessoires, auquel cas le savant auteur reconnaît que la convention est un louage. Même ainsi restreinte, cette manière de voir nous paraît également trop absolue, et nous pensons que, dans le cas même où la matière a été exclusivement fournie par l'ouvrier, il faut, pour rester dans le vrai, reconnaître que la convention est de nature mixte. Nous serions assez disposés à dire que jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage, et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment. Telle est l'idée qu'expriment, à notre avis, les termes du projet : « c'est une *vente d'une chose une fois faite.* » Encore reste-t-il, même après la réception, un élément de louage, qui seul peut expliquer, d'une manière satisfaisante, la responsabilité imposée à l'entrepreneur par l'art. 1792, responsabilité à laquelle ce dernier se trouve, selon nous, soumis, alors même qu'il a construit sur son propre terrain, et qui est toute différente de celle qui pèse sur le vendeur, en vertu des art. 1644 et suiv. D'ailleurs, le système de M. Troplong le conduit à rejeter l'application des art. 1792, 1794 et 1795, dans des hypothèses que ces art. semblent cependant comprendre, d'après leurs termes mêmes, et surtout par leur combinaison avec l'art. 1787, qui domine toute la matière. Cpr. texte, notes, 7, 9 et 16 *infra*.

³ Delvincourt, sur l'art. 1788. Duranton, XVII, 250. Duvergier, II, 337.

Si l'ouvrier fournit seulement son travail, il ne répond de la perte de la matière, qu'autant qu'elle a eu lieu par sa faute, à moins qu'il ne soit en demeure de livrer l'ouvrage⁴. Art. 1789. Mais il perd le prix de son travail et ne peut réclamer de salaire, lorsque l'ouvrage vient à périr, même sans aucune faute de sa part, avant d'avoir été reçu, à moins que le maître ne soit en demeure de le vérifier, ou que la perte ne provienne du vice de la matière⁵. Art. 1790.

Quand il s'agit d'un ouvrage à faire par pièces ou à la mesure, l'ouvrier peut en demander la vérification par parties. La vérification est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait⁶. Art. 1791.

Soit que l'ouvrier ne doive fournir que son travail, ou qu'il fournisse en même temps la matière⁷, le contrat peut, à toute époque, être résolu par la seule volonté du maître, à charge par ce dernier d'indemniser l'ouvrier ou l'entrepreneur de toutes ses dépenses, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise.⁸ Art. 1794.

⁴ La demeure équivaut à faute. Art. 1302, al. 1 *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1789 (Loché, *Lég.*, XIV, p. 361, n° 13).

⁵ Cependant, si l'ouvrier avait connu le vice de la matière, ou si, eu égard aux connaissances spéciales que doit posséder un homme de sa profession, il y avait eu impéritie de sa part à ne pas reconnaître ce vice, il ne pourrait réclamer le prix de son travail : *Imperitia culpæ adnumeratur*. Arg. art. 1792. Delvincourt, sur l'art. 1790. Duvergier, II, 342.

⁶ Des à-compte payés pendant la durée des travaux, sans imputation spéciale à certaines portions déjà terminées de l'ouvrage, ne feraient pas présumer la vérification. Duranton, XVII, 254. Duvergier, II, 345.

⁷ Duvergier, II, 335. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1030. La disposition de l'art. 1794 étant exclusivement fondée sur des considérations personnelles à celui qui a commandé l'ouvrage, et sur l'intérêt qu'il peut avoir à ne pas le faire achever, il n'y a aucun motif pour distinguer entre les deux hypothèses indiquées au texte. On ne verrait pas pourquoi celui qui a traité, par exemple, avec un statuaire pour la confection d'une statue, ne serait pas autorisé à résilier le marché dans le cas où le marbre devait être fourni par le statuaire, tandis qu'il en aurait incontestablement le droit, s'il l'avait lui-même livré. L'opinion de M. Troplong conduirait, d'ailleurs, à dire que la personne qui a traité avec un ouvrier chargé de fournir la matière est irrévocablement liée dès la conclusion de la convention, et ne peut par conséquent plus la résilier, alors même que l'ouvrier n'aurait point encore commencé son travail et ne se serait pas procuré la matière nécessaire. Or, nous ne pensons pas qu'une doctrine qui aboutit à de pareilles conséquences puisse être acceptée.

⁸ L'art. 1794 ne parle expressément que des marchés à forfait ; mais ce qu'il

Le contrat est, dans l'une et l'autre hypothèse⁹, résolu de plein droit, à l'égard des deux parties¹⁰, par la mort de l'ouvrier, de l'architecte, ou de l'entrepreneur¹¹. Art. 1795. Cpr. art. 1122 et 1237. Les héritiers de ces derniers n'ont droit à aucune indemnité à raison des travaux déjà exécutés et des matériaux préparés, à moins que ces travaux et ces matériaux ne puissent être utiles au maître, auquel cas celui-ci est obligé d'en payer la valeur en proportion du prix porté par la convention. Art. 1796.

Les architectes ou entrepreneurs qui se sont chargés, soit d'une construction¹², soit de l'exécution de gros ouvrages¹³, ou qui ont dirigé de pareils travaux¹⁴, sont responsables, pendant dix ans à compter du jour de la réception de ces travaux¹⁵, de leur

en dit s'applique, *a fortiori*, aux marchés à la pièce ou à la mesure. Duranton, XVII, 257. Duvergier, II, 371.

⁹ Duvergier, II, 335. M. Troplong (III 4044) soutient que les art. 1795 et 1796 sont étrangers au cas où l'ouvrier est chargé de fournir, outre son travail, la chose ou la matière principale. Cette opinion se rattache à celles que nous avons déjà refutées aux notes 2 et 7 *supra*.

¹⁰ Les héritiers de l'ouvrier ne pourraient donc, dans le cas où le marché leur paraîtrait avantageux, en continuer l'exécution malgré le maître. Duranton, XVII, 258. Duvergier, II, 377. Mais, d'un autre côté, le maître ne pourrait forcer les héritiers de l'ouvrier à lui abandonner la partie de l'ouvrage qui se trouverait achevée.

¹¹ La disposition de l'art. 1795 est absolue : il n'y a plus à distinguer, comme dans l'ancien Droit, entre le cas où la considération du talent de l'ouvrier a été le principal motif de la convention, et l'hypothèse contraire. *Discussion au Conseil d'état* sur l'art. 1795 (Locré, *Lég.*, XIV, p. 366, n° 22). *Rapport au Tribunat*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XIV, p. 445). Toullier, VI, 408. Duranton, XVII, 258.

¹² La responsabilité des architectes et des entrepreneurs s'étend à toute espèce de constructions, notamment à celle d'un puits, d'une route, ou d'un barrage. Paris, 2 juillet 1828, Sir., 28, 2, 316. Douai, 28 juin 1837, Sir., 39, 4, 829. Civ. cass., 19 mai 1854, Sir., 54, 4, 393.

¹³ Arg. art. 2270. Cpr. Req. rej., 10 février 1835, Sir., 35, 4, 474. — La responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur, à raison des menus ouvrages, cesse du jour de la réception des travaux. Duvergier, II, 355. Troplong, *De la prescription*, II, 941. Cpr. aussi Metz, 17 octobre 1843, Sir., 45, 2, 173. Voy. cep. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 4, 180. Cpr. aussi Req. rej., 18 décembre 1839, Sir., 40, 4, 254.

¹⁴ L'architecte qui a fourni les plans d'une construction serait même responsable de sa perte, quoiqu'il n'en eût pas dirigé les travaux, s'il était d'ailleurs établi que c'est par les vices du plan que cette perte est arrivée. Arg. art. 1792 et 2270. Duvergier, II, 254. Req. rej., 30 novembre 1847, Sir., 49, 4, 202. Cpr. Pau, 13 mars 1845, Sir., 45, 2, 408.

¹⁵ Ce délai, qui est un temps d'épreuve de la solidité des constructions, ne concerne pas la durée de l'action en dommages-intérêts, à laquelle peut donner

perte totale ou partielle, soit qu'elle résulte d'un vice de construction, soit même qu'elle provienne du vice du sol. Il importe peu, à cet égard, que les travaux aient été exécutés sur le terrain du maître, ou sur un fonds appartenant à l'entrepreneur ou à l'architecte¹⁶. Art. 1792. Ces derniers demeureraient d'ailleurs responsables, dans le cas même où ils auraient prévenu le propriétaire des vices du sol ou des dangers de la construction¹⁷, et dans celui où la construction aurait été faite sur un plan présenté par le propriétaire, d'après ses indications, et avec des matériaux par lui fournis¹⁸.

Les architectes et entrepreneurs sont en outre responsables, aux termes des art. 1382 et 1383, du dommage qu'ils peuvent occasionner au propriétaire ou à ses voisins par l'inobservation des

ouverture la perte totale ou partielle des travaux, survenue dans les dix années de leur réception. Cette action n'est soumise qu'à la prescription de trente ans. Lepage, *Lois des bâtiments*, II, p. 12. Duranton, XXI, 294. Troplong, III, 1006 à 1014. Selon M. Duvergier (II, 360), qui se fonde sur l'art. 2270, l'action en indemnité se prescrirait par dix ans à compter du jour de la ruine. Mais les termes mêmes de cet article, qui ne parle que de la décharge de la garantie, et non de la prescription de l'action en garantie, et la corrélation que présente sa rédaction avec celle de l'art. 1792, repoussent l'interprétation que cet auteur en donne. La Cour de Paris (15 novembre 1836, Sir., 37, 2, 257) est encore allée plus loin, en jugeant que le propriétaire est, après l'expiration du délai de dix ans, à compter du jour de la construction, non recevable à se plaindre de la ruine survenue pendant ce délai.

¹⁶ Duranton XVII, 255. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1015. Suivant cet auteur, l'entrepreneur qui a édifié sur son propre terrain ne serait qu'un vendeur, et devrait être traité comme s'il avait vendu une maison qu'il aurait construite, sans qu'elle lui eût été commandée. C'est là une conséquence extrême, qui nous paraît démontrer de plus en plus l'erreur du système dont elle découle. En raisonnant comme il le fait, M. Troplong ne tient aucun compte de la partie de la convention par laquelle l'entrepreneur, en promettant d'exécuter une construction, s'est obligé d'y apporter tous les soins, toutes les précautions qu'on était en droit d'attendre de lui, d'après sa profession. Et comme c'est précisément sur cette idée, à laquelle se rattachent des considérations d'ordre public, qu'est fondée la disposition de l'art. 1792, il serait contraire à son esprit d'en restreindre l'application au cas où l'entrepreneur aurait construit sur le terrain du maître.

¹⁷ C'est dans ce sens qu'a été définitivement arrêtée la rédaction de l'art. 1792. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 363, nos 18 et 19). Duvergier, II, 351. Req. rej., 10 février 1835, Sir., 35, 1, 174. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. M. Duranton (XVII, 255) est cependant d'avis contraire.

¹⁸ Duvergier, II, 351. Troplong, III, 395. Fremy-Ligneville, I, 94. Req. rej., 18 mars 1839, Sir., 39, 1, 180. Bourges, 13 août 1842, Sir., 42, 2, 73. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. Cpr. Civ. cass., 19 mai 1851, Sir., 51, 1, 393.

règlements¹⁹; et leur responsabilité, sous ce rapport, n'est pas limitée au délai de 10 années établi par les art. 1792 et 2270²⁰.

Les architectes et entrepreneurs répondent, sous les divers rapports qui viennent d'être indiqués, du fait des ouvriers qu'ils emploient. Art. 1797.

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé à forfait de l'exécution de travaux qui devaient être faits d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte du renchérissement de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui d'accidents de force majeure qui auraient nécessité des travaux supplémentaires²¹. Il n'y serait pas même autorisé en raison de changements ou d'augmentations faits au plan primitif, à moins que ces modifications n'aient été autorisées par écrit²², et que le prix n'en ait été convenu avec le propriétaire²³. Art. 1793.

¹⁹ Ainsi, par exemple, l'architecte ou l'entrepreneur qui élèverait un mur au delà de l'alignement fixé par les règlements de voirie, devrait indemniser le propriétaire des frais de reculement et de nouvelle construction. Lepage, *Lois des bâtiments*, II, p. 45 et suiv. Duvergier, II, 364. Voy. cep. Lyon, 16 mars 1852, Sir. 52, 2, 361.

²⁰ Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 363 ; Troplong, III, 4014. Les raisons déjà déduites à la note 15 *supra* nous semblent repousser l'opinion de ces auteurs. En vain M. Troplong se prévaut-il de l'art. 2270, dont la rédaction, selon lui, serait bien plus compréhensive que celle de l'art. 1792. Il nous semble, en effet, évident que par ces mots « Les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages, » le législateur n'a entendu parler que de la responsabilité à laquelle ils sont soumis en vertu de l'art. 1792.

²¹ Civ. rej., 28 janvier 1846, Sir., 46, 1, 635.

²² L'art. 1793 ne se borne pas à prohiber la preuve testimoniale des modifications que l'architecte ou l'entrepreneur prétendrait avoir été faites au plan primitif; il exige l'écriture comme une condition sans laquelle aucune réclamation ne doit être reçue de la part de ce dernier, qui ne peut, à défaut de preuve écrite, ni déférer le serment au propriétaire, ni le faire interroger sur faits et articles, pour établir que des modifications ont été convenues entre eux. Duvergier, II, 366. Troplong, III, 4018. Douai, 20 avril 1831, Sir., 31, 2, 337. Cpr. Req. rej., 16 août 1826, Sir., 27, 1, 243.

²³ La loi n'exige pas que la fixation du prix des changements faits au plan primitif soit constatée par écrit. L'architecte qui rapporte la preuve écrite de l'accord relatif à ces changements, est donc admis à prouver, d'après les règles ordinaires, la quotité de la somme pour laquelle ils ont été convenus. Mais il est indispensable que le prix ait été conventionnellement fixé par les parties : l'architecte ou l'entrepreneur serait non recevable à provoquer l'estimation par experts des travaux supplémentaires qu'il aurait exécutés. Durantou, XVII, 256. Duvergier, II, 367 et 368. Troplong, III, 4019.

Les règles qui précèdent, s'appliquent également aux maçons, charpentiers, serruriers, et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. Art. 1899.

Les ouvriers employés par un entrepreneur ont une action directe contre celui pour le compte duquel les travaux ont été exécutés²⁴ ; mais ils n'en jouissent que jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur demande est formée. Art. 1798. Encore, ne peuvent-ils, en général, et à moins qu'il ne s'agisse de travaux faits pour le compte de l'État²⁵, exercer cette action au préjudice d'une cession consentie par l'entrepreneur au profit d'un tiers de bonne foi, même avant l'achèvement et la réception des travaux²⁶.

c) *Du bail à cheptel*¹.

§ 375.

Généralités.

Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre un fonds de bétail, pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ou établies par la loi. Art. 1800.

On peut livrer à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de donner quelques profits pour l'agriculture ou pour le commerce. Art. 1802.

²⁴ Duranton XVII, 262. Duvergier, II, 384. Troplong, III, 1048. Douai, 30 mars et 13 avril 1833, Sir., 33, 2, 536. Montpellier, 22 août 1850, Sir. 53, 2, 685. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, part. II, p. 446.

²⁵ Décret du 26 pluviôse an II, art. 3 et 4. Cour d'Alger, 17 juillet 1850, Sir., 51, 2, 255. Paris, 27 août 1853, Sir., 53, 2, 647. — Les dispositions du décret précité ne sont point applicables aux travaux communaux. Req. rej., 12 décembre 1831, Sir., 32, 4, 275. Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441. — *Quid* de travaux départementaux? Cpr. Angers, 31 mars 1852, Sir., 52, 2, 219.

²⁶ Duranton XVII, 262. Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441. Voy. en sens contraire, Frémy-Ligneville, I, 226; Montpellier, 24 décembre 1852, Sir., 53, 2, 687.

¹ Voy. sur cette matière : *Traité des cheptels*, par Pothier; Merlin, *Rép.*, v^o Cheptel. — Le terme de *cheptel* dérive de *capitale*, *captale*, *catallum*, qui, dans le latin du moyen âge, désignait toute sorte de biens meubles, et spécialement le gros et le menu bétail. Voy. Dufresne, *Glossarium*, v^o *Capitale*; Merlin, *Rép.*, vi^a Cattel et Meilleur Cattel.

A défaut de conventions particulières², les droits et les obligations qui résultent de ce contrat, se déterminent d'après les règles tracées par le Code Napoléon sur les diverses espèces de cheptels. Art. 1803. Cpr. art. 1801.

§ 376.

Des diverses espèces de cheptel.

1° Le cheptel simple est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre des bestiaux à garder, à nourrir et à soigner, sous la condition que le preneur profitera des laitages, du fumier et du travail des animaux, ainsi que de la moitié du croît et de la laine, et qu'il supportera, d'un autre côté, la moitié de la perte. Art. 1804 cbn. 1811, al. 6 et 7.

Cette convention participe du contrat de société, en ce qui concerne le partage des bénéfices et des pertes, et du louage, en ce qui concerne les autres rapports qu'elle établit entre les parties¹.

Les effets de ce contrat sont déterminés par les art. 1805 à 1817, auxquels nous nous bornerons à renvoyer, en y ajoutant les remarques suivantes :

La perte, dont le preneur doit supporter la moitié, est non-seulement celle qui peut résulter de la diminution de valeur du cheptel, mais encore celle qui peut provenir de sa perte partielle par suite de cas fortuits ou d'événements de force majeure. Le preneur est dispensé de toute contribution à la perte, lorsque le cheptel a péri en entier sans sa faute². Art. 1810.

Le bailleur peut se réserver une portion des laitages, des fumiers et du travail des animaux³. Le preneur peut aussi consentir

² La loi (voy. art. 1811, 1819 et 1828) a prohibé certaines conventions qui imposeraient aux preneurs à cheptel des charges trop onéreuses, par le motif que ces derniers sont le plus souvent des gens que la misère et l'ignorance laisseraient à la discrétion des bailleurs.

¹ Pothier, nos 2 à 4.

² Les rédacteurs du Code Napoléon se sont, sous ce rapport, écartés de la doctrine de Pothier (nos 7 et suiv.), d'après laquelle la perte totale devait, comme la perte partielle, être supportée pour moitié par le preneur. Le système qu'ils ont adopté est justement critiqué par plusieurs auteurs. Il conduit à cette conséquence bizarre que le preneur est, en cas d'épizootie ou d'incendie, intéressé à laisser périr en entier le cheptel dont il ne peut espérer de sauver toutes les têtes. Duranton, XVII, 274. Duvergier, IV, 401.

³ C'est ce qui résulte de l'ordre dans lequel se suivent les différents alinéas de l'art. 1811, ainsi que de sa combinaison avec les art. 1819, al. 1 et 3, et 1820.

à ne recevoir dans la laine et dans le croît qu'une portion inférieure à la moitié, pourvu qu'il ne s'oblige à supporter qu'une part correspondante dans la perte⁴. Art. 1811.

La nullité des clauses contraires aux prohibitions portées par l'art. 1811 ne peut être proposée que par le preneur. Lorsqu'une clause de cette nature vient à être annulée, le partage des bénéfices et des pertes se fait de la même manière que si elle n'avait pas existé⁵.

En cas de refus, sans motifs légitimes, de l'une des parties de consentir à la vente d'une ou de plusieurs têtes du fonds ou du croît, l'autre partie est autorisée à s'adresser aux tribunaux pour faire statuer sur l'opportunité de la vente et sur les dommages-intérêts auxquels elle peut avoir droit⁶.

Lorsque le preneur dispose, à l'insu du bailleur, de quelques têtes de bétail au profit d'acheteurs de bonne foi, le bailleur ne peut les revendiquer entre les mains de ces derniers⁷. Art. 2279.

Les créanciers du bailleur n'ont le droit de saisir et de vendre le cheptel, qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail⁸.

L'avertissement à donner au propriétaire de la ferme, d'après l'art. 1813, doit précéder l'introduction du cheptel dans la ferme⁹. Cet avertissement peut, d'ailleurs, être suppléé par la preuve que le propriétaire savait que le bétail introduit dans la ferme avait été confié au fermier à titre de cheptel¹⁰.

La question de savoir si, dans telles circonstances données, on

Nec obstat, art. 1828, al. 3. Duvergier, II, 408. M. Duranton (XVII, 277) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'ancienne jurisprudence, qui prohibait la clause dont s'agit. Cpr. Pothier, n° 26.

⁴ Cpr. sur les différentes clauses par lesquelles les parties peuvent valablement modifier la règle du partage par moitié des bénéfices et des pertes : Duranton, XVII, 276 et 278 ; Duvergier, II, 404 et suiv.

⁵ Arg. art. 1804. Duranton, XVII, 279. Duvergier, II, 410 et 411.

⁶ Pothier, n° 36. Duranton, XVII, 283. Duvergier, II, 413.

⁷ Quelques coutumes attribuaient, dans ce cas, au bailleur un droit de suite et de revendication, même contre le possesseur de bonne foi. Pothier, n° 40 et suiv. Mais le texte précis de l'art. 2279 ne permet plus de suivre les dispositions de ces coutumes, puisque le bailleur ne se trouve dans aucun des cas où cet article autorise, par exception, la revendication en fait de meubles. Duranton, XVII, 282. Crim. rej., 5 octobre 1820, Sir., 21, 1, 20.

⁸ Duranton, XVII, 281. Duvergier, II, 416.

⁹ Civ. rej., 9 août 1815, Sir., 20, 1, 469.

¹⁰ Troplong, III, 1164. Req. rej., 7 mars 1848, Sir., 43, 1, 285.

peut admettre une tacite réconduction, et quelle sera la durée du nouveau bail, doit principalement se décider d'après les usages locaux ¹¹. Arg. art. 1135.

2° Le cheptel à moitié diffère du cheptel simple en ce que chacun des contractants y fournit la moitié des bestiaux, tandis que dans le cheptel simple, le bailleur fournit seul tout le fonds de bétail. Aussi, dans le cheptel à moitié, la perte totale est-elle, de même que la perte partielle, supportée en commun par le preneur et par le bailleur. Art. 1818.

La loi défend dans ce contrat toute clause qui réserverait au bailleur une partie des laitages, du fumier et du travail des bestiaux, ou qui lui attribuerait plus de moitié des laines et du croît, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie dont le preneur à cheptel est fermier ou colon partiaire, auquel cas les parties peuvent faire valablement les stipulations permises dans le cheptel simple. Art. 1819 cbn. 1811.

A ces particularités près, les règles sur le cheptel simple s'appliquent toutes au cheptel à moitié. Art. 1820.

3° Le cheptel de fer ¹² est celui par lequel le propriétaire d'une ferme ou d'une métairie donne à bail, avec cet héritage, les bestiaux attachés à son exploitation, sous la condition qu'à l'expiration du bail, le preneur laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus. Art. 1821.

Ce contrat diffère principalement du cheptel simple, en ce que l'estimation du fonds de bétail le met aux risques du preneur, qui en supporte par conséquent la perte totale, lors même qu'elle a été causée par cas fortuit ¹³. Art. 1822 et 1825. Voyez aussi art. 1824.

Dans le cheptel de fer, il est libre aux parties de modifier, comme elles le jugent convenable, les règles établies par la loi ¹⁴. Arg. art. 1823 et 1825.

¹¹ M. Duranton (XVII, 286) pense que la réconduction serait de la durée du bail primitif, et M. Duvergier (II, 424), qu'elle serait toujours de trois ans. Cpr. art. 1759 et 1776 cbn. 1774 et 1815.

¹² Ce cheptel est appelé de *fer*, ou de *bêtes de fer*, parce que le bétail qui en fait l'objet est, en quelque sorte, attaché à la ferme ou à la métairie. Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3. Pothier, n° 65.

¹³ Cpr. Bourges, 3 juin 1845, *Sir.*, 47, 2, 53.

¹⁴ On doit donc considérer comme valable la clause qui donnerait au bailleur une part plus grande dans les bénéfices que dans les pertes, et même celle qui lui attribuerait une part des profits, sans mettre à sa charge aucune portion de la perte. Duranton, XVII, 299. Duvergier, II, 440.

Quoique le preneur ne soit pas propriétaire du cheptel de fer, il peut cependant en distraire une partie pour ses opérations commerciales, pourvu que le fonds de bétail ne soit pas diminué de manière à compromettre les intérêts du bailleur¹⁵. Lorsque ce fonds de bétail a pris un accroissement d'une importance telle qu'il soit d'une valeur beaucoup supérieure à son estimation, les créanciers du preneur peuvent en saisir une partie, sans distinction des bêtes qui s'y trouvaient originairement comprises et de celles qu'il a élevées ou achetées¹⁶.

4° Le cheptel donné au colon partiaire est soumis, sauf les dispositions particulières des art. 1828 et 1829, aux règles qui régissent le cheptel simple. Art. 1830.

5° Le contrat improprement appelé cheptel est celui par lequel un propriétaire de vaches, en les livrant à un tiers qui se charge de les loger, de les nourrir et de les soigner, lui abandonne, pour prix de ses soins, le laitage et le fumier, et se réserve tout le profit du croît. Art. 1831.

Le preneur est obligé de nourrir les veaux jusqu'à ce qu'ils soient assez forts pour être retirés, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'ils aient de trois à quatre semaines¹⁷.

Le traitement des vaches, au cas de maladie, est, à moins de convention contraire, à la charge du bailleur, le preneur n'étant tenu qu'aux soins ordinaires¹⁸.

Lorsque la durée de la convention n'est pas fixée, le bailleur et le preneur peuvent, quand bon leur semble, retirer ou rendre les vaches, pourvu toutefois que ce ne soit pas à contre-temps¹⁹.

4) *Du contrat de société*¹.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1832-1873. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de société*, par Pothier. — *Théorie du contrat de société d'après le Droit romain et le Droit français*, par Treitschké, en allemand; Leipsic, 1827, in-8°. —

¹⁵ Cpr. Bordeaux, 20 février 1845, Sir., 45, 2, 367.

¹⁶ Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3, n° 5. Duvergier, II, 443 et 445. Req. rej., 8 décembre 1806, Sir., 7, 4, 52.

¹⁷ Pothier, n° 72. Duranton, XVII, 313.

¹⁸ Pothier, n° 74. Duvergier, II, 460.

¹⁹ Pothier, n° 76. Duvergier, II, 459.

¹ Nous n'avons pas à nous occuper des sociétés commerciales. Nous nous bornerons à faire remarquer que les principes posés par le Code Napoléon sont applicables à ces sociétés, en tant qu'ils ne sont pas contraires aux lois et usages du commerce. Art. 1873. Code de commerce, art. 48 et suiv.

Troplong, *Du contrat de société civile et commerciale* ; Paris, 1843, 2 vol. in-8°.
— Duvergier, *Du contrat de société* ; Paris, 1839, 1 vol. in-8°.—Delangle, *Des sociétés commerciales* ; Paris, 1843, 2 vol. in-8°.

§ 377.

a) *Notion du contrat de société.*

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun, au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de faire valoir ce fonds, et de partager les bénéfices¹ qui pourront résulter de l'emploi qu'elles en feront. Art. 1832.

Ce contrat exige donc, comme conditions essentielles à son existence :

1° Le consentement des parties. Ce consentement doit porter sur tous les éléments constitutifs du contrat de société. Ainsi, la simple communauté d'intérêts résultant d'un fait même volontaire de la part des coïntéressés, par exemple, d'une acquisition faite en commun, ne forme pas une société proprement dite, lorsque les parties n'ont pas eu en vue de réaliser le but caractéristique de ce contrat².

La société commence à l'instant même où intervient le consentement nécessaire à sa formation, à moins que les parties n'en aient fixé le commencement à une autre époque. Art. 1843.

2° Une mise ou un apport à fournir par chacune des parties, dans le but de constituer un fonds commun.

Les mises peuvent consister, soit en quelque industrie, soit dans la propriété ou la simple jouissance de biens corporels ou incorporels quelconques, pourvu que ces biens présentent une valeur appréciable en argent. L'influence ou le crédit d'une personne ne peuvent, à eux seuls, former une mise sociale³. Art. 1833, al. 2. Du reste, il n'est pas nécessaire que les mises des différents associés soient de même nature.

La convention par laquelle des personnes qui déclarent s'associer, attribueraient à l'une d'elles une portion d'intérêt, sans qu'elle fût tenue de faire aucune mise, constituerait, relativement à cette dernière, non une société, mais un acte de libéralité, dont

² LL. 31, 32 et 33, D. *pro soc.* (17, 2). Cpr. § 378, note 1.

³ *Discussion au Conseil d'état, Exposé de motifs*, par Treilhard, et *Discours de Gillet* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 490, n° 4, p. 522, n° 9, p. 550, n° 6). Troplong, 1, 444 et 445. Duvergier, nos 18 à 20.

les effets se détermineraient d'après les règles générales qui régissent les donations entre-vifs⁴. Il en serait ainsi, lors même que la personne dispensée de l'obligation de fournir un apport, se serait engagée à contribuer aux pertes, dans le cas où il y en aurait. Art. 1833, al. 2.

3° Un fonds commun créé avec l'intention de le faire valoir, et de partager les bénéfices qui résulteront des opérations faites à l'aide de ce fonds.

Cette intention surtout caractérise le contrat de société tel qu'il est défini et réglé par le Code Napoléon. Ainsi, les assurances mutuelles et les tontines ne sont pas de véritables sociétés⁵. Ainsi encore, le contrat par lequel les copropriétaires d'une usine conviennent de l'exploiter privativement, chacun à leur tour, pendant une période de temps déterminée, ne présente pas les caractères d'une société⁶. Il en est de même du contrat par lequel deux voisins conviennent, soit de faire construire ensemble un mur pour y appuyer des constructions, soit d'acheter en commun un terrain pour se ménager la vue, ou se procurer un lieu de promenade⁷.

⁴ Une pareille convention constitue une donation de biens présents. C'est à tort que Pothier (n° 8) y voit une donation de biens à venir, et ne la considère comme valable, qu'autant qu'elle est faite par contrat de mariage. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 324. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 983.

⁵ Les assurances mutuelles, dans lesquelles chacun des associés s'engage à supporter son contingent des sinistres que pourront éprouver les autres, n'offrent ni l'espoir, ni la possibilité de bénéfices. Les tontines, dont l'unique objet est de faire profiter les survivants des mises fournies par les prémourants, sont exclusives de toute idée de partage de bénéfices. Delangle, I, 3. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 44. Cpr. Req. rej., 5 juillet 1829, Sir., 29, 4, 345.

⁶ Req. rej., 4 janvier 1842, Sir., 42, 4, 234. Voy. aussi, Req. rej., 4 juillet 1826, Dalloz, 1826, 4, 403.

⁷ M. Troplong (I, 42 à 44) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur la loi 52, § 43, D. *pro socio* (47, 2), et sur cette idée que les avantages, parfaitement appréciables en argent, que les parties se proposent de retirer de pareilles conventions, constituent de véritables bénéfices. Cette opinion, exacte sans doute au point de vue du Droit romain, nous paraît inconciliable avec les restrictions ou précisions contenues dans la définition donnée par l'art. 1832. En Droit romain, il y avait lieu à l'action *pro socio*, toutes les fois que dans un but quelconque d'utilité réciproque, deux personnes étaient convenues d'avoir quelque chose en commun et d'en maintenir l'indivision pendant un temps plus ou moins long. Mais, aux termes de l'art. 1832, il n'y a de vraie société que celle qui a pour but la réalisation de bénéfices à partager; et ce serait, ce nous semble, faire violence à la langue que d'appeler *bénéfices*, des avantages de la nature de

La communauté d'intérêts que suppose toute société, oblige virtuellement et nécessairement les divers associés à supporter une part des pertes qui pourront résulter des opérations sociales, tout comme elle les appelle à participer aux bénéfices.

La clause qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, et celle qui affranchirait de toute contribution aux pertes les objets apportés par l'un ou par l'autre des associés, seraient nulles⁸ et entraîneraient la nullité du contrat de société tout entier⁹. Art. 1855. Que si la société conclue sous de pareilles clauses avait de fait fonctionné, les droits respectifs des parties devraient être liquidés conformément à l'art. 1853, considéré comme énonçant une règle d'équité applicable à toute espèce de communauté.

Mais rien n'empêche les parties de s'écarter plus ou moins, dans la fixation de leurs parts respectives aux profits ou aux pertes, des bases de répartition établies par l'art. 1853, pourvu que leurs conventions à cet égard ne contreviennent, ni ouvertement, ni d'une manière indirecte, aux dispositions de

ceux que les conventions indiquées au texte sont destinées à procurer. Ces avantages, d'ailleurs, ne sont pas à partager entre les parties, chacune d'elle étant appelée à en jouir privativement.

⁸ Le texte précis de l'art. 1855 doit faire rejeter aujourd'hui l'opinion de Pothier (n° 20), qui, d'après la L. 29, § 1, D. *pro. soc.* (17, 2), considère comme valable, la clause affranchissant de toute contribution aux pertes les objets apportés par l'un des associés, dans le cas où celui-ci confère à la société quelque avantage particulier, avec lequel la dispense de contribution aux pertes peut se compenser. Ce texte ne permet pas non plus de regarder comme valable, ainsi que le fait Pothier (*loc. cit.*), la clause par laquelle deux personnes, qui apportent une mise égale, conviennent que l'une d'elles aura les trois quarts dans les bénéfices, et sera d'un autre côté chargée seule de toute la perte. Cpr. Duranton, XVII, 417 et 418.

⁹ Nous croyons devoir abandonner l'opinion contraire émise par Zachariæ (§ 377, texte et note 4). Il est vrai que l'art. 1855 ne prononce directement que la nullité des clauses qu'il prohibe, sans s'occuper de l'influence de cette nullité sur le contrat de société. Mais il ne serait pas exact de conclure de son silence à cet égard, par une sorte d'argument *a contrario*, que le contrat lui-même doit être maintenu. En effet, les diverses stipulations dont se compose l'acte de société sont, d'après l'intention commune des parties, à considérer comme formant un tout indivisible, et il ne serait ni équitable ni juridique de retenir dans les liens de la société, pour tout le temps convenu, l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'art. 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses. L. 29, § 2, D. *pro socio* (17, 2). Duranton, XVII, 422. Duvergier, n° 277. Troplong, II, 662. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, part. II, p. 223.

l'art. 1855. Ainsi, on peut stipuler valablement que l'un des associés recevra dans les bénéfices, ou supportera dans les pertes, une part qui ne se trouve pas en proportion exacte avec sa mise¹⁰. On peut également stipuler que l'un des associés supportera dans les pertes une part plus considérable ou moindre que celle qui lui est attribuée dans les bénéfices¹¹; que l'associé, qui n'apporte que son industrie, sera affranchi de toute obligation de contribuer sur son patrimoine au règlement des pertes¹²; ou enfin, que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui resteront à payer après la perte de tout le fonds social¹³.

Les sociétés contractées en vue d'opérations qui sortent de la sphère des actes de commerce ne forment pas des personnes morales ou juridiques, ayant une existence propre et distincte de la personnalité individuelle des associés¹⁴, à moins qu'elles

¹⁰ Cependant la clause qui n'attribuerait à l'un des associés qu'une part tellement petite aux bénéfices, ou qui ne le chargerait que d'une part si minime aux pertes, qu'il fût évident que les parties ont voulu, en l'établissant, éluder la disposition de l'art. 1855, devrait être annulée, comme faite en fraude de cette disposition.

¹¹ Cpr. art. 1844, al. 3; et § 376.

¹² *Discours du tribun Gillet au Corps législatif* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 553, n° 19).

¹³ Cpr. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1855; Duranton, XVII, 418 et suiv.

¹⁴ Nos auteurs modernes se prononcent pour la plupart contre cette manière de voir, en se prévalant principalement de quelques textes de Droit romain (L. 22, D. *de fidej. et mand.* 46, 1; L. 3, § 4, D. *de bon. poss.* 37, 1; L. 65, § 14, D. *pro soc.* 17, 2) et de divers articles du Code dans lesquels la société, opposée aux divers associés considérés chacun pour soi, figure, comme propriétaire, comme créancière, et comme débitrice (art. 1845, 1846, 1848, 1849, 1851, 1852, 1859 et 1867). Aux textes du Droit romain cités par ces auteurs, on peut en opposer d'autres qui nous paraissent beaucoup plus concluants. Voy. L. 4, D. *de coll. et corp.* (47, 22); L. 13, § 1, D. *de præscrip. verb.* (19, 5); L. 13, D. *pro soc.* (17, 2); L. 3, C. *de commun. rer. alien.* (4, 52); L. 1, D. *quod cujus univers.* (3, 4). Cette dernière loi surtout prouve jusqu'à l'évidence que ce n'était que par exception, et en vertu d'une concession spéciale, que certaines sociétés, telles que celles pour la perception des impôts ou l'extraction des mines, jouissaient du privilège de constituer des personnes morales. Quant au terme *société*, employé dans les articles ci-dessus indiqués du Code Napoléon, il faut, pour en saisir le véritable sens, distinguer ce qui n'est que simple image, forme plus commode ou plus abrégée de langage, de ce qui tient au fond et à la substance même des choses. Dans toute société, il peut y avoir opposition entre les intérêts individuels de chaque associé et les intérêts communs de tous les associés pris collectivement. C'est uniquement pour désigner ces intérêts communs que la loi se sert du mot *société*. Ce qui le démontre, c'est que ce mot ne se retrouve que dans les dispositions légales qui statuent sur les rapports respectifs des asso-

n'aient été établies et qu'elles ne fonctionnent sous l'une des trois formes propres aux sociétés de commerce¹⁵. Cette proposition conduit, entre autres, aux conséquences suivantes :

La propriété des objets composant le fonds commun réside sur la tête des divers associés, qui sont, chacun individuellement, copropriétaires de ces objets dans la proportion de leurs mises. Chaque associé peut donc, sauf les effets du partage, hypothéquer, pendant la durée de la société, sa part indivise dans les immeubles communs.

La part de chaque associé dans une société dont le fonds commun comprend des immeubles, constitue, en ce qui concerne ces immeubles, un droit immobilier¹⁶. Ainsi, cette part ne tombe

ciés les uns à l'égard des autres, et disparaît, pour faire place à celui d'associés, dans les art. 1862 à 1864, qui s'occupent des engagements des associés à l'égard des tiers. Il existe d'ailleurs, dans notre titre même, diverses dispositions qui repoussent, pour les sociétés civiles, toute idée de personnalité juridique. Tel est l'art. 1849, qui suppose que les créances sociales sont, même pendant la durée de la société, divisées de fait entre les divers associés ; ce qui serait inadmissible, si la propriété de ces créances résidait, ainsi que cela a lieu dans les sociétés commerciales, sur la tête de la société considérée comme personne morale. Les art. 1862 et 1863 sont plus péremptoires encore : Il en résulte d'un côté, que le créancier d'une dette sociale ne peut demander à chaque associé que sa part dans la dette, et qu'il n'est pas admis à refuser une part distincte qui lui serait offerte par l'un des associés ; ce qui ne saurait avoir lieu, si le créancier avait pour débitrice la société comme personne morale, puisque, dans cette hypothèse, on retomberait sous l'application des art. 1220 et 1244. D'un autre côté, l'art. 1863 accorde au créancier d'une dette sociale une action directe et principale contre chacun des associés personnellement. Or une pareille action pourrait-elle appartenir au créancier, s'il avait pour débitrice la société comme personne morale ? N'est-il pas évident que, dans cette supposition, il ne jouirait, ainsi que cela a effectivement lieu dans les sociétés commerciales, que d'un recours subsidiaire contre les associés ? Voy. Delangle, I, 263. Enfin l'argument *a contrario* que fournissent les art. 529 du Code Napoléon, et 69, n° 6 du Code de procédure, vient encore corroborer notre système. Cpr. à cet égard, notes 16 et 17 *infra*. Voy. en ce sens : Vincens, *Législation commerciale*, I, 97 ; Fremery, *Études de Droit commercial*, p. 30 ; Thiry, *Dissertation, Revue critique*, 1854, V, p. 412. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 975 et 976 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2065 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, p. 464 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2753 ; Toullier, VI, p. 383 ; Delangle, I, 44 et suiv. ; Troplong, I, 58 ; Duvergier, nos 441, 381 et suiv.

¹⁵ Cpr. § 54, texte et notes 12 à 15.

¹⁶ Cela revient à dire, en d'autres termes, que l'art. 529 du Code Napoléon ne s'applique pas aux parts des associés dans les sociétés civiles ordinaires, c'est-à-dire dans les sociétés dont les opérations ne présentent pas le caractère d'actes

pas dans la communauté légale; et d'un autre côté, elle serait comprise dans un legs de tout ou partie des immeubles.

Les associés doivent figurer en nom propre et individuel dans les instances relatives aux affaires sociales. Ils ne seraient pas à considérer comme ayant été dûment représentés par l'associé administrateur, qui aurait seul figuré dans les actes de la procédure ¹⁷.

§ 378.

b) *De la forme et de l'objet du contrat de société.*

Ce contrat peut être conclu verbalement, aussi bien que par écrit; il peut même l'être tacitement ¹. La disposition de l'art. 1834, qui prescrit la rédaction par écrit des contrats de société dont l'objet ² dépasse la somme ou la valeur de cent cinquante

de commerce, et qui d'ailleurs n'ont pas été organisées pour fonctionner sous la forme commerciale. Il ressort du texte même de l'art. 529, qui ne parle pas des sociétés en général, mais seulement *des compagnies* de commerce, de finance, ou d'industrie, et de la discussion au Conseil d'état, que la règle énoncée dans cet article est étrangère aux sociétés civiles ordinaires. Cpr. Locré, *Lég.*, VIII, p. 36 et 37, n° 22.

¹⁷ Arg. *a contrario* art. 69, n° 6 du Code de procédure. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 811. Cpr. aussi: Req. rej., 11 novembre 1829, Sir., 30, 1, 37; Civ. cass., 26 mai 1841, Sir., 41, 1, 483; Crim. cass., 21 juillet 1854, Sir., 54, 1, 489. Le premier de ces arrêts, quoique portant que la société civile constitue, comme la société de commerce, un *être moral*, ne paraît cependant pas avoir pris ces dernières expressions dans leur acception rigoureuse. Autrement il présenterait une palpable contradiction, en ce que, d'une part, il aurait reconnu l'existence d'une personne juridique, et aurait, d'autre part, refusé d'admettre que cette personne pût être valablement représentée en justice par son administrateur.

¹ Ainsi, lorsque plusieurs personnes achètent ou louent ensemble une chose, dans la vue de l'employer à un intérêt commun et de partager les bénéfices qu'elles en retireront, elles contractent tacitement une société. L. 4, D. *pro soc.* (17, 2). L. 2, C. *eod. tit.* (4, 37). Delvincourt, III, p. 219. — Le Code Napoléon ne reconnaît plus les communautés universelles tacites (*sociétés taisibles*), qui, dans plusieurs coutumes, se formaient, de plein droit, entre certaines personnes, par suite de la vie à *pot commun*, pendant l'an et jour. Merlin, *Rép.*, v° Communauté tacite. Duranton, XVII, 349, Cpr. Rennes, 19 décembre 1833, et Paris, 19 août 1851, Sir., 52, 2, 209.

² On doit entendre par les termes *objet de la société*, la valeur de toutes les mises réunies, et par conséquent rejeter ou admettre la preuve testimoniale d'une société conclue verbalement, selon que cette valeur dépasse ou qu'elle ne dépasse pas cent cinquante francs. Quant aux bénéfices et aux pertes, chaque associé est admis, quelle qu'en soit l'importance, à les prouver par témoins, dès que l'existence de la société elle-même est légalement constatée. Troplong, I, 202. Turin,

francs, doit être considérée comme un simple développement de l'art. 1341, et comme ayant pour but, non de soumettre à la rédaction d'un acte instrumentaire la validité des contrats de société, mais seulement d'en proscrire la preuve testimoniale en dehors des cas d'exception établis par les art. 1347 et 1348, n° 4³.

Les choses qui ne sont pas susceptibles d'être vendues ou louées, ni, par suite, d'être mises en commun, telles, par exemple, qu'un office ministériel⁴, ne peuvent pas former l'objet d'un contrat de société. Une société contractée pour l'exploitation d'un pareil office serait à considérer comme non avenue. Toutefois, si le contrat avait été exécuté, les intérêts des parties devraient être liquidés, en profits ou en pertes, d'après les conventions arrêtées entre elles⁵.

24 mars 1807, Sir., 7, 2, 644. MM. Delvincourt (sur l'art. 1834) et Duranton (XVII, 343) professent une opinion contraire. Selon ces auteurs, les termes *objet de la société* s'appliqueraient au montant de la demande formée par une personne qui réclame une part, soit dans le fonds commun, soit dans les bénéfices d'une société qu'elle prétend exister. Mais cette interprétation nous paraît aussi contraire au sens naturel des expressions dont s'agit, et à l'ensemble de l'art. 1834, qu'aux principes généraux en matière de preuve testimoniale.

³ Cpr. art. 1866; § 306, note 6. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 336. Duvergier, I, 66. Troplong, I, 200. Delangle, II, 507. Paris, 17 avril 1807, Sir., 7, 2, 1204. Turin, 10 avril 1811, Sir., 13, 2, 352. Bruxelles, 28 juin 1810, Sir., 14, 2, 93. Nancy, 17 janvier 1829, Sir., 29, 2, 124. Civ. rej., 12 décembre 1825, Sir., 26, 1, 284. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33. — Le Code de commerce exige l'écriture comme une condition de la validité, à l'égard des associés entre eux, de toute société commerciale proprement dite. Code de commerce, art. 39 et 41 cbn. art. 42. Mais la nullité résultant de l'inobservation de cette condition ne peut être opposée aux tiers, qui sont même autorisés à prouver par témoins l'existence d'une société commerciale proprement dite. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1007 et suiv. Rouen, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 33. Req. rej., 29 novembre 1812, Sir., 16, 1, 171.—Voy. en ce qui concerne les associations commerciales en participation : Code de commerce, art. 47 et 49.

⁴ Cpr. § 344, texte et note 8.

⁵ Si l'exploitation en commun d'un office ministériel n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention, en ce sens qu'aucune des parties ne peut être contrainte de demeurer dans la situation créée par cette convention, ce n'est pas à dire pour cela que les stipulations relatives au partage des bénéfices réalisés ou des pertes subies jusqu'au moment où a cessé de fait toute communauté d'intérêts entre les parties, ne doivent recevoir leur exécution, lorsque d'ailleurs elles ne présentent en elles-mêmes rien d'illicite. Civ. rej., 24 août 1841, Sir., 42, 1, 68. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634. Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 21. Cpr. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257. Voy. cep. Troplong, I, 105; Paris, 4 février 1854, Sir., 54, 2, 148.

Une société contractée dans la vue de faire des opérations prohibées par la loi, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, doit également être réputée non avenue. Il en serait ainsi, par exemple, d'une société formée pour l'exercice de la contrebande à l'intérieur⁶, ou pour l'exploitation d'une maison de jeu. En pareil cas, aucun des associés n'a d'action contre les autres, ni pour les faire contribuer aux pertes qu'il aurait éprouvées, ni pour réclamer sa part dans les bénéfices qu'ils auraient réalisés⁷. Mais chacun des associés est autorisé à réclamer la restitution de sa mise, déduction faite des pertes qui peuvent être résultées des opérations sociales⁸.

§ 379.

c) *Des différentes espèces de société.*

Les sociétés sont universelles ou particulières. Art. 1835.

Les sociétés universelles se divisent en sociétés universelles de biens présents, et en sociétés universelles de gains¹. Art. 1836².

⁶ Il n'en serait pas de même d'une société formée pour faire la contrebande en pays étranger. Req. rej., 25 août 1835, Sir., 1835, 1, 673. Voy. en sens contraire : Delangle, I, 104.

⁷ *Nulla doli est communicatio*. Duranton, XVII, 327. Troplong, I, 99 à 102. Duvergier, nos 27 à 30, Delangle, I, 104.

⁸ Duvergier, n° 31. Delangle, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1009 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 65 ; Troplong, I, 105. Ces derniers auteurs font, à notre avis, une fausse application des règles sur la *condictio ob turpem causam*, qui suppose un paiement effectué en retour de la promesse d'un fait illicite, ce qui ne se rencontre pas dans notre espèce. L'associé qui opère le versement de sa mise, n'entend pas en transférer la propriété à l'associé chargé de la recevoir ; son intention est seulement de la mettre en commun, pour qu'elle soit employée à l'usage convenu entre les parties ; et si cet emploi devient impossible en raison du caractère illicite de la société, la mise demeure sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue, et se trouve par conséquent soumise à répétition, *condictione sine causa*. Cpr. L. 5, *præ.* et § 1, D, *de cond. sine causa* (12, 7).

¹ Ces dénominations, employées par la loi, ne sont pas tout à fait exactes, puisque d'une part, la société universelle de biens présents peut, à l'exception des biens à échoir par donation ou succession, comprendre toutes autres espèces de biens à venir, que les parties voudraient y faire entrer, et que d'autre part, la société universelle de gains comprend, de plein droit, les biens meubles que les associés possédaient au moment de la formation du contrat. Cpr. art. 1837 et 1838.

² Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas cru devoir admettre la société

La société universelle de biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun la totalité des biens, tant meubles qu'immeubles, qu'elles possèdent au moment du contrat, avec les profits qu'elles en recueilleront. Les parties peuvent aussi y comprendre leur industrie, ainsi que toute espèce de biens à venir. Toutefois, elles ne peuvent y faire entrer les biens, meubles ou immeubles, qui leur adviendront par succession ou par donation, que pour l'usage et la jouissance, et non pour la propriété. Art. 1837. Cpr. art. 1526. La clause par laquelle les parties déclareraient comprendre dans une société universelle de biens, la propriété de ceux qui leur adviendront par succession ou par donation, serait nulle, et entraînerait la nullité du contrat tout entier³.

La société universelle de gains est celle par laquelle les parties mettent en commun d'une part, tout ce qu'elles acquerront durant la société par leur industrie⁴, d'autre part, la propriété de tous les biens meubles et la jouissance de tous les immeubles qu'elles possèdent au moment de la formation du contrat. Art. 1838.

Lorsque les parties ont simplement stipulé une société universelle, sans s'expliquer sur ce qu'elle comprendrait, elles sont censées n'avoir voulu établir qu'une société de gains. Art. 1839.

Les dettes des associés existant au jour du contrat, ainsi que les charges dont leurs biens sont grevés, entrent dans la société

universelle de tous biens présents et à venir, reconnue par l'ancien Droit, et qui, sauf stipulation contraire, comprenait même les biens devant échoir aux associés par donation ou par succession. Ils ont pensé que, dans une pareille société, les mises seraient trop incertaines pour que les parties pussent contracter en connaissance de cause, et qu'une convention de cette nature offrirait un moyen trop facile d'é luder les dispositions de la loi sur les donations, et notamment la prohibition de donner des biens à venir. *Discussion au Conseil d'état* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 492 et suiv., nos 10 et 11). *Exposé de motifs*, par Treilhارد, et *Rapport au Tribunat*, par Boutteville (Locré, *Lég.*, XIV, p. 520, n° 7, p. 532, n° 6).

³ Cpr. § 377, texte et note 9. Troplong, I, 276. Duvergier, I, 403. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 350 ; Zachariæ, § 379, note 3.

⁴ Cette société ne comprend donc point, de sa nature, toute espèce de gains : ce qui advient aux parties, par exemple, par don de fortune, n'y entre pas. Cpr. L. 52, § 16, LL. 53 et 54, D. *pro soc.* (17, 2). Mais il n'est pas douteux que les parties ne puissent, par une clause spéciale, faire entrer dans une société universelle de gains, toute sorte de gains indistinctement. L'art. 1838 n'a d'autre but que de poser une règle d'interprétation, qui n'est plus applicable lorsque les parties ont elles-mêmes indiqué les objets qui doivent entrer dans la société.

universelle de biens présents, sans distinction de leur origine et de leur nature. Au contraire, les dettes mobilières et les intérêts des dettes immobilières⁵ entrent seuls dans la société universelle de gains.

Une société universelle, soit de biens présents, soit de gains, ne peut être valablement établie qu'entre personnes respectivement capables de se donner l'une à l'autre, et de recevoir l'une de l'autre⁶. Les sociétés universelles contractées par des personnes qui meurent en délaissant des héritiers à réserve, ne sont point, à raison de cette circonstance, frappées de nullité. Mais l'avantage qui pourra en résulter pour leurs associés sera réductible à la quotité disponible. Art. 1840⁷.

La société particulière est celle par laquelle plusieurs personnes mettent en commun la propriété, la jouissance ou l'usage d'objets individuellement désignés, ou par laquelle elles se réunissent, soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque industrie ou de quelque profession. Art. 1841 et 1842.

⁵ Voy. sur le sens des expressions *dettes mobilières ou immobilières* : § 508, n° 1.

⁶ Ainsi, serait nulle la société universelle contractée entre un médecin et son malade, entre un père et son enfant adultérin. Cpr. art. 908 et 909. M. Duranton (XVII, 376) considérerait également comme nulle, avant l'abolition de la mort civile, toute société universelle contractée avec un mort civilement ; mais cette opinion est sujette à difficulté. L'art. 1840 n'exige pas, comme condition de la validité d'une pareille société, la capacité absolue, pour chacune des parties, de donner et de recevoir à titre gratuit. Il ne défend cette sorte de convention qu'aux personnes entre lesquelles il existe une incapacité relative de se donner, ou de recevoir l'une de l'autre. Il semble donc qu'une société universelle contractée avec un mort civilement ne puisse être attaquée que comme ayant été faite dans le but de déguiser une donation, et à charge de prouver la simulation.

⁷ Les termes de l'art. 1840, *et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*, présentent quelque obscurité. Delvincourt (III, p. 220) en a inféré que les rédacteurs du Code Napoléon avaient eu la pensée de prohiber les sociétés universelles entre toutes personnes qui ne jouiraient pas, l'une à l'égard de l'autre, de la faculté illimitée de disposer à titre gratuit. Voy. dans le même sens : Duvergier, n° 419. Mais la disposition de l'art. 1840 ainsi entendue ne se justifierait par aucun motif plausible, et ce n'est point ainsi qu'elle a été expliquée dans la discussion au Conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 497, n°s 11 et 12. Enfin, les art. 1526 et 1527, al. 3 confirment encore l'interprétation que nous avons donnée de cet article. Duranton, XVII, 384. Trop-Long, I, 305 et suiv.

§ 380.

d) *Des obligations des associés entre eux.*

1° Chaque associé est tenu d'effectuer sa mise au temps convenu. Art. 1845, al. 1. L'associé qui ne satisfait pas à cette obligation au terme fixé pour son exécution est de plein droit constitué en demeure, et doit, à partir de cette époque, faire état à ses associés des fruits ou revenus des objets composant sa mise, des intérêts des sommes qu'il avait à verser, et des profits par lui retirés de l'industrie qu'il devait exercer pour le compte commun. Il est, en outre, dans toutes ces hypothèses, passible de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1846, al. 1 et 3¹. Art. 1847. Arg. de cet article et de l'art. 1614.

Lorsqu'il s'agit d'une société particulière, et que la mise d'un associé consiste en un ou plusieurs objets individuellement déterminés, apportés soit pour la propriété, soit pour la jouissance, cet associé est garant envers la société de l'éviction qu'elle peut éprouver. Cette garantie est, suivant les circonstances, régie par des principes analogues à ceux qui règlent la garantie du vendeur envers l'acheteur, ou du bailleur envers le preneur. Art. 1845 et arg. de cet article.

2° Chaque associé répond des dommages qu'il a causés par sa faute², sans pouvoir compenser ces dommages avec les profits que sa diligence aurait procurés dans d'autres affaires. Art. 1850.

3° Chaque associé est tenu de veiller et de pourvoir aux intérêts sociaux, comme aux siens propres.

Il résulte de ce principe, que l'associé doit faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu d'une personne dont il était créancier pour une somme non encore exigible, lorsque cette

¹ Cpr. L. 38, § 9, *D. de usur.* (22, 1); L. 60, § 1, *D. pro soc.* (17, 2). L'art. 1846 consacre, en matière de société, une double dérogation aux principes généraux sur la mise en demeure et sur l'étendue des dommages-intérêts. La première consiste en ce que l'associé est constitué en demeure par la seule échéance du terme fixé pour la réalisation de sa mise. Cpr. art. 1146, 1139, 1153; et § 308, note 44. La seconde résulte de ce que l'associé qui est en retard de verser la somme faisant l'objet de sa mise peut être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal de cette somme. Cpr. art. 1153; et § 308, note 40. Ces dérogations se justifient parfaitement par la nature spéciale du contrat de société. Cpr. Duranton, XVII, 398 et suiv.

² Cpr. sur l'étendue de cette responsabilité: § 308, note 20.

personne se trouvait en même temps débitrice de la société pour une somme déjà exigible³.

Il en résulte encore que, quand la créance de la société et celle de l'associé sont également exigibles, ce dernier est obligé de faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu du débiteur commun, dans la proportion du montant des deux créances. L'obligation à laquelle l'associé est soumis à cet égard existe lors même que le paiement a été exclusivement imputé sur sa créance personnelle, et que la quittance par lui délivrée porte que c'est le débiteur qui a exigé cette imputation⁴. Art. 1848. Toutefois, si le débiteur avait eu un intérêt légitime à diriger l'imputation sur la créance de l'associé, qui était soit productive d'intérêts, soit garantie par une hypothèque, un cautionnement, ou la contrainte par corps, tandis que la créance de la société ne se trouvait dans aucune de ces conditions, cet associé ne serait pas tenu de faire état à ses coassociés du paiement par lui reçu⁵. Du reste, l'imputation qui aurait été faite en totalité sur la créance de la société lierait l'associé qui a reçu le paiement; il ne pourrait, par conséquent, retenir aucune partie des fonds par lui touchés. Art. 1848.

Il résulte enfin du principe ci-dessus posé que l'associé qui a reçu sa part entière dans une créance sociale est tenu, lorsque le débiteur devient insolvable par la suite, de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, quoiqu'il ait spécialement donné quittance pour sa part. Art. 1849.

4° Chaque associé est, à moins de convention contraire⁶, tenu de contribuer aux pertes dans la proportion de la part qu'il prendrait aux bénéfices, s'il y en avait. Art. 1853 et arg. de cet article⁷.

³ Arg. *a fortiori* art. 1848. Voy. aussi art. 1256. Duranton, XVII, 401.

⁴ L'art. 1848 n'a pas pour objet de déroger à l'art. 1253. L'imputation indiquée ou acceptée par le débiteur produira son effet, en ce sens que celui-ci sera libéré de la dette sur laquelle le paiement aura été imputé. Aussi les termes de l'art. 1848 : *l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur devra se faire, etc.*, ne nous paraissent-ils pas rendre d'une manière exacte la pensée du législateur. Cpr. Duranton, XVII, 401.

⁵ Arg. art. 1256. Duvergier, n° 336. Troplong, II, 559. Cpr. Delvincourt, III, p. 231. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

⁶ Cpr. § 377, texte *in fine* et notes 10 à 13.

⁷ § 3, *Inst. de societ.* (3, 25). Duranton, XVII, 416. Duvergier, n° 240. Amiens, 27 mai 1840, Sir., 42, 2, 113.

§ 381.

e) *Des droits des associés les uns envers les autres.*

1° Chaque associé a le droit de réclamer sa part dans les bénéfices.

Lorsque les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées par le contrat de société ou par une convention postérieure, elles se règlent en proportion des mises de chaque associé. Art. 1853, al. 1. Si la valeur des biens formant la mise de l'un des associés n'a point été fixée par les parties, il appartient au juge de l'apprécier. Quant à la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, elle est, à défaut de fixation conventionnelle, censée équivaloir à celle de l'associé dont l'apport est le moindre. Art. 1853, al. 2. L'associé qui, outre son industrie, a apporté de l'argent ou d'autres biens, est à considérer comme ayant fait une double mise, de sorte qu'il faut, pour fixer le montant total de son apport, ajouter à la valeur des biens qu'il a mis en commun une somme égale à la mise de l'associé qui a le moins apporté.

Du reste, les associés peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour la fixation des parts¹. Le règlement fait par l'arbitre ainsi choisi ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité². Nulle réclamation n'est même recevable sous ce prétexte, si le règlement a reçu un commencement d'exécution de la part de l'associé qui se prétend lésé, ou s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis qu'il en a eu connaissance. Art. 1854.

2° Tout associé a droit de répéter, avec intérêts à dater du jour des paiements³, toutes les sommes qu'il a déboursées pour le compte social, et de se faire indemniser des engagements qu'il a contractés dans l'intérêt commun⁴, ainsi que des pertes qu'il

¹ Cpr. LL. 6, 76, 79, D. *pro soc.* (47, 2).

² Il n'est pas nécessaire, pour que le règlement doive être considéré comme contraire à l'équité, qu'il présente une lésion d'outre moitié. Cpr. art. 4674, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 92, n° 8. Voy. en sens contraire: Maleville, sur l'art. 1854.

³ Arg. art. 1859, n° 4 cbn. 2001. L. 67, D. *pro soc.* (47, 2). Delvincourt, sur l'art. 1852. Duranton, XVII, 444. Cpr. Civ. cass., 24 juin 1849, Sir., 49, 4, 444.

⁴ Un associé n'a cependant droit à une indemnité à raison des dépenses qu'il a faites et des engagements qu'il a contractés, qu'autant qu'il a agi de bonne foi. Quoique l'art. 1852 n'exige formellement cette condition qu'à l'égard des enga-

a éprouvées par suite de risques inséparables de sa gestion⁵.
Art. 1852.

Les droits indiqués sous les nos 1 et 2 ci-dessus s'exercent contre chacun des associés dans la proportion de sa part aux bénéfices ou aux pertes⁶. Si l'un ou l'autre des associés est insolvable, la part dont il se trouve tenu doit être contributoirement répartie entre tous les associés solvables et celui qui les poursuit⁷.

3° Chaque associé peut, sans le consentement des autres, former, relativement à sa part, une société avec une tierce personne; mais il ne peut pas, sans ce consentement, associer un tiers à la société⁸, lors même qu'il en aurait l'administration. L'assentiment de la majorité ne ferait pas à cet égard loi pour la minorité⁹. Art. 1681.

§ 381 bis.

f) *Des droits des associés et de leurs créanciers personnels sur le fonds commun.*

Le droit de copropriété compétant à chacun des associés est restreint, non-seulement par le droit de copropriété dont jouissent ses coassociés¹, mais encore par la destination à laquelle les objets communs sont affectés d'après le but de la société, ainsi que par la règle qui défend à l'un des associés de faire entrer un tiers dans la société sans le consentement des autres.

Il résulte de là que, bien que chaque associé ait le droit de disposer de sa part indivise, soit dans le fonds commun tout entier, soit dans quelques-uns des objets qui en dépendent, le tiers au profit duquel une pareille disposition aurait eu lieu ne pour-

gements pris dans l'intérêt commun, il n'est pas douteux qu'elle ne soit également nécessaire pour les dépenses dont un associé réclame la bonification.

⁵ Cpr. L. 52, § 4, L. 60, § 4, et L. 64, D. *pro soc.* (17, 2). Duranton, XVII, 443.

⁶ C'est ainsi qu'il faut entendre les termes *un associé a action contre la société*, dont se sert l'art. 1852, car les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales. Cpr. § 377, texte et note 14; L. 67, D. *pro soc.* (17, 2); Pothier, n° 432.

⁷ Pothier, *loc. cit.*

⁸ Cpr. sur les différences qui existent entre l'hypothèse où un tiers a été associé à la société du consentement de tous les associés, et celle où il a été simplement associé à la part de l'un d'eux : LL. 49-23, D. *pro soc.* (17, 2); Duranton, XVII, 444.

⁹ Besançon, 28 décembre 1842 et 23 avril 1845, Sir., 46, 2, 655.

¹ Cpr. à cet égard, § 197.

rait cependant, ni s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer, avant la dissolution de la société, le partage du fonds commun.

Il en résulte encore que, si les créanciers personnels de l'un des associés sont autorisés à se faire judiciairement subroger aux droits de leur débiteur sur les objets dépendant du fonds commun, ils sont cependant, en ce qui concerne l'exercice de ces droits, soumis aux restrictions indiquées au précédent alinéa. Si leur débiteur se trouvait en déconfiture, ils pourraient, en se prévalant de la dissolution de la société opérée par cet événement, demander la liquidation et le partage du fonds commun².

Du reste, les créanciers personnels de l'un des associés ne peuvent saisir sa part indivise dans les immeubles faisant partie du fonds commun avant le partage de ces immeubles, et ils ne seraient pas admis, même après la dissolution de la société, à provoquer, par l'action *communi dividundo*, le partage isolé de ceux des objets dépendant de ce fonds, sur lesquels ils entendraient exercer leurs poursuites. L'acquéreur de la part indivise de l'un des associés dans un ou plusieurs objets déterminés faisant partie du fonds commun, ne pourrait pas davantage demander le partage isolé de ces objets. La seule action que les créanciers ou ayants cause de l'un des associés puissent intenter, soit en leur propre nom, soit du chef de ce dernier, est celle en partage du fonds commun comme tel, ou, en d'autres termes, l'action en liquidation de la société³.

Chaque associé a le droit de se servir, pour son usage personnel, des choses qui font partie du fonds social, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance seulement⁴, pourvu qu'il ne les détourne pas de la destination à laquelle ils sont affectés d'après le but de la société, et qu'il n'empêche pas ses coassociés d'en user également suivant leur droit. Art. 1859, n° 2. L'associé qui se servirait des choses communes contrairement à

² § 8, *Inst. de societ.* (3. 25). Art. 1865. Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 445. Delangle, II, 659 à 664. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, II, 1065 et 1066 ; Troplong, II, 906 et 907. L'opinion de ces derniers auteurs est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre de l'art. 1865, qui dit « que la société *fin*it par la déconfiture de l'un des associés » Cpr. Paris, 3 juin 1825, Dalloz, 1826, 2, 418.

³ Cpr. art. 2205 ; § 584, texte n° 2, notes 13 à 18.

⁴ Ainsi, par exemple, un associé a le droit d'occuper une maison d'habitation appartenant à la société. Duranton, XVII, 444.

leur destination ou aux droits de ses coassociés pourrait, selon les circonstances, être condamné à des dommages-intérêts envers ces derniers. Celui qui puiserait dans la caisse sociale⁵ une somme d'argent pour l'employer à son usage personnel⁶ en devrait même, de plein droit, les intérêts légaux, à compter du jour où il l'en aurait tirée, sans préjudice à de plus amples dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Art. 1846, al. 2 et 3⁷.

§ 382.

g) *De l'administration des affaires sociales.*

Les droits des associés, en ce qui concerne l'administration des affaires sociales, varient suivant qu'il existe un mandat exprès confié, pour cette administration, soit à un seul, soit à plusieurs des associés, ou qu'il n'existe pas de mandat de cette nature.

Dans la première hypothèse, le droit de gérer les affaires sociales n'appartient qu'aux associés administrateurs, tant que dure le mandat qui leur a été conféré.

Si ce mandat a été donné par une clause du contrat de société, il ne peut, à la différence d'un mandat ordinaire, être révoqué, sans cause légitime, pendant le temps pour lequel la société a été contractée. Et l'associé qui l'a reçu peut, malgré l'opposition des autres associés, faire tous les actes qui rentrent dans l'administration du fonds commun, pourvu d'ailleurs qu'il agisse sans fraude.

Si, au contraire, le pouvoir d'administrer a été donné par une convention postérieure au contrat de société, ce pouvoir est révocable comme un mandat ordinaire, sans que cependant l'un des associés puisse le révoquer individuellement et contre le gré de la majorité¹. D'un autre côté, chaque associé conserve, sous la réserve des droits de la majorité, la faculté de s'opposer aux actes que l'administrateur se proposerait de faire. Art. 1856, al. 2, et arg. *a contrario* al. 1^{er}.

⁵ La Cour de Grenoble (4 mars 1826, Sir., 27, 2, 15) a étendu la disposition de l'art. 1846 aux loyers ou fermages dont l'un des associés serait débiteur envers la société.

⁶ Un associé qui ne peut rendre compte de l'emploi d'une somme qu'il a tirée de la caisse sociale doit par cela même être considéré comme l'ayant employée à son usage personnel. Civ. rej., 23 mars 1843, Sir., 43, 1, 386.

⁷ Cpr. sur cet article : § 380, note 1.

¹ Duvergier, n° 293. Delangle, I, 174. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 434 ; Troplong, II, 680.

L'étendue des pouvoirs de l'associé administrateur et la nature des actes qu'il est autorisé à faire se déterminent, à défaut de stipulation expresse dans la procuration qui lui a été donnée, d'après l'objet de la société et le but dans lequel elle a été contractée².

Lorsque plusieurs associés ont été chargés de l'administration des affaires communes, sans que leurs fonctions aient été déterminées (*non divisis officiis*), ils sont autorisés à faire, chacun séparément, tous les actes de cette administration, à moins qu'il n'ait été stipulé que l'un des administrateurs ne pourrait agir sans le concours des autres. Dans ce cas, aucun des administrateurs ne peut agir seul et en l'absence des autres, lors même que ceux-ci seraient dans l'impossibilité actuelle de concourir à l'administration³. Art. 1857 et 1858. Le refus mal fondé de la part de l'un des administrateurs de concourir à un acte d'administration peut constituer une faute, qui, selon les circonstances, le rendra passible de dommages-intérêts⁴.

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe pas de convention sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Art. 1859, al. 1.

Un associé ne peut cependant, en vertu de ce pouvoir présumé, et quel que soit d'ailleurs le but de la société, aliéner ni engager, sans le consentement des autres sociétaires, les objets même mobiliers dépendant du fonds commun⁵. Il ne peut pas davan-

² Ainsi, par exemple, l'associé gérant aura le pouvoir de vendre les objets mobiliers qui font partie du fonds social, si, d'après le but de la société, ils ont été destinés à être vendus. Il en sera autrement, si ces objets ont été mis en commun pour être loués ou employés à un autre usage. Ce serait à tort que l'on voudrait tirer de l'art. 1860 un argument *a contrario*, pour soutenir que l'associé chargé d'administrer peut, dans tous les cas, aliéner les meubles communs. Cpr. Duranton, XVII, 435.

³ Toutefois, s'il y avait urgence ou péril en la demeure, l'absence ou la maladie de l'un des associés chargés d'administrer n'empêcherait pas les autres de faire valablement les actes que nécessiteraient les circonstances. La clause dont s'occupe l'art. 1858 doit être appliquée *civilter*, c'est-à-dire, sauf modification dans les cas extraordinaires. Maleville, sur l'art. 1858. Duranton, XVII, 438.

⁴ L'étendue de la responsabilité se détermine, en pareil cas, d'après le principe posé par l'art. 1992, et d'après les règles développées au § 413. Voy. cep. note 9 *infra*. Cpr. § 380, texte, n° 2 ; § 308, note 20.

⁵ L'associé chargé de l'administration par un mandat exprès ne peut aliéner les objets mobiliers qui font partie du fonds commun, qu'autant que cette aliénation est conforme au but de la société. Cpr. note 2 *supra*. En accordant à l'asso-

lage faire, sans ce consentement, d'innovations sur les immeubles sociaux, ni modifier l'objet de la société, quelque utilité qui doive, selon lui, résulter de ces changements ⁶. Art. 1859, n° 4, et 1860.

D'un autre côté, chaque associé a la faculté de s'opposer aux opérations que ses associés auraient l'intention de faire et d'en empêcher ainsi la consommation ⁷. Art. 1859, al. 1^{er}. Cependant, ce droit d'opposition est soumis au contrôle de la majorité, dont les résolutions lient la minorité, quand il ne s'agit que de la gestion des affaires sociales ⁸. Une opposition évidemment mal fondée pourrait d'ailleurs, si elle avait empêché la conclusion d'une affaire avantageuse à la société, motiver une demande en dommages-intérêts contre l'associé opposant ⁹. Que s'il y avait, de la part de l'un des associés, persistance à entraver, par une opposition systématique, la gestion des affaires sociales, les autres seraient autorisés à demander contre lui la dissolution de la société. Arg. art. 1871.

Enfin, chaque associé peut contraindre les autres à contribuer, dans la proportion de leurs mises, aux dépenses nécessaires pour la conservation des objets communs. Art. 1859, al. 3.

Du reste, le mandat exprès ou tacite donné pour l'administration des affaires sociales cesse de plein droit par la dissolution de la société ¹⁰.

§ 383.

h) *Des obligations des associés à l'égard des tiers.*

Les associés sont à considérer, quant à leurs engagements en-

cié qui n'agirait qu'en vertu d'un mandat présumé le pouvoir d'aliéner, sous la même restriction, des objets de cette nature, on ferait disparaître l'opposition que l'art. 1860 a voulu établir.

⁶ Cpr. Toulouse, 30 mai 1828, Sir., 28, 2, 274; Civ. cass., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 424; Orléans, 20 juillet 1853, Sir. 53, 2, 485.

⁷ *In pari causa, melior est conditio prohibentis.*

⁸ Quand la majorité s'est prononcée, la maxime citée à la note précédente ne peut plus être invoquée par les associés opposants. Troplong, II, 721. Delangle, I, 129 à 132. Cpr. civ. cass., 10 mars 1844, Sir., 41, 1, 357.

⁹ Arg. art. 1850 et 1992. Il semble cependant que la responsabilité de l'associé opposant doive, dans ce cas, être appréciée moins sévèrement que celle de l'administrateur qui, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1858, aurait, par son refus injuste de concourir à un acte d'administration, causé quelque préjudice à ses associés. Cpr. texte et note 4 *supra*; Durantou, XVII, 439 et 440.

¹⁰ Civ. cass., 4 février 1852, Sir., 52, 1, 245.

vers les tiers, comme s'il n'existait entre eux aucun lien de société¹. Leur qualité d'associés ne peut, ni leur être opposée par les tiers, ni être invoquée par eux contre les tiers. Art. 1165. De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les engagements pris par l'un des associés, en son nom personnel, ne donnent aux tiers qui ont traité avec lui aucune action directe contre les autres associés, encore que le résultat de ces engagements ait tourné à leur profit².

2° Un associé ne peut, même en déclarant contracter pour le compte de la société, engager ses associés envers les tiers, si ce n'est en vertu et dans les limites du pouvoir exprès ou présumé qu'il a reçu ou qu'il est censé avoir reçu à cet effet. Art. 1862.

3° A moins de stipulations contraires, les engagements contractés par tous les associés ensemble, ou par l'un d'eux en vertu d'un pouvoir suffisant, lient chacun des associés pour une portion virile, et ne les lient que dans cette proportion³, encore que leurs parts dans la société soient inégales⁴. Art. 1863, et arg. de cet article.

¹ Ce principe reçoit exception dans les sociétés universelles, en ce qui concerne les dettes qui tombent dans la société. Cpr. § 379.

² Les règles sur la *versio in rem* sont étrangères à cette hypothèse, où le tiers a suivi la foi de l'associé avec lequel il a traité, et contre lequel il jouit d'une action juridiquement efficace : c'est évidemment dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 1864. Nous ajouterons que, si l'associé a versé dans le fonds commun ou employé à des opérations sociales les valeurs qu'il a reçues du tiers créancier, ce sera toujours dans l'alternative suivante : ou bien il n'aura fait que remplir une obligation à laquelle il était soumis envers ses associés, et alors on ne peut pas dire qu'il y ait eu *versio in rem*. Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 854. Ou bien, l'emploi de ces valeurs l'aura constitué créancier de ses associés, et dans ce cas le tiers jouira contre ces derniers de l'action indirecte ouverte par l'art. 1166, action dont l'effet restera cependant subordonné aux résultats de la liquidation de la société. Delvincourt, III, part. II, p. 225. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 250 et suiv. Troplong, II, 775 et suiv. Delangle, I, 233. Civ. cass., 12 mars 1850, Sir., 50, 1, 257. Civ. cass., 16 février 1853, Sir., 53, 1, 209. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Société, § 2 ; Duranton, XVII, 449 ; Zachariæ, § 383 texte et note 6 ; Duvergier, n° 404.

³ Si cependant l'obligation était indivisible, chacun des associés pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette. Cpr. sur le principe énoncé dans le texte et sur cette exception : § 298, texte n° 1 ; § 301. — Voy. aussi Code de commerce, art. 22.

⁴ MM. Delvincourt (sur l'art. 1863) et Dalloz (*Jur. gén.*, v° Société, p. 96, n° 4) pensent que le créancier pourrait, s'il le jugeait convenable, poursuivre chacun des associés au prorata de sa part sociale. Nous ne saurions partager cette opinion, qui est en opposition avec le principe général posé en tête du paragraphe,

4° Les créanciers des associés obligés en cette qualité, ne peuvent, comme tels, réclamer aucune préférence sur les objets composant le fonds commun, au préjudice des créanciers personnels de l'un des associés⁵.

et suivant laquelle le créancier jouirait, en cas d'insolvabilité de l'un des associés, d'une faveur qu'il serait difficile de justifier.

⁵ Nous n'entendons parler ici, ni des sociétés commerciales proprement dites, ni même des sociétés civiles exceptionnellement revêtues du caractère de personnes juridiques. Comme dans de pareilles sociétés la propriété du fonds commun repose sur la tête de l'être moral de la société, il est bien évident que les créanciers sociaux ont, jusqu'à parfaite satisfaction, un droit exclusif de gage sur tout ce qui compose le patrimoine de cet être moral, leur débiteur. Mais, à moins d'admettre que les sociétés civiles ordinaires constituent également des personnes juridiques, on est forcé de reconnaître, en vertu de l'art. 2093, que les créanciers des associés, comme tels, n'ont aucun droit de préférence sur leurs créanciers personnels. Chaque associé étant, même durant la société, copropriétaire actuel du fonds social, sa part dans ce fonds forme le gage commun de tous ses créanciers sans distinction, puisque aucun texte de loi n'autorise à accorder de privilège à ceux envers lesquels il se trouve obligé en sa qualité d'associé. Dans le système contraire, on arriverait à établir une véritable séparation de patrimoines, alors que cependant il n'existe pas de patrimoine social distinct des patrimoines des divers associés. En vain objecte-t-on que les créanciers personnels de chaque associé ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur, et que ce dernier lui-même n'a rien à prétendre dans l'actif social, tant que le passif n'est pas entièrement couvert : ce n'est là qu'une pétition de principe. Il est vrai que l'associé, débiteur de ses coassociés, est tenu de précompter sur sa part dans l'actif le montant des sommes dues à ces derniers, et qu'il ne peut rien retirer de cet actif tant qu'il n'est pas libéré envers eux ; mais ce principe, uniquement relatif aux dettes des associés les uns envers les autres, est complètement étranger au passif dont les associés sont tenus vis-à-vis des tiers. La distinction qu'il convient de faire à cet égard est admise sans difficulté en matière de succession. En effet, si les créanciers personnels de l'un des héritiers soumis envers ses cohéritiers à une obligation de rapport sont de plein droit primés par ces derniers sur les biens de la succession, ils n'en concourent pas moins sur ces mêmes biens avec les créanciers héréditaires ; et ce n'est que par une demande en séparation de patrimoines que ces derniers peuvent empêcher ce résultat. Or, comme une pareille séparation ne se comprend pas en matière de société, la règle posée par l'art. 2093 n'est sous ce rapport susceptible d'aucune modification. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 6 et 7. Frémery, *Etudes de Droit commercial*, p. 32. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 457 ; Duvergier, n° 405 ; Troplong, II, 865. Les deux premiers de ces auteurs fondent exclusivement leur manière de voir sur cette idée que les sociétés même purement civiles constituent des personnes morales, nous nous bornerons à renvoyer au § 377 (texte et note 14), où nous croyons avoir suffisamment réfuté cette idée. M. Troplong présente des arguments d'un autre ordre qui se résument dans l'objection que nous avons précédemment indiquée et combattue. Nous ajouterons que les textes de Droit romain qui lui servent

Quoique les associés ne soient pas, en règle générale, directement liés par les conventions que l'un d'eux a faites sans mandat de leur part, ils peuvent cependant, pour les engagements contractés au nom de la société, être recherchés par les tiers avec lesquels cet associé a traité, en tant qu'ils ont profité des conventions par lui passées⁶. Art. 1864. Mais, en pareil cas, les tiers n'ont action contre les autres associés que dans la proportion de leur part dans la société⁷.

§ 384.

i) *Des différentes manières dont finit la société.*

La société finit, de plein droit¹, et par rapport à tous les associés :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Art. 1865, n° 1.

La prorogation conventionnelle d'une société contractée pour un temps limité ne peut être prouvée que par les moyens à l'aide desquels il aurait été permis d'établir l'existence de la société elle-même². Art. 1866.

de point de départ n'ont réellement en vue que la garantie des intérêts respectifs des associés, et sont ainsi étrangers à la question.

⁶ L'action dont s'agit est une véritable action *negotiorum gestorum*, qui compete aux tiers créanciers en leur propre nom. Il en résulte que les associés contre lesquels elle est dirigée ne peuvent opposer en compensation les sommes qui leur seraient dues par celui d'entre eux avec lequel les tiers auraient traité.

⁷ L'action *negotiorum gestorum* n'étant donnée qu'en raison de l'avantage qu'une personne a retiré de la convention passée en son nom par un tiers dépourvu de mandat, on l'étendrait au delà de ses limites, si les associés non contractants pouvaient être recherchés pour une somme supérieure aux profits qu'ils ont retirés de cette convention. Or, chaque associé ne s'enrichit véritablement, en pareil cas, que dans la proportion de sa part dans la société. Duranton, XVII, 448. Req. rej., 18 mars 1824, Sir., 25, 4, 438.

¹ Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9.

² Tel est le véritable sens de l'art. 1866, dont le but n'est pas d'exiger que la convention de prorogation soit rédigée dans la même forme que le contrat original, mais simplement de proscrire la preuve testimoniale relativement à la prorogation de société, dans le cas où cette preuve n'aurait pas été admissible pour prouver l'existence de la société elle-même. Ainsi, on peut prouver, au moyen d'un acte sous seing privé, et même par l'aveu de la partie, la prorogation d'une société constatée par acte authentique. On peut même prouver par témoins la prorogation d'une société qui a été constatée par écrit, lorsque l'objet n'en dépasse pas la valeur de cent cinquante francs. Delvincourt, sur l'art. 1866. Duranton, XVII, 462. Civ. rej., 11 décembre 1825, Sir., 26, 4, 284. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 4, 33.

2° Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été contractée³. Art. 1865, n° 2.

3° Par la perte totale du fonds commun. Art. 1865, n° 2.

4° Par la perte totale de la chose qu'un des associés a mise en commun pour la jouissance seulement⁴. Art. 1867, al. 2. Cpr. art. 1851.

La perte d'une chose formant, pour la propriété, l'objet de la mise de l'un des associés, entraîne la dissolution de la société, lorsqu'elle arrive avant que les associés en aient acquis la copropriété. Au contraire, la perte qui n'aurait lieu que postérieurement à cette époque serait sans influence sur l'existence de la société⁵. Art. 1867, al. 1. Il en serait cependant autrement, et la

³ Cpr. Duranton, XVII, 464 ; Bruxelles, 13 janvier 1810, Sir., 10, 2, 215.

⁴ La raison en est que l'associé, en s'engageant à mettre en commun la jouissance d'une chose, promet une jouissance qui devra continuer pendant toute la durée de la société, et se trouve, du moment où cette chose vient à périr, dans l'impossibilité de remplir son engagement. Pothier, n° 141. Duranton, XVII, 466 et 467.

⁵ La rédaction équivoque du premier alinéa de l'art. 1867 a donné lieu à des difficultés sur le véritable sens de la disposition qu'il renferme. Il nous paraît certain, d'une part, que les expressions : *avant que la mise en soit effectuée*, ont été employées comme équivalentes des expressions *avant que la propriété en ait été apportée*, et, d'autre part, que le législateur, en se servant de cette dernière locution, n'a pas entendu déroger au principe général de la transmission de la propriété par le seul effet des conventions. Cpr. §§ 180 et 205. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette manière de voir, qu'il résulte des observations du Tribunal (cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 510, n° 10), qui ont amené la rédaction définitive de l'art. 1867, que l'on a simplement voulu indiquer les conséquences qu'entraîne, relativement à la dissolution de la société, la règle *res perit domino*, et non fixer l'époque à laquelle la copropriété de la chose formant la mise de l'un des associés devait être considérée comme acquise aux autres associés. D'après cette interprétation, le premier alinéa de l'art. 1867 ne devient applicable que dans les hypothèses où, par exception, la copropriété n'est pas transmise par le seul effet du contrat de société. C'est ce qui a lieu, par exemple : 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est point encore propriétaire, et qui vient à périr avant que cet associé n'en ait acquis la propriété ; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société ne se réalise que postérieurement à la perte de cette chose ; 3° lorsque la société a été contractée sous une condition, ou avec stipulation qu'elle ne commencerait qu'à une certaine époque, et que la chose promise par l'un des associés a péri avant cette époque ou avant l'accomplissement de la condition. Art. 1482. Cpr. en sens divers sur l'interprétation de l'art. 1867 : Toullier, VII, 458 ; Duranton, XVII, 467 ; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Société, p. 89, n° 2, et p. 97, n° 9 ; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 92 ; Delvincourt, III, p. 233 ; Duvergier, n° 425 et suiv. ; *Dissertation de M. Gougeon, Revue bre-*

société serait dissoute même dans ce dernier cas, si l'associé dont la mise a péri s'était chargé des cas fortuits, ou s'il se trouvait en demeure ⁶.

Lorsque la mise d'un associé comprend plusieurs choses, la perte de quelques-unes d'entre elles n'entraîne pas, de plein droit, la dissolution de la société; mais elle peut, si la valeur des choses qui ont péri est d'une certaine importance en comparaison de la valeur de celles qui restent, motiver, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société ⁷.

5° Par la mort de l'un des associés (art. 1865, n° 3), à moins qu'il n'ait été convenu que la société continuerait, soit avec ses héritiers, soit entre les associés survivants. Au dernier cas, les héritiers de l'associé décédé n'ont droit qu'au partage du fonds commun dans l'état où il se trouvait au décès de leur auteur, et ne participent pas aux bénéfices faits ultérieurement par les associés survivants, à moins que ces bénéfices ne soient une suite nécessaire d'opérations entamées avant la mort de l'associé auquel ils succèdent. Art. 1868.

6° Par l'interdiction légale ou judiciaire ⁸, la déconfiture ou la faillite ⁹ de l'un des associés. Art. 1865, n° 4.

7° Le contrat de société peut aussi se dissoudre du consentement de tous les associés. Il peut même être dissous par la volonté d'un seul d'entre eux, lorsqu'il s'agit d'une société dont la durée n'a pas été fixée par la convention, et ne se trouve pas limitée par la nature même de l'entreprise qui en fait l'objet ¹⁰. Art. 1865, n° 5, et 1844.

tonne, I, p. 54; *Dissertation* de M. Étienne, *Revue étrangère*, VIII, p. 353; Troplong, II, 925 et suiv.

⁶ Arg. art. 1867 cbn 1302. Cpr. art. 1846.

⁷ Arg. art. 1601 et 1722. Cpr. L. 63, § *ult.* *D. pro soc.* (47, 2). Maleville, sur l'art. 1855, n° 2. Toullier, VII, 461. Delvincourt, sur l'art. 1867.

⁸ La nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés n'entraîne pas de plein droit, comme l'interdiction, la dissolution de la société. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 474. — Mais elle peut, suivant les circonstances, autoriser une demande en dissolution. Art. 1874. Delvincourt, sur l'art. 1865, n° 4.

⁹ Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 474. Cpr. § 381 *bis*, texte et note 2.

¹⁰ M. Duranton (XVII, 476) soutient que, suivant l'art. 1865, n° 5, chaque associé a la faculté de demander la dissolution de la société, toutes les fois que le terme n'en a pas été expressément fixé par les parties, et notamment dans l'hypothèse où elle a été contractée, sans fixation de terme, pour une entreprise d'une durée même limitée. Il fonde son opinion sur un rapprochement qu'il établit entre les mots *société à terme*, et les expressions *terme convenu*, dont se sert

Les parties ne peuvent pas, d'une manière absolue, s'interdire la faculté de demander la dissolution de la société contractée pour une durée illimitée ¹¹. Mais il leur est loisible de remplacer cette faculté par un moyen équivalent de sortir d'indivision, par exemple, en stipulant, pour chacun des associés, le droit de céder son intérêt à un tiers, qui entrerait dans la société en son lieu et place ¹².

L'associé qui veut user de la faculté de faire cesser la société doit notifier à tous ses associés ¹³ une renonciation, qui n'est efficace qu'autant qu'elle a lieu de bonne foi, et qu'elle n'est pas faite à contre-temps. La renonciation ne serait pas de bonne foi, si l'associé la faisait dans la vue de s'approprier à lui seul le profit que l'on s'était proposé de réaliser en commun. Elle serait faite à contre-temps, si, les choses n'étant plus entières, il importait aux autres associés que la dissolution de la société fût différée ¹⁴. Art. 1869 et 1870.

8° Quant aux sociétés dont la durée est limitée, soit par une convention expresse, soit à raison de la nature de l'entreprise, les associés ne peuvent individuellement les faire cesser qu'au moyen d'une demande en dissolution, fondée, par exemple, sur ce qu'un ou plusieurs associés auraient manqué à leurs engagements ¹⁵, ou sur ce que des infirmités habituelles les rendraient inhabiles aux affaires de la société ¹⁶. La légitimité et la gravité

l'art. 1871. Mais, en raisonnant ainsi, cet auteur oublie qu'un terme peut être fixé, non-seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite ou présumée, et que, d'après la disposition de l'art. 1844, il en est ainsi, notamment dans l'hypothèse ci-dessus rappelée. D'ailleurs, en opposant les sociétés qui sont censées contractées pour toute la vie des associés à celles qui ont pour objet une affaire d'une durée limitée, l'art. 1844 ne rappelle la faculté mentionnée à l'art. 1869 que relativement aux sociétés de la première espèce, et indique nettement, par cela même, que cette faculté ne s'applique point aux autres.

¹¹ Troplong, II, 973. Delangle, II, 667. Voy. cep. Lyon, 12 août 1828, Sir., 28, 2, 285.

¹² Civ. rej., 6 décembre 1843, Sir., 44, 1, 22. Cpr. Troplong, II, 974.

¹³ Si la renonciation n'était pas notifiée à tous les associés, ceux mêmes auxquels elle aurait été notifiée pourraient la tenir pour non avenue. Mais l'associé qui l'aurait fait signifier ne serait pas admis à la critiquer : il aurait libéré ses associés envers lui, sans se libérer envers eux. Cpr. L. 65, § 3, D. *pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1869. Duranton, XVII, 477.

¹⁴ Cpr. L. 65, §§ 3, 4 et 5, D. *pro soc.* (17, 2).

¹⁵ Cpr. Req. rej., 27 mars 1844, Sir., 45, 1, 212.

¹⁶ On ne peut renoncer d'avance à la faculté de demander la dissolution de la société *ex justa causa*. L. 14, D. *pro soc.* (17, 2).

des motifs allégués à l'appui d'une pareille demande sont abandonnées à l'appréciation du juge. Art. 1871.

§ 385.

k) *Du partage du fonds social après la dissolution de la société.*

Après la dissolution de la société, chaque associé a le droit de demander le partage du fonds social provenant, soit des mises des associés, soit d'acquisitions ou de bénéfices faits en commun.

Pour établir la consistance du fonds social, les associés se rendent réciproquement raison de ce qu'ils peuvent se devoir d'après les règles exposées aux §§ 380 et 381.

D'un autre côté, chaque associé a le droit de reprendre en nature, avant tout partage, les objets qu'il n'avait mis en commun que pour la jouissance. Si ces objets ont péri ou ont été détériorés sans la faute des autres associés, celui qui les a apportés n'a droit à aucune indemnité¹. Art. 1851, al. 1. Il en est cependant autrement, lorsqu'il s'agit, soit de choses dont on ne peut user sans les consommer naturellement ou civilement, soit de choses qui, d'après une convention expresse, ou d'après leur nature et le but de la société, étaient destinées à être vendues². Dans ces deux cas, l'associé a droit au prélèvement de la valeur, au moment de la dissolution de la société, des choses qui ont péri, et à une indemnité à raison des détériorations qu'auraient subies celles qui existent encore. Art. 1851, al. 2. Du reste, les propositions qui précèdent sont étrangères à l'hypothèse où des objets quelconques mis en commun pour la jouissance seulement ont été apportés sur estimation. Dans ce cas, l'associé qui les a

¹ Il en est ainsi, quand même il s'agit de choses qui se détériorent peu à peu par l'usage auquel elles sont destinées. Cpr. art. 589. Voy. aussi la note suivante.

² Il ne faut pas confondre les choses qui se détériorent peu à peu par l'usage, et celles qui se détériorent en les gardant indépendamment de tout usage qu'on en ferait. Ces dernières seules sont aux risques de la société, qui est censée avoir reçu la faculté d'en disposer, quoiqu'elles n'aient été apportées dans la société que pour la jouissance. Ces choses doivent donc être assimilées à celles qui ont été destinées à être vendues en vertu d'une convention expresse. Cette interprétation des termes *choses qui se détériorent en les gardant* est la seule qui s'accorde avec les principes généraux, et qui mette en harmonie les deux premiers alinéas de l'art. 1851. Cpr. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XIV, p. 498, n° 49). Delvincourt, III, p. 228. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XVII, 409.

apportés a toujours droit au prélèvement du prix d'estimation, et ne peut jamais répéter que ce prix. Art. 1851.

La masse commune se partage entre les associés dans la proportion de leurs parts dans les bénéfices.

Les règles prescrites en matière de partage de successions régissent également la forme, la validité et les effets des partages de sociétés³. Art. 1872. Mais la disposition de l'art. 841 sur le retrait successoral, et la pénalité édictée par l'art. 792, ne sauraient être étendues à des partages de la dernière espèce⁴.

b. *Des contrats aléatoires.*

1) *Du jeu et du pari.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1965-1967. Les dispositions de ces articles sont empruntées à l'ancienne jurisprudence, qui était fondée en partie sur le Droit romain et en partie sur différentes ordonnances royales. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité du jeu*. Merlin, *Rép.*, v° Jeu. Troplong, *Des contrats aléatoires*; Paris, 1845, 1 vol. in-8°.

§ 386.

Le contrat de jeu est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent, en se livrant à un jeu, de payer, à celle d'entre elles qui gagnera, une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé:

Le pari est une convention par laquelle deux personnes, qui sont d'un avis contraire sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion sera reconnue fondée recevra de l'autre une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé.

Les marchés à terme d'effets publics ou de marchandises sont à considérer comme des conventions de jeu ou de pari, lorsque, d'après l'intention commune des parties, ils ne doivent pas être suivis de livraison effective, mais se résoudre en un simple paiement de différences sur la hausse ou la baisse du cours de ces objets¹.

³ La rédaction primitive de l'art. 1872 refusait aux associés l'action en rescision pour cause de lésion; mais cette partie de l'article fut retranchée sur les observations du Tribunal. Voy. Loqué, *Lég.*, XIV, p. 511, n° 41. Voy. aussi: *Exposé de motifs*, par M. Treilhard (Loqué, *Lég.*, XIV, p. 527, n° 32).

⁴ Cpr. § 359 *ter*, texte *in fine*, et note 43. Angers, 22 mai 1851, *Sir.*, 51, 2, 599.

¹ Troplong, nos 99 et suiv. Paris, 9 août 1823, *Sir.*, 23, 2, 262. *Civ. rej.*, 4 et

La loi refuse, en général, toute action pour le paiement d'une dette qui a sa cause originaire dans une convention de jeu ou de pari. Art. 1965. Il en résulte qu'une dette de cette nature ne peut, ni être opposée en compensation², ni être convertie, par voie de novation, en une obligation civilement efficace³.

Le souscripteur d'une obligation ayant en réalité pour cause une dette de jeu conserve, malgré l'indication d'une autre cause civilement efficace, l'exception péremptoire résultant de l'art. 1965. Il y a mieux, si une pareille obligation avait été revêtue de la forme d'un effet à ordre le souscripteur condamné à en payer le montant au tiers porteur de bonne foi jouirait d'un recours en répétition contre le bénéficiaire du billet, dont la remise n'équivaudrait pas à paiement, et n'autoriserait pas l'application de l'art. 1967⁴.

Le débiteur d'une dette de jeu, qui a souscrit un acte d'obligation énonçant une cause civilement efficace, est admis à prouver par témoins, et même à l'aide de simples présomptions, la cause réelle de l'obligation⁵.

On ne doit entendre par dettes de jeu ou de pari que celles qui résultent directement d'une convention de jeu ou de pari, et non les engagements qui auraient été contractés pour se procurer les

41 août 1824, Sir., 24, 1, 409 et 414. Bordeaux, 28 août 1826, Sir., 27, 2, 33. Bordeaux, 29 août 1828, Sir., 29, 2, 70. Paris, 26 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Paris, 14 juin 1834, Dalloz, 1834, 2, 228. Paris, 9 juin 1836, Sir., 37, 2, 85. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753. Req. rej., 30 novembre 1842, Sir., 43, 1, 897. Req. rej., 27 janvier 1852, Sir., 54, 1, 140.

² Cpr. § 326, note 44.

³ Si une obligation naturelle peut, en général, être convertie, par voie de novation, en une obligation civile (cpr. § 297, notes 19 à 24 ; § 324, note 44), il ne saurait en être ainsi des dettes de jeu ou de pari, puisque l'esprit et la lettre de l'art. 1965 repoussent toute action en paiement d'un engagement dont la cause se trouverait dans une convention de jeu ou de pari. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 407. Troplong, nos 61 et 196. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Angers, 13 août 1831, Sir., 32, 2, 270. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 438.

⁴ Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 6 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Cpr. Req. rej., 17 juillet 1828, Sir., 29, 1, 74.

⁵ *Exposé de motifs*, par Portalis (Loché, *Lég.*, XV, p. 174). Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 407. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Jeu, p. 597, n° 6. Req. rej., 20 décembre 1814, Sir., 16, 1, 212. Limoges, 2 juin 1817, Sir., 21, 2, 17. Lyon, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 103. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Limoges, 8 janvier 1824, Sir., 24, 2, 228. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Cpr. § 765, texte et notes 26 à 32. Voy. cep. § 359 bis, texte et note 39.

moyens de jouer ou de parier. Ainsi, lorsqu'un tiers qui n'était pas engagé dans la partie a fait une avance à l'un des joueurs, celui-ci peut être contraint à la rembourser, encore qu'il ait perdu la somme par lui empruntée⁶. Mais il n'en est plus de même si, dans une partie liée entre trois ou plusieurs personnes, l'un des joueurs avait fait une avance à l'un des autres⁷.

Celui qui a reçu et exécuté le mandat de payer des sommes perdues par suite d'opérations de jeu est admis à demander au mandant le remboursement des avances par lui faites⁸. Il en serait cependant autrement, si le mandat relatif au règlement des pertes n'avait été que la conséquence d'un mandat de jouer, et que le mandataire eût ainsi servi d'intermédiaire dans les opérations qu'il était chargé de liquider⁹. Du reste, dans ce cas même, les sommes ou valeurs remises au mandataire, avec la destination de les employer au paiement des pertes, ne pourraient être répétées, si elles avaient été absorbées par cet emploi¹⁰.

Par exception au principe général ci-dessus posé, la loi accorde une action pour le paiement des sommes ou objets gagnés à des jeux propres à exercer au fait des armes, ou à développer la force, l'adresse et l'agilité du corps¹¹. Néanmoins, les tribunaux sont autorisés à rejeter de pareilles réclamations, si la somme jouée leur paraît excessive, eu égard à la nature du jeu ou à la condition des parties¹². Art. 1966.

⁶ Troplong, n° 66. Colmar, 20 janvier 1844, Sir., 42, 2, 492.

⁷ *Mutuum factum colludenti non valet*. Troplong, n° 67.

⁸ Pont, *Revue de législation*, 1845, I, p. 535. Ballot, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 809. Troplong, n° 71. — Le tiers qui sans mandat aurait acquitté une dette de jeu ne jouirait pas contre le perdant de l'action *negotiorum gestorum*. Troplong, n° 72. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 4, 753.

⁹ Civ. cass., 25 février 1845, Sir., 45, 4, 464. Bordeaux, 3 février 1848, Sir., 49, 2, 693. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852, Sir., 52, 2, 690. Cpr. Troplong, n° 73 ; Pont, *op. et loc. cit.*

¹⁰ Paris, 28 mars 1832, Sir., 32, 2, 431. Paris, 5 mars 1849, Sir., 50, 2, 661. Paris, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 445.

¹¹ Le billard n'est pas à considérer comme un jeu de cette nature. Duranton, XVIII, 410. Troplong, n° 57. Poitiers, 4 mai 1810, Sir., 10, 2, 367. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Montpellier, 8 juillet 1828, Sir., 29, 2, 406. Angers, 13 août 1834, Sir., 32, 2, 270.

¹² Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de réduire de pareilles réclamations, qu'ils doivent rejeter pour le tout, lorsque la somme engagée n'était pas simplement destinée à stimuler l'émulation des joueurs, et que l'espérance du gain de cette somme formait, dans la réalité, le but final d'un contrat, auquel la loi refuse, en pareil cas, toute espèce de sanction. *Exposé de motifs*, par Portalis,

Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il ne fût dépourvu de la capacité requise pour faire un paiement valable¹³, ou qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol ou supercherie. Art. 1967.

Lorsque les enjeux ont été mis sur table, ou confiés à un tiers, le gain de la partie attribue au gagnant la propriété de l'enjeu du perdant. Le gagnant aurait, pour réclamer cet enjeu, action contre le perdant qui le retirerait après la partie, ou contre le tiers dépositaire qui refuserait de le lui remettre¹⁴.

2) *Du contrat de rente viagère.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1968-1983. Les dispositions de ces articles sont puisées dans l'ancienne jurisprudence. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier. *Des contrats aléatoires*, par Troplong; Paris, 1845; 1 vol. in-8°.

§ 387.

Notion des rentes viagères.

Une rente, en général, est une créance dont le créancier ne peut exiger le remboursement, mais à raison de laquelle il lui est dû des prestations annuelles, en argent ou en denrées. Ces prestations se nomment arrérages. Art. 1909.

Les rentes sont perpétuelles ou viagères, suivant que l'obligation de les servir est d'une durée illimitée, ou qu'elle est restreinte à la vie du créancier ou d'une autre personne. Art. 1910.

et *Rapport au Tribunat* par Siméon (Locré, *Lég.*, XV, p. 174, n° 8, et p. 187, n° 5). Troplong, n° 54.

¹³ Ainsi, le mineur, l'interdit, peuvent répéter les sommes qu'ils ont payées pour dettes de jeu. Duranton, XVIII, 117 et suiv. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 597, n° 5. Il en est de même de la femme mariée qui a payé une dette de jeu sans l'autorisation de son mari. Art. 1238.

¹⁴ En refusant toute action pour dette de jeu, la loi a eu en vue le jeu sur parole, les promesses faites pour cause de jeu. L'enjeu mis sur table ou confié à un tiers doit être considéré comme un paiement anticipé fait sous condition. Le gagnant qui, dans l'hypothèse indiquée au texte, réclame en justice la remise de l'enjeu, n'exerce plus une action pour dette de jeu; il fait valoir un droit de propriété. Duranton, XVIII, 116. Voy. cep. Troplong, nos 201 et 202. — Si l'enjeu mis sur table ou confié à un tiers ne consistait que dans les billets souscrits par les joueurs les uns aux profit des autres, les perdants pourraient se refuser d'acquiescer leurs billets, et en demander la restitution. Angers, 22 février 1809, *Sfr.*, 9, 2, 244.

§ 388.

De la constitution des rentes viagères.

Une rente viagère peut être constituée, soit à titre gratuit par donation entre-vifs ou par testament, soit à titre onéreux. Mais l'acte qui l'établit n'appartient que dans ce dernier cas à la classe des contrats parfaitement synallagmatiques¹.

Lorsqu'une rente viagère est constituée par une disposition à titre gratuit, cette disposition est soumise, à tous égards, aux règles prescrites pour les donations entre-vifs et les actes de dernière volonté. Art. 1969.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, soit contre paiement d'une somme d'argent, soit moyennant la translation de la propriété d'un objet mobilier ou immobilier. Art. 1968. Dans ce dernier cas, le contrat est, sauf les modifications qui résultent de sa nature aléatoire², régi par les principes de la vente.

Si le prix d'une rente viagère est fourni par un tiers, la libéralité que celui-ci exerce par ce moyen envers la personne au profit de laquelle la rente se constitue est régie, quant à sa validité intrinsèque et à ses effets³, par les règles générales sur les dispositions à titre gratuit. Mais l'acte de constitution de rente n'est pas, quant à sa validité extrinsèque⁴, soumis aux formalités requises pour les donations entre-vifs. Art. 1973.

Une rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui

¹ Duranton, XVIII, 422.

² C'est à raison de la nature aléatoire du contrat de rente viagère que l'action en résolution, pour défaut de paiement des arrérages, et l'action en rescision, pour cause de lésion, ne sont pas recevables contre une vente faite moyennant une rente viagère. Art. 1978. Cpr. § 358, notes 7 à 10.

³ Ainsi, elle est nulle, lorsqu'elle est faite au profit d'une personne incapable de recevoir à titre gratuit. Elle est réductible au taux de la quotité disponible, lorsqu'elle est faite par une personne qui laisse des héritiers à réserve.

⁴ Ainsi, elle peut être faite par acte sous seing privé, et elle n'est pas assujettie à une acceptation expresse. Duranton, XVIII, 440. La raison en est que, dans l'hypothèse dont il s'agit, le contrat de constitution de rente est à titre onéreux entre les parties principales, c'est-à-dire, entre le constituant et celui qui fournit le prix de la rente, et que la libéralité faite au profit du tiers auquel la rente doit être servie n'est qu'une stipulation accessoire. Art. 1124. — L'annulation, la révocation, ou la réduction de cette libéralité, n'influerait en aucune manière sur l'efficacité du contrat, qui devrait être exécuté au profit de celui qui a fourni le prix de la rente, ou de ses héritiers.

qui en fournit le prix ou de celui qui en doit jouir, soit sur la tête d'une tierce personne, et même sur celle du débiteur⁵. Art. 1971. Il est aussi permis de l'établir sur plusieurs têtes. Art. 1972.

Une rente viagère peut être créée au profit d'une seule personne ou de plusieurs, soit conjointement, soit successivement⁶.

Le contrat de rente viagère est à considérer comme non venu, lorsque la rente a été constituée sur la tête d'une personne qui n'était plus en vie au jour où il a été conclu. Art. 1974. Il en est de même dans le cas où la rente a été créée sur la tête d'une personne qui était déjà atteinte, au moment du contrat, d'une maladie des suites de laquelle elle est morte dans les vingt jours de la date de ce contrat. Art. 1975. Dans ce dernier cas, le contrat resterait sans effet, lors même que les parties auraient eu connaissance de la maladie⁷, ou qu'elles auraient manifesté l'intention de déroger à cet égard aux dispositions de la loi⁸.

Il importe peu, pour l'application des art. 1974 et 1975, que la rente ait été constituée sur la tête du crédi-rentier lui-même, ou sur celle de toute autre personne⁹. Que si la rente avait été constituée sur la tête de plusieurs personnes, le décès de l'une d'elles seulement, dès avant la conclusion du contrat, ou dans les vingt jours qui l'ont suivie, ne suffirait pas pour faire considérer ce contrat comme non venu¹⁰.

Du reste, les art. 1974 et 1975 ne concernent que les rentes constituées à titre onéreux, et sont étrangers aux donations faites sous la charge d'une rente viagère¹¹.

On applique au calcul du délai de vingt jours, fixé par l'art.

⁵ Duranton, XVIII, 430. Troplong, n° 244.

⁶ Duranton, XVIII, 435. Cpr. § 390, texte et note 2.

⁷ Toullier, VI, 47. Delvincourt, sur l'art. 1975.

⁸ Dans ce cas même, le contrat devrait, d'après l'esprit de la loi, être considéré comme étant dépourvu de cause. Dalloz, *op. et v° cit.*, p. 574, n° 44.

⁹ Duranton, XVIII, 440. Troplong, n° 266. Rouen, 25 juin 1808, Sir., 8, 2, 72. Req. rej., 19 janvier 1814, Sir., 20, 4, 479.

¹⁰ Duranton, XVIII, 450. Civ. cass., 22 février 1820, Sir., 20, 4, 482.—M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Rente, p. 572, n° 9) pense, mais à tort selon nous, que l'art. 1975 ne serait même pas applicable au cas où les personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée seraient toutes décédées dans les vingt jours du contrat.

¹¹ Troplong, n° 267. Civ. cass., 48 juillet 1836, Sir., 36, 4, 535.

1975, la règle générale suivant laquelle le *dies a quo* ne se compte pas pour la supputation du délai ¹².

Lorsque la rente a été établie par un acte sous seing privé, la seule circonstance que cet acte n'aurait pas acquis date certaine avant les vingt jours qui ont précédé la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée n'autoriserait pas celui qui en a fourni la valeur ou ses héritiers à invoquer l'application de l'art. 1975 ¹³. Mais ils seraient admis à prouver par témoins, et même à l'aide de simples présomptions, que l'acte de constitution, quoique portant une date antérieure, n'a été passé en réalité que dans le délai déterminé par cet article ¹⁴.

Les parties ont la faculté d'établir la rente viagère au taux qu'il leur plaît de fixer ¹⁵. Art. 1795. Toutefois, une convention qualifiée de constitution de rente viagère pourrait, par appréciation de son véritable objet, être déclarée ne contenir qu'un prêt usuraire déguisé, et dans ce cas, les effets en seraient déterminés par les règles relatives au prêt à intérêt ¹⁶.

Les rentes viagères peuvent être déclarées insaisissables, mais dans le cas seulement où elles sont créées à titre gratuit ¹⁷. Art. 1981. Une rente constituée à pareil titre est insaisissable, même en l'absence de déclaration expresse de la part du donateur ou testateur, si elle a été donnée ou léguée à titre d'aliments. Code de procédure, art. 581, nos 3 et 4 ¹⁸.

§ 389.

Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère.

Le débiteur d'une rente viagère est tenu :

¹² Rouen, 13 décembre 1821, Sir., 22, 2, 224. Cpr. § 49, note 14.

¹³ Troplong, n° 277. Duranton, XVIII, 151. Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., 25, 1, 46. Civ. cass., 21 mars 1842, Sir., 42, 1, 300. Voy. en sens contraire: Delvincourt, III, p. 425; Colmar, 20 septembre 1830, Sir., 31, 2, 183; Angers, 18 février 1837, Sir., 39, 2, 426.

¹⁴ *Non obstat* art. 1322: Arg. art. 1348 et 1353. Voy. les autorités citées à la note précédente.

¹⁵ Les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt sont, à raison même de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, inapplicables à ce contrat. Maleville, sur l'art. 1976. Duranton, XVIII, 152.

¹⁶ Civ. cass., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Req. rej., 26 juin 1845, Sir., 45, 1, 834.

¹⁷ Cpr. Rennes, 25 juillet 1840, Sir., 41, 2, 422.

¹⁸ Cpr. cep. Code de procédure, art. 582; § 327, note 5; Duranton, XVIII, 180.

1° De fournir toutes les sûretés qu'il a promises. Art. 1977.

2° De payer régulièrement les arrérages, aux époques déterminées par le contrat, et tant que durera la rente. Art. 1978.

Les arrérages s'acquièrent jour par jour. Le créancier n'y a droit qu'en proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée¹. Toutefois, s'il a été convenu que la rente serait payée d'avance, chaque terme est acquis en entier au créancier du jour où le paiement a dû en être fait. Art. 1980.

On ne peut exiger le paiement des arrérages d'une rente viagère, qu'en justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, jusqu'à la fin du dernier jour pour lequel ils sont réclamés. Art. 1983.

L'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée peut être prouvée, soit par un certificat de vie, ou par un acte de décès², soit à l'aide de tout autre moyen de preuve. Toutefois, si le crédi-rentier ou ses héritiers veulent procéder par voie de saisie, ils doivent, pour la validité de leurs poursuites, signifier, avec le commandement, un certificat de vie ou un acte de décès³.

§ 390.

Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution.

L'obligation de servir une rente viagère s'éteint par la mort

¹ Les arrérages s'acquérant par jour, et non par heure, ils ne sont dus que dans la proportion du nombre de jours expirés au moment du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée. Le créancier ou ses héritiers n'ont donc pas droit aux arrérages du dernier jour de la vie de cette personne. Cpr. art. 586 ; Proudhon, *De l'usufruit*, II, 910. Il résulte également de là que, dans le cas où la rente a été stipulée payable d'avance, le créancier ou ses héritiers n'ont droit à un terme qu'autant que la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée survit à la fin du jour fixé pour son échéance. Cpr. § 303, note 6.

² Cpr. § 53, texte et note 10.

³ Req. rej., 18 juin 1817, Sir., 17, 1, 288. Civ. rej., 19 novembre 1817, Sir., 18, 1, 85. — Cpr. sur les autorités compétentes pour délivrer des certificats de vie et sur la forme de ces actes : Loi des 6-27 mars 1791, art. 11 ; et les arrêts qui viennent d'être cités. — Voy. en particulier sur les attestations à produire par les pensionnaires de l'État ; Décrets des 11 août et 23 septembre 1806 ; Ordonnance du 6 juin 1839.

naturelle¹ de la personne ou des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée. Art. 1980, al. 1.

A moins de stipulation contraire, la rente constituée au profit de plusieurs personnes, de deux époux, par exemple, ne s'éteint pas pour partie par la mort de l'une d'elles; elle passe tout entière sur la tête des survivants².

Lorsque le débiteur d'une rente viagère a donné la mort à la personne sur la tête de laquelle elle avait été constituée, le crédi-rentier ou ses héritiers ont droit à des dommages-intérêts, dont la quotité doit être arbitrée par le juge. Ils peuvent, de plus, si le contrat a été fait à titre onéreux, en provoquer la résolution³.

Dans le cas où le créancier d'une rente viagère créée sur la tête d'un tiers vient à décéder avant ce dernier, la rente passe à ses héritiers, qui sont autorisés à en réclamer les arrérages jusqu'au décès de ce tiers.

Lorsque le débiteur d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, néglige de fournir les sûretés par lui promises⁴, ou diminue par son fait celles qu'il a données en vertu du contrat⁵, le créancier est autorisé à demander la résolution de ce contrat, et

¹ A la différence de la mort naturelle, la mort civile n'entraînait par l'extinction de la rente viagère. Art. 1982. Cpr. sur les effets que la mort civile produisait en cette matière : § 82, texte et note 10.

² Pothier, nos 241 et suiv. Troplong, nos 245 et suiv. Req. rej., 18 janvier 1830, Sir., 30, 1, 142. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 34.

³ Poitiers, 13 nivôse an X, Sir., 2, 2, 129. Paris, 18 janvier 1811, Sir., 11, 2, 81. Amiens, 10 décembre 1840, Sir. 43, 2, 3.

⁴ L'insuffisance des sûretés promises par le débiteur de la rente ne donne pas lieu à l'application de l'art. 1977. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., 23, 1, 22. Pau, 5 février 1823, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Rente, p. 579. Douai, 25 novembre 1833, Sir., 34, 2, 238. Cpr. Dijon, 14 mars 1817, Sir., 17, 2, 372.

⁵ Le débiteur doit être considéré comme ayant diminué par son fait les sûretés qu'il a données en vertu du contrat, lorsqu'il a aliéné une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués à la rente, sans interdire à l'acquéreur la faculté de purger, ou même lorsqu'il a vendu le seul immeuble affecté à la rente, sans imposer à l'acquéreur l'obligation de la servir. Bruxelles, 25 août 1810, Sir., 11, 2, 52. Riom, 4 août 1818, Sir., 19, 2, 37. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 2, 120. Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 1, 511. — Si les sûretés avaient été diminuées indépendamment du fait du débiteur, le créancier ne pourrait, à défaut de nouvelles sûretés, demander la restitution du prix de la rente. *Non obstant* art. 2020 et 3131 (cpr. § 303, note 9) : il ne s'agirait pas, en effet, de priver simplement le débiteur du bénéfice d'un terme, mais de prononcer contre lui la résolution du contrat. Paris, 21 décembre 1833, Sir., 37, 2, 427.

par suite la restitution du prix de la rente. Art. 1977. Le débiteur peut cependant, jusqu'au jugement définitif, arrêter les effets de la demande en résolution, en fournissant les sûretés stipulées au contrat, ou en reconstituant celles qu'il a diminuées. Cette demande tomberait d'ailleurs d'elle-même, et la rente serait à considérer comme éteinte, si la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée venait à décéder dans le cours de l'instance ⁶. Lorsque la résolution est prononcée, le débiteur ne peut réclamer la restitution des arrérages qu'il a déjà payés, en offrant de laisser déduire les intérêts du prix de la rente ⁷. Il doit même être condamné à acquitter les arrérages jusqu'au jour du jugement définitif ⁸.

Le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, n'autorise pas le créancier à demander la résolution du contrat ⁹, à moins qu'il ne se soit réservé cette faculté par une clause expresse ¹⁰. En l'absence d'une pareille clause, le créancier n'a que le droit de saisir ¹¹ et de faire vendre les biens du débiteur, pour faire consentir ou ordonner, sur le prix de la vente, l'emploi d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale à la rente ¹². Art.

⁶ Pothier, n° 229. Duranton, XVIII, 466. Cpr. Civ. cass., 5 mars 1817, Sir., 17, 4, 244.

⁷ Duranton, XVIII, 464. Paris, 22 février 1837, Sir., 37, 2, 291. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Dijon, 22 janvier 1847, Sir., 48, 2, 206.

⁸ La raison en est que les arrérages sont le prix des risques que court le créancier, et qu'il continue de courir jusqu'au jour de la résolution du contrat. Pothier, n° 230. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, n° 4. Delvincourt, III, part. II, p. 420. Bruxelles, 25 août 1810, Sir., 41, 2, 52. Voy. cep. Civ. cass., 23 août 1843, Sir., 43, 4, 892.

⁹ Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer entre un simple retard dans le paiement des arrérages, et l'impossibilité absolue de servir la rente. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir. 23, 4, 220. Pau, 5 février 1823, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Rente, p. 579.

¹⁰ Le pacte comissoire n'est contraire, ni à l'essence du contrat de rente viagère, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs : il doit, par conséquent, avoir son effet. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XV, p. 449 et p. 456, n° 7). Bordeaux, 5 juillet 1816, Sir., 17, 2, 74. Civ. rej., 26 mars 1817, Sir., 17, 4, 245. Bordeaux, 14 mars 1829, Sir., 29, 2, 468. Toulouse, 2 juin 1832, Sir., 32, 2, 284. Paris, 22 février 1837, Sir., 37, 2, 291. Civ. rej., 23 août 1843, Sir., 43, 4, 892. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Voy. en sens contraire : Paris, 22 décembre 1812, Sir., 43, 2, 442. Cpr. Duranton, XVIII, 469.

¹¹ Cpr. Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 4, 511.

¹² Tel est, dans l'art. 1978, le sens des termes *l'emploi d'une somme suffisante*

1978¹³. Mais, lorsque la rente viagère forme la condition d'une donation, le donateur peut, à défaut de service des arrérages, demander la révocation de la donation¹⁴. Art. 953.

Le débiteur d'une rente viagère ne peut, à aucune condition, et sous aucun prétexte, s'affranchir de l'obligation de la servir pendant la vie de celui sur la tête duquel elle a été constituée¹⁵. Art. 1979.

Le droit d'exiger le service d'une rente viagère (le fonds de la rente) se prescrit, comme toute créance en général, par le laps de trente années¹⁶. Art. 2262. Ce délai court à dater du jour même de la constitution, s'il n'a été payé aucuns arrérages, et, au cas contraire, à dater du jour du dernier paiement¹⁷. Quant aux arrérages échus, ils se prescrivent par cinq ans. Art. 2277.

2. DES CONTRATS IMPARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES.

a. *Du commodat ou prêt à usage.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1875-1891. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt à usage et du précaire*, par Pothier. *Traité du prêt à usage*, par Duvergier; vol. VI de la continuation de Toullier; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong; Paris, 1845; 1 vol. in-8°.

§ 391.

Notion du commodat. — Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat, et de celles qui sont nécessaires à sa validité.

Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel l'un

pour le service des arrérages. Duranton, XVIII, 170. Paris, 5 juillet 1806, Sir., 6, 2, 230. Nîmes, 11 avril 1807, Sir., 7, 2, 336. Cpr. cep. Caen, 18 mai 1813, Sir., 14, 2, 399.

¹³ Cpr. sur certains cas spéciaux où l'art. 1978 ne serait plus applicable: Bourges, 2 avril 1828, Sir., 29, 2, 848; Req. rej., 13 juin 1837, Sir., 38, 1, 45; Douai, 15 juin 1846, Sir., 46, 2, 535.

¹⁴ Duranton, VIII, 543. Troplong, n° 312. Poitiers, 6 janvier 1837, Sir., 37, 2, 261. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433. Rouen, 27 août 1846, Sir., 48, 2, 90.

¹⁵ Duranton, XVIII, 172. Paris, 8 août 1806, Sir., 6, 2, 236.

¹⁶ Pothier, n° 259. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, § 17. Delvincourt, sur l'art. 2263. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 357. Troplong, *De la prescription*, I, 182. Duranton, XVIII, 184. Toulouse, 21 janvier 1828, Sir. 29, 2, 260. C'est à tort que la Cour de Metz (28 avril 1819, Sir., 20, 2, 12) et celle de Lyon (5 avril 1824, Sir., 26, 2, 156) ont jugé que les arrérages échus étaient seuls prescriptibles.

¹⁷ Cpr. § 772, texte et note 9.

des contractants livre gratuitement à l'autre une chose dont ce dernier est autorisé à se servir, à charge de la rendre dans son individualité, au terme expressément ou tacitement convenu¹.

Art. 1875, 1876 et 1888.

Les caractères essentiels et distinctifs du commodat sont donc les suivants :

1° Le prêteur ne concède à l'emprunteur que l'usage de la chose qui forme la matière du contrat. Il en résulte que le prêteur conserve, abstraction faite de cet usage, tous les droits qui lui appartenaient sur la chose avant le contrat. Art. 1877². Il en résulte encore que les choses qui se consomment par l'usage auquel elles sont naturellement destinées ne peuvent former la matière d'un commodat, à moins que l'usage spécial et exceptionnel auquel les parties les destinent ne soit de nature à ne pas en nécessiter la consommation³. C'est ce caractère qui distingue le commodat, du prêt de consommation. Art. 1874 et 1878.

2° L'usage de la chose est abandonné gratuitement à l'emprunteur. C'est par ce caractère que le commodat diffère du louage.

3° L'usage de la chose est concédé au commodataire pour le temps déterminé par la convention, ou, à défaut de fixation expresse, pour le temps nécessaire à l'usage en vue duquel elle a été empruntée. C'est ce caractère qui distingue le commodat du précaire, par lequel l'usage d'une chose est concédé, non pour un délai déterminé d'avance, soit explicitement, soit implicitement, mais pour un temps laissé à la discrétion du prêteur, qui peut, par conséquent, en réclamer la restitution quand

¹ Cpr. sur la définition du commodat, et sur l'effet de la promesse par laquelle une personne s'engagerait à livrer une chose à titre de commodat : § 340, note 3.

² La rédaction de l'art. 1877 n'est pas complète : car, d'une part, il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire d'une chose pour pouvoir la donner en commodat ; et, de l'autre, le propriétaire lui-même peut recevoir sa chose à ce titre : c'est ainsi, par exemple, que l'usufruitier peut prêter à usage au nu propriétaire la chose soumise à l'usufruit. L'art. 1877 statue sur l'hypothèse la plus fréquente, c'est-à-dire sur celle où le commodat est consenti par le propriétaire de la chose. Cpr. Pothier, n° 49 ; Delvincourt, sur l'art. 1877 ; Duranton, XVII, 514.

³ Ainsi, on peut prêter à usage des espèces monnayées, *pompæ vel ostentationis causa*, par exemple, à un caissier dont la caisse doit être prochainement inspectée, pour le mettre à même de justifier qu'il est en règle. L. 3, § *ult.* et L. 4, D. *commod.* (43, 6). Duranton, XVII, 503.

bon lui semble⁴. Le précaire est régi, à cette nuance près, par les mêmes règles que le commodat⁵.

Toute personne jouissant de l'administration de sa fortune est capable de prêter ou d'emprunter à titre de commodat⁶.

La validité du commodat est soumise aux conditions exigées pour la validité des contrats en général, et n'est subordonnée à aucune autre condition. Ainsi, par exemple, un commodat n'est valable qu'autant qu'il a pour objet une chose dont l'usage est dans le commerce. Art. 1878.

§ 392.

Des obligations de l'emprunteur.

1° L'emprunteur doit n'employer la chose prêtée qu'à l'usage expressément indiqué par la convention, ou, à défaut de convention expresse, qu'à celui auquel elle est destinée d'après sa nature. Art. 1880.

2° Il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose prêtée tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1880.

En vertu de cette obligation, l'emprunteur est responsable du dommage que la chose prêtée a reçu par sa faute. Mais on ne doit pas considérer comme arrivé par sa faute un dommage qui serait le résultat de l'usage pour lequel la chose a été empruntée. Art. 1884.

L'emprunteur ne répond pas des cas fortuits et de force majeure, pourvu que ces accidents n'aient pas été précédés de quelque faute de sa part, sans laquelle le dommage n'aurait point eu lieu¹. A cet égard, il importe de remarquer que l'emprunteur est en faute : 1) si la chose empruntée n'a péri par cas fortuit ou force majeure, que parce qu'il l'a employée à un autre usage, ou

⁴ *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur.* L. 1, D. de precar. (43, 26).

⁵ Il existe encore, d'après le Droit romain, d'autres différences entre le commodat et le précaire, notamment en ce qui concerne la responsabilité de l'emprunteur et les caractères de sa possession. Voy. Mackeldey, *Lehrbuch des römischen Rechts*, § 438 ; Savigny, *Recht des Besitzes*, §§ 25 et 42. Mais les principes particuliers du Droit romain sur le précaire n'ont jamais été reçus en Droit français. Pothier, n° 89.

⁶ Cpr. sur la capacité de contracter en matière de commodat : Delvincourt, III, p. 404 ; Duranton, XVII, 506 et suiv.

¹ Cpr. § 308, texte n° 3 et note 28.

pour un temps plus long qu'il ne le devait² (art. 1881); 2) si, pouvant garantir la chose empruntée du dommage qu'elle a éprouvé, en employant sa propre chose, il ne s'est pas servi de cette dernière, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne. Art. 1882.

Conformément aux principes développés au n° 3 du § 308, l'emprunteur répond exceptionnellement des cas fortuits et de force majeure, lorsqu'il s'est chargé de ces risques, ou lorsque le dommage n'a eu lieu qu'après sa mise en demeure. L'estimation donnée à la chose, au moment du prêt, produit les mêmes effets qu'une convention expresse par laquelle l'emprunteur se serait chargé des risques de cette chose. Art. 1883. Quant à la mise en demeure, elle a lieu, de plein droit, par la seule expiration du terme convenu pour la restitution de la chose prêtée³. Art. 1881.

3° L'emprunteur est tenu de restituer la chose au prêteur, après l'expiration du temps pour lequel elle lui a été prêtée. Si l'emprunteur a fait, pour la conservation de la chose prêtée, quelques dépenses qu'il soit fondé à répéter, il est autorisé à la retenir jusqu'au remboursement de ces dépenses⁴. Mais il ne peut la garder en compensation de ce qui lui serait dû par le prêteur, lors même qu'il s'agirait de deniers empruntés *ad pompam vel ostentationem*⁵. Art. 1885 et 1293, n° 3. Toutefois, il serait admis à compenser ce que lui doit le prêteur avec les condamnations en dommages-intérêts qui pourraient être pro-

² Il ne faut pas confondre le cas où l'emprunteur est en faute pour s'être servi de la chose empruntée plus longtemps qu'il ne le devait, et où, par suite de cette faute, elle vient à périr par cas fortuit ou de force majeure, avec celui où elle périrait par un accident de cette nature, mais indépendamment de toute faute de l'emprunteur, après la mise en demeure de ce dernier. L'emprunteur peut, dans le second cas, invoquer l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302, tandis que dans le premier, la faute qu'il a commise écarte, d'une manière absolue, l'application de cette exception.

³ L'art. 1881 contient une exception à la règle générale posée par l'art. 1139. Cpr. § 308, notes 5 et 29. Voy. aussi la note précédente; et § 308, note 31.

⁴ On ne peut tirer de l'art. 1948 un argument *a contrario* contre notre manière de voir : cet article ne fait que consacrer une exception de dol, qui doit pouvoir être invoquée par l'emprunteur, aussi bien que par le dépositaire, quoiqu'il n'existe pas une similitude parfaite entre la position de l'un et celle de l'autre. Pothier, n° 43. Delvincourt, sur l'art. 1885. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, XVII, 538.

⁵ Cpr. art. 1291; et § 327, note 4.

noncées contre lui, à raison de la perte ou des détériorations de la chose empruntée⁶.

Lorsque plusieurs personnes ont conjointement emprunté la même chose, elles en sont solidairement responsables envers le prêteur. Art. 1887.

§ 393.

Des obligations du prêteur.

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur ou à ses héritiers l'usage de la chose prêtée pendant le temps convenu. Art. 1888 et 1879, al. 1. Toutefois, cette obligation cesse à l'égard des héritiers de l'emprunteur, lorsqu'il résulte des circonstances que le prêt n'a été fait qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement¹. Art. 1879, al. 2. D'un autre côté, le prêteur est autorisé à demander la restitution de la chose avant l'expiration du délai convenu, si des circonstances pressantes et imprévues la lui rendent nécessaire. Art. 1889.

2° Le prêteur est obligé de rembourser à l'emprunteur les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, lorsqu'elles étaient tellement urgentes qu'il n'a pas pu en prévenir le prêteur. Quant aux dépenses faites, non pour la conservation de la chose, mais pour en faciliter l'usage, elles restent à la charge de l'emprunteur². Art. 1886 et 1890.

3° Le prêteur qui, ayant connaissance de quelques défauts cachés³ de la chose, a négligé d'en avertir l'emprunteur, est responsable, envers ce dernier, du dommage qu'il peut avoir éprouvé par suite de l'usage qu'il en a fait, ou de l'impossibilité où il a été de s'en servir pour l'usage convenu. Art. 1891 et arg. de cet article. Le prêteur est également passible de dommages-intérêts, lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu, et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur⁴.

⁶ Pothier, n° 44. Duranton, XVII, 537.

¹ Pothier, n° 27. Duranton, XVII, 500. Selon Delvincourt (sur l'art. 1879), on devrait considérer le commodat comme fait dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur personnellement, toutes les fois que le contraire ne résulterait pas des circonstances. Mais cette manière de voir nous paraît contraire aux dispositions de l'art. 1879 : elle conduirait à ériger en règle ce que le deuxième alinéa de cet article indique comme une exception.

² L. 48, § 3, D. *commod.* (43, 6). Pothier, n° 84. Duranton, XVII, 539 et 549.

³ Le prêteur n'est, en aucun cas, responsable des défauts apparents de la chose prêtée. Arg. art. 1642. Delvincourt, sur l'art. 1891.

⁴ Pothier, n° 79.

b. *Du prêt de consommation.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1892-1914. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt de consommation*, par Pothier. *Traité du prêt de consommation*, par Duvergier; vol. VI de la continuation de Toullier; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong Paris, 1845; 4 vol. in-8°.

1) *Du prêt de consommation en général.*

§ 394.

De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité. — De ses différentes divisions.

Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses que cette dernière est autorisée à consommer, à charge par elle de rendre, à l'époque convenue, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité. Art. 1892. Cpr. art. 1874.

Il résulte de cette définition :

1° Que les choses qui forment la matière du prêt de consommation sont nécessairement fongibles, quoiqu'elles soient quelquefois du nombre de celles qui ne se consomment pas par l'usage¹. Art. 1894.

2° Que ce contrat transfère la propriété des choses prêtées à l'emprunteur, qui, dès lors, en supporte seul la perte et les détériorations. Art. 1893.

3° Que l'emprunteur doit restituer au prêteur la même quantité de choses qu'il a reçue, et qu'il ne doit lui restituer que cette quantité. Art. 1895 à 1897².

Le contrat de prêt de consommation n'est pas, pour sa validité, soumis à des règles spéciales. Il n'exige que les conditions requises pour la validité des contrats en général³.

¹ La définition du prêt de consommation telle qu'elle est donnée, d'après Pothier (n° 22), par l'art. 1892, est vicieuse, en ce qu'elle indique les choses qui se consomment par l'usage, comme pouvant exclusivement faire l'objet de ce contrat. Cpr. § 172.

² Voy. au § 318, texte n° 3, l'interprétation de l'art. 1895, qui n'est en aucune façon contraire à la règle énoncée au texte, puisque la matière d'un prêt d'argent consiste moins dans les espèces monnayées au moyen desquelles il se réalise, que dans la somme numérique qui en détermine l'importance.

³ Voy. cependant, en ce qui concerne les prêts à intérêt dans lesquels des Israélites ont figuré comme prêteurs : décret du 17 mars 1808 ; § 25, texte n° 5.

Le prêt de consommation est gratuit ou à intérêt. Le prêt à intérêt est appelé constitution de rente, lorsque le créancier s'interdit la faculté d'exiger le remboursement du capital prêté. Art. 1909.

§ 395.

Des obligations qui naissent du prêt de consommation.

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur la chose prêtée jusqu'au terme fixé par la convention. Art. 1899. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, il appartient au juge de le déterminer suivant les circonstances. Art. 1900¹.

2° Le prêteur est, en ce qui concerne les défauts de la chose prêtée, soumis à la même responsabilité qu'en matière de commodat. Art. 1898².

3° L'emprunteur est tenu de restituer au prêteur, à l'époque et au lieu où la restitution doit être effectuée, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité que celles qu'il a reçues. Art. 1902. En cas de retard dans l'accomplissement de cette obligation, l'emprunteur devient passible de dommages-intérêts, d'après les règles générales exposées au § 308, nos 1 et 4. Cpr. art. 1984³. Lorsque l'emprunteur se trouve dans l'impossibilité de restituer la chose par lui empruntée, il est tenu d'en payer la valeur, eu égard au temps et au lieu fixés pour la restitution, et, à défaut d'une pareille fixation, eu égard au temps et au lieu où l'emprunt a été fait. Art. 1903⁴.

2) *Des diverses espèces de prêt de consommation.*

a) *Du prêt à intérêt¹.*

§ 396.

1° *Du prêt à intérêt en général.*

Le prêt de consommation ne porte pas intérêt de plein droit :

¹ Cpr. art. 1904 ; § 349, notes 12 et 13.

² Cpr. art. 1894 ; § 393, texte n° 3.

³ L'art. 1904 n'a en vue que le prêt d'une somme d'argent, et n'est qu'une conséquence de l'art. 1153, al. 3. Il ne faut donc pas étendre l'art. 1904 au cas où le prêt ne consiste pas en une somme d'argent. Une demande judiciaire n'est point, dans ce dernier cas, nécessaire pour donner droit à des dommages-intérêts.

⁴ Cpr. sur cet. art. : Req. rej., 3 juin 1850, Sir., 50, 1, 455.

¹ Cpr. sur cette matière : *Traité de l'usure dans les transactions civiles et*

la stipulation d'intérêts doit être expresse et formelle². Cette règle reçoit cependant exception en matière commerciale, pour les sommes prêtées ou avancées en compte courant³.

Il est permis au prêteur de stipuler des intérêts, quelles que soient les choses qui forment l'objet du prêt. Art. 1905.

L'emprunteur ne peut, lorsqu'il a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ni les répéter, ni les imputer sur le capital, à moins que le paiement n'ait été le résultat d'une erreur⁴. Art. 1906.

La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement⁵. Art. 1908.

Lorsque le débiteur n'acquiesce pas régulièrement les intérêts au paiement desquels il s'est obligé, le créancier peut exiger la restitution du prêt avant le temps convenu, sauf au juge à donner au débiteur un délai pour le paiement des intérêts arriérés, et à suspendre ainsi l'effet de la demande en restitution. Arg. art. 1912.

2° Du taux de l'intérêt en particulier.

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel. En fixant le taux de l'intérêt, le législateur peut avoir en vue, soit de déterminer le montant des intérêts moratoires⁶, soit de régler, à défaut de fixation conventionnelle, le taux des intérêts compensatoires, soit d'indiquer le maximum des intérêts qu'il est permis de stipuler. Nous n'avons à nous occuper ici du taux légal de l'intérêt que sous ce dernier point de vue.

commerciales, par Garnier, Paris, 1826, in-12 ; *De l'usure dans l'état actuel de la législation*, par Chardon, Paris, 1823, in-8°.

² Agen, 19 juin 1824, Sir., 25, 2, 70. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 286. Bourges, 25 avril 1826, Sir., 27, 2, 39. Voy. cep. Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220.—Cpr. § 436, texte et note 1^{re}.

³ Civ. rej., 17 mars 1824, Sir., 25, 1, 147. Bordeaux, 4 juillet 1832, Sir., 32, 2, 35. Req. rej., 6 novembre 1832, Sir., 32, 1, 824. Req. rej., 11 janvier 1844, Sir., 41, 1, 636.

⁴ Duranton, XVII, 600.

⁵ M. Duranton (XIII, 431) enseigne que cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Mais nous ne saurions, du moins en général, partager son opinion, que repoussent les expressions finales de l'art. 1908 : en déclarant libéré le débiteur, porteur d'une quittance donnée sans réserve des intérêts, cet article dénie implicitement toute action au créancier. Cpr. art. 1352. Troplong, n° 414.

⁶ Cpr. art. 1153, al. 1 ; *Discussion au Conseil d'état* (Loché, Lég., XV, p. 21 et suiv., n° 21).

Droit ancien. Plusieurs ordonnances royales avaient, à l'exemple du Droit canon, prohibé toute stipulation d'intérêts en matière de prêt. Ces ordonnances, observées rigoureusement dans les pays coutumiers, n'étaient pas, en général, suivies dans les pays de Droit écrit, dont la plupart des parlements, fidèles aux principes du Droit romain, continuaient à considérer comme valable, sauf certaines restrictions, le contrat de prêt à intérêt. On avait d'ailleurs, pour échapper à la défense établie par ces ordonnances, imaginé le contrat de constitution de rente, qui était permis dans toute la France. Le taux légal de l'intérêt dans ce contrat était, en dernier lieu, de cinq pour cent⁷.

*Droit intermédiaire*⁸. Le décret de l'Assemblée constituante des 3-12 octobre 1789, en déclarant licite le prêt à intérêt, restreignit cependant les stipulations d'intérêts en matière civile au taux fixé par la loi. Mais, comme ce décret maintenait les usages du commerce, qui n'avaient rien de bien arrêté sur le taux de l'intérêt, il donna à penser que, dans le commerce, la fixation de l'intérêt restait abandonnée à la volonté des parties⁹. Les lois qui plus tard déclarèrent tour à tour que l'argent était et qu'il n'était pas marchandise¹⁰ jetèrent plus d'incertitudes encore sur la matière. Vint enfin la loi du 5 thermidor an IV, dont l'art. 1^{er} porte : « A dater de la publication de la présente loi, chaque citoyen sera libre de contracter comme bon lui semblera : les obligations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et valeurs stipulés. » Quoique cette loi paraisse, d'après les circonstances dans lesquelles elle a été rendue et les rapports qu'elle présente avec d'autres lois antérieures ou postérieures¹¹, n'avoir eu d'autre but que de lever la prohibition de stipuler des

⁷ Edit du mois de février 1770.

⁸ L'aperçu historique de la législation intermédiaire sur l'intérêt, présenté par Merlin (*Rép.*, v^o Intérêts, § 6, n^o 5), Favard de Langlade (*Rép.*, v^o Intérêts, n^o 3), et M. Durantou (XVII, 604), n'est pas exact. Ces auteurs ont été induits en erreur par l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 septembre 1807, fait au Corps législatif, par Jaubert (Loché, *Lég.*, XV, p. 66 et suiv.).

⁹ Civ. cass., 11 avril 1840, Sir., 40, 1, 205.

¹⁰ Cpr. loi du 11 avril 1793 ; loi du 6 floréal an III ; loi du 2 prairial an III. La loi du 11 avril 1793, art. 5, rappelle une loi antérieure qui, la première, aurait déclaré l'argent marchandise. Mais cette loi paraît n'avoir jamais été publiée ; du moins nous a-t-il été impossible de la trouver dans les différents recueils auxquels nous avons eu recours.

¹¹ Voy. LL. des 15 germinal et 29 messidor an IV ; 16 pluviôse, 5 messidor et 15 fructidor an V ; 11 frimaire an VI.

paiements en numéraire, la Cour de cassation et la plupart des Cours souveraines y virent cependant la proclamation du principe d'une liberté absolue en fait de stipulation d'intérêts ¹².

Dispositions du Code Napoléon. La jurisprudence qui s'était établie à la suite du décret des 3-12 octobre 1789 et de la loi du 5 thermidor an IV avait donné lieu à de graves abus. L'on était assez généralement convaincu, lors de la discussion du Code Napoléon, de la nécessité d'y apporter quelque remède. Toutefois on crut, à raison des circonstances difficiles où se trouvait le pays, devoir différer encore les mesures qu'il conviendrait de prendre. On se contenta donc, en distinguant l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, de déclarer en principe qu'il appartenait au législateur de limiter le taux de cette dernière espèce d'intérêt. Art. 1907, al. 1. La fixation de l'intérêt conventionnel resta ainsi abandonnée à la volonté des parties ¹³. La loi ne leur prescrivait, à cet égard, d'autre règle que d'indiquer par écrit le taux de l'intérêt. En cas d'inobservation de cette règle, qui n'avait d'autre but que d'imposer à l'usure le frein de la honte ¹⁴, l'intérêt conventionnel devait, quoique supérieur à l'intérêt légal, être réduit au taux de ce dernier ¹⁵. Art. 1907, al. 2.

Dernier état de la législation. L'art. 1907 du Code Napoléon renfermait, en quelque sorte, l'annonce d'une loi qui viendrait limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Cette loi fut rendue le 3 septembre 1807 ¹⁶.

Elle a été complétée et renforcée, quant à la sanction civile et

¹² Civ. cass., 3 mai 1809, Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 6. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 205. Bruxelles, 10 janvier 1810, Sir., 10, 2, 343. — L'anatocisme même était considéré comme permis d'une manière illimitée. Civ. cass., 5 octobre 1813, Sir., 15, 1, 76.

¹³ Civ. cass., 29 janvier 1812, Sir. 12, 1, 209. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

¹⁴ *Rapport fait au Tribunat*, par Bouteville, et *Discours du tribun Albisson au Corps législatif* (Loché, *Lég.*, XV, p. 50 et 51, p. 63, n° 7).

¹⁵ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XV, p. 27, n° 21 *in fine*). Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220.

¹⁶ Deux décrets des 15 et 18 janvier 1814 ont momentanément suspendu cette loi, à dater de leur promulgation jusqu'au 1^{er} janvier 1815. Une ordonnance royale du 7 décembre 1835 l'avait déclarée inapplicable à l'Algérie, et avait fixé à 10 pour 100 le taux légal de l'intérêt, dans cette province. Cette ordonnance a été rapportée par un arrêté du pouvoir exécutif en date du 4 novembre 1848. Cet arrêté, tout en maintenant à 10 pour 100 le taux de l'intérêt légal, défend, sous les peines portées par la loi du 3 septembre 1807, de stipuler un intérêt conventionnel supérieur au taux de l'intérêt légal.

aux peines qu'elle prononçait, par la loi des 15 juin, 1^{er} juillet et 19 décembre 1850.

Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt conventionnel ne peut excéder 5 p. 100 en matière civile, et 6 p. 100 en matière de commerce, c'est-à-dire le taux de l'intérêt légal, tel qu'il se trouve fixé par l'art. 2 de la même loi.

Suivant l'art. 3, le prêteur devait, en cas de perception d'intérêts supérieurs au taux licite, être condamné à restituer l'excédant, ou à en souffrir la déduction sur le capital de sa créance. La controverse qui s'était élevée, à l'occasion de cette disposition ¹⁷, sur le point de savoir si les intérêts usuraires perçus par le créancier devaient, dès le moment de leur perception, s'imputer de plein droit sur le capital de la créance, ou si, au contraire, cette imputation ne devait avoir lieu qu'à partir de la demande en réduction formée par le débiteur, a été résolue en faveur de ce dernier, par l'art. 1^{er} de la loi de 1850, dont les deux premiers alinéas sont ainsi conçus : « Lorsque, dans une
« instance civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt con-
« ventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé par la
« loi, les perceptions excessives seront imputées de plein droit,
« aux époques où elles auront eu lieu, sur les intérêts légaux
« alors échus, et subsidiairement, sur le capital de la créance.
« — Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur
« sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues,
« avec intérêts du jour où elles lui auront été payées. »

On doit, en général, considérer comme faits en matière de commerce, tous prêts consentis par un négociant, soit à un commerçant, soit même à un non commerçant ¹⁸, à moins qu'il ne soit établi, par la forme de l'acte d'obligation, par la nature des garanties fournies, ou par d'autres circonstances, que le prêteur a distrait de son commerce les fonds prêtés, pour leur donner une destination purement civile ¹⁹. On doit également considérer comme prêt commercial celui qui serait fait par un non commerçant, soit à un négociant pour son négoce, soit même à

¹⁷ Cpr. Montpellier, 20 décembre 1841, Sir., 42, 2, 179 ; Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 763 ; Civ. rej., 21 avril 1849, Sir., 49, 1, 737.

¹⁸ C'est à cette dernière hypothèse surtout que s'applique l'observation de Scaccia, *plus valet pecunia mercatoris, quam pecunia non mercatoris*. Troplong, n° 362. Bourges, 14 février 1854, Sir., 54, 2, 531. Voy. en sens contraire : Bourges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 234.

¹⁹ Montpellier, 13 août 1853, Sir., 53, 2, 469.

un non commerçant pour une opération de commerce²⁰. Si la forme sous laquelle le prêt a été fait et les qualités des parties peuvent faire présumer qu'il est ou commercial ou purement civil, ces circonstances ne sont cependant pas décisives à cet égard, et il appartient toujours aux tribunaux d'en déterminer le véritable caractère par l'ensemble des éléments propres à le faire reconnaître²¹.

Les lois restrictives du taux de l'intérêt sont étrangères à l'escompte et au change²², lorsque, d'ailleurs, les opérations intervenues entre les parties sont, d'après leur nature réelle, susceptibles de donner lieu à de pareilles perceptions²³.

D'un autre côté, ces lois ne forment point obstacle à ce que le négociant qui fait une opération de banque perçoive, en sus de l'intérêt légal des sommes ou valeurs par lui avancées ou fournies, un droit de commission²⁴, au taux ordinaire de la place²⁵. Mais ce droit de commission, une fois perçu, ne peut être de-rechef prélevé sur les soldes de compte reportés à nouveau²⁶.

²⁰ Troplong, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 10 mai 1837, Sir., 37, 1, 1008 ; Rouen, 4 avril 1843, Sir., 43, 2, 413.

²¹ Douai, 19 août 1846, Sir., 47, 2, 428. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 49. Montpellier, 13 août 1853, Sir., 53, 2, 469.

²² L'escompte et le change supposent une négociation d'effets, c'est-à-dire une vente et un achat de créance. Or, une pareille convention ne saurait être assimilée à un simple prêt, et échappe par conséquent à l'application des dispositions légales qui restreignent le taux de l'intérêt : *Usura non committitur in alio contractu, quam mutui expliciti vel impliciti.* Pardessus, *Droit commercial*, II, 471. Horson, *Questions de Droit commercial*, quest. 224. Troplong, nos 369 à 380. Crim. cass., 8 avril 1825, Sir., 25, 1, 358. Crim. cass., 26 août 1825, Sir., 25, 1, 360. Civ. rej., 4 février 1828, Sir., 28, 1, 99. Crim. cass., 16 août 1828, Sir., 29, 1, 37. Toulouse, 25 juin 1829, Sir., 30, 2, 320. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 489 ; Duvergier, *Revue du Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 1, et 453, *Traité du prêt*, nos 293 et suiv.

²³ Cpr. texte et note 27 *infra*.

²⁴ Troplong, n° 382. Req. rej., 14 juillet 1840, Sir., 40, 1, 897. Civ. rej., 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1, 484. Grenoble, 15 mars 1844 et 1^{er} avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460. Douai, 19 août 1846, Sir., 47, 2, 428. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 494. Rouen, 27 mars 1847, Sir., 48, 2, 485.

²⁵ Un droit de commission qui excéderait le taux ordinaire usité sur la place serait réductible, comme présentant un caractère usuraire. Troplong, n° 385. Req. rej., 21 juillet 1847, Sir., 47, 1, 797. Cpr. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361.

²⁶ Troplong, n° 384. Req. rej., 12 novembre 1834, Sir., 35, 1, 334. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Grenoble, 31 août 1839, Sir., 40, 1, 897. Or-

Toute perception faite par le prêteur en sus de l'intérêt admis par la loi, et du droit de commission qui pouvait être légitimement dû, est à considérer comme usuraire, sous quelque prétexte qu'elle ait été opérée, et quel que soit le mode de calcul qui y ait donné lieu. Il en est ainsi notamment :

De l'escompte perçu à l'occasion d'une opération qui ne constituait qu'un prêt, et non une négociation d'effets ²⁷ ;

Du droit de commission perçu pour un prêt d'argent d'une nature purement civile ²⁸ ;

De la perception faite, même par un banquier, d'une prime indépendante du droit de commission ²⁹ ;

De la retenue, au moment même du prêt, du montant des intérêts à échoir ³⁰ (*intérêts pris en dedans*) ;

De la perception de l'excédant d'intérêts résultant d'un calcul établi sur la base de l'année réduite à 360 jours ³¹ ;

Enfin, des sommes ou valeurs que le créancier se serait fait remettre par le débiteur à un titre quelconque, fût-ce même à titre de don ³².

Du reste, la prohibition de stipuler des intérêts excédant le

léans, 22 août 1840, Sir., 40, 2, 433. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1, 481. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 491. Rouen, 27 mars 1847, Sir. 48, 2, 485. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855, Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 30. Voy. cep. Grenoble, 15 mars 1844 et 1^{er} avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460.

²⁷ C'est ce qui aurait lieu, si le banquier qui a fait une ouverture de crédit avait perçu un escompte sur des billets à ordre directement souscrits à son profit par le crédit. La création de billets à ordre, qui ne sont remis en pareil cas que dans l'intérêt du banquier, et comme condition de l'ouverture de crédit, ne changerait pas le caractère de l'opération principale, qui n'est en réalité qu'un prêt. Civ. cass., 27 novembre 1843, Sir., 44, 1, 87. On pourrait admettre le contraire, si, en l'absence de toute convention de prêt ou d'ouverture de crédit, un banquier escomptait un billet, même souscrit directement à son ordre par celui qui le présente à l'escompte. Troplong, n° 378. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262.

²⁸ Troplong, n° 383. Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 593. Cpr. Grenoble, 6 mars 1840, Sir., 40, 2, 213.

²⁹ Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Voy. cep. texte et note 33 *infra* ; Req. rej., 8 juillet 1854, Sir., 54, 1, 504. Cpr. aussi Civ. rej., 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53.

³⁰ Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 593.

³¹ Rouen, 19 juin 1847, Sir., 48, 2, 311. Paris, 20 avril 1848, Sir. 49, 2, 298. Civ. cass., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 433. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Voy. en sens contraire : Grenoble, 15 mars 1844 et 1^{er} avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460.

³² Duvergier, n° 284. Troplong, n° 367. Pau, 17 janvier 1824, Sir., 28, 2, 66. Bordeaux, 17 décembre 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 425.

taux légal ne s'applique pas aux conventions dans lesquelles le prêteur se soumet à des risques extraordinaires³³.

Le débiteur ne peut, par aucune confirmation expresse ou tacite, ni même par un nouvel acte d'obligation, renoncer au droit de répéter des intérêts usuraires³⁴.

Mais celui qui, par un jugement passé en force de chose jugée, aurait été condamné au paiement d'une somme déterminée, ne serait plus admis à demander la réduction de la condamnation, sous prétexte qu'elle comprend des intérêts usuraires³⁵.

Les actes passés dans le but de déguiser un prêt à intérêt sont, tout aussi bien que les prêts faits ouvertement, soumis à l'application de la loi du 3 septembre 1807.

Le contrat pignoratif est une des formes sous lesquelles le prêt à intérêt se déguise le plus fréquemment³⁶. On appelle ainsi un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble, qui veut se procurer des deniers ou s'acquitter d'une dette, vend en apparence cet immeuble au prêteur ou au créancier, sous la condition de pouvoir en exercer le retrait pendant un certain temps, et d'en rester, pendant cet intervalle, en possession à titre de bail, moyennant un fermage destiné à représenter l'intérêt de la somme qu'il devait ou qu'il a reçue³⁷.

Les principales circonstances auxquelles on peut reconnaître l'impignoration sont : la faculté de retrait, le maintien du vendeur apparent dans la possession des biens à titre de bail (*relocatio in*

³³ Arg. Code de commerce, art. 311, et Code Napoléon, art. 1976. Cpr. Req. rej., 13 juin 1845, Sir., 45, 1, 714 ; Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 501.

³⁴ Cpr. § 337, texte et note 8 ; § 339, texte et note 19.

³⁵ Chardon, *De l'usure*, n° 529. Toulouse, 31 juillet 1829, Sir., 30, 2, 132. Req. rej., 27 mai 1840, Sir., 40, 1, 620. Req., rej., 8 mars 1847, Sir., 47, 1, 470. Voy. cep. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 120. — *Quid* de la transaction sur une action en répétition d'intérêts usuraires ? Cpr. § 420, texte n° 4, et note 10.

³⁶ Le contrat *mohatra* a également pour objet de déguiser un prêt à intérêt. On appelle ainsi une convention par laquelle le prêteur, après avoir en apparence vendu une chose à l'emprunteur, moyennant un prix payable à terme, la rachète par lui-même ou par une personne interposée, moyennant un prix payable au comptant, et inférieur à celui que l'emprunteur a promis. Pothier, *Du prêt de consommation*, n° 88, et *De la vente*, n° 38. — Voy. aussi, sur la convention simulée, appelée par les casuistes *le cas des trois contrats* : Pothier, *De la société*, n° 22 ; Troplong, *Du contrat de société*, I, 47, et II, 652 ; Duvergier, *De la société*, n° 58.

³⁷ Voy. sur le contrat pignoratif : Loisel, *Inst. cout.*, liv. IV, tit. I, rég. 11 ; Merlin, *Rép.*, v° Pignoratif (contrat), et *Quest.*, v° Contrat pignoratif ; *Dissertation* par M. Neyremaud, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, XXIX, p. 321 ; Troplong, *De la vente*, II, 695.

instanti), la vileté du prix, et l'habitude d'usure de la part de l'acheteur apparent. Le concours de toutes ces circonstances n'est cependant pas indispensable pour qu'un contrat de vente puisse être déclaré pignoratif³⁸. D'un autre côté, la réunion de plusieurs de ces circonstances ne placerait pas le juge dans la nécessité de déclarer l'existence d'une simple impignoration³⁹.

Les contrats destinés à masquer un prêt usuraire ne sont point, par cela seul, destitués de toute efficacité. Ils produisent tous les effets licites attachés à la convention que les parties ont eu en réalité l'intention de conclure⁴⁰. Ainsi, par exemple, une vente apparente, qui sera reconnue n'être qu'une impignoration, vaudra comme prêt avec antichrèse⁴¹. Mais ce que le débiteur aura payé, à titre de fermages, au delà du taux légal de l'intérêt de la somme par lui due, devra être imputé sur le principal ou lui être restitué⁴².

La preuve testimoniale et de simples présomptions sont, en général, admises pour établir des faits d'usure, quoiqu'il existe des actes sous seing privé, ou même des actes authentiques, tendant à prouver que le créancier n'a perçu que l'intérêt légal de prêts réels par lui faits⁴³. La preuve par témoins et les présomp-

³⁸ Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82. Pau, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 243. Colmar, 22 août 1812, 15 mars 1815, 18 novembre 1814, 19 mai 1826, 24 décembre 1833, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, VIII, 65, XI, 145, XII, 193, XXII, 83, XXIX, 321. Lyon, 27 août 1841, Sir., 42, 2, 33.—Il importe peu, quant à la relocation *in instanti*, que le bail soit renfermé dans l'acte même de vente ou dans un acte séparé, pourvu qu'en réalité il concoure avec la vente. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82.

³⁹ Civ. cass., 6 frimaire an VIII, Sir., 1, 1, 270. Civ. rej., 23 décembre 1845, Sir., 46, 1, 732. Civ. rej., 22 avril 1846, Sir., 46, 1, 639. Cpr. Req. rej., 19 août 1840, Sir., 41, 1, 176.

⁴⁰ Cpr. § 35.

⁴¹ C'est ce qui a toujours été reconnu dans notre ancienne jurisprudence, non-seulement en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, mais même au regard des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Louet, lettre P, sommaire LXI. Troplong, *Du nantissement*, n° 529. Req. rej., 28 mars 1837, Sir., 37, 1, 936. Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369. Cpr. Caen, 30 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499.

⁴² Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Poitiers, 5 prairial an XII, Sir., 4, 2, 341. Cpr. § 438, texte et notes 3 et 4.

⁴³ Art. 3 de la loi du 3 septembre 1807. Art. 1353, et arg. de cet article. Civ. rej., 18 thermidor an XIII, Sir., 7, 2, 1244. Req. rej., 28 juin 1821, Sir., 22, 1, 269. Riom, 16 janvier 1827, Sir., 27, 2, 57. Caen, 26 juillet 1827, Sir., 30, 2, 204. Req. rej., 18 février 1829, Sir., 29, 1, 96. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 31,

tions sont également reçues pour établir la simulation à l'aide de laquelle on aurait déguisé un prêt usuraire sous l'apparence de quelque autre contrat ⁴⁴.

La loi du 3 septembre 1807 est inapplicable aux prêts sur nantissement faits par les monts-de-piété ⁴⁵.

b) *De la constitution de rente.*

§ 397.

Des rentes perpétuelles en général.

Les rentes perpétuelles, déjà définies au § 387, sont, ou constituées, ou réservées.

Les rentes constituées sont celles qui sont établies comme condition du prêt d'un capital dont le prêteur renonce à exiger le remboursement. Art. 1909.

Les rentes réservées sont celles qui ont été stipulées comme prix de la vente ou comme charge de la donation d'un immeuble. Art. 530. Les règles relatives à ces rentes ayant déjà été exposées dans la théorie de la propriété, nous avons supprimé l'ancien § 399, qui traitait de cette matière.

§ 398.

Des rentes constituées.*

La renonciation de celui qui prête une somme d'argent à la faculté d'en demander le remboursement, renonciation qui ca-

2, 248. — Cependant la preuve testimoniale et de simples présomptions ne seraient admissibles qu'au moyen d'une inscription de faux, si les faits d'usure articulés par le débiteur tendaient à détruire la réalité des faits matériels énoncés dans un acte authentique, et constatés par l'officier public, rédacteur de cet acte, comme s'étant passés en sa présence. Cpr. l'arrêt du 28 juin 1821, ci-dessus cité.

⁴⁴ Bordeaux, 7 avril 1827, Sir., 27, 2, 136.—Ainsi, le débiteur qui attaque un contrat de vente comme n'étant qu'une impignoration destinée à garantir un prêt usuraire est admis à prouver par témoins que la faculté de retrait a été réservée à son profit, quoique l'acte instrumentaire n'en fasse pas mention.

⁴⁵ Cpr. Fleurigeon, *Code administratif*, v^o Monts-de-Piété; Merlin, *Rép.*, eod. v^o, n^o 4.

* Cpr. sur cette matière: Les commentateurs de la coutume de Paris, aux art. 99 et suiv. *Traité de la garantie des rentes*, par Loyseau, dans ses Œuvres; Paris, 1680, 2 vol. in-fol.; Lyon, 1701, 1 vol. in-fol. *Jurisprudence des rentes constituées*, Nîmes, 1758, in-12. *Jurisprudence des rentes, ou Code des rentiers par ordre alphabétique*, par de Beaumont; Paris, 1784, in-12. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier.

ractérise la constitution de rente, n'a pas besoin d'être expresse. Elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat, ou des termes dont les parties se sont servies pour déterminer leurs obligations et leurs droits respectifs ¹.

Les constitutions de rentes perpétuelles ne peuvent, comme les prêts ordinaires, être faites qu'au taux de l'intérêt légal ². Il en est ainsi, alors même que la rente est constituée, non en argent, mais en denrées ³.

Le débiteur est autorisé à rembourser le capital de la rente quand bon lui semble, à moins qu'il n'ait été convenu que le remboursement n'aurait lieu qu'après un avertissement préalable donné au créancier, ou après un certain délai qui, toutefois, ne peut être fixé à plus de dix ans ⁴. Art. 1911.

Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux est autorisé à se libérer individuellement de la part qu'il doit aux arrérages, et même à effectuer le remboursement du capital dans la proportion de sa part héréditaire ⁵. Art. 1220.

Par exception, le créancier a le droit d'exiger le remboursement du capital dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le débiteur cesse pendant deux années consécu-

¹ Paris, 14 prairial an XIII, Sir., 5, 2, 285. Cpr. Req. rej., 24 mars 1818, Sir., 19, 1, 488.

² Arg. art. 1919 cbn. 1907 et loi du 3 septembre 1807. Arg. *a contrario* art. 1976. Duranton, XVII, 603. Duvergier, nos 326 et 327. Troplong, n° 446.

³ Troplong, n° 393. Req. rej., 26 août 1846, Sir., 47, 1, 413.

⁴ La stipulation d'un délai plus long ne serait pas absolument nulle, mais seulement réductible. Arg. art. 1660.

⁵ Duranton, XVII, 613. — Delvincourt (III, part. II, p. 415 à 417) et MM. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Rente, p. 552, n° 14) et Troplong (n° 463) enseignent, conformément à l'ancienne jurisprudence, que les héritiers du débiteur ne peuvent forcer le créancier à accepter des remboursements partiels. Mais ces auteurs n'ont pas pris garde que la constitution de rente ne peut plus, d'après le Code Napoléon, être envisagée que comme un contrat de prêt à intérêt modifié en faveur du débiteur. Vainement M. Troplong se prévaut-il des termes *rachetable* et *rachat*, qu'on lit dans l'art. 1911, pour en inférer qu'on doit appliquer ici, par analogie, les dispositions de l'art. 1670 relatif au réméré. En effet, d'après le caractère réel du contrat de constitution de rente, tel que l'établit le Code Napoléon, ces expressions traditionnelles n'expriment plus aujourd'hui que l'idée d'une faculté de remboursement. Il n'existe, d'ailleurs, aucune parité entre la position du créancier d'une rente constituée, auquel l'un des héritiers du débiteur offrirait pour sa part le remboursement du capital de la rente, et celle de l'acquéreur d'un corps certain, au préjudice duquel l'un des héritiers du vendeur prétendrait exercer, pour sa part seulement, la faculté de réméré.

lives le service de la rente, de manière à se trouver, après la seconde échéance annuelle, en retard de deux années d'arrérages⁶. Le droit au remboursement est acquis au créancier par le fait seul du défaut de paiement des arrérages, sans qu'il soit besoin que le débiteur ait été constitué en demeure au moyen d'une sommation⁷. Art. 1912, al. 1^{er}. Toutefois, si la rente est quérable, c'est-à-dire, payable au domicile du débiteur, le créancier ne peut exiger le remboursement du capital, qu'autant qu'il justifie, d'une manière régulière, qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir les arrérages⁹. Quand le débiteur est décédé laissant plusieurs héritiers, dont les uns servent régulièrement leurs parts d'arrérages, et dont les autres négligent de les acquitter, le créancier ne peut exiger le remboursement que contre ces derniers, et seulement dans la proportion de leurs parts héréditaires.

⁶ C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1912, *s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans* : ils ne signifient pas que les deux années ne commencent à courir qu'à partir du jour fixé pour la première échéance annuelle. Duranton, XVII, 617. Civ. cass., 12 novembre 1822, Sir., 23, 1, 174.

⁷ Civ. rej., 8 avril 1818, Sir., 18, 1, 238, Civ. rej., 10 novembre 1818, Sir., 19, 1, 13. Civ. rej., 16 décembre 1818, Sir., 19, 1, 174. Caen, 3 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Cette solution, qui semble contraire à la règle que le pacte commissoire n'opère pas de plein droit, se justifie par cette considération qu'il s'agit moins de prononcer la résolution du contrat de constitution de rente que de relever le créancier de la renonciation conditionnelle par lui faite à la faculté d'exiger son remboursement. C'est d'après cette considération que l'art. 1912 ne subordonne pas à la mise en demeure du débiteur le droit de le contraindre au remboursement. Il est donc inutile et inexact de supposer, comme le fait M. Duranton (XVII, 619), que l'art. 1912 consacre, par exception à l'art. 1139, la maxime *dies pro homine interpellat*. — Il est bien entendu que le débiteur ne pourrait être contraint au remboursement, si c'était par la faute du créancier qu'il eût été empêché d'acquitter exactement les arrérages, Civ. rej., 31 août 1818, Sir., 19, 1, 70. Caen, 18 avril 1824, Sir., 25, 2, 215. Req. rej., 19 avril 1831, Dalloz, 1831, 1, 254. Req., rej., 5 décembre 1833, Dalloz, 1834, 1, 65.

⁸ La disposition de l'al. 1^{er} de l'art. 1912 s'applique aux rentes constituées à titre gratuit, comme aux rentes constituées à raison d'un prêt. Civ. rej., 12 juillet 1813, Sir., 13, 1, 354. Voy. cep. Duranton, XVII, 622. — Cette disposition s'applique-t-elle aux rentes constituées antérieurement à la promulgation du Code Napoléon ? Cpr. § 30, note 49.

⁹ Turin, 27 avril 1812, Sir., 13, 2, 354. Civ. cass., 12 mai 1819, Sir., 19, 1, 274. Grenoble, 19 juillet 1827, Sir., 28, 2, 178. Caen, 3 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Poitiers, 19 août 1835, Sir., 35, 2, 544. Civ. rej., 28 juin 1836, Sir., 36, 1, 690. Cpr. § 308, texte et note 7, Voy. cep. Bourges, 7 décembre 1826, Sir., 29, 2, 210.

2° Lorsque le débiteur manque à fournir les sûretés promises par le contrat, qu'il diminue par son fait celles qu'il a fournies¹⁰, ou qu'il tombe en faillite ou en déconfiture. Art. 1912, al. 2, et arg. de cet art. cbn. art. 1188. Art. 1913. Si les sûretés données par le débiteur diminuent ou périssent sans sa faute, il doit être admis à les compléter ou à en fournir de nouvelles, et il ne peut être contraint au remboursement qu'autant qu'il néglige de le faire¹¹.

c. Du dépôt.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1915-1963. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de dépôt*, par Pothier. *Traité des dépôts*, par Aublet de Maubuy ; Paris, 1782, in-8°. *Traité du dépôt*, par Duvergier, vol. VI de la continuation de Toullier ; Paris, 1843. *Du dépôt*, par Troplong ; Paris, 1845, 1 vol. in-8°.

§ 400.

Du contrat de dépôt en général.

Le dépôt, en général, est un contrat par lequel une chose (corporelle) est confiée à une personne, qui s'oblige à la garder et à la rendre dans son individualité. Dans cette acception étendue, le dépôt comprend le dépôt proprement dit, et le séquestre. Art. 1915 et 1916.

1) *Du dépôt proprement dit.*

§ 401.

Notion et division de ce contrat.

Le dépôt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à garder gratuitement une chose mobilière, qui lui est confiée par l'autre partie, et à la lui restituer dans son individualité, à première réquisition. Art. 1917 à 1919, 1932 et 1944.

Il résulte de cette définition :

¹⁰ Voy. sur les circonstances dans lesquelles le débiteur doit être considéré comme ayant diminué les sûretés par lui fournies : § 303, note 10, et § 286, n° 1 ; Duranton, XVII, 628 ; Paris, 11 février 1815, Sir., 16, 2, 214 ; Req. rej., 4 décembre 1832, Dalloz, 1833, 1, 400 ; Pau, 23 août 1834, Dalloz, 1835, 2, 29.

¹¹ Art. 2131, et arg. de cet article. Cpr. § 303, note 9. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 17 mars 1848, Sir., 18, 1, 260. Cet arrêt nous paraît avoir faussement interprété l'art. 2131, sur lequel il est fondé. Cpr. § 286, n° 4.

1° Que la remise de la chose est une condition indispensable à l'existence du dépôt, comme tel ¹.

2° Que la gratuité est également une condition indispensable à l'existence du dépôt. Le contrat tiendrait plutôt du louage de services, si un salaire avait été stipulé par le dépositaire ².

3° Que la garde de la chose doit être la fin principale du dépôt³. Cependant l'autorisation donnée au dépositaire de se servir de la chose déposée ne ferait point, en général, dégénérer le dépôt en prêt ⁴.

Le dépôt est volontaire ou nécessaire. Art. 1920. Il est nécessaire, lorsque le déposant a été forcé de le faire par une nécessité pressante, et pour soustraire la chose qui en forme l'objet à une ruine imminente. Art. 1949. Il est volontaire, lorsqu'il a eu lieu dans toute autre circonstance, quels que soient les embarras ou les difficultés qui aient porté le déposant à le faire⁵. La loi assimile cependant, sous certains rapports, au dépôt nécessaire, celui des effets que les voyageurs apportent dans les auberges ou hôtelleries où ils descendent. Art. 1952.

¹ Cpr. § 340, note 3. — La convention par laquelle une personne se chargerait de retirer des mains d'un tiers une chose appartenant à une autre, et de la restituer à cette dernière, après l'avoir gardée pendant un temps plus ou moins long, ne serait point un dépôt, mais constituerait, suivant les circonstances, soit un mandat, soit un louage de services, soit un contrat innommé. L. 1, § 43, *D. depos.* (16, 3). Pothier, n° 9.

² L'art. 1928, al. 2, suppose, à la vérité, qu'un salaire peut être stipulé pour la garde du dépôt; mais le passage de Pothier (n° 31) d'où cet alinéa a été tiré nous explique qu'en pareil cas le contrat tient plutôt du louage de services que du dépôt, et que c'est précisément sur ce motif qu'est fondée l'exception établie par cette disposition.

³ Lorsqu'une chose est confiée à une personne, non point avec la simple charge de la garder et de la restituer, mais avec la mission d'en faire, dans l'intérêt du propriétaire, un emploi convenu, le contrat constitue un mandat ou un louage de services, plutôt qu'un dépôt. Pothier, n° 9. Duranton, XVIII, 12 et suiv. *Crim. cass.*, 20 mai 1814, *Sir.*, 14, 1, 149. *Crim. rej.*, 10 février 1832, *Dalloz*, 1833, 1, 186. *Cpr. cep. Civ. cass.*, 18 novembre 1834, *Dalloz*, 1835, 1, 10.

⁴ Lorsque le dépôt a pour objet des choses qui se consomment par le premier usage, l'autorisation de s'en servir en met les risques et périls à la charge du dépositaire. Mais, dans ce cas même, le contrat, qu'on appelle ordinairement dépôt irrégulier, ne dégénère pas absolument en prêt de consommation; il conserve sa nature propre, notamment en ce qui concerne l'obligation du dépositaire de restituer la chose à première réquisition. Pothier, n° 82 et 83. *Cpr. Crim. cass.*, 26 avril 1810, *Sir.*, 11, 1, 65. *Voy. cep. Bordeaux*, 6 février 1840, *Sir.*, 40, 2, 267.

⁵ *Crim. rej.*, 12 août 1848, *Sir.*, 49, 1, 298.

a) *Du dépôt volontaire.*

§ 402.

Des conditions de la validité de ce contrat.

La validité du contrat de dépôt exige de la part du dépositaire et du déposant la capacité de contracter. Art. 1925, al. 1. Néanmoins, l'incapacité de l'une des parties n'empêche pas que l'autre ne soit soumise à toutes les obligations naissant du dépôt. Art. 1125, al. 2. Art. 1925, al. 2.

Une personne incapable qui a accepté un dépôt peut, lorsqu'elle est actionnée en dommages-intérêts, pour n'avoir pas apporté les soins convenables à la conservation de la chose déposée, repousser l'action dirigée contre elle, en faisant prononcer l'annulation ou la rescision du contrat¹. Mais elle ne peut invoquer son incapacité, ni pour se soustraire à l'action en restitution de la chose déposée², dans le cas où cette chose se trouve encore entre ses mains, ni pour s'affranchir de l'action *de in rem verso*, tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit par suite de l'aliénation qu'elle en a faite. Art. 1926. Le dépositaire incapable serait même passible de dommages-intérêts, si, étant déjà doué de discernement, il avait frauduleusement détourné la chose déposée³.

Une personne incapable qui a fait un dépôt peut, en faisant annuler ou rescinder le contrat, se soustraire aux obligations dont elle serait tenue, si le dépôt était valable. Mais elle restera toujours soumise à l'action *negotiorum gestorum*, si, par suite du dépôt, le dépositaire a utilement géré son affaire.

Le dépôt ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire, en ce sens que ce dernier n'est pas lié par un dépôt effectué sans son consentement exprès ou tacite⁴. Art. 1922. Mais le

¹ Il en serait ainsi, encore que le déposant fût lui-même incapable. Cpr. § 335, note 14. L'art. 1926 est, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Merlin, *Rép.*, v° Revendication, § 5.

² L'art. 1926 qualifie cette action d'action en revendication; mais cette qualification est inexacte. Cpr. § 218.

³ Art. 1310 cbn. Code pénal, art. 408, 66 et 67. Duranton, XVIII, 35. Dalloz, *Jur. gén.*, v° Dépôt, p. 50, n° 8. — L'action en dommages-intérêts qui, dans ce cas, appartiendrait au déposant, prendrait sa source, non plus dans le contrat de dépôt, mais dans le délit de violation de dépôt. Aussi se prescrirait-elle par trois ans. Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3 cbn. 638. Cpr. § 445.

⁴ Ainsi, une personne qui a reçu en dépôt une chose qu'elle savait ne pas

dépôt fait par le simple possesseur n'en est pas moins valable entre le déposant et le dépositaire⁵.

La validité du contrat de dépôt n'est assujettie à l'observation d'aucune formalité particulière. Mais il ne peut, de même que les conventions en général, être prouvé par témoins, lorsque la valeur de la chose déposée excède cent cinquante francs. Art. 1923⁶. Si la preuve d'un pareil dépôt n'est pas rapportée par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour l'identité de la chose qui en était l'objet, soit pour le fait de la restitution. Art. 1924⁷. La disposition de cet article, qui ne renferme qu'une application des règles générales en matière de preuve, ne s'oppose point à la preuve testimoniale d'un dépôt, même au-dessus de cent cinquante francs, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et moins encore à la délation d'un serment⁸. Elle est d'ailleurs complètement étrangère aux contestations qui, à l'occasion d'un dépôt, peuvent s'élever entre des tiers⁹.

§ 403.

Des obligations du dépositaire.

1° Le dépositaire ne doit, à la garde de la chose déposée, que les soins qu'il a coutume d'apporter à la garde de celles qui lui appartiennent. Art. 1927. Encore ne peut-on exiger de lui que

appartenir au déposant ne peut exercer contre le propriétaire l'action *depositi contraria*. Elle ne peut même retenir la chose déposée jusqu'au paiement des déboursés qu'elle a faits, à moins qu'elle n'ait, par le fait même du dépôt, utilement géré l'affaire du propriétaire, auquel cas elle a contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum*. Telle est, à notre avis, la seule explication plausible de l'art. 1922. Voy. la note suivante. Cpr. cep. Duranton, XVIII, 27.

⁵ Cela est tellement vrai, que le dépositaire ne peut, en général, refuser au déposant la restitution de la chose déposée, même en prouvant que celui-ci n'en est pas propriétaire. Cpr. art. 1938.

⁶ Cpr. art. 1344. — Les dispositions des art. 1347 et 1348, n° 4, s'appliquent à la preuve d'un dépôt volontaire, comme à celle de toute autre convention. Req. rej., 3 décembre 1818, Sir., 19, 4, 160.

⁷ Cpr. Paris, 20 février 1852, Sir., 52, 2, 124.

⁸ Troplong, nos 46 et 48. — En vain dirait-on que la délation de serment serait inadmissible, comme portant sur un délit : la seule dénégation d'un dépôt, dans le but de se soustraire à l'obligation de restituer la chose déposée ou d'en rembourser la valeur, ne constitue pas le délit de violation de dépôt. Cpr. Code pénal, art. 408.

⁹ Montpellier, 7 janvier 1844, et Nîmes, 12 décembre 1850, Sir., 51, 2, 141 et 142.

les soins d'un bon père de famille, quoiqu'il donne habituellement à la garde de ses propres choses des soins plus exacts¹. Sa responsabilité doit, toutefois, être appréciée avec plus de rigueur dans les hypothèses prévues par l'art. 1928².

Le dépositaire ne répond des événements de force majeure, qu'autant qu'il s'en est expressément chargé, qu'ils ont été précédés de quelque faute dont il soit responsable, ou qu'ils sont arrivés après qu'il a été mis en demeure de restituer la chose³. Art. 1929.

Le dépositaire ne peut user de la chose déposée, à moins d'une autorisation expresse ou présumée du déposant. Art. 1930. Il ne doit pas chercher à connaître en quoi consistent les choses déposées, si elles lui ont été remises dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée. Art. 1931.

2° Le dépositaire doit restituer la chose déposée dans son individualité, à moins qu'ayant été autorisé à s'en servir, il n'ait pu le faire sans la consommer⁴. Art. 1932 c. civ. 1930. L'héritier du dépositaire qui aurait, dans l'ignorance du dépôt, vendu la chose déposée, ne serait tenu que de rendre le prix qu'il en a reçu, ou de céder son action en paiement contre l'acheteur. Art. 1935. S'il l'avait consommée ou donnée, il en devrait la valeur au moment de la consommation ou de la donation⁵.

Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve, sans répondre des détériorations qu'elle peut avoir subies indépendamment de sa faute. Art. 1933. Mais il doit la restituer avec les accessions qu'elle a reçues et les fruits qu'il en a perçus. Lorsque la chose déposée consiste en une somme d'argent, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure⁶, à

¹ L'art. 1927 a pour but de modifier, dans l'intérêt du dépositaire, la règle générale posée par l'art. 1137. On ne peut donc se fonder sur l'art. 1927 pour aggraver la responsabilité du dépositaire. Cpr. § 308, notes 21 et 23.

² Cpr. sur cet article en particulier, § 308, note 23; et sur la prestation des fautes en général, § 308, texte n° 2.

³ Voy. d'ailleurs art. 1302, al. 2; et § 308, texte n° 3.

⁴ Cpr. § 401, note 4.

⁵ Duranton, XVIII, 43.

⁶ Une simple sommation de restituer le dépôt suffit pour mettre en demeure le dépositaire d'une somme d'argent, et pour le soumettre au paiement des intérêts de cette somme. Art. 1139. *Nec obstat* art. 1153, al. 3. Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté, lorsque le dépositaire n'a pas été autorisé à se servir du numéraire qui lui a été confié, parce que l'obligation de restitution a dans ce cas pour objet un corps certain. Duranton, XVIII, 51. Si le dépositaire avait

moins qu'il n'en ait disposé sans la permission expresse ou présumée du déposant⁷. Art. 1936.

Le dépôt ne peut, en général, être restitué qu'au déposant ou à ses héritiers. Cependant, lorsqu'il a été fait au nom d'un tiers, c'est à ce tiers ou à ses héritiers qu'il doit être rendu. D'un autre côté, si le déposant avait indiqué une tierce personne pour recevoir le dépôt, la restitution qui en aurait été faite à celle-ci libérerait le dépositaire, à moins que l'indication de cette personne n'eût été valablement révoquée par le déposant⁸, ou que ce dernier ne fût décédé avant l'exécution du mandat confié au dépositaire⁹. Dans ces deux derniers cas, la restitution du dépôt ne pourrait être faite qu'au déposant lui-même ou à ses héritiers. Art. 1937 et 1939, al. 1.

La restitution à faire aux héritiers du déposant ou de celui pour le compte duquel le dépôt a été fait doit avoir lieu conformément aux règles tracées par les al. 2 et 3 de l'art. 1939¹⁰.

reçu une pareille autorisation, son obligation n'aurait, à la vérité, pour objet que le paiement d'une somme d'argent; mais nous pensons que, même dans ce cas, l'art. 1453, al. 3, serait inapplicable, parce que l'art. 1936 est conçu en termes généraux, et que l'art. 1944 impose au dépositaire l'obligation de restituer le dépôt aussitôt qu'il en est requis. Cpr. § 308, note 11; § 401, note 4.

⁷ Arg. art. 1930 cbn. 1846, al. 2, et 1996. L. 4, C. *depos.* (4, 34). Durantou, XVIII, 53.

⁸ Cpr. art. 1424; § 346, texte *in fine*, et note 11; Req. rej., 26 août 1813, Sir., 15, 1, 145.

⁹ En Droit romain, le mandat donné au dépositaire de remettre le dépôt à un tiers après le décès du déposant était valable. Cette solution, conforme au principe d'après lequel le mandat ne finit point par la mort du mandant lorsqu'il a été donné pour un acte qui ne doit être fait qu'après son décès, et qui avait été adoptée par notre ancienne jurisprudence, a été rejetée par les rédacteurs du Code, pour empêcher qu'à l'aide de pareils dépôts on ne violât les règles relatives aux dispositions à titre gratuit. Cpr. L. 26, *proe.* D. *depos.* (16, 3). *Discours* du tribun Favard (Loché, *Lég.*, XV, p. 136, n° 10). Troplong, nos 146 et suiv. Duvergier, n° 483. Civ. rej., 22 novembre 1819, Sir., 20, 1, 49. Paris, 1^{er} mars 1826, Sir., 26, 2, 297. Caen, 12 mars 1827, Sir., 28, 2, 37. Montpellier, 6 mars 1828, Sir., 29, 2, 18. Douai, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 215. Civ. rej., 16 août 1842, Sir., 42, 1, 850. Civ. cass., 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 689. Paris, 14 mai 1853, Sir., 53, 2, 507. Cpr. cep. Civ. rej., 12 décembre 1815, Sir., 16, 1, 322; Limoges, 9 juillet 1824, Sir., 23, 2, 113; Req. rej., 2 avril 1823, Sir., 23, 1, 238; Lyon, 25 février 1835, Sir., 35, 2, 424; Amiens, 16 novembre 1852, Sir., 54, 2, 60.

¹⁰ L'art. 1939, al. 3, emploie le mot *indivisible*, dans une acception différente de celle que lui attribue l'art. 1217, pour désigner une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée matériellement, quoiqu'elle puisse l'être intellectuellement.

Si le déposant avait perdu l'administration de ses biens, la restitution devrait être faite à la personne à laquelle cette administration aurait passé. Art. 1940. Réciproquement, si le dépôt avait été fait par un administrateur dont les pouvoirs eussent cessé, la restitution devrait être faite à la personne qu'il représentait ou au nouvel administrateur. Art. 1941.

Le dépositaire ne peut pas exiger du déposant qui réclame la restitution de la chose déposée la preuve qu'il en est propriétaire. Art. 1938, al. 1. La loi trace cependant des règles spéciales pour le cas où le dépositaire viendrait à découvrir que la chose déposée a été volée, et quel en est le véritable propriétaire. Art. 1938, al. 2. Ces règles ne s'appliquent pas au cas où une chose perdue aurait été déposée par celui qui l'a trouvée¹¹. Du reste, la prudence exige que le dépositaire ne restitue au propriétaire la chose qu'il suppose avoir été volée qu'en présence du déposant.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée au lieu même du dépôt, à moins que la convention n'ait désigné un autre lieu à cet effet. Dans ce cas, il doit faire transporter la chose au lieu désigné pour la restitution ; mais les frais du transport sont à la charge du déposant. Art. 1942 et 1943.

Lors même que la convention a fixé un délai pour la restitution de la chose déposée, le dépositaire est tenu de la rendre à la première réquisition du déposant ou de celui à qui la restitution doit en être faite, à moins cependant qu'un tiers créancier ne l'ait frappée de saisie-arrêt, ou que tout autre prétendant droit n'ait formé opposition à son déplacement¹². Art. 1944.

Le dépositaire, condamné pour avoir frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée, est passible de contrainte par corps pour le paiement des dommages-intérêts dus au dé-

— Les règles tracées dans les al. 2 et 3 de l'art. 1939 s'appliquent, par identité de raison, au cas où le dépôt a été fait par plusieurs personnes, ou pour le compte de plusieurs personnes. Duranton, XVIII, 61.

¹¹ *Nec obstat* art. 2279. Comme ces règles dérogent au principe général posé par l'art. 1937, elles doivent être restreintes au cas pour lequel elles sont textuellement établies. D'ailleurs, les considérations d'ordre public sur lesquelles elles sont fondées ne se présentent pas pour le dépôt de choses perdues, comme pour celui de choses volées. Cpr. L. 4, § 39. et L. 31. § 4, D. *depos.* (16, 3). Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 433 ; Duranton, XVIII, 58.

¹² L'opposition, que la loi distingue de la saisie-arrêt, n'est pas soumise aux formalités exigées pour cette dernière. Bordeaux, 28 février 1849, Sir., 49, 2,400. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 476.

posant ¹³, et n'est point admis au bénéfice de cession de biens ¹⁴. Art. 1945.

Le dépositaire est libéré de l'obligation de restituer la chose déposée, lorsqu'elle a péri ou qu'elle lui a été enlevée sans sa faute ¹⁵. Toutefois, il devrait, dans ce cas, rendre ce qui lui en resterait, ainsi que l'indemnité qu'il pourrait avoir reçue. Art. 1934.

Le dépositaire peut, quand bon lui semble, se démettre du dépôt, en restituant la chose déposée ¹⁶, à moins qu'il ne se soit expressément ou tacitement obligé à la garder pendant un certain temps. Cette obligation résulte virtuellement de l'indication d'un terme pour la restitution du dépôt ¹⁷.

Du reste, le dépositaire est déchargé de toutes les obligations naissant du dépôt, lorsqu'il prouve qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée, et que le déposant n'a sur cette chose aucun droit de jouissance ou de détention. Art. 1946.

§ 404.

Des obligations du déposant.

Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les impenses nécessaires, c'est-à-dire les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose déposée ¹, et de l'indemniser des pertes que

¹³ Code pénal, art. 52 cbn. 408. La contrainte par corps ne pourrait être prononcée contre le dépositaire, à raison des dommages-intérêts auxquels il serait condamné pour n'avoir pas apporté à la garde de la chose les soins convenables, si ce n'est cependant par application de l'art. 426 du Code de procédure. Sous ce rapport, le dépôt volontaire diffère du dépôt nécessaire, Cpr. art. 2060, n° 4 ; § 405, texte n° 2 et note 2 ; § 586, texte et note 22. Troplong, n° 482. Civ. cass., 48 novembre 1834, Sir., 34, 1, 777.

¹⁴ Cpr. § 587 texte et note 43.

¹⁵ Art. 1302. Cpr. § 331.

¹⁶ Arg. *a contrario*, art. 1960. En cas de refus de la part du déposant de recevoir la restitution du dépôt, le dépositaire est autorisé à en faire la consignation. Cpr. art. 1264 ; § 322, texte n°s 2 et 3.

¹⁷ Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 437, à la note.

¹ Le dépositaire ne peut répéter ses impenses voluptuaires, sauf à faire usage de la faculté que l'art. 599, al. 3, accorde à l'usufruitier. Quant aux impenses utiles, le dépositaire ne peut, à la vérité, en demander le remboursement par l'action *deposi. i contraria*. Mais il nous paraît qu'il aurait, selon les circonstances, le droit de réclamer contre le propriétaire, par l'action *negotiorum gestorum*, une indemnité proportionnée à la mieux-value qui serait résultée de ces impenses. Cpr. Durantou, XVIII, 73.

la détention et la garde² de cette chose peuvent lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Le dépositaire a le droit de retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt. Art. 1948. Il pourrait même, si, sur l'offre de restituer le dépôt, le déposant refusait de lui rembourser ce qui lui est dû en sa qualité de dépositaire, se faire autoriser par justice à vendre aux enchères la chose déposée, et à retenir sur le prix le montant de sa créance³. Le droit de rétention et le moyen de le réaliser qui vient d'être indiqué compétent au dépositaire, même en cas de déconfiture ou de faillite du déposant⁴.

b) *Du dépôt nécessaire.*

§ 405.

Le dépôt nécessaire exige, de même que le dépôt volontaire, le consentement des parties¹.

Il est régi, sauf les deux exceptions suivantes, par les mêmes règles que le dépôt volontaire. Art. 1951.

1° La preuve du dépôt nécessaire peut, tant en ce qui concerne le fait même du dépôt, qu'en ce qui concerne la nature et la valeur des choses déposées, être faite par témoins, lors même que cette valeur dépasserait cent cinquante francs. Art. 1950 et 1348, n° 2.

2° Le dépositaire est passible de contrainte par corps pour toutes les condamnations qui peuvent être prononcées contre

² Ainsi, par exemple, le dépositaire aurait droit à un dédommagement, si, pour sauver d'un incendie la chose déposée, il avait laissé périr les siennes propres. Pothier, n° 74.

³ Les auteurs enseignent généralement que le dépositaire ne jouit pas, en cette seule qualité, d'un privilège sur la chose déposée. Voy. Troplong, *Des privilèges et hypothèques* I, 257; Rauter, *Revue étrangère*, 1844, VIII, p. 777; Duvergier, n° 506. Nous partageons cette manière de voir, et nous pensons, en conséquence, que, si le dépositaire avait laissé vendre la chose déposée par les créanciers du déposant, il ne pourrait exercer aucun privilège sur le prix. Mais, comme le dépositaire n'est pas tenu de garder indéfiniment le dépôt, et que, d'un autre côté, il ne saurait être contraint de s'en dessaisir avant parfaite satisfaction le seul moyen de sortir de la difficulté à laquelle donne lieu une pareille situation, est celui que nous avons indiqué au texte. Cpr. Lyon, 26 août 1849, Sir., 49, 2, 557; Req. rej., 40 décembre 1850, Sir., 51, 4, 243.

⁴ Cpr. les arrêts cités à la note précédente.

¹ Il ne faut pas conclure, par arg. *a contrario*, de l'art. 1924, que le dépôt nécessaire se forme indépendamment du consentement des parties.

lui, soit à raison d'un détournement frauduleux des choses déposées, soit à raison de leur perte ou de leur détérioration arrivée par sa faute². Art. 2060, n° 1.

c) *Des dépôts faits dans les hôtelleries.*

§ 406.

Les aubergistes ou hôteliers, et, en général, tous ceux dont la profession consiste à loger des voyageurs¹, sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par les personnes qu'ils reçoivent chez eux². Art. 1952.

Ce dépôt se forme par le seul apport des effets dans l'hôtellerie, et sans qu'il soit nécessaire que le voyageur ait déclaré à l'aubergiste qu'il les confiait à sa garde³. L'aubergiste répond même des voitures et des marchandises qui ne sont pas entrées dans l'hôtellerie, lorsqu'elles ont été placées dans le lieu où il a l'habitude de les faire stationner⁴.

Le dépôt dont il s'agit ici est assimilé au dépôt nécessaire. Il est, par conséquent, susceptible d'être prouvé par témoins,

² Cpr. §403, note 13; § 587, note 13; Duranton, XVIII, 454.

¹ Ainsi, par exemple, on doit assimiler aux hôteliers les personnes qui louent habituellement des chambres garnies à des voyageurs. Cpr. Sections réunies, cass., 27 juin 1844, Sir., 44, 4, 300. — Mais on ne doit pas leur assimiler les personnes qui tiennent des cafés, des tables de pension, des bains publics, ou d'autres établissements de ce genre : *non eadem est ratio*. Duvergier, n° 522. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Dépôt nécessaire; Troplong, n° 229. Cpr. aussi : Civ. rej., 4 juillet 1844, Sir. 21, 4, 268. — Les art. 1952 et suiv. ne sont d'ailleurs pas applicables au cas où des personnes viendraient habiter, en qualité de locataires, une auberge de la ville où ils ont leur résidence.

² Le dépôt fait par un voyageur ou un voiturier dans une auberge où il ne loge pas, d'un ballot qui doit être remis à un tiers, ne constitue pas un dépôt nécessaire dans le sens de l'art. 1952. Req. rej., 10 janvier 1832, Dalloz, 1832, 4, 67. — Lorsqu'en partant un voyageur laisse à l'aubergiste, qui consent à les garder, une partie des effets qu'il avait apportés dans l'hôtellerie le dépôt nécessaire qui, dans le principe, s'était formé par l'apport des effets, se convertit en dépôt volontaire.

³ C'est ce qui résulte bien évidemment des termes mêmes de l'art. 1952. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté, avec raison, de la doctrine de Pothier (n° 79). Troplong, n° 218. Duvergier, nos 519 et 520. Civ. cass., 4 mai 1846, Sir., 46, 4, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452.

⁴ Duvergier, n° 515. Troplong, n° 207. Duranton, XVIII, 83. Paris, 13 septembre 1808. Sir., 9, 2, 20. Paris, 14 mai 1839, Sir., 39, 2, 264. Amiens, 1^{er} décembre 1846, Sir., 47, 2, 238.

quelle qu'elle soit la valeur des effets déposés ; et il entraîne la contrainte par corps ⁵.

L'hôtelier répond non-seulement des dommages que lui ou ses domestiques ont personnellement occasionnés, mais encore de ceux qui ont été causés, soit par des personnes logées dans l'hôtellerie, soit même par des étrangers qui s'y seraient furtivement introduits ⁶. Sa responsabilité s'étend à toute espèce de dommages, et notamment à ceux provenant d'un vol ou d'un incendie ⁷. Art. 1952 et 1953. Il n'est cependant pas responsable des vols faits et des dommages causés avec force armée ou autre force majeure. Art. 1954. Les vols, même commis de nuit, avec escalade et effraction, ne sont pas, en raison de ces seules circonstances, à considérer comme des faits de force majeure ⁸.

La responsabilité de l'hôtelier n'est pas tellement absolue qu'il soit, dans tous les cas, tenu d'indemniser le voyageur de toutes ses pertes, quelque grandes qu'elles puissent être. Lorsque le voyageur a, parmi ses effets, de l'argent, des billets de banque, des bijoux, ou d'autres objets précieux, la prudence veut qu'il en avertisse l'hôtelier. S'il avait négligé de le faire, les tribunaux pourraient, en cas de perte de ces effets, ne lui allouer qu'une indemnité proportionnée à la valeur que l'hôtelier a dû leur supposer, d'après le volume des malles où ils se trouvaient renfermés, et la nature des objets que le voyageur, eu égard à sa condition, au but de son voyage et aux autres circonstances de la cause, devait être présumé avoir apportés avec lui ⁹. Ce tempérament toutefois n'est plus admissible, lorsqu'il est justifié que le dommage a été causé par des domestiques ou préposés de l'hôtelier ¹⁰.

L'hôtelier ne peut, pour restreindre l'étendue et les effets de

⁵ Cpr. § 405. Duranton, XVIII, 453.

⁶ Maleville (sur l'art. 1954) soutient que les expressions de l'art. 1952 : *par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie*, ne s'appliquent qu'à des voyageurs reçus dans l'hôtellerie, et qu'ainsi l'aubergiste n'est pas responsable des vols commis par des personnes qui s'y seraient furtivement introduites. Mais la combinaison de l'art. 1952 avec l'art. 1954, sur les motifs mêmes sur lesquels repose la première de ces dispositions, repousse cette interprétation restrictive.

⁷ Paris, 17 janvier 1850, Sir., 50, 2, 267.

⁸ Troplong, n° 235. Cpr. les arrêts cités à la note 13 du § 373.

⁹ *Observations du Tribunal* (Loché, Lég., XV, p. 117, n° 4). Troplong, n° 219 à 226. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Paris, 21 novembre 1836, Sir., 37, 2, 78.

¹⁰ Arg. art. 1384, al. 3, Civ. cass., 11 mai 1846, Sir. 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237.

sa responsabilité, se prévaloir d'un avis affiché dans toutes les chambres de l'hôtellerie, indiquant les mesures de précaution à prendre par les voyageurs, et la valeur jusqu'à concurrence de laquelle il entend être responsable ¹¹.

L'hôtelier doit, du reste, être déchargé de toute responsabilité, s'il prouve que la perte dont se plaint le voyageur provient d'une faute imputable à ce dernier ¹².

2) *Du séquestre.*

§ 407.

Notions générales.

Le séquestre est la remise, entre les mains d'un tiers, d'une chose litigieuse, soit mobilière, soit immobilière, dans le but de conserver les droits des parties intéressées au litige. Cpr. art. 1956.

Le séquestre peut être établi par convention ou par jugement. Art. 1955.

§ 408.

a) *Du séquestre conventionnel.*

Le séquestre conventionnel est gratuit ou salarié. Art. 1957. Dans ce dernier cas, il tient plus du louage de services que du dépôt ¹. Dans le premier cas, il est régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire, sauf les différences suivantes (art. 1958) :

1° Le séquestre peut avoir pour objet une chose immobilière, comme une chose mobilière. Art. 1959. Cpr. art. 1918.

2° La personne chargée du séquestre (le séquestre) ne peut, si ce n'est du consentement de toutes les parties intéressées au procès ², restituer la chose qui en fait l'objet qu'après la décision du litige. Art. 1960. Cpr. art. 1944. Elle doit alors la rendre à la

¹¹ Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Cpr. § 373, texte, notes 8 et 15.

¹² C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le voyageur avait déposé ses effets dans un endroit ouvert à tout le monde, sans en prévenir les gens de l'aubergiste, ou si, en sortant de sa chambre, il avait oublié de retirer la clef qu'on lui a donnée. Cpr. les *Observations du Tribunal*, citées à la note 9 *supra*. Duranton, XVIII, 80, Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452.

¹ Cpr. Art. 1917 et 1958 ; § 401, texte et note 2. Pothier, n° 90.

² Ainsi, le consentement de la partie ou de celles des parties qui auraient mis la chose en séquestre ne suffirait pas pour en autoriser la restitution avant la fin du procès. *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XV, p. 109, n° 26).

partie qui a obtenu gain de cause, et pour le compte de laquelle elle est censée l'avoir détenue. Art. 1956. Cpr. art. 1937. Aussi le séquestre a-t-il le droit de répéter en totalité contre cette partie les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose³. Arg. art. 1948.

3° Le séquestre ne peut, avant la fin du litige, se démettre de la garde de la chose séquestrée, si ce n'est pour une cause jugée légitime. Art. 1960.

§ 409.

b) *Du séquestre judiciaire.*

1° Les tribunaux sont autorisés¹ à ordonner la mise en séquestre d'une chose qui forme l'objet d'une instance judiciaire, lorsque la conservation des droits des parties leur paraît exiger cette mesure, et notamment² :

³ Le séquestre aurait-il, pour le remboursement de ses dépenses, une action solidaire contre les autres parties qui ont concouru à l'établissement du séquestre? Pothier (n° 89) enseigne l'affirmative. On peut invoquer, à l'appui de cette opinion, qui toutefois n'est pas sans difficulté, un argument d'analogie tiré de l'art. 2002.

¹ C'est un pouvoir que la loi accorde aux tribunaux, et non une obligation qu'elle leur impose. Req. rej., 28 avril 1813, Sir., 13, 4, 392.

² On s'est demandé si l'énumération contenue dans l'art. 1961 était limitative ou simplement indicative, et les opinions se sont partagées sur la question ainsi posée. Cpr. Delvincourt, III, p. 436; Maleville, sur l'art. 1961; Dalloz, *Jur. gén.*, v° Dépôt, p. 75, n° 5. Il faut, à notre avis, distinguer le cas où le séquestre est provoqué dans le cours d'une instance que le demandeur a introduite pour obtenir, n'importe en vertu de quel droit, la mise en possession d'une chose corporelle, et le cas où le séquestre est provoqué par voie d'action principale, ou même par voie de demande incidente, mais dans le cours d'une instance qui n'a pas pour fin directe et principale la mise en possession d'une chose corporelle. Au dernier cas, le juge ne peut ordonner le séquestre que dans les circonstances où la loi l'y autorise formellement, et c'est à tort, selon nous, que la Cour de Bourges (8 mars 1822, Sir., 23, 2, 96) a cru pouvoir, hors du cas de saisie, ordonner, sur la demande de créanciers hypothécaires, le séquestre d'un immeuble qui se trouvait entre les mains d'un tiers à titre d'antichrèse. Voy. cep. Trop-Long, n° 295. Au premier cas, il appartient au juge de prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation de la chose litigieuse, et par conséquent aussi d'en ordonner le séquestre, lors même que l'instance ne porterait pas sur une action en revendication ou sur une action possessoire proprement dite. Ainsi, par exemple, le séquestre peut être ordonné sur la réclamation du vendeur qui demande, soit la rescision de la vente pour cause de lésion, soit sa résolution pour défaut de paiement du prix. Bourges, 8 mars 1822, Sir., 23, 2, 96. Toulouse, 29 août 1827, Sir., 29, 2, 45. Voy. aussi Bourges, 18 décembre 1826, Sir., 27, 2, 121;

1) Lorsque la propriété d'une chose est contestée, et qu'il y a du danger pour celui qui revendique cette chose à la laisser dans les mains de la partie qui la possède.

2) Quand, la possession même étant contestée, il n'existe pas de motifs suffisants pour l'attribuer à l'une des parties plutôt qu'à l'autre³. Art. 1961, n° 2.

3) Lorsqu'il s'agit d'immeubles frappés de saisie, et que la conservation des droits des créanciers exige que les fonctions de séquestre, attribuées par la loi au débiteur saisi, soient confiées à une autre personne. Code de procédure, art. 681.

2° Les tribunaux peuvent également ordonner le séquestre, lorsque l'usufruitier d'un immeuble ne trouve pas de caution (art. 602), et lorsque le créancier d'une chose autre qu'une somme d'argent refuse de la recevoir. Art. 1961, n° 3. Cpr. art. 1264.

Dans ces diverses hypothèses, le séquestre est nommé par les parties intéressées, ou d'office, si elles ne sont pas d'accord entre elles. Art. 1963, al. 1.

Le séquestre judiciaire est soumis aux mêmes obligations, et jouit des mêmes droits que le séquestre conventionnel. Art. 1963, al. 2. Il est, en outre, contraignable par corps, pour la représentation des choses qui lui ont été confiées. Art. 2060, n° 4⁴.

3° Dans toute saisie d'objets mobiliers corporels, l'huissier chargé de la poursuite doit établir un séquestre ou gardien aux choses saisies, conformément aux art. 596, 597 et 598 du Code de procédure⁵. Ce gardien a, en général, droit à un salaire dont le taux est fixé par la loi. Les art. 1962 du Code Napoléon, 603 et suiv. du Code de procédure, tracent quelques règles spéciales sur ses droits et ses obligations, soit vis-à-vis du créancier saisissant, soit à l'égard du débiteur saisi.

Du reste, personne n'est tenu d'accepter la charge de séquestre ou de gardien, de quelque manière qu'elle lui ait été offerte ou conférée⁶.

Montpellier, 19 juin 1827, Sir., 27, 2, 217.—Du reste, le juge peut ordonner le séquestre, même au préjudice de la partie dont les prétentions seraient fondées sur un titre authentique. Req. rej., 10 mars 1814, Sir., 15, 1, 16.

³ Cpr. Civ. rej., 31 juillet 1838, Sir., 38, 1, 676.

⁴ Cpr. § 586, texte n° 1, notes 25 et 26.

⁵ Ces articles ont rendu sans objet la disposition du n° 1 de l'art. 1961.

⁶ Cette charge, en effet, ne saurait être considérée comme une charge publique. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2052. Rauter, *Cours de procédure*, § 289. Voy. en sens contraire, quant aux fonctions de gardien à une saisie : Berriat Saint-Prix, *Cours de procédure*, II, p. 534.

d. *Du mandat.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1984-2010.—BIBLIOGRAPHIE. *Du contrat de mandat*, par Pothier. *Du mandat*, par Troplong; Paris, 1846, 1 vol. in-8°.

§ 410.

1) *Notion du mandat*¹.

Le mandat est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci accepte, de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique, ou une série d'actes de cette nature. Art. 1784². Les caractères essentiels et distinctifs du mandat consistent donc :

1° En ce que l'affaire que le mandataire est chargé d'accomplir doit être un acte ou une série d'actes juridiques.

2° En ce que le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant, à l'effet de l'obliger envers des tiers, et d'obliger des tiers envers lui.

Le mandat donné pour une affaire qui se trouve déjà consommée est à considérer comme non venu³. Il en est de même du mandat qui n'a point été conféré dans la forme que la loi exige pour que le mandataire puisse exécuter l'acte juridique qui en fait l'objet⁴.

Le mandat peut être donné, soit dans l'intérêt exclusif du mandant, soit, tout à la fois, dans son intérêt et dans celui d'un tiers⁵ ou du mandataire⁶.

¹ Il existe des dispositions spéciales sur diverses espèces de mandataires. Voy. sur les avoués : Code de procédure civile, art. 75 et suiv., 352 et suiv.; sur les commissionnaires de commerce : Code de commerce, art. 91 et suiv. ; sur les agents de change et les courtiers : Code de commerce, art. 74 et suiv.

² La définition de l'art. 1984, qui s'applique plutôt à la procuration, c'est-à-dire à l'acte instrumentaire par lequel le pouvoir est conféré, qu'à la convention même de mandat, n'indique pas les caractères propres et distinctifs de ce contrat. C'est pour n'avoir pas nettement saisi ces caractères que la plupart des auteurs ont confondu avec le mandat des conventions d'une nature toute différente. Cpr. § 371 bis, note 1.

³ Il est bien entendu que, si le mandataire avait, dans l'ignorance de la consommation de l'affaire, fait des déboursés, le mandant lui en devrait le remboursement.

⁴ Cpr. § 411, texte et notes 4 à 6.

⁵ Le mandat exclusivement conféré dans l'intérêt d'un tiers serait inefficace, puisque le mandant, qui n'y aurait aucun intérêt, ne pourrait en réclamer l'exécution. Cpr. L. 8, § 6, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 47. Duranton, XVIII, 204.

⁶ Lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du man-

Le mandat est gratuit de sa nature ; mais la promesse d'un salaire faite au mandataire n'est pas contraire à l'essence de ce contrat⁷. Art. 1986. Cette promesse peut avoir lieu tacitement⁸.

Il ne faut pas confondre avec le mandat le conseil ou la simple recommandation, qui n'obligent celui qui les a donnés de bonne foi, ni envers la personne à laquelle ils ont été adressés, ni envers les tiers⁹.

Si le caractère et les effets du mandat sont, en général, indépendants de la forme extérieure sous laquelle il a été conféré, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont cependant profondément modifiés, lorsque le mandat se produit sous la forme d'une vente, d'une cession, ou d'un autre acte, par lequel le mandant investit, en apparence, le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire. Dans ce cas, en effet, le mandataire, qui devient ce qu'on appelle un prête-nom, agissant *nomine proprio*, se trouve personnellement engagé vis-à-vis des tiers. Et d'un autre côté, le mandant ne peut, au regard de ces derniers, critiquer les actes passés par le prête-nom, ni sous le prétexte qu'il aurait dépassé les limites de ses pouvoirs, ni par le motif que ces actes auraient été passés après la cessation du mandat¹⁰. Si toutefois les tiers avaient obtenu, par une voie quelconque, connaissance du véritable état des choses, ils ne seraient plus admis à se prévaloir de la qualité apparente du prête-nom avec lequel ils ont traité, et l'on retomberait sous l'application des règles ordinaires du mandat¹¹.

dataire, ce dernier est vulgairement appelé *procurator in rem suam*. Cette dénomination, empruntée au Droit romain, a, dans ce Droit, un sens tout spécial.

⁷ Le mandat, en effet, conserve, malgré la stipulation d'un salaire, le caractère qui le distingue du louage de services ou d'autres contrats analogues. Cpr. en sens divers : § 43, *Inst. de mand.* (3, 27) ; L. 4, § 4, L. 6, *præ.* L. 7, *D. mand.* (17, 4).

⁸ Le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état ou par profession, par exemple, dans les mandats confiés à des avoués ou à des agents d'affaires, et dans les commissions données à des courtiers ou à des commissionnaires de commerce. Civ. rej., 18 mars 1848, *Sir.*, 48, 1, 234. Cpr. Bordeaux, 29 juin 1853, *Sir.*, 53, 2, 63.

⁹ L. 2, § 6, *D. mand.* (17, 4). Il en serait autrement, si un conseil ou une recommandation avaient été donnés de mauvaise foi. Art. 1382 et suiv. Pothier, nos 48 et suiv. Merlin, *Rép.*, v^o Mandat, § 4, n^o 5. Duranton, XVIII, 202. Cpr. Paris, 1^{er} mai 1807. *Sir.*, 7, 2, 89.

¹⁰ Troplong, n^o 43.

¹¹ Civ. rej., 9 février 1848, *Sir.*, 48, 1, 481.

§ 411.

2) *Des conditions de la validité du mandat.*

Le mandat, dont la validité n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque, peut, en général, être conféré, soit expressément, soit tacitement¹. Art. 1985. On ne doit cependant pas considérer comme emportant un mandat tacite le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose point à cette gestion².

¹ Ce serait une erreur de conclure, par argument *a contrario*, de l'al. 1^{er} de l'art. 1985, combiné avec l'al. 2 du même article, que le mandat n'est pas susceptible d'être donné tacitement. Cet argument ne serait pas ici concluant, puisqu'il tendrait à établir une exception aux principes généraux sur la manière dont le consentement peut être manifesté Cpr. §§ 40 et 343. Troplong, n^{os} 118 et suiv. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 25 et 26 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III. 1347. Cpr. aussi Duranton, XVIII, 218 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 70 et suiv.—Nous avons indiqué, au § 317, texte et notes 6 à 8, différents cas de mandat tacite à l'effet de recevoir un paiement. — La femme mariée est, en général, à considérer comme ayant mandat tacite du mari, pour les dépenses du ménage. Elle peut même, selon les circonstances, et lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, être regardée comme ayant mandat tacite pour acheter les provisions ou marchandises nécessaires à la profession ou au commerce de ce dernier. Merlin, *Rép.*, v^o Autorisation maritale, sect. VII, n^{os} 1 et 7. Toullier, XII, 261. Duranton, XVIII, 219. Civ. rej., 2 avril 1822, Sir., 22, 1, 369. Cpr. Req. rej., 25 janvier 1821, Sir., 21, 1, 177 ; Civ. rej., 14 janvier 1826, Sir., 26, 1, 332 ; Bordeaux, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 389. — Mais un domestique ne doit pas, en général, être considéré comme mandataire tacite du maître pour acheter à crédit les provisions du ménage. Civ. cass., 22 janvier 1812, Sir., 13, 1, 224. Paris, 13 septembre 1828, Sir., 29, 2, 19. Paris, 18 avril 1838, Sir., 38, 2, 218. Cpr. Duranton, XVIII, 218 et suiv.

² C'est ce qui résulte de l'art. 1372, qui ne voit dans cette hypothèse qu'une simple gestion d'affaires. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté de la règle du Droit romain, *Qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*. L. 60, D. de R. J. (50, 17). Tel n'est cependant pas l'avis de M. Troplong, qui enseigne (n^{os} 129 et suiv.) qu'on doit encore aujourd'hui, conformément à la maxime précitée, admettre un mandat tacite dans l'hypothèse où la gestion a été entreprise au su du maître de l'affaire. Suivant l'éminent magistrat, les termes de l'art. 1372 : *soit que le propriétaire connaisse la gestion*, ne s'appliqueraient pas à cette hypothèse, et devraient être restreints à celle où le maître de l'affaire n'aurait obtenu qu'après coup connaissance de la gestion. Il cite à l'appui de cette opinion différents textes qui établiraient, selon lui, qu'en Droit romain cette circonstance n'avait pas pour effet de transformer en mandat la simple *negotiorum gestio*. Son argumentation ne nous a pas convaincus, et nous maintenons l'opinion personnelle que nous avons émise au texte. Les lois 6, § 2, et 20, § 1, D. *mand.*, (18, 1), et les

Le mandat peut être donné verbalement, aussi bien que par écrit, mais dans le premier cas la preuve n'en est reçue que conformément aux règles générales sur la preuve des conventions³. Art. 1985.

L'acte destiné à constater vis-à-vis des tiers l'existence d'un mandat peut, en général, être passé, soit en forme authentique, soit sous seing privé⁴. Il est cependant des cas dans lesquels la loi exige explicitement une procuration authentique⁵. Et d'après l'esprit des dispositions du code, une pareille procuration est également nécessaire pour la validité d'une constitution d'hypothèque ou d'un contrat de mariage, à consentir ou à passer par un mandataire⁶.

lois 1 et 2, D. de neg. gest. (3, 5), citées par M. Troplong, n'établissent nullement la thèse spéciale qu'il soutient. Quant aux lois 6, §§ 9 et 10, 9, D. de neg. gest. (3, 5), et 9, C. de neg. gest. (2, 18), qu'il invoque également, elles sont complètement étrangères à la question, puisqu'elles s'appliquent à des hypothèses où l'action *negotiorum gestorum*, qui n'existait pas dès le principe, en raison de l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises pour y donner ouverture, n'a pris naissance que par suite de la ratification de celui au nom duquel la gestion avait été entreprise. A notre avis, il faut, au point de vue du Droit romain, distinguer entre les actes consommés avant que le maître n'ait eu connaissance de la gestion, et ceux que le gérant n'aurait accomplis que depuis cette connaissance acquise. Si les premiers restent sans contredit soumis aux règles de la gestion d'affaires, il n'en est plus de même des seconds, qui, d'après la maxime *sola patientia inducit mandatum*, doivent être considérés comme faits en vertu d'un mandat tacite. Or, cette solution n'est évidemment plus compatible avec l'art. 1372, alors même qu'on admettrait l'interprétation qu'en donne M. Troplong. On ne peut donc se refuser à voir dans cet article une innovation législative, et cette innovation restreinte au cas particulier où le maître aurait, dans le cours seulement de la gestion, obtenu connaissance de celle-ci, serait une véritable inconséquence. Pour l'expliquer d'une manière rationnelle, il faut, en la généralisant, admettre que, dans la pensée des rédacteurs du Code, le simple silence du maître ne suffit pas pour emporter mandat. Les termes de l'art. 1372 résistent d'ailleurs à toute distinction, et les travaux préparatoires du Code ne fournissent pas d'indications assez précises pour permettre de restreindre la portée de cet article.

³ Cpr. cep. Req. rej., 10 juin 1841, Sir., 41, 1, 861 ; Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 207.

⁴ Civ. cass., 6 février 1837, Sir., 37, 1, 201. — Cpr. sur le mandat donné à l'effet, soit d'accepter une succession, purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, soit d'y renoncer : § 611, note 38 ; § 612, note 9 ; § 613, note 7.

⁵ Cpr. art. 36, 66, 933 ; Loi du 21 juin 1843, art. 2 ; § 568 bis, note 16 ; § 658, note 3.

⁶ Cpr. sur le mandat à l'effet de constituer hypothèque : § 266, texte n° 2. — Cpr. sur le mandat à l'effet de représenter l'un des futurs époux au contrat de mariage : Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

La capacité requise pour pouvoir conférer un mandat se détermine d'après la nature de l'affaire qui en forme l'objet. Si cette affaire consiste dans un acte d'administration, le mandat pourra être conféré par toute personne ayant l'administration de sa fortune, par exemple, par un mineur émancipé. Si, au contraire, il s'agit d'un acte de disposition, le mandat ne pourra être donné que par une personne capable de disposer de ses biens.

Le mandat peut être valablement conféré même à une personne incapable de s'obliger⁷, en ce sens que, malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouvera lié, par l'exécution du mandat, tant envers ce dernier qu'envers les tiers avec lesquels il aura contracté. Mais l'incapable, qui a accepté un mandat, peut en opposer la nullité, lorsqu'il est recherché, soit pour inexécution des obligations résultant de ce contrat, soit en reddition de compte, sauf l'action de *in rem verso* qui, dans ce dernier cas, peut appartenir au mandant. Art. 1990⁸. Du reste, l'incapable qui aurait frauduleusement détourné les objets que le mandant lui avait confiés pourrait être recherché en dommages intérêts à raison du délit par lui commis⁹.

Tout acte juridique est susceptible d'être l'objet d'un mandat, à moins que, d'après sa nature ou en vertu d'une disposition de la loi, il ne puisse être fait que par la personne qu'il intéresse¹⁰.

Un mandat n'est valable qu'autant que l'affaire qui en forme

⁷ Cpr. cep. art. 1028, 1029 et 1030.

⁸ Quoique l'art. 1990 ne parle que des mineurs émancipés, il ne faut pas en conclure, par arg. *a contrario*, qu'un mandat ne puisse pas être valablement conféré à un mineur non émancipé. Cet article n'a point été rédigé dans un esprit d'exclusion; il a bien moins pour objet d'énumérer les personnes capables de recevoir un mandat, que de déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne jouissant de l'administration de sa fortune, sans en avoir la disposition. Le législateur paraît, dans cette circonstance, avoir été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi, on ne considérât comme valablement obligés par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé, et la femme mariée qui se serait réservé l'administration de ses biens. Cpr. Delvincourt, III, part. II, p. 239; Duranton, XVIII, 212; Troplong, 332. Voy. en sens contraire: De Fréminville, *De la minorité*, II, 941 *ter*.

⁹ Code pénal, art. 408.

¹⁰ C'est ce qui a lieu, par exemple, en fait de mariage (cpr. § 466, note 8), et en ce qui concerne la prestation d'un serment. Code de procédure, art. 124. Voy. aussi Code de procédure, art. 877.

l'objet est licite en elle-même¹¹, et ne se trouve pas interdite au mandant. Mais rien n'empêche qu'une personne à qui la loi défend de faire certains actes pour son propre compte ne reçoive mandat de les faire au nom et pour le compte d'un tiers¹².

§ 412.

3) *Des diverses espèces de mandats sous le rapport de leur étendue.*

Le mandat est général, lorsque, d'une part, il embrasse toutes les affaires du mandant, et que, d'autre part, il confère au mandataire le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire. Le mandat qui ne présente pas ce double caractère, n'est que spécial, quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Ainsi, est spécial le mandat relatif à toutes les affaires du mandant, mais qui ne confère au mandataire que des pouvoirs limités à certains actes juridiques d'une nature déterminée. Il en est de même du mandat qui confère au mandataire des pouvoirs illimités sous le rapport des actes juridiques qu'il est autorisé à faire, mais qui ne s'applique qu'à une ou plusieurs affaires déterminées. Art. 1987.

Le mandat de gérer, soit toutes les affaires, soit certaines affaires du mandant, n'embrasse que les actes d'administration, lorsqu'il est conçu en termes généraux; peu importe que ces termes confèrent simplement au mandataire le pouvoir de faire tout ce qu'il lui semblera convenable aux intérêts du mandant, ou qu'ils lui donnent même la faculté de faire tout ce que le mandant serait lui-même habile à faire¹. Art. 1988, al. 1².

Le pouvoir à l'effet de passer ou de faire des actes de disposi-

¹¹ Turin, 12 décembre 1807, Sir., 7, 2, 716.

¹² Ainsi, le mandataire chargé de vendre certains objets peut, quoiqu'il lui soit interdit de les acheter pour lui-même, recevoir mandat de les acheter pour le compte d'un tiers. Duranton, XVIII, 207.

¹ *Observations du Tribunat* (Loché, *Lég.*, XV, p. 227, n° 2).

² Il ne faut pas confondre le mandat général avec ce que l'art. 1988 appelle un *mandat conçu en termes généraux*. Un mandat relatif seulement à une ou plusieurs affaires déterminées, et par conséquent spécial de sa nature, peut être conçu en termes généraux; et d'un autre côté le mandat, quoique relatif à toutes les affaires du mandant, n'est que spécial, s'il a été conçu en termes généraux, puisqu'il est restreint aux actes d'administration.

tion ne peut résulter que d'un mandat exprès, c'est-à-dire d'un mandat qui autorise le mandataire, en termes formels, à passer ou à faire tels ou tels actes rentrant dans cette catégorie. Art. 1988, al. 2. Mais il n'est pas nécessaire qu'un pareil mandat indique, d'une manière particulière et déterminée, l'affaire ou les affaires qui devront en faire l'objet. Ainsi, le mandat de vendre les immeubles du mandant, de constituer des hypothèques, ou de contracter des emprunts, est suffisant pour autoriser le mandataire à passer des actes de cette nature, bien qu'il n'indique pas nominativement les immeubles à vendre ou à donner en hypothèque, et qu'il ne fixe pas le montant de la somme à emprunter³. Il en serait cependant autrement du mandat conféré dans ces termes par une femme mariée, soit à son mari, soit à un tiers avec l'autorisation de ce dernier⁴.

Lorsque la loi exige pour la passation d'un acte un mandat spécial, ce mandat doit nominativement indiquer l'affaire en vue de laquelle il est donné⁵. Il serait insuffisant, si, tout en déterminant la nature de l'acte à passer, il laissait au mandataire la liberté de faire usage de son pouvoir toutes les fois que l'occasion s'en présenterait.

Le mandat de faire les actes d'administration autorise notamment le mandataire à louer, pour la durée ordinaire des baux, les choses dont la gestion lui est confiée⁶, à passer les conventions nécessaires pour leur entretien ou leur exploitation, à intenter les actions possessoires et celles qui tendraient à interrompre une prescription, à poursuivre le remboursement des créances et à en donner décharge, enfin, à aliéner les récoltes, ainsi que les autres choses mobilières qui, d'après leur nature, sont destinées à être vendues ou se trouvent sujettes à dépérissement⁷. Mais ce mandat ne confère pas le pouvoir d'accepter ou de répudier une succession, ni celui de provoquer le partage de choses indivises entre le mandant et des tiers, ni, en général, celui d'intenter des actions réelles immobilières⁸.

³ Cpr. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201.

⁴ Voy. sur ce point : § 472, texte n° 6.

⁵ Cpr. art. 36, 66, 412 et 4356 ; Code de procédure, art. 198, 216, 352 et 556.

⁶ Arg. art. 595 et 1718 cbn. art. 1429. Cpr. Paris, 27 novembre 1813, Sir., 15, 2, 61.

⁷ Duranton, XVIII, 229. Bruxelles, 21 décembre 1809, Sir., 7, 2, 988.

⁸ Arg. art. 464 et 465.

Le mandat spécial de faire certains actes d'une nature déterminée doit être restreint aux actes pour lesquels il a été donné, et ne peut être étendu à d'autres actes analogues, ni même à des actes qui pourraient, jusqu'à un certain point, être envisagés comme une suite naturelle de ceux que le mandataire a été chargé de faire. Ainsi, le pouvoir de transiger ne donne pas celui de compromettre, et le pouvoir de vendre n'emporte pas celui d'hypothéquer. Ainsi encore, le pouvoir de vendre un immeuble ne confère pas, en général, celui d'en toucher le prix. Art. 1989 et arg. de cet article⁹.

§ 413.

4) *Des obligations du mandataire.*

1° Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat, et d'apporter à la gestion de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé les soins d'un bon père de famille. Art. 1992, al. 1, cbn. 1137. Il est responsable envers le mandant du dommage qu'il peut lui avoir occasionné, soit par l'inexécution totale ou partielle du mandat, soit par les fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Art. 1991 et 1992, al. 1¹. Sa responsabilité doit être appréciée moins rigoureusement, lorsque le mandat est gratuit, que quand il est salarié². Art. 1992, al. 2. Du reste, le mandataire n'est pas admis à compenser, avec les pertes qu'il a fait éprouver au mandant, les profits que, d'un autre côté, il peut lui avoir procurés³.

2° Le mandataire doit se renfermer dans les limites de ses pouvoirs. S'il les dépasse, il devient, selon les circonstances,

⁹ Cpr. Paris, 21 avril 1806, Sir., 6, 2, 473; Turin, 2 février 1814, Sir., 11, 2, 415; Bourges, 19 décembre 1824, Sir., 24, 2, 9; Bordeaux, 22 janvier 1827, Sir., 27, 2, 65; Pau, 17 mars 1829, Sir., 30, 2, 15; Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 205; Req. rej., 19 février 1834, Sir., 34, 1, 748; Req. rej., 22 avril 1834, Dalloz, 1834, 1, 228; Req. rej., 26 mars 1834, Sir., 34, 1, 760; Douai, 13 mai 1836, Sir., 36, 2, 450; Req. rej., 1^{er} avril 1839, Sir., 39, 1, 379; Rouen, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 80.

¹ Cpr. Paris, 29 mars 1814, Sir., 11, 2, 217; Aix, 23 avril 1813, Sir., 13, 2, 277; Paris, 26 novembre 1816, Sir., 17, 2, 236.

² Le mandataire qui ne doit recevoir aucun salaire, ou qu'un salaire très-modique, ne peut, par ce motif, être affranchi de toute responsabilité. Civ. cass., 2 janvier 1832, Sir., 32, 1, 319.

³ Arg. art. 1850. Duranton, XVIII, 244.

passible de dommages-intérêts, soit envers le mandant, soit même envers les tiers avec lesquels il traite ⁴.

3° Le mandataire doit rendre compte de sa gestion ⁵, et faire état au mandant de tout ce qu'il a reçu par suite du mandat. Il doit même compte des sommes qui, n'étant pas réellement dues au mandant, auraient été indûment payées. Art. 1993.

Le mandataire qui a employé à son usage personnel des deniers appartenant au mandant, en doit, de plein droit, les intérêts à compter du jour de cet emploi ⁶. Art. 1996⁷. Il peut même, selon les circonstances, être condamné à de plus amples dommages-intérêts, si, en retenant des deniers qu'il avait reçus pour en faire un usage déterminé, il a négligé d'exécuter le mandat à lui confié ⁸. Quant au reliquat dont le mandataire se trouve débiteur par suite de sa gestion, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure ⁹. Art. 1996.

Lorsqu'un mandat a été donné à plusieurs personnes conjointement, il n'y a pas, à moins de convention contraire, de solidarité entre elles ¹⁰. Art. 1995.

Quand la solidarité a été stipulée, chacun des mandataires répond *in totum* des suites de l'inexécution du mandat, et même des conséquences des fautes commises par ses comandataires ¹¹.

⁴ Cpr. §§ 444 et 445.

⁵ Cpr. cep. Req. rej., 11 janvier 1843, Sir., 43, 1, 443.

⁶ Ces intérêts ne se prescrivent point par cinq ans. *Nec obstat* art. 2277. Cpr. § 774, texte et note 24.

⁷ Cpr. Code pénal, art. 408.

⁸ *Nec obstat* art. 4153, al. 1. Par exemple, si le mandataire avait employé à son propre usage des deniers destinés à acquitter une dette du mandant, et qu'à défaut de paiement ce dernier eût été poursuivi par le créancier, il lui serait dû, à raison des frais de la poursuite, des dommages-intérêts indépendants de l'intérêt légal de la somme remise au mandataire. Duranton, XVIII, 246.

⁹ Cette mise en demeure peut résulter d'une simple sommation. Art. 4139. *Nec obstat* art. 4153, al. 3 : Le mandataire qui ne paie pas le reliquat de son compte, après avoir été sommé de le faire, doit être présumé avoir employé à son usage personnel les deniers du mandant. Duranton, XVIII, 248. Cpr. Bourges, 13 avril 1840, Sir., 40, 2, 527.

¹⁰ L'art. 1033 apporte une exception à cette règle. Cpr. aussi : Paris, 28 avril 1836, Sir., 36, 2, 263.

¹¹ Cette proposition n'est pas contraire à l'art. 4205 et aux explications que nous avons données sur cet article (§ 298 texte, notes 41 et 42). Le mandat impose *ab initio*, et par sa nature même, au mandataire, l'obligation d'accomplir, d'une manière régulière et complète, les actes qui en forment l'objet. Et les dommages-intérêts auxquels le mandant peut avoir droit en raison de l'inexécution

Mais, dans ce cas-là même, l'un des mandataires n'est pas responsable de ce que l'autre peut avoir fait en dehors des limites du mandat ¹².

Au cas où la solidarité n'a pas été stipulée, chacun des mandataires ne répond que des fautes ou des faits qui lui sont personnels ¹³. Quant aux dommages-intérêts qui peuvent être dus par suite de l'inexécution du mandat, chacun des mandataires en est tenu pour une portion virile, et n'en est tenu que pour cette portion. Si cependant, d'après les termes d'un mandat conféré à plusieurs personnes, l'un des mandataires ne pouvait agir sans le concours des autres ¹⁴, celui qui, par son refus de coopérer à l'exécution du mandat, aurait occasionné un dommage au mandant, serait seul passible de dommages-intérêts envers ce dernier, et il en serait tenu pour le tout.

4° Le mandataire est, en général, autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat ¹⁵. Mais il répond de la personne qu'il

du mandat ou de son exécution fautive ne sont pas la conséquence d'une obligation nouvelle et secondaire, mais la représentation de l'obligation originaire et principale du mandataire. Il en résulte que, si le mandat a été solidairement conféré à plusieurs, chacun des mandataires est tenu *in totum* des dommages-intérêts, tout comme les débiteurs solidaires d'un corps certain sont, en cas de perte causée par la faute de l'un d'eux, tenus *in solidum* de payer le prix de la chose. L. 60, § 2, D. *mand.* (47, 2). Cujas, lib. I, *Resp. Scævola, ad dict. leg.*

¹² Civ. cass., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 592.

¹³ Aix, 29 décembre 1843, Sir., 44, 2, 447.

¹⁴ Cpr. à cet égard, art. 1857 et 1858.

¹⁵ M. Troplong (n° 446) conteste l'exactitude de cette proposition, qui renverse, selon lui, la vérité de la situation, en ce qu'elle signale comme un droit *un agissement* que la loi ne tolère qu'aux risques et périls du mandataire. « Si ce dernier, dit-il, usait d'un droit, il ne serait pas responsable des faits du substitué (arg. du n° 2 de l'art. 1994). C'est parce qu'il s'écarte de ses devoirs que la loi l'identifie avec le substitué, et fait peser sur lui tous les écarts de conduite de ce dernier ». Suivant M. Troplong, le mandataire manquerait à une loi essentielle de la convention, en déléguant à un étranger un office qui n'avait été confié qu'à lui-même et en vue de sa personne; et c'est en raison de la faute qu'il commettrait par le fait même de la substitution, qu'il devrait la réparation de tout le dommage occasionné par la mauvaise gestion de son substitué. Cette théorie n'est pas celle du Droit romain. Voy. L. 8, § 3, D. *mand.* (47, 4); L. 28, D. *de neg. gest.* (3, 5); L. 2 *in fine*, D. *si mentor fal. mod. dix.* (41, 6). Il ressort évidemment de tous ces textes que le mandataire jouit, en général, de la faculté de substituer; et c'est aussi ce qu'enseignent les romanistes modernes les plus accrédités. Cpr. Hofacker, *Principia juris civilis*, III, § 2014; Thibaut, *System des Pandektenrechts*, III, § 267; Mühlenthal, *Doctrina Pandectarum*, II, § 429; Puchta, *Pandekten*, § 324. La doctrine de M. Troplong n'est

s'est substituée, lorsqu'il n'a pas expressément reçu le pouvoir de le faire, ou lorsque, ayant reçu ce pouvoir sans désignation de la personne qu'il pourrait se substituer, il a fait choix d'un individu notoirement incapable ou insolvable. Art. 1994, al. 1^{er}. Le mandant a, dans tous les cas, une action personnelle et directe

pas davantage celle du Droit canonique. Voici en effet ce que nous lisons dans une décrétale du pape Boniface VIII : « Procurator non aliter censetur idoneus ad matrimonium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. « *Et, quamvis alias is qui constituitur ad negotia procurator alium dare possit, in hoc tamen casu non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit concessum.* » *Cap. ult. de procur. in sexto* (I. 19). Pothier (nos 90 et 99) professait, il est vrai, la doctrine que M. Troplong cherche à faire prévaloir. Mais Pothier avait le mérite d'être conséquent : partant de l'idée que le mandataire qui n'a pas reçu pouvoir de substituer doit être considéré comme ayant excédé les limites du mandat, lorsqu'il a fait, non par lui-même, mais par un autre, l'affaire dont il était chargé, Pothier n'hésite pas à dire que ce qui a été ainsi fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge à propos de le ratifier. M. Troplong, au contraire, répudie formellement cette conséquence, qu'il n'était plus possible d'admettre en présence de l'art. 1994, et de la discussion à laquelle il a donné lieu au Conseil d'état. Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 223, n° 7. Il reconnaît ainsi virtuellement que le mandataire n'excède pas en substituant les limites du mandat, ce qui revient absolument au même, que, sauf la responsabilité à laquelle il se soumet, il est autorisé à substituer. Or, nous ne disons pas autre chose, car nous ajoutons immédiatement : *Mais il répond de la personne qu'il s'est substituée.* Maintenant serait-il vrai de dire, avec M. Troplong, que le fondement de la responsabilité encourue par le mandataire qui substitue sans avoir reçu pouvoir de le faire se trouve dans la faute que constituerait le fait même de la substitution ? Nous pourrions le concéder sans rien reprendre de ce que nous avons dit ; mais, cette concession même, nous ne croyons pas devoir la faire. Il ressort de toute la discussion au Conseil d'état sur l'art. 1994 qu'on a entendu autoriser le mandataire à substituer. Or il ne saurait y avoir de faute à faire ce que la loi autorise. Ce n'est donc pas dans une prétendue faute, qui ne se comprendrait pas, qu'il faut chercher le fondement de la responsabilité du mandataire. C'est dans l'acceptation du mandat qu'elle réside, dans l'obligation d'exécuter le mandat accepté et de rendre compte de son exécution. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que, si le mandataire est autorisé à substituer, il ne peut cependant, par la substitution, se décharger du mandat. Ce sont là deux idées complètement distinctes : la remarque en a été faite avec beaucoup de justesse par Treilhard. Le mandataire reste donc soumis, même après la substitution, à toutes les obligations résultant du mandat qu'il a accepté ; et c'est dans ces obligations que se trouve la cause de sa responsabilité, parce que, en l'absence d'un pouvoir exprès de substituer, le substitué n'est relativement au mandant que le préposé du mandataire, préposé dont ce dernier doit nécessairement répondre conformément au Droit commun. Art. 1384. Le mandataire, au contraire, a-t-il reçu un pouvoir exprès de substituer, le substitué devient alors l'agent du mandant, agent des faits duquel le mandataire n'est pas responsable,

contre le substitué, mais seulement en raison des obligations que ce dernier a contractées par le sous-mandat qu'il a reçu. Réciproquement, le substitué jouit, par suite de l'exécution du mandat, d'une action personnelle et directe contre le mandant¹⁶. Art. 1994, al. 2 et arg. de cet article. Du reste, les rapports qui se forment entre le mandataire et la personne qu'il se substitue sont régis par les mêmes règles que les rapports qui existent entre le mandant et le mandataire¹⁷.

§ 414.

5) *Des obligations du mandant.*

1° Le mandant est tenu de rendre le mandataire indemne de toutes les suites de la gestion qui formait l'objet du mandat¹, pourvu que ce dernier ait apporté les soins convenables à cette gestion, et qu'il n'ait pas dépassé les limites de ses pouvoirs. Le mandant doit donc, dans cette supposition, rembourser au mandataire les sommes que celui-ci a dépensées pour l'exécution du mandat, avec les intérêts à compter du jour de leur emploi², et le libérer des engagements qu'il peut, dans le même but, avoir contractés envers des tiers en son nom personnel. Il doit, de plus, indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a éprouvées à l'occasion de sa gestion³, sans imprudence qui lui soit imputable. Art. 1999, al. 1. Art. 2000 et 2001.

à moins qu'il n'ait commis une faute dans l'exécution du mandat de substituer, en faisant choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. C'est dans ce dernier cas seulement que la responsabilité du mandataire repose sur une idée de faute. Cette idée est complètement inexacte, en tant qu'on voudrait l'appliquer à la première hypothèse.

¹⁶ Le Droit romain ne reconnaît pas l'existence d'un rapport obligatoire direct entre le mandant et le substitué, pour le cas du moins où le mandataire n'a pas été expressément autorisé à déléguer ses pouvoirs. L. 28, D. *de neg. gest.* (3, 5).

¹⁷ Cpr. Paris, 10 novembre 1812, Sir., 13, 2, 302.

¹ Le mandat donné par un fonctionnaire public, à raison de ses fonctions, par exemple, la commission donnée à un huissier par un receveur d'enregistrement, de poursuivre des redevables, n'engendre pas d'action personnelle contre le mandant. Req. rej., 24 mars 1825, Sir., 26, 4, 204.

² Ces intérêts ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans. *Non obstat* art. 2277 : Cpr. § 774, texte et note 24.

³ D'après le Droit romain, le mandataire ne peut réclamer d'indemnité que pour les pertes dont l'exécution du mandat a été la cause directe et immédiate. Cpr. L. 26, § 6, D. *mand.* (17, 4). La disposition du Code, qui accorde au mandataire une indemnité pour toutes les pertes qu'il a éprouvées à l'occasion de sa

Le mandant ne peut se refuser à l'accomplissement de ces diverses obligations, par le motif que la gestion du mandataire ne lui a pas été profitable, ni demander, en général, la réduction des avances ou déboursés faits par ce dernier, sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres ⁴. Art. 1999, al. 2.

2° Le mandant est tenu de payer au mandataire le salaire qu'il lui a promis ⁵, ou qui peut lui être dû indépendamment de toute promesse expresse, lors même que l'affaire dont le mandataire a été chargé n'a pas réussi, à moins toutefois qu'il n'y ait eu faute de la part de ce dernier ⁶. Art. 1999.

Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacun des mandants est tenu solidairement envers lui de toutes les obligations qui naissent en sa faveur de l'exécution du mandat ⁷. Art. 2002.

§ 415.

6) *Des rapports du mandant et du mandataire envers les tiers.*

1° Les actes juridiques faits par le mandataire, dans les limites de ses pouvoirs, et au nom du mandant, doivent être considérés comme ayant été faits par ce dernier personnellement. Il en résulte que les droits et les obligations qui naissent de conventions ainsi passées par le mandataire sont directement acquis au mandant, et le lient personnellement envers les tiers avec les-

gestion, est plus équitable, surtout lorsqu'il s'agit d'un mandat gratuit. Duranton, XVIII, 269. Troplong, n° 654 et suiv.

⁴ L. 27, § 4, D. *mand.* (17, 4). Pothier, n° 78. Duranton, XVIII, 266. Cpr. cep. Civ. rej., 19 janvier 1834, Sir., 34, 1, 157; Paris, 18 avril 1836, Sir., 36, 2, 503.

⁵ Cpr. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., 27, 2, 102.

⁶ Le mandataire dont le mandat est révoqué cesse d'avoir droit pour l'avenir au salaire promis, encore qu'il continue à soigner les affaires du mandant, et qu'il les gère utilement. Bruxelles, 24 février 1840, Sir., 41, 2, 54. Cpr. Req. rej., 11 mars 1824, Sir., 25, 1, 133.

⁷ C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque plusieurs personnes chargent un avoué de les représenter dans un procès qui leur est commun. — En est-il de même lorsque plusieurs personnes chargent un notaire de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, en partant de la supposition qu'il se forme, entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère, un contrat de mandat. Voy. Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., 42, 1, 198; Civ. cass., 26 juin 1820, Sir., 20, 1, 409; Civ. cass., 19 avril 1826, Sir., 26, 1, 396; Civ. cass., 10 novembre 1828, Sir., 29, 1, 79. Cette supposition nous paraît erronée. Cpr. § 371 *bis*, note 1; et § 410, note 2. Mais on peut justifier par d'autres motifs la jurisprudence de la cour de cassation.

quels le mandataire a traité. Il en résulte, d'un autre côté, que le mandataire ne peut, ni réclamer, en son nom propre, l'exécution de pareilles conventions, ni être personnellement recherché pour leur exécution. Art. 1998, al. 1^{er}, et arg. de cet article.

Un acte est, en ce qui concerne les tiers, censé fait dans les limites du mandat, lorsqu'il rentre dans les termes de la procuration, quand même le mandataire aurait, en raison de circonstances inconnues à ceux avec lesquels il a traité, excédé en réalité les bornes de ses pouvoirs¹.

2^o Les actes juridiques faits au nom du mandant, mais en dehors des limites du mandat, doivent, à moins de ratification² expresse ou tacite de la part du mandant, être considérés comme nonavenus³ à l'égard de ce dernier⁴. Art. 1998, al. 2. L'appréciation des faits et circonstances de nature à emporter ratification tacite est abandonnée à la prudence des tribunaux⁵. Du reste, la ratification, soit expresse, soit tacite, ne peut jamais préjudicier aux droits acquis à des tiers *ex intervallo*⁶.

L'inefficacité des actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs ne donne même lieu à aucun recours en garantie ou en indemnité contre ce dernier, de la part des tiers avec lesquels il a traité, lorsqu'il leur a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs⁷, et qu'il ne s'est pas, d'ailleurs, personnellement porté fort pour le mandant. Art. 1997.

¹ Par exemple, lorsqu'une procuration porte pouvoir d'emprunter mille francs au nom du mandant, et que le mandataire, après avoir emprunté mille francs de Pierre, en emprunte encore mille de Jacques, sans que celui-ci ait connaissance du premier emprunt, le mandant est obligé tant envers Jacques qu'envers Pierre. Pothier, n^o 89. — Cpr. § 756, texte et note 8, sur le mandat donné sous forme de blanc seing.

² Cette ratification, qu'il ne faut pas confondre avec la confirmation, n'est pas soumise aux dispositions de l'art. 1338. Cpr. les autorités citées à la note 3 du § 337.

³ Le mandant n'a donc pas besoin d'attaquer de pareils actes par voie de nullité : ils sont, à son égard, *res inter alios acta*.

⁴ Le mandant peut cependant se trouver obligé, d'après les principes de la gestion d'affaires, pour les actes que le mandataire a faits en dehors des limites du mandat. Cpr. art. 1375.

⁵ Civ. rej., 3 juin 1845, Sir., 45, 1, 830. Civ. rej., 9 mai 1853, Sir., 54, 1, 30.

⁶ Cpr. Riom, 31 juillet 1851, Sir., 51, 2, 698.

⁷ La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui prétendent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire à prouver cette allégation? M. Delvincourt (sur

On doit regarder comme faits en dehors des limites du mandat, les actes qui, bien qu'ils soient de la nature de ceux que le mandataire a reçu pouvoir de faire, sont évidemment contraires au but du mandat, par exemple, les actes faits par un mandataire dans son propre intérêt, lorsque le mandat n'a été donné que dans l'intérêt du mandant⁸.

3° Les actes faits par le mandataire en son propre nom, quoique pour l'exécution du mandat, sont par eux-mêmes étrangers au mandant. Celui-ci est toutefois autorisé à se faire judiciairement subroger aux droits et actions naissant de pareils actes, et peut, d'un autre côté, être contraint, par les tiers créanciers qui exerceraient les droits du mandataire, à remplir les engagements qui en résultent. Art. 1166.

§ 416.

7) *Des différentes manières dont le mandat finit.*

Le mandat finit (art. 2003) :

1° Par la révocation. Le mandant est le maître de révoquer, quand bon lui semble, le mandat qu'il n'a donné que dans son intérêt. Art. 2004. Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée, soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer. La stipulation d'un salaire, soit fixe, soit proportionnel, ne peut faire considérer le mandat comme donné dans l'intérêt du mandataire. Cette circonstance ne met, par elle-même, aucun obstacle à la révocation, sous la réserve, toutefois, du paiement au mandataire des sommes qui peuvent lui être dues pour ses avances et pour ses peines¹.

La révocation du mandat peut n'être que tacite². Elle résulte virtuellement de la constitution d'un nouveau mandataire pour

l'art. 1997) professe cette dernière opinion ; mais il paraît difficile de poser, à cet égard, une règle générale.

⁸ C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque, consentie par le mandataire, au profit de ses créanciers personnels, sur les biens du mandant, devrait être considérée comme non avenue à l'égard de ce dernier, quoique la procuration renfermât le pouvoir illimité d'hypothéquer. Turin, 10 novembre 1810, Sir., 11, 2, 234.

¹ Req. rej., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 169. Req. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43,

Voy. cep. Bordeaux, 7 juillet 1837, Sir., 37, 2, 452.

² Pothier, n° 414 et suiv.

la même affaire³, peu importe que celui-ci accepte ou qu'il refuse le mandat⁴. Art. 2006⁵.

Lorsque le mandat a été constaté par un acte écrit, le mandant peut, en le révoquant, contraindre le mandataire à lui remettre, selon les circonstances, l'original ou l'expédition de cet acte⁶. Art. 2004.

2° Par la renonciation du mandataire. Le mandataire jouit de la faculté de se démettre du mandat, en notifiant sa renonciation au mandant. Mais il est tenu d'indemniser ce dernier du préjudice que la renonciation peut lui occasionner, à moins qu'il ne se trouve dans l'impossibilité de continuer la gestion dont il s'est chargé, sans s'exposer lui-même à des pertes considérables⁷. Art. 2007. Par exception à la règle précédente, le mandataire ne pourrait renoncer unilatéralement au mandat qu'il aurait accepté comme condition d'une convention synallagmatique passée avec le mandant.

3° Par la mort du mandant ou du mandataire.

Néanmoins, le mandataire qui a commencé la gestion doit, malgré le décès du mandant, la continuer ou l'achever, s'il y a péril en la demeure. Art. 1991, al. 2. En cas de décès du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et prendre, en attendant qu'il puisse lui-même pourvoir à ses affaires, les mesures que les circonstances exigent pour son intérêt. Art. 2010.

La mort du mandant ne met pas fin au mandat, lorsque l'affaire qui en forme l'objet devait être accomplie ou continuée

³ Cpr. Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359.

⁴ Le refus du nouveau mandataire n'empêche pas que le mandant n'ait implicitement manifesté la volonté de retirer sa confiance au premier mandataire. Duranton, XVIII, 276.

⁵ Il ne faut pas conclure des expressions finales de cet article que la révocation ne soit, en pareil cas, efficace, qu'à compter du jour où la constitution du nouveau mandataire a été notifiée à l'ancien. Il suffit que ce dernier ait obtenu, d'une manière quelconque, connaissance de cette constitution, pour que, par cela même, son mandat se trouve révoqué. La notification dont parle l'art. 2006 n'est qu'une mesure de précaution que le mandant doit prendre pour enlever au mandataire tout moyen de soutenir qu'il n'a point eu connaissance de la révocation. Req. rej., 14 mai 1829, Dalloz, 1834, 1, 402.

⁶ S'il avait été gardé minute d'une procuration notariée, la prudence exigerait que le mandant fit notifier la révocation au notaire dépositaire de cette minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions.

⁷ Cpr. art. 2000, Duranton, XVIII, 281.

après son décès⁸. Il en est cependant autrement du mandat donné au dépositaire, de remettre le dépôt à un tiers après la mort du déposant⁹.

D'un autre côté, le mandat continue de subsister, même après la mort du mandant, lorsqu'il a été donné dans l'intérêt commun de ce dernier et du mandataire ou d'un tiers¹⁰.

4° Par la déconfiture ou la faillite¹¹ du mandant ou du mandataire.

5° Par le changement d'état de l'un ou de l'autre, si, par suite de ce changement, ils deviennent incapables de conférer un mandat de même nature, ou de s'obliger par l'acceptation d'un mandat¹².

6° Enfin, par l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, et par la consommation de l'affaire qui en formait l'objet.

Les actes faits postérieurement à la cessation du mandat¹³ ne lient, en général, le mandant, ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels ce dernier a traité. Il en est cependant autrement, lorsque le mandataire a agi dans l'ignorance de la cause qui avait fait cesser ses pouvoirs, ou même lorsque, connaissant

⁸ L. 12, § 17, L. 13, et L. 27, § 1, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 408. Duranton, XVIII, 283. Troplong, n° 728. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 445. Paris, 10 décembre 1850, Sir., 50, 2, 625.

⁹ Cpr. § 403, texte et note 9 ; § 659, texte et notes 13 à 16.

¹⁰ Troplong, n° 718. Ainsi, lorsque, dans un contrat, un tiers a été, pour son intérêt ou pour celui du débiteur, indiqué à l'effet de recevoir le paiement de l'obligation résultant de ce contrat, le mandat de ce tiers ne s'éteint point par la mort du créancier. Duranton, XVIII, 284. Il en est de même du mandat donné au créancier de faire vendre, à défaut de paiement au terme convenu, des objets mobiliers appartenant au débiteur. Douai, 22 décembre 1849, Sir., 50, 2, 164. Cpr. aussi sur le mandat inhérent à l'élection du domicile : § 446, texte, notes 19, 20 et 26.

¹¹ Bordeaux, 18 juillet 1832, Dalloz, 1833, 2, 56.

¹² L'art. 2003 ne parle expressément que de l'interdiction ; mais sa disposition s'applique par identité de raison, sous la restriction indiquée au texte, à tout changement d'état par suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits. Pothier, n° 444. Delvincourt, sur l'art. 2003. Duranton, XVIII, 285 et 286.

¹³ Le mandant qui soutient que des actes sous seing privé faits par le mandataire sont antidatés, et qu'ils ont été en réalité faits après la cessation du mandat, est tenu de prouver la fausseté de la date. Il ne peut, relativement aux actes faits par le mandataire, être considéré comme un tiers dans le sens de l'art. 1328. Cpr. les autorités citées au § 756, note 105.

cette cause, il a traité avec des tiers qui en ignoraient l'existence. Au premier cas, le mandant est lié tant envers le mandataire qu'envers les tiers de bonne foi, tout comme s'il s'agissait d'actes passés pendant la durée du mandat. Au second cas, il est également lié, mais envers les tiers seulement, et sauf son recours contre le mandataire¹⁴. Art. 2005, 2008, 2009.

B. DES CONTRATS DE GARANTIE.

§ 417.

Des contrats de garantie en général.

Les principaux contrats de garantie sont : la transaction, le cautionnement, le nantissement, la constitution d'hypothèque, et la contrainte par corps conventionnelle.

Le serment d'accomplir une promesse ne constitue pas un contrat de garantie. Une promesse faite sous serment ne produit pas plus d'effet qu'un engagement contracté sans serment¹.

1. *De la transaction.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 2044-2058. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité des transactions*, par J.-B.-F. Marbeau ; Paris, 1832 ; 1 vol. in-8°. *Traité des transactions*, par Rigal ; Paris, 1834 ; 1 vol. in-8°. *Des transactions*, par Troplong, à la suite du cautionnement ; Paris, 1846 ; 1 vol. in-8°.

§ 418.

a. *Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.*

La transaction est un contrat parfaitement synallagmatique par lequel les contractants, en renonçant, chacun, à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Cpr. art. 2044¹. Ce contrat suppose donc comme conditions de son existence :

1° Le consentement des parties.

2° L'existence actuelle ou la possibilité d'une contestation sérieuse entre les parties. Une transaction faite sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, ou sur des prétentions

¹⁴ Cpr. Req. rej., 5 février 1807, Sir., 8, 1, 196.

¹ Cpr. cep. art. 603.

¹ La définition donnée par l'art. 2044 est beaucoup trop large, et ne fait pas connaître les caractères propres de la transaction. Voy. texte n° 3, et note 6 *infra*.

évidemment dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée, soit comme manquant d'objet, soit comme dépourvue de cause, et par suite comme non avenue. Mais la crainte raisonnable d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un procès déjà entamé, suffit pour servir de cause à une transaction, quoique les parties n'aient pas eu de motifs suffisants pour croire que les prétentions, ou les droits de l'une d'elles, pourraient être poursuivis, ou contestés avec quelque espoir de succès². Un différend décidé par un jugement en dernier ressort peut encore, lorsque ce jugement est susceptible d'être attaqué par une voie de recours extraordinaire, former l'objet d'une transaction, en ce qui concerne l'admissibilité et les suites de ce recours³.

Du reste, le traité intervenu sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, peut, quoique inefficace comme transaction, valoir, selon les circonstances, comme simple renonciation⁴.

Si les parties avaient, en prétextant un procès purement imaginaire, déguisé quelque autre convention sous l'apparence d'une transaction, cette convention devrait être appréciée d'après les principes généraux qui régissent les actes simulés⁵.

3° La transaction suppose une réciprocité de concessions ou de sacrifices de la part de chacune des parties. C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la simple renonciation, de la remise de dette, du désistement, et de l'acquiescement⁶. Il n'est cepen-

² *Sufficit metus litis instantis, vel eventus dubius litis pendentis*. Cpr. L. 65, § 1, D. de cond. indeb. (12, 6). La question de savoir si, dans telles circonstances données, une personne qui a transigé pouvait raisonnablement craindre un procès, ou avoir quelque appréhension sur l'issue d'une contestation déjà liée, demeure, par la force des choses, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que le juge ne doit pas facilement déclarer non avenue une transaction, par le motif que le droit qui en forme l'objet n'était pas susceptible de contestation. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XV, p. 416, n° 2). Cpr. Duranton, XVIII, 395 et 398; Marbeau, n° 132.

³ *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XV, p. 424 et 425, n° 14).

⁴ C'est peut-être en partant de cette idée que le législateur n'a accordé l'action en nullité contre la transaction faite sur un différend décidé par un jugement passé en force de chose jugée, qu'autant que la partie qui attaque la transaction ignorait l'existence du jugement. Art. 2056. Voy. cep. § 442, note 10.

⁵ Cpr. § 35; Marbeau, n°s 138 et suiv.

⁶ *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit*. L. 38, C. de trans. (2, 4). Duranton, XVIII, 391 et 392.

dant pas nécessaire que les concessions respectives des parties soient de la même importance, et forment l'équivalent exact les unes des autres⁷.

§ 419.

b. De la division des transactions en judiciaires, et en extrajudiciaires.

Les transactions sont judiciaires ou extrajudiciaires, suivant qu'elles sont ou non conclues dans le cours d'une instance judiciaire.

Ces deux espèces de transactions sont, en général, régies par les mêmes principes. Il en est toutefois autrement, en ce qui concerne les transactions judiciaires qui ont été converties en jugements, à la suite de conclusions respectivement prises par les parties, et en conformité desquelles le juge a rendu sa décision. Ces jugements, communément appelés jugements convenus ou d'expédient¹, produisent les mêmes effets que les jugements rendus sur des prétentions contestées entre les parties. Ils ne peuvent donc être attaqués par action principale en nullité, mais seulement par les voies de recours ouvertes contre les jugements en général, et dans les délais fixés par la loi pour l'exercice de ces recours². D'un autre côté, les jugements convenus étant

⁷ Cpr. Marbeau, n° 165.

¹ Ces expressions, empruntées à notre ancienne pratique, ont été détournées de leur sens primitif. Elles désignaient autrefois les sentences arrêtées à l'amiable par les avocats et procureurs des parties, sentences qui, suivant les matières, se déposaient au greffe, soit directement, soit après avoir été reçues à l'audience, et s'expédiaient ensuite en forme exécutoire. Denisart, v° Expédient.

² Carré, *Lois de la procédure civile*, II, 1634. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 164. Troplong, n° 37. Voy. en sens contraire: Merlin, *Rép.*, v° Conventions matrimoniales, § 2, et *Quest.*, v° Appel, § 4, n° 6. D'après M. Troplong, Merlin ne parlerait que des jugements convenus rédigés par les parties, et homologués par le juge, suivant la forme reçue dans l'ancien droit, et ce serait à tort que Zachariæ l'aurait cité en sens contraire. Mais il suffit de se reporter au passage des *Questions de Droit* ci-dessus indiqué, pour se convaincre que Merlin rejette toute différence entre un jugement qui se borne à homologuer une convention antérieure souscrite par les parties, et un jugement qui, donnant acte à deux parties des déclarations qu'elles se sont respectivement signifiées, ou qu'elles ont faites à l'audience, condamne l'une d'elles, soit à payer telle somme, soit à faire ou à souffrir telle chose, et enseigne, en conséquence, que les jugements de la dernière espèce sont, comme ceux de la première, susceptibles d'être attaqués par voie d'action principale en nullité. Du reste, le principe posé au texte ne

censés acquiescés d'avance, ont cela de particulier qu'ils ne sont susceptibles d'être attaqués au fond, qu'autant que la transaction qu'ils ont eu pour objet de consacrer est elle-même entachée d'une cause de nullité ou de rescision³. Enfin, ils ne peuvent, en général, être réformés en partie et maintenus pour le surplus⁴.

Les transactions conclues au bureau de conciliation doivent être rangées parmi les transactions extrajudiciaires. Les procès-verbaux dressés par le juge de paix pour les constater n'emportent pas hypothèque judiciaire, et ne sont point exécutoires, quoiqu'ils constituent d'ailleurs des actes authentiques⁵.

§ 420.

c. Des conditions requises pour la validité de la transaction.

1° Pour pouvoir transiger valablement, il faut être capable non-seulement de s'obliger, mais encore de disposer des objets que l'on entend abandonner en tout ou en partie¹. Art. 2045, al. 1. Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, quoique autorisée de son mari, abandonner par transaction des biens dotaux, à moins qu'ils n'aient été déclarés aliénables par le contrat de mariage².

Le tuteur ne peut, quelle que soit la nature des droits en contestation, transiger au nom du pupille, qu'en vertu d'une autorisation donnée dans les formes prescrites par l'art. 467.

Le mineur émancipé est capable de transiger, sans l'assistance de son curateur, sur les actes de simple administration, et sur

s'appliquerait pas au cas où le juge, sans prononcer de condamnation, se serait borné à donner à l'une des parties acte des déclarations faites par l'autre; et c'est sur une pareille espèce qu'a été rendu l'arrêt de la cour de Bruxelles invoqué par Merlin à l'appui de son opinion.

³ Voy. Merlin, *Quest.*, v° Appel, § 1, n° 5, et les arrêts cités par cet auteur.

⁴ Cpr. § 421 texte, notes 40 et 41.

⁵ Tel est le sens du deuxième alinéa de l'art. 54 du Code de procédure civile. Cpr. § 265. Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 3 à 5. Carré, *op. cit.*, I, 231. Toullier, IX, 120, et X, 271.

¹ *Transigere est alienare.* — Les transactions faites de bonne foi avec l'héritier apparent sont cependant valables, et lient le véritable héritier. Cpr. § 616, texte n° 5, et note 31. Marbeau, n° 125 et suiv.

² Art. 1554, et arg. de cet article. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282. Mais la transaction par laquelle la femme, dûment autorisée, s'engagerait à payer à un tiers une somme d'argent, ou à lui céder un objet non dotal, afin de conserver ses biens dotaux, devrait être maintenue. Duranton, XVIII, 407.

les objets dont il a la libre disposition³. Mais il ne peut, même avec l'assistance de son curateur, transiger sur aucune autre contestation, sans l'observation des formalités prescrites pour la validité de transactions concernant des mineurs non émancipés. Il en est ainsi, notamment, des transactions relatives à ses capitaux mobiliers, ou au compte de gestion de son ancien tuteur⁴.

2° La validité des transactions n'est subordonnée, ni à leur constatation par écrit⁵, ni à l'observation d'autres formalités extrinsèques. Il en résulte qu'on peut déférer un serment litisdécisoire sur l'existence et les conditions d'une transaction verbale⁶. Mais la preuve testimoniale d'une pareille transaction

³ Art. 481. Cpr. § 132, texte et note 4.

⁴ Art. 482 cbn. 484. Cpr. § 134, texte n° 5. Duranton, XVIII, 407. Troplong, nos 46 et 47. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Transaction, § 1, n° 3 ; Marbeau, n° 67.

⁵ L'art. 2044, al. 2, dit, à la vérité, que la transaction doit être rédigée par écrit. Mais cette disposition ne fait pas de l'écriture une condition de la validité du contrat : elle n'a d'autre objet que d'en proscrire, d'une manière absolue, la preuve testimoniale. Cpr. § 306, texte et note 6. Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n° 1. Delvincourt, III, part. II, p. 247. Duranton, XVIII, 406. Marbeau, n° 203. Troplong, n° 27. Bruxelles, 1^{er} décembre 1840, *Sir.*, 41, 2, 282. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

⁶ Merlin, *op. et v° citt.*, § 8, n° 2. Duranton et Marbeau, *loc. cit.* Rigal, p. 49. Nancy, 29 juillet 1837, *Sir.*, 39, 2, 440. Limoges, 6 février 1845, *Sir.*, 45, 2, 653. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 29. A défaut de preuve écrite, cet auteur n'admet que l'aveu pour établir l'existence de la transaction, et rejette le serment litisdécisoire, comme un moyen de preuve qui répugne à la nature de ce contrat. Ce point de vue ne nous paraît pas exact. Le serment litisdécisoire n'est, pas plus que l'aveu, un moyen de preuve, dans le sens propre du mot. Cpr. § 749, texte n° 3, notes 21 et 22. Si, comme M. Troplong le reconnaît, l'aveu suffit pour établir l'existence de la transaction, il n'existe aucune raison pour rejeter le serment litisdécisoire, dont la délation n'est qu'un moyen de provoquer un aveu. *Manifestæ turpitudinis et CONFSSIONIS est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* Voy. aussi art. 1358, et Code de procédure, art. 55. — *Quid* de l'interrogatoire sur faits et articles ? Les auteurs cités en tête de la note ne font aucune difficulté pour l'admettre ; et c'est également en ce sens que s'est prononcée la Cour de Bruxelles. Voy. note 5 *supra*. Cette solution, qui se justifie par l'art. 324 du Code de procédure, et par la considération que l'interrogatoire sur faits et articles tient à provoquer un aveu, doit cependant, à notre avis, être soumise à une double limitation. D'une part, le juge, appréciateur de la pertinence des faits articulés, ne doit admettre l'interrogatoire, qu'autant qu'il porte directement sur le fait même de la conclusion et sur les conditions de la transaction. D'un autre côté, si l'interrogatoire ne fournit pas un aveu formel et complet de l'existence et des conditions de la transaction, il n'appartient pas au juge de le compléter par des présomptions. Cette double restriction repose sur ce que la preuve testimoniale étant dans cette

serait inadmissible, alors même que la valeur de l'objet du contrat ne dépasserait pas cent cinquante francs, ou qu'il existerait un commencement de preuve par écrit ⁷. Du reste, cette preuve serait toujours recevable dans l'hypothèse prévue par le n° 4 de l'art. 1348. Art. 2044, al. 2.

3° Le consentement nécessaire en fait de transaction doit réunir les caractères exigés pour l'efficacité du consentement en général⁸.

4° On peut, en règle, transiger sur toute espèce de droits, quelles qu'en soient l'origine et la nature, et lors même qu'ils ne seraient qu'éventuels ou subordonnés à une condition⁹. Il est donc permis de transiger, notamment, sur une action en restitution d'intérêts usuraires¹⁰, et sur les actions civiles naissant de délits, sans toutefois qu'une transaction intervenue sur une action de la dernière espèce puisse arrêter les poursuites du ministère public. Art. 2046. Code d'inst. crim., art. 4.

Par exception à cette règle, il n'est pas permis de transiger sur les droits placés hors du commerce. Ainsi, on ne peut transiger sur des contestations relatives à la puissance paternelle ou à l'autorité maritale¹¹. On ne peut pas davantage transiger sur son état, en ce sens que nul ne peut, par transaction, renoncer au droit de réclamer l'état qui lui appartient. Art. 328, et arg. de cet art. Il en est ainsi de l'état d'enfant naturel, tout aussi bien que de l'état d'enfant légitime¹². Quant

matière rejetée d'une manière absolue, de simples présomptions sont également inadmissibles. Art. 1353.

⁷ C'est ce qui nous paraît résulter de l'esprit dans lequel a été rédigé le second alinéa de l'art. 2044. On n'a pas voulu que la transaction, destinée à terminer une contestation, pût devenir, quant à sa preuve, l'objet d'un nouveau procès long et dispendieux, ni que le sort d'un pareil contrat, d'ordinaire assez compliqué, fût livré à l'incertitude des témoignages. *Rapport fait au Tribunal* par Albisson (Loché, *Lég.*, XV, p. 431 et 432, n° 2). Marbeau, n° 203. Troplong, n° 30. Caen, 12 avril 1845, Sir., 46, 2, 168. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° cit.* § 8, n° 3; Zachariæ, § 420, note 4.

⁸ Voy. cep. art. 2052, al. 2, et § 422.

⁹ Req. rej., 31 décembre 1835, Dalloz, 1836, 1, 324.

¹⁰ Civ. rej., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 95. Civ. rej., 9 février 1836, Sir., 36, 1, 86, Cpr. § 396, texte n° 2 et note 35. — Mais on ne pourrait, par voie de transaction, valider pour l'avenir un contrat usuraire. Arg. art. 6. Cpr. § 337, texte et note 8; § 339; texte et note 19. Req. rej., 29 mai 1828, Dalloz, 1828, 1, 259. Voy. cep. Douai, 27 avril 1827, Sir., 28, 1, 344.

¹¹ Cpr. art. 1388; § 504, texte n° 4.

¹² Cpr. § 570, texte et note 18.

à la question de savoir s'il est permis de transiger sur l'état d'une personne, que l'on serait admis à contester, elle se confond avec celle de savoir si la reconnaissance de cet état élève contre celui dont elle émane une fin de non-recevoir qui s'oppose à toute ultérieure contestation de sa part ou de celle de ses représentants¹³. Du reste, rien n'empêche de transiger sur des intérêts purement pécuniaires subordonnés à l'état, même contesté, d'une personne, pourvu d'ailleurs qu'on ne transige pas en même temps sur cet état¹⁴. Que si la transaction, portant simultanément et sur les intérêts pécuniaires et sur l'état, avait été conclue pour un seul et même prix, elle serait nulle pour le tout¹⁵. Il semble même qu'elle dût, en vertu de la règle de l'indivisibilité des différentes clauses d'une transaction, être annulée dans toutes ses parties, bien qu'un prix distinct ait été stipulé pour la renonciation à l'état et pour l'abandon des intérêts pécuniaires¹⁶.

D'un autre côté, il n'est pas permis de transiger sur les matières intéressant l'ordre public, ni sur les droits qui ne sont susceptibles de former l'objet d'aucune convention. Ainsi, on ne peut transiger, ni sur des droits éventuels à une succession non encore ouverte¹⁷, ni sur l'efficacité d'un traité secret relatif à la cession d'un office¹⁸. Ainsi encore, les époux ne peuvent, pendant la durée du mariage ou de la communauté, transiger sur leurs conventions matrimoniales. Art. 1395.

Enfin, il est des droits dont le but s'oppose à ce qu'ils deviennent la matière d'une transaction. C'est ainsi qu'une personne à qui il est dû des aliments, soit en vertu de la loi, soit même en vertu d'une disposition à titre gratuit faite en sa faveur par un tiers, ne peut transiger sur le droit de les réclamer, en tant du moins que la transaction tendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur

¹³ Cpr. § 459, texte n° 2, et notes 4 à 9 ; § 461, texte n° 3, notes 37 à 39 ; § 467, texte n° 3, et notes 25 à 29 ; § 546, texte n° 2, et note 34, texte n° 3 et note 55 ; § 546 bis, texte n° 2 ; § 547 bis, texte n° 2.

¹⁴ Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 2, n° 5. Troplong, n° 64. Demolombe, V, 333 et 334. Req. rej., 24 juillet 1835, Sir., 36, 1, 238. Req. rej., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 385.

¹⁵ Civ. rej., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 161. Req. rej., 29 avril 1840, Sir., 40, 1, 873.

¹⁶ Demolombe, V, 517. Troplong, n° 68.

¹⁷ Art. 791, 1130 et 1600. Cpr. § 344, texte et notes 10 à 17.

¹⁸ Req. rej., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 450.

de la libéralité¹⁹. Mais on doit considérer comme valable une transaction faite uniquement sur le mode de prestation de pareils aliments, ou sur le paiement des arrérages échus d'une pension alimentaire²⁰.

5° La loi exige des conditions spéciales pour la validité d'une transaction relative à un compte de tutelle, ou à une procédure de faux incident²¹.

§ 421.

d. Des effets de la transaction.

Les transactions ont, entre les parties et leurs successeurs, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, en ce sens qu'elles engendrent entre ces personnes une exception analogue à celle de la chose jugée : *Exceptio litis per transactionem finitæ*. Art. 2052, al. 1. Cette exception n'existe, de même que celle de la chose jugée, que sous les conditions et dans les limites indiquées à l'art. 1351.

Il en résulte qu'elle ne peut être proposée qu'autant que la nouvelle contestation a lieu entre les parties qui ont conclu la transaction, et que ces parties y procèdent en la même qualité. Ainsi, une transaction passée avec l'une des parties intéressées ne profite pas, en général, aux autres, et ne peut leur être opposée. Art. 2051. Il en serait cependant autrement, si les divers intéressés étaient unis par un lien de solidarité active ou passive, ou s'il s'agissait de matières indivisibles. La transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres¹, quoiqu'elle ne puisse leur être opposée². Et réciproquement, la

¹⁹ Arg. art. 1003 et 1004 du Code de procédure. L. 8, D. *de trans.* (2, 15). L. 8, C. *de trans.* (2, 4). Pour la justification de la proposition énoncée au texte, nous nous bornerons à renvoyer aux explications données à la note 15 du § 359. Delvincourt, III, part. II, p. 247. Duranton, XVIII, 403. Marbeau, n° 412. Nîmes, 18 décembre 1822, Sir 25, 2, 86, Voy. en sens contraire, quant aux aliments dus en vertu d'un acte de libéralité : Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 8, n° 2 ; Troplong, n° 97 et 98.

²⁰ Duranton, Marbeau et Troplong, *loc. cit.*

²¹ Cpr. art. 472, 2045, al. 2, et § 421 ; Code de procédure, art. 249.

¹ Arg. art. 1208 cbn. 1285 et 1365, al. 4. Cpr. § 298, texte, notes 44 et 45. *Rapport fait au Tribunat*, par Albisson (Loché, *Lég.*, XV, p. 434, n° 8). Marbeau, n° 263. Duranton, XVIII, 420. Troplong, n° 125 et 126. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 247.

² Le débiteur solidaire peut bien améliorer la condition de ses coïntéressés, mais il ne peut l'aggraver. Voy. les autorités citées à la note précédente.

transaction conclue avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres³, mais non leur être opposée, si ce n'est pour sa part dans la créance⁴. Les mêmes distinctions s'appliquent à la transaction conclue avec l'un des intéressés dans une obligation indivisible⁵. Du reste, il est bien entendu que la transaction faite avec le débiteur principal profite à la caution⁶, quoiqu'elle ne puisse lui être opposée⁷.

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, qu'une transaction faite par une personne au sujet d'un droit qu'elle a fait valoir de son propre chef ne peut ni être invoquée par elle, ni lui être opposée, lorsque plus tard elle exerce ce droit comme successeur d'une autre personne. Art. 2050.

Enfin, il suit du même principe que l'exception *litis finitæ* résultant d'une transaction ne peut être invoquée qu'autant que la nouvelle contestation porte absolument sur le même objet que la précédente. Et, sous ce rapport, les transactions doivent être interprétées restrictivement. Elles ne règlent, en effet, que les différends sur lesquels les contractants ont eu réellement l'intention de transiger, soit que cette intention résulte explicitement des termes mêmes dont ils se sont servis, soit qu'on la reconnaisse par une suite nécessaire de ce qu'ils ont exprimé. La renonciation faite dans une transaction à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif aux contestations sur lesquelles la transaction est intervenue. Art. 2048 et 2049.

Le principe que les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain pour l'interprétation des conventions donne lieu, quand on le rapproche de l'art. 2052, aux termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée, et des art. 2048 et 2049, qui tracent au juge des règles obligatoires pour l'application et l'interprétation des transactions, à la question de savoir jusqu'où s'étend, en pareille matière, le droit d'appréciation des tribunaux, et dans quelles circonstances leurs

³ Arg. art. 1199. Cpr. § 298, texte et note 11.

⁴ Arg. art. 1198, 2^e al., et 1365, 2^e al. Cpr. § 298, texte et note 13.

⁵ Cpr. § 769 texte et note 43; Troplong, n^o 127.

⁶ *Discussion au Conseil d'état et Discours au Corps législatif*, par Gillet (Loché, *Lég.*, XV, p. 405, art. 17, p. 410, n^o 14, et p. 446, n^o 6). Troplong, n^o 128.

⁷ Troplong, *Du cautionnement*, n^{os} 507 et 508. Req. rej., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 577.

jugements sont ou non soumis à la censure de la Cour de cassation. Cette question doit se résoudre par une distinction, quelquefois fort délicate à établir, entre les décisions purement interprétatives, destinées à résoudre un doute résultant d'une rédaction plus ou moins obscure où ambiguë des clauses de la transaction, et celles qui, sous couleur d'interprétation, auraient étendu, restreint ou dénaturé les effets de la transaction⁸. Il est, du reste, bien entendu qu'un jugement qui refuserait le caractère de transaction à une convention réunissant tous les éléments constitutifs de ce contrat serait sujet à cassation⁹.

Bien que les transactions aient, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, il existe cependant, entre les jugements et les transactions, des différences essentielles, en ce qui concerne les voies par lesquelles les uns ou les autres peuvent être attaqués, et les causes pour lesquelles ils peuvent être annulés ou réformés. Les transactions diffèrent, en outre, des jugements, en ce qu'elles sont, en général, et sauf interprétation contraire de la volonté des parties¹⁰, à considérer comme formant un tout indivisible, en ce sens que, lorsqu'elles portent sur divers chefs de contestation, elles ne peuvent être annulées pour partie et maintenues pour le surplus¹¹, tandis que les jugements qui ont statué sur plusieurs points litigieux sont susceptibles d'être réformés sur quelques-uns de ces points et confirmés quant aux autres.

Les parties qui ont transigé sont tenues de respecter les droits qu'elles ont reconnus, l'une au profit de l'autre, et d'accomplir les prestations auxquelles elles se sont respectivement engagées. Si, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties ont stipulé une peine contre celle qui manquerait de l'exécuter, les effets de cette stipulation se déterminent d'après les principes généraux sur les clauses pénales.

⁸ Cpr. Troplong, n° 416 ; Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., 43, 1, 445 ; Civ. cass., 21 août 1832, Dalloz, 1832, 4, 390 ; Req. rej., 20 décembre 1832, Dalloz, 1833, 4, 8 ; Civ. cass., 20 janvier 1835, Sir., 35, 1, 405 ; Req. rej., 31 décembre 1835, Sir., 36, 4, 489 ; Req. rej., 24 avril 1840, Sir., 40, 4, 873 ; Req. rej., 20 juin 1844, Sir., 42, 4, 794.

⁹ Civ. cass., 15 février 1815, Sir., 45, 4, 483.

¹⁰ Troplong, n° 433. Rigal, p. 453. Req. rej., 9 février 1830, Sir., 31, 4, 339.

¹¹ Art. 2055 et arg. de cet art. *Exposé de motifs* par Bigot-Prémeneu (Loché, *Lég.*, XV, p. 423, n° 43). Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 3. Marbeau, n° 23. Troplong, n° 433. Caen, 14 mars 1844, Sir., 44, 2, 499. Cpr. Civ. cass., 25 novembre 1834, Sir., 35, 4, 664.

La partie au profit de laquelle la peine serait encourue ne pourrait donc, en général, poursuivre tout à la fois la peine et l'exécution de la transaction. Cependant, si une peine avait été stipulée pour le cas où l'une des parties dirigerait une attaque judiciaire contre la transaction, la peine devrait, à moins de circonstances spéciales, être considérée comme un dédommagement pour le préjudice que le seul fait d'une pareille attaque causerait à l'autre partie, et pourrait, par conséquent, être réclamée cumulativement avec le principal¹².

La transaction n'est pas transmissive, mais simplement déclarative ou récongnitive des droits qui faisaient l'objet du différend sur lequel elle est intervenue¹³. Il en résulte, d'une part, qu'elle ne donne pas ouverture à garantie, à raison de l'éviction que l'une des parties éprouverait quant aux droits reconnus à son profit¹⁴, et, d'autre part, qu'elle ne constitue point par elle-

¹² En disant « qu'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter, » l'art. 2047 n'a point eu pour objet de déroger au second al. de l'art. 1229, et de poser en principe qu'en matière de transaction, la peine se cumule nécessairement et toujours avec le principal. La question reste pour les transactions, comme pour toutes les autres conventions, une simple question d'intention, qui doit en général être résolue contre le cumul : *In obligationibus semper quod minimum est præsumitur*. Mais, dans l'hypothèse spéciale où une peine a été stipulée contre celle des parties qui attaquerait la transaction, l'intention des parties ne peut rationnellement s'expliquer que dans le sens du cumul. Voy. § 309, note 4. Cpr. L. 10, § 1, D. de pactis (2, 14) ; L. 122, § 6, D. de V. O. (45, 1) ; Pothier, *Des obligations*, nos 343 et 348 ; *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu et *Rapport fait au Tribunal* par Albisson (Loché, *Lég.*, XV, p. 420, n° 5 et p. 433, n° 5) ; Toullier, VI, 829 ; Duranton, XV, 345 ; Troplong, nos 103 et suiv.

¹³ La règle que la transaction est simplement déclarative et non transmissive était anciennement controversée. Dumoulin et d'Argentré la firent triompher. Elle a été sanctionnée par la loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1, n° 45), qui ne soumet la transaction qu'à un droit fixe. Merlin, *Rép.*, v° Partage, § 41 ; et v° Transaction, § 4, n° 6. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, 597 à 607. Troplong, nos 7 à 10.

¹⁴ Cette proposition, consacrée par la loi 33, C. de trans. (2, 4), avait été formellement reproduite dans l'art. 46 du projet du titre *Des transactions* (Loché, *Lég.*, XV, p. 405). Bien que cet art. ait été supprimé, lors de la discussion au Conseil d'état, comme contraire à l'équité (*op. cit.*, p. 406, n° 43), la proposition énoncée au texte n'en doit pas moins être maintenue, puisque les rédacteurs du Code sont évidemment partis d'un faux point de vue, et que l'erreur dans laquelle ils sont tombés n'a point été convertie en disposition législative. Il est certain que celui qui renonce, même moyennant un prix, à ses prétentions sur l'objet litigieux formant la matière de la transaction, ne cède pas cet objet lui-même, et

même un titre propre à fonder l'usucapion¹⁵. Ce principe, toutefois, ne s'applique point aux objets qui, sans former la matière de la contestation sur laquelle les parties ont transigé, ont été cédés par l'une des parties à l'autre, comme prix ou comme condition des concessions que cette dernière faisait de son côté. La transaction constitue, relativement aux objets ainsi cédés, un titre translatif, susceptible de servir de fondement à l'usucapion, et donnant, en cas d'éviction, ouverture à garantie¹⁶.

Quoique les transactions n'aient pas, à l'égard des tiers, plus de force que d'autres conventions, ceux-ci ne peuvent cependant attaquer que par la voie de la tierce opposition une transaction judiciaire convertie en jugement, dans les circonstances où ils seraient obligés de recourir à cette voie, si on leur opposait un jugement ordinaire¹⁷.

§ 422.

Des causes de nullité des transactions.

Les transactions peuvent, comme toute convention en général, être attaquées par voie de nullité, pour cause de violence ou de dol. Art. 2053, al. 2. Sous ce rapport, les règles du Droit commun ne reçoivent dans notre matière aucune modification.

Elles peuvent l'être également pour erreur, soit sur l'objet ou la nature de la contestation¹, soit sur la personne avec laquelle la transaction a été conclue². Art. 2053, al. 3.

L'erreur n'est une cause de nullité de la transaction que lorsque celle-ci a été déterminée par des faits ou par des pièces que les parties ou l'une d'elles avaient supposés constants ou

le laisse simplement à l'autre partie avec les droits que celle-ci prétendait y avoir. Pothier, *De la vente*, n° 646. Marbeau, n° 75. Troplong, n° 42.

¹⁵ Cpr. § 217.

¹⁶ Pothier, *op. cit.*, n° 647. Marbeau, *loc. cit.* Troplong, n° 44 et 43.

¹⁷ Cpr. § 419.

¹ Il y aurait erreur quant à la nature de la contestation dans le cas, par exemple, où l'une des parties aurait entendu transiger sur le possessoire seulement, et l'autre sur le pétitoire.

² La disposition de l'art. 2053, qui considère comme cause de nullité d'une transaction l'erreur sur la personne avec laquelle on a entendu transiger, sans distinguer si la considération de cette personne a été ou n'a pas été le motif déterminant de la transaction, n'est point, à vrai dire, une dérogation au second al. de l'art. 1110. En matière de transaction, l'erreur sur la personne est en même temps une erreur sur la contestation qui forme l'objet de la convention, *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég.*, XV, p. 423, n° 41).

vraies, et dont l'inexactitude ou la fausseté a été ultérieurement reconnue. La cessation seule de l'incertitude en vue de laquelle il a été transigé ne peut donner lieu à une demande en nullité de la transaction, pour cause d'erreur. Les dispositions des art. 2055, 2056 et 2057, se rattachent à la première de ces idées, et celle du second al. de l'art. 2052, à la seconde.

En vertu des art. 2055, 2056, al. 1, et 2057, al. 2, la transaction est annulable pour cause d'erreur :

1° Lorsque les pièces au vu desquelles elle a été faite ont plus tard été reconnues fausses³.

2° Quand la contestation sur laquelle elle est intervenue se trouvait déjà terminée par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance⁴.

3° Lorsque la transaction ayant porté sur un objet déterminé⁵, il se trouve constaté, par des pièces nouvellement découvertes, que l'une des parties n'avait aucun droit sur cet objet⁶.

Aux termes, au contraire, du second al. de l'art. 2052, la transaction ne peut être attaquée, ni pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion⁷.

Du reste, on est toujours recevable à demander la rectification des erreurs de calcul qui se sont glissées dans une transaction. Art 2058.

Enfin, la transaction est annulable pour défaut de cause⁸,

³ En disant que la transaction faite sur des pièces fausses est *entièrement* nulle, c'est-à-dire nulle dans toutes ses parties, l'art. 2055 ne fait que consacrer une application du principe de l'indivisibilité des transactions. Cpr. § 424, texte et note 44.

⁴ Si le jugement était susceptible d'appel, la transaction serait valable, bien que l'existence de ce jugement n'eût point été connue des parties ou de l'une d'elles. On ne saurait dire avec certitude que la connaissance de ce jugement eût empêché la transaction. Art. 2056, al. 2.

⁵ La transaction intervenue généralement sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble n'est pas attaquable sous prétexte de la découverte de pièces nouvelles, à moins qu'elles n'aient été retenues par l'une des parties, fait qui constituerait un dol au point de vue du caractère particulier de la transaction. Art. 2057, al. 4. Cpr. Code de procédure, art. 480, n° 40.

⁶ Si les pièces nouvellement découvertes ne faisaient que confirmer les prétentions de l'une des parties, celle-ci ne pourrait s'en prévaloir pour demander l'annulation de la transaction, à moins que l'autre partie ne les eût retenues par dol.

⁷ Cpr. cependant art. 888 ; § 626, texte n° 2, notes 47 et 48.

⁸ En pure théorie, la transaction devrait, en pareil cas, être considérée comme non avenue. Cpr. art. 1434. Mais l'art. 2054 ne la considère que comme simplement annulable, puisqu'il donne pour l'attaquer une action en nullité.

lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul⁹, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu pour objet de régler les effets de droits dénués de tout principe d'existence, en raison de la nullité du titre qui les avait constitués. Il importe peu, à cet égard, que les parties aient ou non connu la nullité du titre, et bien moins encore qu'elles l'aient supposé valable par erreur de fait, ou par erreur de droit. La transaction ne peut, en pareil cas, être maintenue que lorsqu'il a été expressément traité sur la nullité¹⁰.

⁹ Le mot *titre* est employé dans l'art. 2054 pour désigner l'acte *juridique* sur laquelle fondent les prétentions qui forment l'objet d'une transaction. La nullité de l'acte *instrumentaire* constatant une convention ou une disposition ne donne lieu à l'application de cet art., qu'autant que la validité de la disposition ou de la convention elle-même est subordonnée à la validité de l'acte instrumentaire dans lequel elle se trouve consignée.

¹⁰ Les expressions finales de l'art. 2054 : *à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité*, prouvent que la seule connaissance de la nullité du titre ne suffit pas pour valider la transaction ; et l'induction que fournissent ces expressions devient plus décisive encore, quand on les rapproche des art. 2055 et 2056, aux termes desquels la transaction faite sur pièces fausses ou après un jugement passé en force de chose jugée ne peut, au contraire, être arguée de nullité, qu'autant que la fausseté des pièces et l'existence du jugement n'étaient point encore connues lors de sa conclusion. La différence que nous venons de signaler s'explique par les considérations suivantes : Lorsque la transaction est intervenue sur un droit dont l'existence est indépendante de telles ou telles pièces destinées seulement à en fournir la preuve, la fausseté des pièces produites par l'une des parties n'empêche pas, d'une manière absolue, que le droit ne puisse exister, et laisse ainsi à la transaction une cause suffisante. Il en est de même lorsque la transaction est conclue après un jugement passé en force de chose jugée. Tout jugement n'est, en effet, que déclaratif et non constitutif de droits ; il n'engendre qu'une présomption en faveur de celui qui l'a obtenu, et cette présomption pouvant être contraire à la vérité, n'enlève pas nécessairement toute cause à la transaction. Dans ces deux hypothèses, la transaction ne peut donc être attaquée pour défaut de cause ; et, comme l'indiquent les art. 2055 et 2056, elle n'est sujette à annulation, qu'autant qu'il y a eu erreur de la part de celui qui l'attaque. La situation est toute différente dans le cas prévu par l'art. 2054. Lorsqu'on a transigé sur un droit qui ne peut exister indépendamment du titre qui le constitue, l'annulation de ce titre fait disparaître ce droit d'une manière absolue, et ne laisse plus aucune cause à la transaction. *L'exposé de motifs* de Bigot-Prémeneu et le *Discours* du tribun Gillet au Corps législatif établissent nettement que c'est à ce point de vue que s'est placé le législateur. Cpr. Loqué, *Lég.*, XV, p. 423, n° 42, et p. 446, n° 8. Or, du moment où l'on admet que la nullité prononcée par l'art. 2054 est fondée, non sur un vice de consentement, mais sur un défaut de cause, il n'y a plus à rechercher si les parties avaient ou non connaissance de la nullité, et bien moins encore si c'est par une erreur de droit ou par une erreur de fait qu'elles l'avaient supposé valable. La connaissance même du défaut de cause ne saurait, en effet, valider la convention qui en est déstituée. Seulement,

Art. 2054¹¹. Toutefois, si une obligation naturelle devait survivre à l'annulation du titre en exécution duquel une transaction s'est faite, la connaissance que l'une des parties aurait eue des vices dont ce titre se trouvait entaché la rendrait exceptionnellement non recevable à attaquer cette transaction, alors même qu'on n'aurait pas expressément traité sur ces vices¹².

comme la question de nullité ou de validité d'un titre peut elle-même présenter des doutes plus ou moins sérieux, la transaction devra être maintenue, quoique faite en exécution d'un titre nul, si elle a simultanément porté, et sur la question d'efficacité du titre, et sur les difficultés que présentait son exécution. D'autres interprétations, qui s'écartent plus ou moins de celle que nous venons de présenter, ont été données. Ainsi, MM. Duranton (XVIII, 423) et Troplong (nos 145 à 149) enseignent que l'art. 2054 doit être combiné avec l'art. 2052, et qu'il faut, pour les concilier, restreindre l'application du premier de ces articles au cas où le titre nul, en exécution duquel il a été transigé, avait été supposé valable par erreur de fait, et rejeter l'action en nullité dans l'hypothèse où il n'y aurait eu à cet égard qu'une erreur de droit. Voy. également dans ce sens : Req. rej., 25 mars 1807, Sir., 7, 1, 199.—Merlin (*Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 4) repousse, il est vrai, quant à l'application de l'art. 2054, toute distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Mais il paraît également subordonner la recevabilité de l'action ouverte par cet article à l'ignorance, de la part du demandeur, de la nullité du titre en exécution duquel il a été transigé. Les observations précédemment présentées nous paraissent suffisantes pour réfuter ces diverses manières de voir, qui partent, à notre avis, d'un point de vue erroné, en supposant que la nullité prononcée par l'art. 2054 n'est fondée que sur l'erreur, tandis qu'elle tient au vice beaucoup plus radical du défaut de cause. La confusion faite à cet égard a lieu d'étonner surtout de la part de M. Troplong, qui, après avoir rappelé les paroles de Bigot-Préameneu, les résume dans les termes suivants : « Ceci revient à dire « qu'une transaction, qui n'est que l'exécution d'une pièce nulle, *manque de cause*, à moins que les difficultés élevées sur la nullité même n'en aient été « l'objet. »

¹¹ D'après notre manière, l'art. 2054 apporte une exception à l'art. 1338, 2^e al. et à l'art. 1340, en ce qu'il ne considère pas comme une confirmation suffisante du titre nul l'exécution qui lui a été donnée par la transaction conclue, même en connaissance de cause, sur les effets de ce titre. Cette exception, dont le mérite est contestable au point de vue des principes généraux du Droit, peut cependant s'expliquer par la considération que les transactions doivent strictement se renfermer dans leur objet, et que, du moment où il n'a point été expressément traité sur la nullité, les droits des parties restent entiers à cet égard. Du reste, alors même qu'on admettrait que l'art. 2054 n'a point dérogé aux art. 1338 et 1340, et qu'ainsi la transaction faite en connaissance du vice dont le titre se trouvait entaché est à considérer comme une confirmation tacite de ce titre, toujours est-il que l'erreur de droit serait, tout aussi bien que l'erreur de fait, exclusive de toute intention de confirmation.

¹² C'est ainsi, par exemple, que l'héritier qui, en connaissance des vices de forme dont un testament se trouve entaché, a transigé avec un légataire sur les

La transaction, qui ne peut être attaquée pour cause d'erreur, lorsque la fausseté des pièces produites par l'une des parties à l'appui de ses prétentions était connue de l'autre, ne peut l'être davantage, en pareil cas, sous prétexte de défaut de cause. Il en est de même de la transaction intervenue à la suite d'un jugement passé en force de chose jugée, dont l'existence était connue de la partie qui voudrait revenir contre la convention. Cpr. Art. 2056, al. 2.

2. Du Cautionnement.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 2011-2043. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité des obligations*, chap. VI. *Du cautionnement en matière civile et commerciale*, par Ponsot; Paris, 1844; 1 vol. in-8°. *Du cautionnement*, par Troplong; Paris, 1846; 1 vol. in-8°.

§ 423.

a. *Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.*

Le cautionnement est un contrat par lequel l'une des parties prend l'engagement personnel d'accomplir au profit de l'autre une prestation qu'un tiers doit à celle-ci, comme débiteur principal ou comme caution¹, dans le cas où ce tiers n'acquitterait pas lui-même sa dette. Art. 2011 et 2014, al. 2.

L'existence de tout cautionnement suppose donc les conditions suivantes :

1° Le consentement des parties, c'est-à-dire du créancier et de celui qui se rend caution. Le concours du tiers débiteur n'est pas nécessaire. On peut se rendre caution sans ordre de

effets de son legs, ne peut être admis à critiquer la transaction, par le motif qu'elle aurait été conclue en exécution d'un titre nul. On devrait présumer qu'il a voulu, malgré la nullité du testament, faire honneur aux dernières volontés de son auteur. Cpr. § 297, texte et note 42. Nous reconnaissons même que la fin de non-recevoir indiquée au texte pourra assez souvent être utilement opposée à l'action en nullité dirigée contre une transaction conclue en exécution d'un titre nul, puisqu'il paraît difficile d'expliquer une pareille transaction, faite en connaissance de cause, autrement que par le désir de satisfaire, dans une certaine mesure du moins, à une obligation naturelle. Cpr. Req. rej., 3 décembre 1813, Sir., 14, 4, 85.

¹ Celui qui cautionne une caution (*fidejussor fidejussoris*) est appelé certifieur de caution. Cpr. art. 2035.

la part de ce tiers, à son insu, et même malgré sa défense².
Art. 2014, al. 1.

2° Une dette pour sûreté de laquelle le cautionnement soit fourni.

3° L'engagement personnel d'acquitter la dette d'un tiers. La seule remise d'un gage ou la simple constitution d'une hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers, ne forme pas un cautionnement dans le sens propre du mot³.

4° Enfin, la limitation de l'engagement au cas où le débiteur n'acquitterait pas lui-même sa dette.

Le cautionnement étant essentiellement un contrat accessoire, ne peut, ni avoir pour objet une prestation différente de celle qui forme la matière de l'obligation principale, ni excéder le montant de cette dernière, ni enfin être contracté sous des conditions plus onéreuses⁴. Toutefois, le cautionnement qui a été contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, ou qui excède le montant de celle-ci, ne doit pas être considéré comme non avenu : il est seulement réductible au montant de la dette pour sûreté de laquelle il a été fourni, et aux modalités sous lesquelles elle a été constituée. Du reste, rien n'empêche que le cautionnement ne soit contracté sous des conditions moins rigoureuses que la dette principale, ou pour une partie de cette dette seulement. Art. 2013.

Le cautionnement peut précéder l'obligation principale; en ce sens qu'il peut être donné pour sûreté d'une obligation future. Il n'est pas même nécessaire que le cautionnement dont, aux termes de la convention, le montant doit se déterminer par celui des engagements que contractera le débiteur principal, soit restreint à une somme fixe⁵.

² Cpr. cep. § 427, texte et note 10.

³ Toutefois, celui qui a remis un gage ou constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers doit, à certains égards, être assimilé à une caution. Cpr. § 321, texte, n° 4, notes 61 et 62 ; § 429, texte et note 12.

⁴ Il est bien entendu que la caution peut, pour garantie de son engagement, constituer toutes sortes de sûretés, sans qu'elle doive pour cela être considérée comme s'étant obligée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal. Ainsi, quoique la dette principale soit purement chirographaire, la caution peut valablement constituer une hypothèque au profit du créancier. Delvincourt, sur l'art. 2013.

⁵ Art. 1129 et 1130. Metz, 28 mars 1833, Sir., 35, 2, 49. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 440.

L'engagement par lequel une personne, en promettant le fait d'un tiers, se porte fort pour lui, ne constitue pas un cautionnement, mais une obligation principale d'une nature particulière⁶.

La solidarité à laquelle la caution peut se soumettre n'enlève pas au cautionnement son caractère d'engagement accessoire, et ne rend pas la caution débitrice directe de l'obligation principale. Le cautionnement solidaire reste, sauf la privation du bénéfice de discussion, et le cas échéant de celui de division, régi par les règles du cautionnement simple⁷. C'est ainsi que

⁶ Cpr. art. 1120 ; § 346, texte, n° 3. On peut, en se portant fort pour un tiers, promettre qu'il ratifiera ou qu'il n'attaquera pas une obligation par lui contractée, quoique cette obligation ne soit pas susceptible d'être valablement cautionnée. Ainsi, par exemple, on peut garantir l'exécution de la vente d'un fonds dotal, quoiqu'on ne puisse, à proprement dire, la cautionner. Art. 2012. Il est même à remarquer que l'engagement contracté par un tiers au profit de l'acquéreur d'un immeuble dotal présente de sa nature, et alors même qu'on l'aurait qualifié de cautionnement, le caractère d'une obligation de porte-fort plutôt que celui d'un simple cautionnement. N'est-il pas, en effet, évident qu'un pareil engagement n'a d'autre objet que de garantir l'acquéreur contre les suites de la demande en nullité de la vente ? Cette observation suffit pour justifier au fond les décisions suivantes, dont nous ne pouvons approuver les motifs. Cpr. Req. rej., 11 mars 1807, Sir., 7, 1, 214 ; Req. rej., 3 août 1825, Sir., 26, 1, 119 ; Montpellier, 7 mars 1850, Sir., 50, 2, 381. Elle démontre, du reste, comme le fait remarquer avec raison M. Troplong (n° 31), que la controverse sur la question de savoir si la vente d'un immeuble dotal peut ou non être cautionnée n'est guère qu'une dispute de mots. Voy. pour la négative : Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 8, n° 5. Voy. pour l'affirmative : Duranton, XV, 525 ; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, IV, p. 200 ; Tessier, *De la dot*, II, 689 ; Pont et Rodière, *Du contrat de mariage*, II, 588 ; Ponsot, n° 55.

⁷ Suivant MM. Duranton (XVIII, 332) et Zachariæ (§ 423, texte *in fine*), la caution solidaire devrait, dans ses rapports avec le créancier, être considérée, à tous égards, comme un codébiteur solidaire, et ne conserverait sa qualité de caution que vis-à-vis du débiteur principal. Cette opinion fait violence à la nature des choses : le cautionnement n'est qu'un engagement accessoire, et ce caractère essentiel lui reste, quelles que soient les modalités et les clauses plus ou moins rigoureuses sous lesquelles il est consenti. En vain opposerait-on la disposition finale de l'art. 2021. Cette disposition, qui doit être entendue *secundum subjectam materiam*, n'a d'autre objet, en effet, que de placer, au point de vue du droit de poursuite compétent au créancier, la caution solidaire sur la même ligne que le codébiteur solidaire, et de refuser à la première la faculté de se prévaloir, à l'instar de la caution simple, du bénéfice de discussion dont ne jouit pas le second. C'est ce que prouvent, d'une part, l'assimilation établie par l'art. 2021 lui-même, entre l'hypothèse où la caution se borne à renoncer à ce bénéfice, et celle où elle s'engage solidairement, d'autre part, la corrélation que

la caution solidaire peut opposer au créancier, du chef du débiteur principal, toutes les exceptions que la caution simple est autorisée à faire valoir. C'est ainsi encore que l'acte interruptif de prescription fait à l'encontre de la caution solidaire, ne peut pas plus qu'un acte dirigé contre la caution simple, être opposé au débiteur principal.

Quoique le cautionnement soit de sa nature un contrat de bienfaisance, la gratuité n'est pas de son essence. Rien ne s'oppose à ce que celui qui se porte caution ne stipule une équitable indemnité en compensation des risques auxquels il s'expose et des difficultés que peut présenter son recours⁸. Il ne faut, du reste, pas confondre un cautionnement accompagné d'une pareille stipulation, avec la convention connue sous la dénomination de *del credere*, convention qui constitue, de la part de celui qui stipule du créancier une prime pour la garantie de la solvabilité d'une tierce personne, un engagement principal, présentant les caractères d'un contrat d'assurance⁹.

§ 424.

b. Des conditions de la validité du cautionnement.

La validité du cautionnement n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit¹. Toutefois, la volonté de se rendre caution ne peut s'induire des circonstances, quelque concluantes qu'elles paraissent²; elle doit, pour être efficace, avoir été déclarée d'une manière expresse. Art. 2015.

présente la disposition finale de cet article, avec l'art. 1203 auquel elle se réfère visiblement. Du reste, les propositions émises au texte s'appliqueraient même au cas où la caution se serait engagée *solidairement et comme principal payeur*. Mais il est bien entendu que celui qui se serait obligé comme *codébiteur solidaire* ne pourrait prétendre, vis-à-vis du créancier, qu'il n'est en réalité que caution. Ponsot, n° 568. Troplong, n° 522 et 523. Cpr. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455.

⁸ Duranton, XVIII, 300. Ponsot, n° 21. Troplong, n° 45. Rouen, 4 décembre 1827, Sir., 28, 2, 91. Limoges, 23 janvier 1847, Sir., 48, 2, 124.

⁹ De'amarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 303. Troplong, n° 37.

¹ Ponsot, n° 10. Troplong, n° 135. Req. rej., 26 mai 1829, Sir., 29, 1, 218. Civ. rej., 1^{er} février 1836, Sir., 36, 1, 511. Cpr. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769.

² Ainsi, une invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers ne peut, quoiqu'on le recommande et que l'on certifie même sa sol-

Toute personne capable de s'obliger est, par cela même, capable de se rendre caution³. Mais une personne ayant capacité de s'obliger n'est pas, pour cela seul, susceptible d'être présentée comme caution par un débiteur qui est tenu de fournir un cautionnement⁴.

Le cautionnement peut être donné pour toute espèce d'obligations ayant pour objet des prestations appréciables en argent. Mais l'efficacité en est, en règle générale, subordonnée à la force civile et à la validité de l'obligation à laquelle il se rattache. Il résulte de ce principe que celui qui a cautionné une dette purement naturelle ne peut être contraint à l'acquitter⁵, et que celui qui a cautionné une obligation civile est autorisé à opposer au créancier toutes les exceptions de nullité ou de rescision que le débiteur principal pourrait faire valoir. Ce principe reçoit cependant exception en ce qui concerne les obligations civiles susceptibles d'être annulées ou rescindées par une cause uniquement fondée sur l'incapacité du débiteur principal. Ainsi, est valable le cautionnement donné pour sûreté d'une obligation contractée par un mineur ou par une femme mariée non autorisée⁶. Il en est de même de celui qui a été fourni pour garantie d'un engagement contracté par un interdit dans un intervalle lucide⁷. Le cautionnement qui s'applique à de pareilles obligations demeure efficace, même après que le débiteur a fait prononcer l'annulation ou la rescision de son engagement. Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2.

vabilité, être considérée comme un cautionnement. *Rapport au Tribunat*, par Chabot (Loché, *Lég.*, XV, p. 339, n° 9). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 3.

³ La disposition du sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes de se rendre caution, a été rejetée par le Code Napoléon.

⁴ Cpr. § 425.

⁵ L'exception admise par le second alinéa de l'art. 2012, en ce qui concerne les dettes civiles, devenues purement naturelles par suite de l'annulation qui en a été prononcée à raison de l'incapacité de l'obligé, ne peut être étendue aux dettes naturelles en général. Cpr. § 297, texte, n° 3. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 252.

⁶ Toullier, VI, 394. Duranton, XVIII, 305. Troplong, n° 82. Paris, 24 juillet 1819, Sir., 20, 2, 145.

⁷ Troplong, n° 80. Cpr. Duranton, XVIII, 306. Cet auteur n'exige pas même, pour la validité du cautionnement, que l'obligation principale ait été contractée dans un intervalle lucide. Mais cette opinion n'est pas admissible. Un engagement contracté en état de démence n'est pas seulement annulable en raison de l'incapacité civile résultant de l'interdiction ; il doit être annulé pour défaut de consentement.

§ 425.

c. Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution.

Le cautionnement est conventionnel, légal, ou judiciaire, selon qu'il est fourni en vertu d'une convention, d'une disposition de la loi¹, ou d'un jugement par lequel le juge a, de son autorité, imposé à l'une des parties litigantes l'obligation de le donner². Lorsqu'un jugement condamne l'une des parties à fournir une caution, en exécution d'une obligation conventionnelle ou légale dont il déclare l'existence, le cautionnement conserve sa nature primitive, et ne devient point judiciaire³. A plus forte raison le cautionnement n'est-il pas judiciaire, par cela seul que la caution a dû être reçue par jugement, et que, par suite, elle a été obligée de faire sa soumission au greffe⁴.

Lorsqu'une personne est, par un motif quelconque, tenue de fournir une caution, celle qu'elle présente doit non-seulement jouir de la capacité de s'obliger, il faut, en outre, qu'elle possède des biens suffisants pour répondre de la dette, et qu'elle ait son domicile dans le ressort de la Cour impériale où le cautionnement est à fournir. Art. 2018 et 2040, al. 1. Les personnes présentées comme cautions judiciaires doivent de plus être susceptibles de contrainte par corps. Art. 2040, al. 2⁵.

La solvabilité d'une caution s'apprécie uniquement d'après la valeur de ses immeubles⁶, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une obligation commerciale, ou que la dette pour sûreté de laquelle le cautionnement est fourni ne soit modique. Encore

¹ Cpr. art. 16, 120, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1653 et 2185.

² C'est ce qui a lieu lorsque le juge accorde une provision ou qu'il autorise l'exécution provisoire de son jugement, à la charge de fournir caution. Cpr. Code de procédure, art. 435 et 439.

³ Ainsi, lorsqu'un usufruitier, qui prétendait être dispensé de fournir caution à raison de sa qualité ou d'une clause de son titre, est condamné, sur la demande du nu propriétaire, à en donner une, le cautionnement conserve son caractère de cautionnement légal. — C'est à tort que MM. Duranton (VII, 31) et Poujol (sur l'art. 807, n° 2) qualifient de judiciaire la caution à fournir par l'héritier bénéficiaire en vertu de l'art. 807.

⁴ Ainsi, la caution que doit fournir, aux termes de l'art. 2185, le créancier qui veut user de la faculté de surenchérir, est légale et non judiciaire. Cpr. Code de procédure, art. 832 cbn. art. 518 ; § 294.

⁵ Cpr. § 430.

⁶ Cpr. cep. Paris, 9 avril 1813, Sir., 13, 2, 208.

le juge ne doit-il avoir égard, ni aux immeubles sur lesquels la caution n'aurait que des droits sujets à résolution ou à contestation⁷, ni à ceux dont la discussion serait trop difficile à raison de l'éloignement de leur situation⁸. Mais il peut et doit prendre en considération les immeubles grevés, soit de droits d'usufruit ou d'usage, soit de privilèges ou d'hypothèques, sauf à déduire de leur valeur estimative celle des charges auxquelles ils sont soumis. Art. 2019.

Si la caution fournie par le débiteur devient plus tard insolvable⁹, celui-ci est tenu d'en donner une autre, peu importe que la première ait été reçue volontairement ou en justice. Art. 2020, al. 1. Il en est de même, si la caution vient à transporter son domicile hors du ressort de la Cour impériale où elle a été reçue, à moins qu'elle n'ait fait, ou qu'elle n'offre de faire élection de domicile dans un lieu de ce ressort. Arg. art. 2020, al. 1. Ces règles reçoivent toutefois exception, dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé pour caution telle personne déterminée¹⁰. Art. 2020, al. 2.

Celui qui s'est obligé par convention à fournir une caution n'est pas admis à remplacer le cautionnement par d'autres sûretés¹¹. Il en est autrement, lorsque le cautionnement doit être

⁷ Nous avons cru devoir substituer ces expressions aux termes *immeubles litigieux*, qui se trouvent dans l'art. 2019, al. 2. D'une part, en effet, le juge chargé d'apprécier la solvabilité d'une caution est autorisé à faire abstraction d'un immeuble, quoiqu'il ne soit pas litigieux dans le sens de l'art. 1704 ; et d'autre part, l'art. 2019, al. 2, peut s'appliquer, par analogie, aux immeubles dont la propriété est sujette à révocation. Les tribunaux jouissent, sous ce double rapport, d'une grande latitude d'appréciation. Duranton, XVIII, 326.

⁸ Cette circonstance est également abandonnée à l'appréciation du juge. Duranton, XVIII, 327. Turin, 13 avril 1808, Sir. 12, 2, 371.

⁹ Cpr. L. 3, § 3, et L. 4, D. *ut in poss. leg.* (36, 4).

¹⁰ Pothier (n° 393) étend indistinctement cette exception à tous les cas où le débiteur a contracté sous le cautionnement d'une personne déterminée, ou a promis de donner telle personne pour caution ; et sa manière de voir a été adoptée par Maleville et Delvincourt (sur l'art. 2020). Mais le texte de l'alinéa 2 de l'art. 2020, et la discussion au Conseil d'état qui en a amené la rédaction définitive (cpr. Loqué, *Lég.*, XV, p. 289, n° 8), prouvent que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont entendu modifier le principe général posé par le 1^{er} alinéa de cet article que dans le cas où c'est le créancier lui-même qui a exigé pour caution telle personne déterminée. Cpr. Duranton, XVIII, 329, à la note.

¹¹ Cpr. Duranton, XVIII, 330.

fourni en vertu d'une loi ou d'un ordre du juge. Dans ce cas, la personne obligée de donner caution est admise à la remplacer, soit par un gage, soit par d'autres sûretés équivalentes, telles, par exemple, que le dépôt à la caisse des consignations d'une somme ou d'une inscription de rente suffisante. Art. 2041, et arg. de cet article. Mais elle ne serait pas reçue à offrir, en remplacement du cautionnement, une constitution d'hypothèque, même sur des biens libres¹².

§ 426.

d. *De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier.*

Le cautionnement ne doit pas être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté¹. Art. 2015. Ainsi, lorsque la caution a indiqué la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entendait s'engager, son engagement ne s'étend qu'à cette somme, et spécialement, lorsqu'elle a cautionné le remboursement d'un capital, mais sans prendre d'engagement pour les intérêts, elle ne répond pas de ces derniers². Si, au contraire, les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, la caution est engagée à toutes les obligations, tant principales qu'ac-

¹² Ponsot, n° 386. Voy. cep. Troplong, n° 592. — Cpr. sur la caution à fournir par l'usufruitier et par le surenchérisseur sur aliénation volontaire : §§ 226 et 294.

¹ On dit ordinairement que le cautionnement ne doit pas être étendu *de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*. La première partie de cette règle est d'une exactitude absolue. La seconde partie ne semble pouvoir s'appliquer qu'au cas de novation opérée par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien ; et nous ne saurions admettre, avec MM. Proudhon (*De l'usufruit*, II, 851 à 853) et Troplong (n°s 153 et 154), que la caution fournie par l'usufruitier est déchargée pour l'avenir, par la cession du droit d'usufruit. L'usufruitier restant, malgré une pareille cession, tenu de toutes ses obligations envers le nu propriétaire, la caution demeure également obligée, non pas, à la vérité, pour le cessionnaire, mais pour le cédant. D'ailleurs, elle ne pouvait ignorer que l'usufruitier avait la faculté de céder son droit, et elle devait faire ses réserves pour le cas où il userait de cette faculté. Quant à la troisième partie de la règle précitée, elle doit être restreinte à l'hypothèse où le cautionnement a été expressément ou tacitement limité à un certain temps. Cpr. art. 2039 ; § 429, texte et note 14.

² Pothier, n° 405. Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 1, n° 3. Duranton, XVIII, 320. Troplong, n° 449. Bordeaux, 21 décembre 1833 S. 1834, 2, 271. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 438.

cessoires, qui dérivent de la convention à laquelle elle a accédé³. Elle est même tenue des frais faits contre le débiteur principal, cependant avec cette distinction, que les frais du premier acte de poursuite peuvent, en tout cas, être répétés contre elle, tandis qu'elle ne peut être recherchée pour ceux des actes postérieurs, qu'autant que le créancier lui a fait dénoncer, avant toutes nouvelles poursuites, le premier acte dirigé contre le débiteur. Art. 2016. D'un autre côté, le cautionnement donné pour sûreté des obligations résultant d'un bail ne s'étend pas à celles qui résulteront de la continuation du bail par tacite reconduction. Art. 1740.

Lorsque le débiteur principal ne remplit pas ses obligations à l'époque où il doit le faire, le créancier peut, sans l'avoir au préalable constitué en demeure⁴, diriger des poursuites contre la caution dans les limites de l'engagement qu'elle a contracté.

La caution ainsi recherchée est, en général, admise à opposer au créancier l'exception de discussion, c'est-à-dire à exiger qu'il fasse au préalable procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal. Art. 2021 et 2022. Cpr. cep. art. 2042 et 2043. La caution ne peut user de ce bénéfice que sous les conditions suivantes :

1° Elle doit proposer son exception sur les premières poursuites dont elle est l'objet⁵. La contestation qu'elle élèverait sur

³ Celui qui a cautionné l'exécution d'une convention répond-il des frais d'enregistrement de l'acte qui la constate? Cpr. Merlin, *op. et loc. cit.*; Civ. cass., 6 octobre 1806, Sir., 6, 1, 428.

⁴ MM. Delvincourt (sur l'art. 2021) et Duranton (XVIII, 331) exigent la mise en demeure préalable du débiteur, en se fondant sur les termes de l'art. 2021 : *la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur* : d'où ils concluent que le créancier ne peut agir contre la caution, qu'en rapportant la preuve du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations. Mais ces termes, qui n'ont évidemment pour but que d'expliquer le bénéfice de discussion, et qui ne doivent pas être isolés de la suite de l'art. 2021, ne nous paraissent pas autoriser une pareille conclusion. D'ailleurs, les auteurs que nous combattons nous semblent manquer de conséquence, en admettant que, dans les cas où la mise en demeure du débiteur a lieu de plein droit, le créancier peut poursuivre la caution sans sommation préalable faite au débiteur : il est évident que, même en pareille circonstance, le créancier ne justifie, en aucune manière, de l'inexécution de l'obligation principale. Ponsot, n° 33. Troplong, n° 231.

⁵ La phrase finale de l'art. 2022 : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*, a été ajoutée sur la demande du Tribunat, qui avait fait remarquer que le silence gardé par la caution sur les poursuites du créancier devait la faire regarder comme ayant renoncé au bénéfice de discussion. D'après l'esprit de la

l'existence ou la validité du cautionnement ne la rendrait cependant pas non recevable à opposer l'exception de discussion à l'exécution du jugement qui aurait rejeté sa défense⁶. La caution qui n'a pas, dans le principe, proposé cette exception, à raison de la circonstance que le débiteur ne possédait pas de biens susceptibles d'être indiqués au créancier, est également admise à s'en prévaloir ultérieurement, s'il survient des biens au débiteur⁷.

2° La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, à la discussion desquels elle entend le renvoyer. Elle ne peut comprendre dans cette indication, ni des biens situés hors du ressort de la Cour impériale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens dont la propriété est contestée⁸, ni les immeubles hypothéqués à la dette qui ne se trouveraient plus dans la possession du débiteur. Mais la caution est admise à indiquer des biens meubles comme des immeubles, et il n'y a pas lieu d'examiner si les biens qu'elle a désignés sont suffisants pour le paiement intégral de la dette⁹. Art. 2023.

3° La caution doit faire l'avance des frais nécessaires pour la discussion à laquelle elle veut renvoyer le créancier. Art. 2023, al. 1^{er}.

Lorsque la caution a satisfait à ces conditions, le créancier devient, à défaut de poursuites faites en temps opportun, responsable envers elle, jusqu'à concurrence de la valeur des biens

loi, il appartient donc au juge d'examiner, selon les circonstances, si la caution qui n'a pas, dès le premier moment, invoqué le bénéfice de discussion, doit être considérée comme y ayant renoncé. *Observations du Tribunat*, sur l'art. 2022 (Loché, *Lég.*, XV, p. 343, n° 5). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 4.

⁶ Merlin, *op. et loc. cit.* Duranton, XVIII, 335.—Il en serait autrement, si la caution avait engagé un débat sur l'obligation principale. Cpr. Pothier, n° 414.

⁷ Pothier, n° 414. Merlin, *op. et loc. cit.* Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 337. L'opinion émise au texte se justifie par l'esprit de la loi : on ne peut être censé avoir renoncé à un bénéfice, qu'autant qu'on a négligé d'en user dans des circonstances où il aurait été possible de l'invoquer utilement. Cpr. note 5 *supra*.

⁸ On ne devrait pas facilement écouter le créancier qui refuserait de discuter les biens indiqués par la caution, sous le prétexte que la propriété en est sujette à contestation. Mais, quoique les termes *biens litigieux* doivent être pris ici dans une acception plus étroite que lorsqu'il s'agit d'apprécier la solvabilité d'une caution (cpr. § 425, note 7), il ne semble cependant pas que le concours des circonstances indiquées par l'art. 1700 soit nécessaire pour qu'on puisse considérer des biens comme litigieux dans le sens de l'art. 2023.

⁹ Duranton, XVIII, 338.

qu'elle a indiqués, de l'insolvabilité où le débiteur principal peut tomber¹⁰. Art. 2024 et arg. de cet article.

Par exception à la règle générale, la caution est privée du bénéfice de discussion, lorsqu'elle y a renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit par un acte postérieur, ou lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. Art. 2021. Voy. aussi art. 2042 et 2043.

La caution est autorisée à opposer au créancier, non-seulement les exceptions qui lui appartiennent personnellement, mais encore toutes les exceptions qui compètent au débiteur, hormis celles qui sont fondées sur l'incapacité personnelle de ce dernier. Ainsi, la caution peut opposer au créancier, non-seulement les nullités tenant à la cause ou à l'objet de l'obligation principale¹¹, mais encore celles dont cette obligation se trouve entachée, à raison des vices du consentement du débiteur¹². Elle peut également se prévaloir de la compensation qui s'est opérée du chef de ce dernier. Il n'y a pas, sous ces divers rapports, de distinction à faire entre la caution simple et la caution solidaire¹³. Art. 2036 et 1294, al. 1^{er}.

La caution peut proposer en son nom personnel, et non pas seulement du chef du débiteur, les exceptions qu'elle est admise à faire valoir¹⁴. Il en résulte que la renonciation volontaire faite

¹⁰ Req. rej., 8 avril 1835, Sir., 35, 1, 717.

¹¹ Req. rej., 15 juin 1837, Sir., 38, 1, 477.

¹² Pothier, n° 381. Duranton, XVIII, 379. Les termes *exceptions purement personnelles*, dont se sert l'art. 2036, se trouvent également dans l'art. 1208. Mais ces termes n'ont pas une signification invariable ou absolue : il faut, pour déterminer la portée des dispositions dans lesquelles le législateur les a employés, se guider d'après les principes de la matière à laquelle se rapporte chacune de ces dispositions. C'est ainsi que l'on doit dire, d'après la nature du cautionnement, et par argument de l'art. 2012, que la caution, même solidaire, est autorisée à opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal lui-même pourrait tirer des vices de son consentement, et que l'on doit décider, au contraire, d'après la nature des obligations solidaires, que les exceptions fondées sur un vice du consentement de l'un des débiteurs solidaires sont purement personnelles à ce débiteur, et ne peuvent être opposées par les autres. Cpr. § 298.

¹³ L'art. 2036, qui a pour objet spécial d'indiquer les exceptions que la caution peut faire valoir relativement à l'obligation principale, ne fait aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Cpr. d'ailleurs § 423, texte, et note 7.

¹⁴ *Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt.* L. 19, de except. et præscrip. (44, 1). Les causes de nullité et d'ex-

par le débiteur, soit à la prescription acquise en sa faveur (art. 2225) ou à toute autre cause de libération, soit à quelque moyen de nullité ou de rescision, n'empêche pas la caution de faire valoir ces causes et moyens¹⁵. Il en résulte encore que la caution peut intervenir dans les instances liées entre le créancier et le débiteur sur l'existence ou la validité de l'obligation principale, et même former tierce opposition aux jugements passés en force de chose jugée qui sont intervenus dans de pareilles instances¹⁶.

Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour la même dette, elles sont obligées, chacune, pour la totalité de la dette¹⁷. Art. 2025. Toutefois, si l'une d'elles est poursuivie seule, elle peut demander que le créancier divise son action, par portions viriles, entre toutes, à moins qu'elle n'ait renoncé à cette exception, ou qu'elle ne se soit obligée solidairement, soit avec le débiteur, soit avec ses cofidėjus-seurs¹⁸. Art. 2026. Cette exception, appelée bénéfice de division, peut, à la différence du bénéfice de discussion, être proposée en tout état de cause¹⁹.

Lorsqu'au moment où l'une des cautions a fait prononcer la division, une ou plusieurs autres étaient déjà insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de leur insolvabilité, mais elle ne répond pas des insolvabilités survenues seulement depuis la division. Art. 2026, al. 2.

Au surplus, si le créancier a volontairement divisé son action

tion relatives à l'obligation principale réagissent sur l'obligation de la caution, et sont en même temps des causes de nullité ou d'extinction du cautionnement. Art. 2012, al. 1, et 2036. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1825, Sir., 26, 1, 146. Cet arrêt, dans l'espèce duquel il ne s'agissait que d'une question de preuve, et non d'une question de validité de l'obligation principale, n'a rien de contraire à la proposition émise au texte.

¹⁵ Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 3. Cpr. § 424, texte et note 7. Voy. cep. Civ. rej., 12 février 1840, Sir., 40, 1, 529 ; Req. rej., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 577.

¹⁶ Cpr. § 769, texte n° 2, et note 40.

¹⁷ Quoique les différentes cautions soient, dans ce cas, obligées, chacune, à la totalité de la dette, elles ne doivent point, par cela seul, être considérées comme solidairement engagées envers le créancier. Ainsi, à moins d'une stipulation de solidarité, la prescription interrompue à l'égard de l'une des cautions ne le sera point à l'égard des autres. Delvincourt, III, p. 258.

¹⁸ Arg. art. 2025 cbn. 4203. Duranton, XVIII, 343.

¹⁹ Arg. *a contrario* art. 2022. Duranton, XVIII, 348.

entre les différentes cautions, soit en acceptant, sans réserves, de l'une d'elles, le paiement de sa part et portion, soit en dirigeant contre elle une action pour cette part seulement²⁰, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a faite, des cautions insolvables. Art. 2027.

Les obligations naissant du cautionnement passent, comme les obligations en général, aux héritiers de la caution, sans toutefois que ces derniers soient passibles de contrainte par corps, quand même leur auteur y aurait été soumis²¹. Art. 2017.

§ 427.

e. Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal.

La caution qui paie la dette qu'elle a garantie est de plein droit subrogée aux droits et actions du créancier, soit contre le débiteur ou les débiteurs principaux, soit contre les tiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette¹. Art. 2029 cbn. 1251, n° 3. Il importe peu, à cet égard, que la caution se soit engagée par ordre du débiteur principal, qu'elle l'ait fait à son insu, ou même contre sa volonté². La caution peut, en vertu de cette subrogation, répéter soit du débiteur principal, soit des tiers à l'égard desquels elle est subrogée, tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages-intérêts et frais faits contre ce débiteur. Mais elle ne peut, sur le seul fondement de la subrogation, réclamer les intérêts des différentes sommes qu'elle a déboursées.

Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires est auto-

²⁰ Il n'est pas nécessaire, pour que le créancier doive être considéré comme ayant divisé son action, que celle des cautions contre laquelle il a formé une demande pour sa part seulement ait acquiescé à cette demande, ou qu'il soit intervenu contre elle un jugement de condamnation ; le seul fait d'avoir introduit une action ainsi divisée suffit à cet égard. La disposition de l'art. 1244, al. 3, n'est point applicable en matière de cautionnement, à moins que les cautions ne soient obligées solidairement. Duranton, XVIII, 347.

²¹ Cpr. § 647, texte et note 46.

¹ Cpr. § 324, texte n° 4, notes 59 et 60. — La caution peut-elle également exercer un recours contre le tiers qui, sans s'obliger personnellement, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette principale ? Cpr. § 324, texte n° 4, notes 64 et 62.

² Les art. 1251 n° 3, et 2029, ne distinguent pas. Duranton, XVIII, 347. Trolong, n° 362. Mourlon, *De la subrogation*, p. 407.

risé à répéter contre chacun d'eux la totalité de ce qu'il a payé. Art. 2030. Celui, au contraire, qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, est bien subrogé pour le tout contre ce dernier; mais il ne peut agir contre les autres que dans la mesure du recours qui compéterait au débiteur qu'il a cautionné. Il ne jouit même d'aucune action contre celui des débiteurs solidaires qui, n'ayant aucun intérêt personnel à la dette, et qui ne s'étant obligé que dans l'intérêt de ses codébiteurs, eût été affranchi de tout recours de leur part, s'ils avaient eux-mêmes désintéressé le créancier³. Art. 1216, et arg. *a contrario* art. 2030. La subrogation conventionnelle obtenue par la caution qui ne s'est engagée que pour un seul des débiteurs solidaires ne lui donnerait même pas des droits plus étendus que ceux qui viennent d'être indiqués⁴.

La caution qui s'est engagée à la prière du débiteur principal, ou même à son insu, mais non contre sa volonté, jouit, après avoir acquitté la dette, et ce, indépendamment du recours fondé sur la subrogation légale, d'une action de mandat ou de gestion d'affaires contre ce débiteur⁵. En vertu de cette action, elle peut, non-seulement répéter les sommes qu'elle a payées au créancier en l'acquit de ce dernier, c'est-à-dire celles qu'elle serait en droit de demander en vertu de la subrogation légale⁶, et notamment les frais faits contre le débiteur⁷, mais encore réclamer les intérêts, à partir du jour du paiement, des sommes qu'elle a débours-

³ Req. rej., 19 avril 1854, Dalloz, 1854, 4, 293.

⁴ Cpr. § 324, note 58; Troplong, n° 379. Voy. en sens contraire: Duranton, XVIII, 355.

⁵ En général, l'action contraire *negotiorum gestorum* est moins étendue que celle qui naît du mandat; mais, en matière de cautionnement, la loi attribue les mêmes effets à ces deux actions. Art. 2028, al. 1.

⁶ L'action de mandat ou de gestion d'affaires, qui dure trente ans à dater du jour du paiement fait par la caution, peut, même pour ces sommes, lui devenir utile, dans le cas où la créance principale se trouvant éteinte par prescription, elle ne serait plus recevable à faire valoir la subrogation qui s'est opérée à son profit.

⁷ Cpr. art. 2016. La rédaction du second alinéa de l'art. 2028 est évidemment vicieuse. En prenant cet article à la lettre, il en résulterait que la caution n'aurait pas de recours pour les frais faits contre le débiteur, ce qui n'est pas admissible. Au lieu de dire: « Néanmoins la caution n'a de recours *que pour les frais par elle faits depuis, etc.*, » il fallait dire: « Néanmoins la caution n'a de recours, *quant aux frais par elle faits, que pour ceux qui ont eu lieu depuis, etc.* »

sées, soit en principal, soit en intérêts⁸, les frais faits par elle ou contre elle depuis la dénonciation au débiteur des poursuites dirigées à son encontre, enfin les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus selon les circonstances⁹. Art. 2028. Au contraire, la caution qui s'est obligée malgré la défense du débiteur, n'ayant contre ce dernier aucune action de mandat ou de gestion d'affaires, ne peut réclamer, ni les frais faits par elle ou contre elle, ni les intérêts des sommes qu'elle aurait payées, ni, à plus forte raison, des dommages-intérêts. Il semble même qu'elle ne serait pas admise à répéter, de son propre chef, par l'action de *in rem verso*, le principal et les intérêts qu'elle aurait payés à la décharge du débiteur¹⁰.

Par exception aux règles ci-dessus posées, la caution est privée de tout recours contre le débiteur, soit du chef du créancier, soit de son propre chef :

1° Lorsque, ayant négligé d'avertir le débiteur principal du paiement qu'elle a fait, ce dernier a payé une seconde fois. Art. 2031, al. 1.

2° Lorsqu'elle a payé sans avoir été poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, et que celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens pour faire rejeter l'action du créancier. Si la caution n'avait payé que sur les poursuites de ce dernier, le défaut d'avertissement ne la priverait pas de son recours contre le débiteur¹¹. Art. 2031, al. 2.

Dans les deux hypothèses indiquées par l'art. 2031, la cau-

⁸ Toulouse, 4 février 1829, Sir., 29, 2, 196. Caen, 7 août 1840, Sir., 40, 2, 528. Caen, 4 juillet 1842, Sir., 43, 2, 247. Cpr. § 441, texte et note 11.

⁹ Ainsi, par exemple, si la caution a subi la contrainte par corps ou que ses biens aient été vendus sur la poursuite du créancier, elle a droit à des dommages-intérêts, indépendamment de l'intérêt légal des sommes qu'elle aura payées ou que la vente de ses biens aura produites. Cpr. art. 1153, al. 1. Duranton, XVIII, 351.

¹⁰ On ne peut expliquer un cautionnement donné contre la volonté du débiteur, que par l'intention de la part de la caution de se contenter de la subrogation légale, dont elle jouit même dans cette hypothèse (cpr. texte et note 2 *supra*), en renonçant à tout recours à exercer de son propre chef. Cpr. § 441, texte n° 2. Duranton, XVIII, 537. Voy. cep. Troplong, nos 329 et 330.

¹¹ Troplong, nos 383 à 386. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, part. II, p. 265 ; Duranton, XVIII, 357 ; Zachariæ, § 426, texte et note 9. L'opinion de ces auteurs est inconciliable avec le texte du second al. de l'art. 2031 ; et ce texte est d'autant plus décisif, qu'il n'a fait que reproduire la doctrine de Domat. Lois civiles, liv. III, tit. IV, sect. III, n° 7. Voy. aussi Pothier, n° 438.

tion n'a qu'une action en répétition contre le créancier. Encore cette action n'est-elle pas toujours ouverte à son profit dans la seconde de ces hypothèses ¹².

La caution qui s'est obligée sans opposition de la part du débiteur principal peut, même avant d'avoir payé, agir contre ce dernier pour obtenir sa décharge, ou des sûretés destinées à garantir l'efficacité de son recours ultérieur ¹³ : 1° si elle est poursuivie par le créancier ; 2° si le débiteur est tombé en faillite ou en déconfiture ; 3° s'il s'est obligé envers la caution à lui rapporter, dans un certain temps, la décharge du cautionnement, et que ce temps soit expiré ; 4° si la dette est devenue exigible par l'événement de la condition ou l'échéance du terme, quoique le créancier n'ait pas encore exercé de poursuites ; 5° enfin, après l'expiration de dix années, à compter du jour du cautionnement, lorsque l'obligation principale n'a aucun terme d'échéance ou de cessation ¹⁴. Si cette obligation, sans être d'une durée absolument indéterminée, était de nature à ne pouvoir s'éteindre qu'après un certain laps de temps ¹⁵, la caution ne pourrait demander sa décharge avant l'expiration de ce temps, quelque incertaine qu'en fût d'ailleurs la durée. Art. 2032.

§ 428.

f. De l'effet du cautionnement entre les cofidėjusseurs.

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, celle des cautions qui a acquitté la dette est subrogée contre les autres aux droits du créancier, pourvu que le paiement ait eu lieu dans l'un des cas prévus par l'art. 2032 ¹. La caution ne peut cependant, en vertu de cette subroga-

¹² La caution, par exemple, n'aura point de recours à exercer contre le créancier, si elle a payé une dette prescrite, ou si le paiement par elle fait avait couvert les vices de l'obligation principale.

¹³ Tel nous paraît être le sens du terme *indemnité*, qui, dans l'art. 2032, est employé d'une manière impropre, puisqu'une indemnité proprement dite suppose un paiement déjà fait ou une perte déjà éprouvée. Cpr. Duranton, XVIII, 359 ; Troplong, nos 391 et 392 ; Ponsot, n° 266 ; Bordeaux, 22 janvier 1832, Sir., 32, 2, 378 ; Grenoble, 3 août 1853, Sir., 54, 2, 449.

¹⁴ C'est ce qui a lieu pour une rente constituée.

¹⁵ Cela a lieu, par exemple, pour une rente viagère.

¹ Selon MM. Duranton (XVIII, 366) et Ponsot (n° 202), les hypothèses indiquées aux nos 1, 2 et 4 de l'art. 2032, seraient les seules dans lesquelles la caution aurait un recours contre ses cofidėjusseurs. Mais cette opinion, contraire au texte de

tion, exercer de recours contre ses cofidésseurs, que pour la part virile de chacun d'eux dans la dette. Art. 1251, n° 3 cbn. 2033.

Du reste, la caution est privée de toute action contre ses cofidésseurs, lorsqu'elle a payé dans des circonstances où elle n'aurait pas de recours à exercer contre le débiteur lui-même.

§ 429.

g. Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint.

Le cautionnement s'éteint, comme tous les engagements accessoires, avec l'obligation principale. Il s'éteint, par exemple, par la novation opérée à l'égard du débiteur principal, et notamment par celle qu'entraîne la dation en paiement d'un immeuble ou de quelque autre objet. Art. 1281, al. 2. Il ne renaîtrait pas alors même que le créancier serait, par une cause quelconque, évincé de l'objet à lui livré, ou que la dation en paiement viendrait à être annulée¹. Art. 2038 et arg. de cet art.

D'un autre côté, le cautionnement s'éteint en lui-même, et abstraction faite de son caractère d'engagement accessoire, par les mêmes causes que les obligations en général. Art. 2034. Il y a cependant à cet égard deux observations à faire :

Lorsque la caution devient créancière du créancier de l'obligation principale, la créance de la caution et l'engagement résultant du cautionnement ne se compensent pas de plein droit. La compensation ne s'opère, en pareil cas, que du jour où elle a été opposée par la caution².

La réunion, dans une même personne, de la qualité de débiteur et de celle de caution, n'entraîne pas de confusion dans le sens de l'art. 1300. Elle laisse subsister les effets du cautionnement, par exemple, en ce qui concerne les hypothèques constituées par la caution³; et elle ne libère pas le certificateur de caution. Art. 2035. On doit également conclure de là que, si la

l'art. 2033, est encore en opposition formelle avec l'explication qu'en a donnée Chabot dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, XV, p. 347, n° 23). Il faut donc reconnaître que la caution a également un recours contre ses cofidésseurs, lorsqu'elle a payé dans l'un des cas prévus par les n°s 3 et 5 de l'art. 2032. Troplong, n° 425.

¹ Cpr. § 324, texte, notes 17, 33 et 34. Orléans, 30 août 1850, Sir., 51, 2, 44.

² Cpr. § 326, texte n° 4 et note 21.

³ Toullier, VII, 427. Duranton, XII, 376. Troplong, n° 488.

caution d'un incapable devient son héritier, elle reste valablement obligée *ex causa fidejussoria*, tout en succédant à l'action en nullité ou en rescision contre l'obligation principale⁴.

Indépendamment de ces diverses causes d'extinction, la caution cesse d'être obligée lorsque la subrogation aux droits du créancier, par exemple, aux hypothèques ou privilèges attachés à la créance, est devenue impossible par un fait positif ou par la négligence de ce dernier⁵. Art. 2037. Si cette impossibilité provient, soit d'un fait exclusivement personnel à la caution, soit même d'un fait qui lui soit tout aussi bien imputable qu'au créancier, elle ne peut s'en prévaloir pour obtenir sa décharge.⁶

La disposition de l'art. 2037 ne s'applique qu'aux sûretés existant dès avant le cautionnement, ou constituées en même temps que ce dernier. Elle ne concerne pas celles que le créancier s'est procurées ou qui lui ont été fournies postérieurement à l'établissement du cautionnement⁷. A plus forte raison ne

⁴ Toullier, VII, 428. Duranton, XII, 375. Voy. encore Riom, 5 août 1840, Sir., 40, 2, 492.

⁵ Les termes *par le fait du créancier* sont généraux, et comprennent non-seulement les faits positifs ou de commission, mais encore les faits négatifs ou d'omission et de négligence. Il est vrai que Pothier (*Des obligations*, n° 557) n'accorde à la caution l'exception *cedendarum actionum*, qu'autant que le créancier s'est, par un fait positif, mis hors d'état de la subroger à ses droits. Mais il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu consacrer cette distinction : si telle avait été leur pensée, il n'eussent pas manqué de reproduire les expressions *fait positif*, dont Pothier s'est servi. Cette distinction paraît d'ailleurs incompatible avec la disposition de l'art. 1383, qui assimile la simple négligence à la faute positive. Il faut donc admettre que la caution peut invoquer l'art. 2037 dans le cas, par exemple, où le créancier aurait négligé de prendre ou de renouveler en temps utile une inscription hypothécaire. Delvincourt, sur l'art. 2037. Troplong, *De la vente*, II, 941; *Du cautionnement*, nos 565 à 567. Duvorgier, *De la vente*, II, 276 et suiv. Duranton, XVIII, 382. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Civ. cass., 25 juillet 1827, Sir., 28, 1, 17. Toulouse, 27 août 1829, Sir., 30, 2, 89. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 474; Mourlon, *De la subrogation*, p. 518 et suiv. ; Zachariæ, § 428, texte et note 2 ; Caen, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 493 ; Toulouse, 19 mars 1842, Sir., 44, 1, 71 ; Agen, 9 juin 1842, Sir., 42, 2, 543.

⁶ Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Civ. rej., 28 décembre 1845, Sir., 46, 1, 107. Civ. rej., 26 mai 1846, Sir., 46, 1, 739.

⁷ L'art. 2037, à la vérité, ne distingue pas. Mais cette considération, à laquelle

s'étend-elle pas à des sûretés que le créancier aurait pu obtenir, et qu'il a négligé de se procurer⁸.

Lorsque la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est affranchie de son engagement que dans la même proportion⁹. Et dans le cas même où la subrogation serait devenue impossible pour le tout, la caution n'en resterait pas moins obligée, si cette impossibilité ne lui causait aucun préjudice en raison de l'inefficacité des sûretés auxquelles le créancier aurait renoncé¹⁰.

Du reste, le bénéfice de l'art. 2037 appartient à la caution solidaire, aussi bien qu'à la caution simple¹¹.

nous nous étions arrêtés dans nos premières éditions, ne paraît pas déterminante. On ne peut, en effet, expliquer l'art. 2037, qu'en partant de l'idée que le tiers qui se porte caution d'une dette à laquelle étaient déjà affectées d'autres sûretés, ne s'étant vraisemblablement engagé qu'en vue de ces sûretés et dans l'espérance d'y trouver la garantie de son recours, il y aurait injustice à ce qu'il pût en être privé par le fait du créancier. Ce serait donc donner à la disposition de l'art. 2037 une extension contraire au fondement sur lequel elle repose, que de l'appliquer à des sûretés sur lesquelles la caution n'a pu compter au moment où elle s'est engagée. Indépendamment de ce motif général, qui porte également sur les sûretés volontairement fournies par le débiteur, et sur celles que le créancier s'est procurées par son propre fait, telle, par exemple, qu'une hypothèque judiciaire, on peut dire encore, en ce qui concerne particulièrement ces dernières, qu'il n'existe aucune raison de justice ou d'équité qui oblige le créancier à conserver dans l'intérêt de la caution des sûretés qu'il ne doit qu'à sa diligence personnelle. Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 et suiv. Zachariæ, § 428, texte et note 4. Civ. cass., 14 janvier 1834, Sir., 34, 1, 37. Req. rej., 12 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 382 ; Ponsot, n° 334 ; Troplong, n° 570 et 571 ; Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 424.

⁸ Pau, 25 août 1851, Sir., 52, 2, 29.

⁹ Toulouse, 2 janvier 1823, Sir., 23, 2, 418.

¹⁰ Troplong, n° 572. Ponsot, n° 334. Civ. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 597.

¹¹ Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 5. Duranton, XVIII, 382 à la note. Mourlon, *De la subrogation*, p. 514. Ponsot, n° 529. Bordeaux, 19 août 1822, Sir., 23, 2, 433. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 424. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Limoges, 28 mars 1844, Sir., 44, 2, 443. Amiens, 25 mars 1847, Sir., 47, 2, 337. Req. rej., 9 janvier 1849, Sir., 49, 1, 278. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555. Req. rej., 16 mars 1852, Sir., 52, 1, 636. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 557 ; Rouen, 7 mars 1819, Sir., 19, 2, 72 ; Limoges, 21 mai 1835, Sir., 35, 2, 455 ; Agen, 10 juillet 1837, Sir., 39, 2, 291. L'argumentation de M. Troplong peut se résumer ainsi qu'il suit : La subrogation légale admise par l'art. 1254 n° 3 et par l'art. 2029 n'a fait que remplacer l'exception *cedendarum actionum* du Droit romain et de notre ancienne jurisprudence ; elle ne saurait avoir

Il peut également être invoqué par celui qui, sans se rendre personnellement caution, a constitué une hypothèque pour

plus d'effet que cette exception, et n'oblige dès lors le créancier à céder ses actions que telles qu'il les possède au moment du paiement, sans l'astreindre à conserver les sûretés attachées à sa créance. Cette subrogation n'étant par le principe de la déchéance prononcée par l'art. 2037, il faut le chercher ailleurs, et on ne peut le trouver que dans le bénéfice de discussion d'où la conséquence que la caution solidaire, qui ne jouit pas du bénéfice de discussion, n'est pas non plus recevable à se prévaloir de la disposition de l'art. 2037. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. Nous admettons tout ce que dit M. Troplong sur l'origine et les effets de la subrogation légale. Cpr. § 298, texte et note 56. Mais de ce qu'en principe cette subrogation n'oblige pas le créancier à conserver les sûretés affectées à sa créance, il n'en résulte pas que le législateur n'ait pu exceptionnellement, et par des raisons particulières, y attacher cet effet. Or, c'est ce que, par l'art. 2037, il a fait au profit de la caution, en suivant les errements de notre ancienne jurisprudence, et par le motif de justice ou d'équité que nous avons déjà indiqué à la note 7 *supra*. Que si les rédacteurs du Code ne sont pas allés dans cette voie aussi loin que notre ancienne jurisprudence, en ce qu'ils n'ont pas accordé au codébiteur solidaire la même faveur qu'à la caution, cela s'explique par les raisons développées à la note 56 du § 298. Mais il ressort de ces mêmes raisons, qu'au point de vue où ils se sont placés pour conférer à la caution le bénéfice spécial établi par l'art. 2037, ils ne devaient faire aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. La solidarité à laquelle la caution s'est soumise donne bien au créancier un droit de poursuite plus énergique, mais ne le dispense pas pour cela de l'obligation de conserver les sûretés en contemplation desquelles le cautionnement a été fourni. Aussi l'art. 2037 ne fait-il aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Nous ajouterons que le système de M. Troplong conduit à des conséquences inconciliables avec le texte de cet article. En effet, si le bénéfice de discussion devait être le fondement de la décharge établie au profit de la caution par l'art. 2037, il faudrait, pour être conséquent, refuser l'avantage de cette décharge, non-seulement à la caution solidaire, laquelle ne jouit pas du bénéfice de discussion, mais à la caution simple elle-même, dans le cas où il s'agirait de sûretés constituées sur des biens qui, ayant été aliénés par le débiteur, ne seraient plus susceptibles de former l'objet d'une réquisition de discussion. En renonçant à de pareilles sûretés après l'aliénation de ces biens par le débiteur, le créancier ne porte, par son fait, aucune atteinte au bénéfice de discussion, et il est évident cependant qu'il encourt l'application de l'art. 2037. La même observation s'applique au cas où le créancier aurait renoncé à des hypothèques établies sur des immeubles situés hors du ressort de la Cour impériale du lieu où le paiement doit être fait. Art. 2023. D'un autre côté, le système de M. Troplong, appliqué à l'hypothèse d'une dette cautionnée par deux fidéjusseurs qui auraient renoncé au bénéfice de division, conduirait à cette conséquence que la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs, ou sa renonciation aux sûretés fournies par ce dernier, laisserait intacte son action contre l'autre, puisqu'il n'aurait porté, par cette décharge ou cette renonciation, aucune atteinte au bénéfice de discussion, qui s'applique exclusivement aux biens du débiteur principal, ni même au bénéfice de division, auquel les fidéjusseurs avaient

sûreté de la dette d'un tiers ¹². Mais il n'appartient, ni au codébiteur solidaire, ni au tiers détenteur d'immeubles hypothéqués ¹³.

La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne libère pas la caution, qui peut cependant dans ce cas agir contre le débiteur pour obtenir sa décharge. Art. 2039¹⁴. On doit décider, par la même raison, que la simple abstention de poursuites de la part du créancier ne libère pas la caution, bien que le débiteur soit devenu insolvable depuis l'époque de l'exigibilité de la dette ¹⁵.

3. *De la contrainte par corps conventionnelle.*

Voy. la Bibliographie à la note 1^{re} du § 585.

§ 430.

On ne peut, en général, pour assurer l'exécution d'une obligation, se soumettre par convention à la contrainte par corps.

renoncé. Or, cette conséquence est inadmissible en présence de l'art. 2037. Aussi est-elle repoussée par M. Troplong lui-même (nos 553 à 556), qui nous paraît être ainsi tombé dans une palpable contradiction. Cette contradiction a sans doute échappé à son attention, parce que, dans sa pensée telle qu'il l'exprime au n° 556, la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs, ou sa renonciation aux sûretés données par celui-ci, restreindrait ou anéantirait le bénéfice de discussion, qui cependant ne s'applique qu'aux biens du débiteur principal.

¹² Quoique ce tiers ne soit pas une véritable caution, on doit cependant reconnaître qu'il n'est, ainsi que la caution, qu'accessoirement tenu de la dette d'autrui, et qu'il est fondé à dire, comme cette dernière, qu'il n'a entendu s'engager qu'en contemplation des sûretés fournies par le débiteur. Murlon, *De la subrogation*, p. 514. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 562. Cpr. aussi Civ. cass., 25 novembre 1812, Sir., 13, 1, 177 ; Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Le premier de ces arrêts, rendu par défaut, avait formellement consacré l'opinion contraire à celle que nous avons émise. Mais la cour régulatrice ayant été saisie une seconde fois de la question, par suite de l'opposition formée à son premier arrêt, n'a pas maintenu la thèse qu'elle avait d'abord établie, et s'est décidée par d'autres motifs.

¹³ Cpr. § 298, note 56 ; § 287.

¹⁴ Le renouvellement de billets, même négociables, garanti par un cautionnement, doit, en général, être plutôt considéré comme une simple prorogation de terme, que comme une novation de nature à entraîner l'extinction de la dette. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 440. Cpr. cep. Caen, 24 mai 1842, Sir., 42, 2, 488.

¹⁵ Troplong, n° 568. Agen, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 102. Civ. cass., 22 janvier 1849, Sir., 49, 1, 182.

D'après le Code Napoléon, cette règle était soumise à une double exception : la première concernant le cautionnement de dettes dont le débiteur est lui-même passible de contrainte par corps¹; la seconde relative aux fermages de biens ruraux². Art. 2060, n° 5, et art. 2062. Cette dernière exception a été supprimée par l'art. 2 de la loi du 13 décembre 1848, qui a défendu de stipuler à l'avenir la contrainte par corps pour le paiement des fermages de biens ruraux.

Les personnes qui, à raison de leur âge ou de leur sexe, sont, en général, exemptes de la contrainte par corps légale, telles que les mineurs, les septuagénaires, et les femmes, ne peuvent, en aucun cas, se soumettre volontairement à cette voie d'exécution.

La stipulation de la contrainte par corps est sans effet à l'égard des héritiers de celui qui s'y est soumis. Art. 2017, et arg. de cet article³.

La contrainte par corps conventionnelle est, quant au mode de l'exercer et quant à ses suites, régie par les mêmes règles que la contrainte par corps légale.

4. Du nantissement.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 2071-2091. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité du nantissement et de l'antichrèse*. Ces traités forment les chap. 4 et 5 de celui des hypothèques. *Du nantissement*, par Troplong; Paris, 1847; 1 vol. in-8°.

§ 431.

Du nantissement en général.

Le nantissement est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers remet au créancier un objet, mobilier ou immobilier, destiné à lui servir de sûreté.

Le nantissement d'un objet mobilier s'appelle plus spéciale-

¹ Les cautions judiciaires sont, de plein droit, soumises à la contrainte par corps. Cpr. § 586, note 28.

² La contrainte par corps ne pouvait être stipulée dans un bail à loyer; et même en matière de bail à ferme, elle ne s'étendait, ni aux intérêts des fermages et aux frais faits pour en obtenir le paiement, ni, à plus forte raison, à l'exécution des autres obligations résultant du bail. *Discussion au Conseil d'état, et Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Loché, *Lég. XIV*, p. 555, n° 18, p. 577, n° 10).

³ Cpr. § 617, texte et note 16.

ment gage. Celui d'un objet immobilier s'appelle antichrèse. Art. 2071, 2072 et 2077.

a. *Du gage* ¹.

§ 432.

1) *Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence.*

Le gage est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers remet au créancier un objet mobilier, corporel ou incorporel, dans le but de lui conférer le droit de se faire payer sur cet objet de préférence à d'autres créanciers ². Art. 2073.

Ce contrat exige donc, comme conditions de son existence, le consentement des parties, la remise au créancier d'un objet mobilier, et l'intention de lui assurer un droit de préférence. Il n'est cependant pas indispensable que le créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé : les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt. Art. 2076.

L'existence d'un premier nantissement ne forme point obstacle à une nouvelle mise en gage du même objet, pourvu que le second créancier obtienne, conjointement avec le premier, la possession de la chose engagée, ou qu'elle soit détenue par un tiers pour leur compte commun ³.

Aux termes de l'art. 2084, les dispositions du chapitre premier du titre *du nantissement* « ne sont applicables, ni aux ma-
« tières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage auto-
« risées ⁴, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements
« qui les concernent. »

Il ne faut pas conclure de la première partie de cet article que les nantissements entre commerçants, même pour fait de commerce, soient indistinctement dispensés de l'observation des formalités prescrites par les art. 2074 et 2075. L'application de ces articles ne cesse, même en matière commerciale ⁵, qu'en ce

¹ Le terme *gage* est souvent pris pour l'objet même qui est donné en nantissement.

² Cpr. sur cette définition : § 340, note 3.

³ Troplong, nos 315 à 318. Aix, 28 février 1840, Sir., 50, 2, 570.

⁴ Cpr. sur les monts-de-piété : les différents actes du pouvoir législatif et du Gouvernement cités à la note 7 du § 54.

⁵ Civ. cass., 5 juillet 1820, Sir., 21, 1, 14. Douai, 18 avril 1837, Sir., 39, 2, 68. Paris, 21 juin 1842, Sir., 43, 2, 115. Douai, 10 février et 29 mars 1843, Sir.,

qui concerne le privilège établi par l'art. 93 du Code de commerce, pour les avances faites sur consignation de marchandises expédiées de place en place⁶, et le nantissement des effets négociables, qui s'établit, même à l'égard des tiers, par le moyen d'un simple endossement⁷.

§ 433.

2) *Des conditions de la validité du contrat de gage, et de son efficacité à l'égard des tiers.*

Il faut, pour pouvoir donner un objet en gage, en être propriétaire, et avoir la capacité d'en disposer. Toutefois, le créancier qui, de bonne foi, a reçu du débiteur un objet dont celui-ci n'était pas propriétaire, peut, hors les cas de vol ou de perte, en refuser l'extradition au véritable propriétaire¹.

La validité du contrat de gage n'est soumise, en ce qui concerne ses effets entre les parties, à l'observation d'aucune formalité extrinsèque².

Mais ce contrat ne confère au créancier gagiste un droit de préférence sur les autres créanciers du débiteur, que sous les conditions suivantes (art. 2074 et 2075) :

1° Lorsque la créance pour sûreté de laquelle le gage a été fourni et la valeur de l'objet engagé dépassent l'une et l'autre

43, 2, 198 et 341. Lyon, 27 août 1849, Sir., 49, 2, 557. Voy. en sens contraire : Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 498; Harel, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 277.

⁶ Cpr. sur les cas auxquels s'étend l'art. 93 du Code de commerce, dont la portée se détermine par sa combinaison avec l'art. 95 du même Code : Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 404 et suiv. ; Troplong, nos 157 à 184 ; et les divers arrêts cités par ce dernier auteur.

⁷ Cette exception, qui n'est pas établie par un texte spécial, résulte de la combinaison des art. 2084 du Code Napoléon, et 136 du Code de commerce. Elle se justifie, d'ailleurs, par cette considération que l'endossement a, par lui-même, date certaine à l'égard des tiers. Massé, *Droit commercial*, VI, 521 et suiv. Troplong, nos 283 et suiv. Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 241. Rouen, 29 avril 1837, Sir., 37, 2, 375. Civ. cass., 6 août 1845, Sir., 45, 1, 561. Req. rej., 18 juillet 1848, Sir., 48, 1, 609. Voy. en sens contraire : Lyon, 12 juillet 1849, Sir., 49, 2, 703.

¹ Arg. art. 2102, n° 4, al. 3, et 2279. Cpr. § 290. *Exposé de motifs*, par Berthe (Loché, *Lég. XVI*, p. 29 et 30, n° 9). Troplong, nos 70 à 73. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, II, 314.

² Duranton, XVIII, 512. Troplong, n° 414. Req. rej., 31 mai 1836, Dalloz, 1836, 1, 378. Bordeaux, 28 août 1840, Sir., 41, 2, 169.

cent cinquante francs³, le contrat doit être constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré⁴.

2° L'acte instrumentaire exigé en pareil cas, doit mentionner le montant de la créance, et contenir une désignation détaillée de l'espèce et de la nature des objets remis en gage, ainsi que l'indication de leur qualité, de leur poids ou de leur mesure, si cette indication est nécessaire pour en déterminer l'individualité⁵. Cette désignation peut être valablement faite dans un acte séparé, pourvu que cet acte soit également authentique ou revêtu de la formalité de l'enregistrement. Si la désignation des objets mis en gage est complète pour quelques-uns d'entre eux, et incomplète pour les autres, le gage est efficace quant aux premiers⁶. Du reste, il n'est nécessaire d'indiquer, ni la nature de la créance pour sûreté de laquelle le gage est fourni, ni l'époque de son exigibilité, ni la forme et la date de l'acte qui la constate⁷.

Les dispositions de l'art. 2074 s'appliquent à la mise en gage d'effets au porteur, qui sont, en raison de leur forme, assimilables à des meubles corporels : la tradition de pareils effets,

³ C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 2074, *en matière excédant la valeur de cent cinquante francs*. Ces termes, en effet, qui doivent être pris *secundum subjectam materiam*, se rapportent à la somme pour laquelle il y a conflit d'intérêts entre le créancier nanti et les autres créanciers. Or, cette somme est évidemment inférieure à cent cinquante francs, lorsque, soit la valeur de l'objet mis en gage, soit la créance pour laquelle le gage a été fourni, ne s'élève pas à ce chiffre. Duranton, XVIII, 514.

⁴ L'enregistrement doit, en matière excédant cent cinquante francs, être considéré comme une formalité absolument indispensable pour l'efficacité du droit de gage à l'égard des tiers. En l'absence de cette formalité, le droit de gage ne pourrait être invoqué contre les tiers, lors même que l'acte de constitution aurait reçu date certaine par l'une des autres circonstances indiquées dans l'art. 1328 : en fait d'établissement de privilège, tout est de rigueur. Duranton, XVIII, 514. Cpr. Civ. cass., 5 juillet 1820, Sir., 21, 4, 14. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2074.

⁵ L'art. 2074 n'indique qu'en termes équivoques la manière dont on doit désigner les objets mis en gage. Mais l'esprit de la loi n'est pas douteux : la désignation doit être assez précise pour empêcher les fraudes qui pourraient se commettre par la substitution d'objets plus précieux à ceux qui ont été primitivement donnés en gage. Duranton, XVIII, 521. Cpr. Req. rej., 4 mars 1814, Sir., 11, 4, 185.

⁶ Duranton, XVIII, 521 et 522. Cpr. cep. Req. rej., 4 mars 1814, Sir., 11, 4, 185.

⁷ Cpr. art. 2148, nos 3 et 4.

quoique suffisante pour en transférer la propriété quand elle a lieu dans cette intention, ne le serait pas pour constituer un gage efficace au regard des tiers⁸.

Les formalités spéciales, requises par l'art. 2074 pour l'établissement du privilège attaché au gage, ne seraient pas efficacement remplacées par un acte apparent de vente, cet acte eût-il même été enregistré et suivi de tradition⁹.

⁸ Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1203. Duranton XVIII, 527. Civ. rej., 11 août 1847, Sir., 47, 1, 641. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 525 ; Troplong, n° 287 ; Harel, *Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 284 et 285 ; Bordeaux, 17 avril 1845, Sir., 45, 2, 450 ; Paris, 8 février 1854, Sir., 54, 2, 320. On allègue à l'appui de cette dernière opinion, que la disposition de l'art. 2074 est étrangère aux valeurs au porteur, qui ne constituent pas des objets corporels, mais bien des créances. On écarte ensuite l'application de l'art. 2075, auquel ces valeurs sembleraient devoir être soumises, comme toutes autres créances, en disant que les formalités établies en matière de constitution de gage étant les mêmes que celles qui sont en général requises par l'art. 1690 pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, il faut en conclure que tout mode suffisant pour transférer la propriété de telle ou telle espèce de créances, suffit également pour l'établissement d'un gage sur des créances de la même espèce. Cette argumentation se réfute, dans ses deux branches, par les considérations suivantes : Si, par exception à la disposition de l'art. 1690, la seule tradition manuelle suffit pour transmettre la propriété des effets au porteur, c'est uniquement par le motif que de pareils effets pouvant et devant, en raison de leur forme, être assimilés à des meubles corporels, la règle de l'art. 2279 leur devient applicable, et le même motif doit entraîner pour leur mise en gage, l'application de l'art. 2074. D'un autre côté, de ce que les mêmes formalités sont requises par les art. 1690 et 2075 pour la transmission de la propriété, et pour le nantissement des créances en général, cela n'autorise pas à poser en thèse, que dans les cas où ces formalités ne sont plus nécessaires pour transférer la propriété, elles cessent également d'être exigées pour la mise en gage. L'espèce d'argument *a majori ad minus*, qui sert de fondement à cette proposition, est inadmissible en présence des art. 2074 et 2279, dont la combinaison démontre que le législateur a cru, du moins en général, devoir, dans l'intérêt des tiers, se montrer plus exigeant pour la constitution de gage, que pour la transmission de propriété. Cette démonstration se complète par la considération que la délivrance du titre, qui n'est pas nécessaire en matière de cession pour saisir le cessionnaire, est cependant impérieusement exigée par l'art. 2076, pour rendre le nantissement efficace à l'égard des tiers. Cpr. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 2, 537.

⁹ Un pareil acte ne déterminant pas le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué, permettrait d'étendre après coup l'exercice du privilège à des créances que le gage n'avait pas dans l'origine pour objet de garantir, et laisserait la porte ouverte à toutes les fraudes que doit prévenir, dans l'intérêt des créanciers, la stricte exécution de l'art. 2074. La thèse contraire est cependant enseignée par M. Troplong (nos 204 et 307). Cet auteur invoque, à l'appui de sa manière de voir, la jurisprudence qui reconnaît comme valables

3° Si l'objet mis en gage consiste en une créance, le contrat doit non-seulement être constaté par un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré, il doit, de plus, être signifié au débiteur de la créance donnée en gage ; et cette double formalité est requise, alors même que la valeur de la créance donnée en gage et celle de l'obligation pour sûreté de laquelle elle a été engagée, ne dépassent pas cent cinquante francs¹⁰.

Les mêmes règles s'appliquent à la mise en gage d'actions industrielles ou commerciales¹¹, à moins qu'elles ne soient négociables par endossement¹².

L'acceptation du nantissement faite dans un acte authentique par le débiteur de la créance mise en gage, équivaut à la signification prescrite par l'art. 2175¹³. Cette signification peut, en cas de faillite, avoir lieu valablement, même au regard des créanciers du failli, après la cessation de paiements, pourvu qu'elle soit faite avant le jugement déclaratif de faillite¹⁴.

les donations déguisées sous forme de vente, et celle qui admet que le nantissement d'effets négociables peut avoir lieu par le moyen d'un simple endossement. L'induction qu'il tire de ces deux points de jurisprudence ne nous paraît pas concluante. Que l'on déclare non recevable la demande en nullité dirigée contre une donation déguisée sous forme de vente, par des tiers qui ne se plaignent d'aucune fraude commise à leur préjudice, cela se comprend, puisque la vente ayant, tout aussi bien que la donation, pour objet et pour résultat de transférer la propriété, ces tiers n'ont aucun intérêt légitime à critiquer la simulation. Mais il en est tout autrement dans le cas où une constitution de gage aurait été déguisée sous la forme d'une vente. En effet, la convention de gage ne doit pas, comme la vente, opérer transmission de propriété ; son objet, au regard des tiers, est de constituer un droit de préférence, droit dont la loi subordonne l'établissement au concours de certaines conditions, destinées à en faciliter le contrôle à tous ceux qui pourraient avoir intérêt à le contester. En pareil cas, la simulation porte donc par elle-même atteinte aux garanties légales établies en faveur des autres créanciers du débiteur commun. Quant à la jurisprudence relative au nantissement d'effets négociables, elle se fonde sur des raisons toutes particulières, tirées de la nature de ces effets et des règles spéciales qui les régissent. Cpr. art. 2084 cbn. Code de commerce, art. 439 ; § 432 texte, et note 7. Il n'est donc pas permis de l'étendre, par voie d'analogie, à la mise en gage d'autres objets ou valeurs. Duranton, XVIII, 538. Voy. cep. Req. rej., 23 juillet 1844, Sir., 44, 4, 859.

¹⁰ Duranton, XVIII, 524. Troplong, n° 267.

¹¹ Montpellier, 4 janvier 1853, Sir., 53, 2, 266. Cpr. Civ. rej., 7 janvier 1854, Sir., 54, 4, 129.

¹² Cpr. sur cette exception : § 432, texte et note 7.

¹³ Arg. art. 4690, al. 2. Duranton, *loc. cit.*

¹⁴ Nous nous bornerons, pour la justification de cette proposition, à renvoyer

4° Il faut que le créancier, ou le tiers convenu entre lui et le débiteur, ait été mis et qu'il continue à rester en possession de l'objet corporel donné en gage, ou, s'il s'agit d'une créance, de l'acte qui la constate¹⁵. Cette possession doit être une possession réelle dans le sens de l'art. 1141¹⁶.

Lorsque l'objet sur lequel le gage a été constitué n'a pas été remis au créancier lui-même, il ne suffit pas qu'il se trouve de fait entre les mains d'un tiers, il faut que celui-ci ait reçu de la part des deux parties la mission de le garder dans l'intérêt du créancier¹⁷. Mais il n'est pas nécessaire que la reconnaissance par le tiers de la réception du gage, soit constatée au moyen d'un acte ayant acquis date certaine avant toute contestation sur l'efficacité du nantissement¹⁸.

Il n'est pas non plus exigé, en cas de mise en gage d'une créance, que la remise du titre soit accompagnée d'un acte qui la constate¹⁹.

Le créancier qui aurait remis l'objet engagé à un tiers, par suite d'une convention qui obligeait ce dernier à le lui restituer, devrait être considéré comme ayant continué à le posséder. Il en serait de même, si le créancier avait perdu cet objet ou qu'il lui eût été volé. Arg. art. 2279 et 2280.

au § 704, texte et note 18, où nous traitons la question analogue que soulève la transcription des donations. Cpr. aussi sur la signification des actes de cession : § 359 *bis* texte, notes 14 et 15. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 518 ; Troplong, nos 276 et suiv. ; Montpellier, 13 janvier 1845, Sir., 45, 2, 403.

¹⁵ Duranton, XVIII, 525. Favard, *Rép.*, v° Nantissement, § 1, n° 4. Troplong, n° 277. Liège, 15 mai 1810, Sir., 41, 2, 54. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 2, 537. Aix, 21 juillet 1842, Sir., 43, 2, 199. Req. rej., 11 juin 1846, Sir., 46, 1, 444. Rouen, 24 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. — Il résulte de là qu'une créance qui n'est pas constatée par un acte écrit, ne peut, quoique susceptible de cession, être valablement donnée en gage. Troplong, n° 278. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 2, 537.

¹⁶ Voy. à cet égard les développements donnés au § 354 texte et notes 4 à 10. — Cpr. spécialement sur la mise en possession du créancier gagiste, opérée au moyen de la remise des clefs des bâtiments renfermant les objets engagés : Aix, 20 février 1840, Sir., 50, 2, 570 ; Req. rej., 11 août 1842, Sir., 42, 1, 925.

¹⁷ Paris, 12 janvier 1846, Sir., 50, 2, 566. Cpr. Paris, 15 novembre 1850, Sir., 50, 2, 567. Voy. cep. Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25.

¹⁸ Paris, 4 décembre 1847, Sir., 48, 2, 285.

¹⁹ Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465.

§ 434.

3) *Des droits du créancier nanti d'un gage.*

1° Le créancier nanti d'un gage est autorisé à retenir l'objet qui lui a été remis en nantissement, jusqu'au paiement intégral de sa créance, en principal et accessoires¹. Il peut même, si le débiteur a, depuis l'établissement du gage, contracté envers lui une nouvelle dette², qui soit devenue exigible avant l'acquittement de l'ancienne, retenir l'objet engagé jusqu'au paiement intégral de ses deux créances. Il en est ainsi, bien que l'échéance de la première dette ait précédé l'exigibilité de la seconde, pourvu que de fait la première fût encore due au moment où la seconde est devenue exigible³. Art. 2082, al. 2⁴. Toutefois, le gage tacite admis en pareil cas, ne produit pas de privilège dont le gagiste puisse se prévaloir contre les autres créanciers, et n'engendre qu'un simple droit de rétention⁵.

Le droit de rétention du créancier est indivisible, en ce qu'il affecte chacun et chaque partie des objets donnés en nantissement, et qu'il subsiste en entier jusqu'au paiement intégral de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été établi. Art. 2083.

Ce droit, qui de sa nature n'opère qu'à l'égard du débiteur, ne prive pas les autres créanciers de la faculté de faire vendre l'objet mis en gage ; et ils peuvent en user sans être obligés de désintéresser, au préalable, le détenteur du gage ; le droit de ce dernier se borne à exercer, s'il y a lieu, son privilège sur le prix⁶.

¹ Cpr. Req. rej., 3 juillet 1831, Dalloz, 1832, 4, 321 ; Req. rej., 3 juillet 1834, Dalloz, 1834, 4, 371.

² Le Droit romain étendait le droit de rétention à toute espèce de créances, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. *L. un. C. etiam ob chirog. pec.* (8, 27). Cpr. sur les motifs, à raison desquels les rédacteurs du Code ont cru devoir restreindre la disposition de la loi romaine : *Discussion au Conseil d'état et Exposé de motifs*, par Berlier (Loché, *Lég.*, XVI, p. 16, n° 12, et p. 27, n° 7).

³ Delvincourt, III, part. II, p. 441. Duranton, XVIII, 548. Cpr. cep. Aix, 21 février 1840, Sir., 50, 2, 570.

⁴ Cette disposition ne serait pas applicable au cas où le gage aurait été fourni par un tiers.

⁵ Cela résulte du contexte de l'art. 2082, de la place qu'il occupe, de sa combinaison avec l'art. 2074, et de l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste par la disposition de ce dernier article. Delvincourt, sur l'art. 2082. Duranton, XVIII, 567. Troplong, n° 465.

⁶ Troplong, n° 458 à 464. Req. rej., 3 juillet 1834, Sir., 35, 1, 155. Cpr. cep. Req. rej. 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 490.

2° Le créancier peut, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en propriété d'après une estimation à faire par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères publiques⁷.

Mais il n'a pas le droit de se l'approprier ou d'en disposer à son gré. La loi frappe même de nullité toute convention par laquelle le débiteur autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à le vendre sans l'observation des formalités qui viennent d'être indiquées⁸. Art. 2078. Du reste, la vente du gage passée par le débiteur au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette, est valable, sauf les cas de fraude⁹.

3° Le créancier est fondé à répéter les impenses qu'il a faites, soit pour la conservation, soit pour l'amélioration du gage, savoir : les premières, pour la totalité de ses déboursés ; et les secondes, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée¹⁰. Art. 2080, al. 2. Il est également fondé à réclamer des dommages-intérêts à raison des pertes que la détention du gage peut lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Au surplus, le contrat de gage ne confère au créancier, à moins de stipulation contraire, aucun droit d'usage ou de jouissance sur l'objet remis en nantissement. Le débiteur peut donc s'opposer à ce que le créancier se serve du gage, ou en perçoive les fruits ; et si ce dernier en a de fait tiré quelque émolument, il en doit compte au débiteur. Art. 2079 cbn. 1930 et 1936. Toutefois, si l'objet engagé consiste en une créance portant intérêt, le créancier, auquel elle a été remise en gage, est autorisé à en toucher les intérêts, à charge de les imputer sur ce qui est dû. Art. 2081.

⁷ Le créancier peut se borner à provoquer la vente du gage, et, dans ce cas, les tribunaux doivent lui adjuger sa demande. Lorsqu'il forme une demande alternative dans les termes indiqués par l'art. 2078, al. 1, il appartient au juge d'ordonner celle des deux mesures qui lui paraît la plus avantageuse aux intérêts du débiteur.

⁸ Il semble cependant qu'il soit permis aux parties de convenir qu'à défaut de paiement, le créancier pourra, sans jugement préalable, faire vendre le gage aux enchères publiques. Cpr. § 581, texte et note 4.

⁹ *Discussion au Conseil d'état* (Loché, *Lég.*, XVI, p. 15, n° 10). Delvincourt, sur l'art. 2078. Durantou, XVIII, 537 et 538.

¹⁰ C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 2080, al. 2, dont la rédaction est équivoque. Cpr. § 218.—Voy. en ce qui concerne la bonification de la mieux-value du gage : § 357, note 10 ; L. 25, D. *de pign. act.* (13, 7) ; Durantou, XVIII, 542.

Tant que le créancier reste nanti du gage, sa créance n'est pas soumise à prescription ¹¹.

§ 435.

4) *Des obligations du créancier, et des droits du débiteur.*

1° Le créancier est tenu d'apporter à la conservation de l'objet engagé les soins d'un bon père de famille, et répond, en cas d'inexécution de cette obligation, de la perte de cet objet, ainsi que des détériorations qu'il peut avoir subies. Art. 2080, al. 1.

2° Il est tenu, dès qu'il a été payé de sa créance, de restituer le gage au débiteur, avec tous les accessoires qui en dépendaient au moment du contrat, et les accessions qu'il peut avoir reçues depuis cette époque. Art. 2082. Cpr. art. 1940 et suiv.

3° Le débiteur a le droit, même avant d'avoir désintéressé le créancier, de réclamer la restitution du gage, si celui-ci s'en sert sans autorisation, ou si, autorisé à s'en servir, il en abuse¹. Art. 2082, al. 1, et arg de cet article.

L'action du débiteur en restitution du gage, et par suite celle en indemnité pour défaut de représentation de l'objet engagé, ne deviennent prescriptibles qu'à partir du paiement de la dette².

b. *De l'antichrèse.*

§ 436.

1) *Notion de ce contrat.*

L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers met le créancier en possession d'un immeuble, avec autorisation

¹¹ Cela est évident en matière d'antichrèse ; la perception des fruits de l'immeuble constitue un exercice successif du droit de créance, et s'oppose par conséquent au cours de la prescription. Cpr. les autorités citées à la note 4 du § 438. La même solution doit être admise en fait de gage, par le motif que le fait du débiteur de laisser le gage entre les mains du créancier, forme de sa part une reconnaissance permanente du droit de ce dernier. Le système contraire conduirait d'ailleurs à cette singulière conséquence que le débiteur, dont l'action en retrait du gage est incontestablement imprescriptible jusqu'au moment du paiement, pourrait au bout de 30 ans réclamer la restitution du gage, sans offrir de désintéresser le créancier. Troplong, n° 478.

¹ Cpr. L. 24, § 3, D. de pign. act. (13, 7) ; art. 2079 cbn. 1930 et 1936.

² Arg. art., 2257. Troplong, n° 476 et 477. Civ. cass., 24 août 1842, Sir., 42, 1, 860.

d'en percevoir les fruits, pour les imputer annuellement, soit sur les intérêts, s'il lui en est dû¹, et, en cas d'excédant, sur le capital de sa créance, soit sur le capital seulement, s'il ne lui est pas dû d'intérêts. Art. 2085.

§ 437.

2) *Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse, et de son efficacité à l'égard des tiers.*

Il faut, pour pouvoir livrer un immeuble à titre d'antichrèse, être propriétaire de cet immeuble, ou tout au moins en avoir l'usufruit¹. Il faut, de plus, être capable d'en disposer. Ainsi, la femme séparée de biens et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peuvent, sans l'autorisation du mari ou l'assistance de ce conseil, constituer une antichrèse².

La validité du contrat d'antichrèse, en ce qui concerne les rapports des parties, n'est soumise à l'observation d'aucune formalité extrinsèque³. Cependant, même entre les parties, la preuve de ce contrat ne peut, sauf les cas d'exception indiqués aux art. 1347⁴ et 1348, n° 4, être faite par témoins, lors même que la valeur des fruits que doit percevoir le créancier, ou celle de l'immeuble donné en antichrèse, ne dépasserait pas cent cinquante francs. Art. 2085, al 1.

L'antichrèse n'a d'effet, à l'égard des autres créanciers du débi-

¹ Proudhon (*De l'usufruit*, I, 77) enseigne, mais à tort selon nous, que par cela seul qu'une antichrèse a été établie pour sûreté d'une créance, cette créance, quoique non productive d'intérêts dans le principe, en porte de plein droit, à partir du jour où elle devient exigible. Les principes généraux sur le prêt à intérêt et le texte du deuxième alinéa de l'art. 2085, nous paraissent également repousser cette manière de voir. Cpr. § 396, texte et note 2. Troplong, n° 538.

¹ Arg. art. 595 et 2448, n° 2. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 85. Troplong, n° 548.

² Troplong, n° 549. Req. rej., 22 novembre 1844, Sir., 42, 1, 48. Paris, 10 mars 1854, Sir., 54, 2, 597. — Voy. quant au tuteur, § 413, texte et note 24.

³ Quelque absolue que paraisse la disposition de l'al. premier de l'art. 2085, on doit admettre qu'elle ne s'applique, en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, qu'à la preuve, et non à la validité du contrat d'antichrèse. *Exposé de motifs*, par Berlier. (Loché, *Lég.*, XVI, p. 31, n° 40). Troplong, n° 545. Cpr. §§ 306, 354, note 1^{re}, et 420, note 5.

⁴ Les raisons qui nous ont déterminés à rejeter en matière de transaction l'application de cet article, sont toutes spéciales à ce contrat, et n'existent pas quand il s'agit d'antichrèse. Cpr. § 420, texte et note 7, Duranton, XVIII, 558. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 544 et 545.

teur, qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine ⁵. Art. 1328.

Aux termes des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, les actes contenant constitution d'antichrèse, et les jugements déclarant l'existence d'un pareil droit en vertu d'une convention verbale, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la formalité de la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette formalité, auraient acquis et dûment conservé des droits sur l'immeuble donné en antichrèse. Voy. cep. art. 10 et 11 de la loi précitée.

§ 438.

3) *Des droits du créancier sur antichrèse.*

1° Le créancier est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse, jusqu'au paiement intégral de la créance, en principal et accessoires. Art. 2087. Et tant qu'il en conserve la détention, le débiteur ne peut lui opposer aucune prescription ¹. Le droit de rétention du créancier est indivisible comme celui qui résulte du gage. Art. 2090 cbn. 2083.

2° Le créancier est autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble, mais à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû, et, par conséquent, d'en rendre compte au débiteur. Art. 2085, al. 2^e. Les parties peuvent cependant convenir que les fruits se compenseront avec les intérêts, soit en totalité, soit jusqu'à certaine concurrence. Art. 2089. Une pareille convention, qui, sous l'empire de l'art. 1907, eût été valable sans aucune restriction, doit aujourd'hui être appréciée d'après les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 ³. Ainsi, elle ne dispense plus le créancier, d'une manière absolue, de l'obligation de rendre compte des fruits qu'il a perçus, et de porter en déduction du principal de sa

⁵ Duranton, XVIII, 558. — Comme la loi n'exige pas formellement que l'acte qui constate une antichrèse, ait été enregistré pour pouvoir être opposé aux tiers, il suffit qu'il ait reçu date certaine par l'une des circonstances indiquées dans l'art. 1328, Duranton, XVIII, 560 *in fine*.

¹ La détention d'un immeuble à titre d'antichrèse fait obstacle à la prescription de la créance pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée. Merlin, *Rép.*, v^o Prescription, sect. I, § 7, quest. 18. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 762. Duranton, XVIII, 553. Troplong, n^o 554. Civ. cass., 27 mai 1842, Sir., 43, 1, 85. Cpr. § 434, texte et note 41.

² Cpr. Civ. cass., 6 août 1822, Sir., 23, 1, 182.

³ Cpr. § 396, texte et note 42.

créance l'excédant de ces fruits sur les intérêts qu'il a pu légalement stipuler, lorsque cet excédant est de quelque importance, et que, toutes chances calculées, il est reconnu que le revenu annuel de l'immeuble devait dépasser ces intérêts⁴.

Le créancier peut, ou jouir par lui-même de l'immeuble donné en antichrèse, ou le louer pour la durée ordinaire des baux; mais il n'a pas, en général, le droit de changer le mode d'exploitation de cet immeuble. S'il y avait fait des améliorations, elle devraient lui être bonifiées jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée, sans que cependant cette bonification pût excéder le montant de la dépense⁵.

Le créancier ne devient pas, à défaut de paiement au terme convenu, propriétaire de l'immeuble qui lui a été donné en antichrèse : il ne jouit que de la faculté d'en poursuivre la vente par expropriation forcée. Art. 2088. Toute convention qui lui attribuerait le droit de faire vendre cet immeuble sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, serait frappée de nullité⁶. On devrait également considérer comme nulle, la clause qui autoriserait le créancier à se rendre propriétaire de l'immeuble donné en antichrèse, moyennant un prix à fixer par des experts convenus ou nommés d'office⁷. Mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur vende cet immeuble au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette⁸. Code de procédure, art. 742.

Quoique les droits de rétention et de jouissance qui résultent de l'antichrèse ne constituent pas des droits réels, le créancier

⁴ Rapport fait au Tribunat par Gary (Loché *Lég.*, XVI, p. 45 et 46, n° 26). Proudhon, *De l'usufruit* I, 82 et 83. Duranton, XVIII, 556. Montpellier, 21 novembre 1829, Sir., 30, 2, 88.

⁵ Voy. sur ces divers points : Paris, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 29; Req. rej., 25 mars 1835, Sir. 36, 1, 110.

⁶ Avant la loi du 2 juin 1844, on regardait, avec raison, comme valable, la clause de *voie parée*, c'est-à-dire, celle par laquelle le créancier était autorisé, à défaut de paiement au terme convenu, à faire vendre aux enchères publiques, par le ministère d'un notaire, l'immeuble qui lui avait été hypothéqué ou donné en antichrèse. Cpr. § 581, texte et notes 4 à 6.

⁷ Cette clause qui, avant la loi du 2 juin 1844, était considérée comme valable, (cpr. L. 16, § 9, D. *de pign. et hyp.* 20, 1), serait en opposition évidente, sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de cette loi, tel qu'il a été indiqué dans le rapport de M. Persil à la Chambre des pairs (*Commentaire de la loi sur les ventes judiciaires de biens immeubles*, par E. Persil, p. 323 et suiv.). Cpr. Civ. cass., 1^{er} juillet 1844, Sir., 45, 1, 17. Voy. cep. Troplong, n° 560.

⁸ Cpr. les autorités citées à la note 9 du § 434.

n'en est pas moins autorisé à les faire valoir, soit contre un tiers acquéreur, soit contre des créanciers simplement chirographaires, soit même contre des créanciers hypothécaires, dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse⁹. Ces créanciers ne peuvent donc, ni le contraindre à délaisser l'immeuble qui lui a été remis, avant de l'avoir complètement désintéressé, ni en saisir les fruits à son préjudice. Mais si le créancier sur antichrèse poursuit lui-même la vente de l'immeuble, ou que, lors de l'expropriation poursuivie par d'autres créanciers, il consente à le délaisser, il ne peut réclamer aucun droit de préférence sur le prix¹⁰. Du reste, l'antichrèse n'empêche pas l'immobilisation des fruits qui s'opère, par la transcription de la saisie immobilière, au profit des créanciers hypothécaires dont les hypothèques sont devenues efficaces antérieurement à l'établissement de l'antichrèse. Art. 2091. al. 1.

§ 439.

4) *Des obligations du créancier sur antichrèse.*

1° Le créancier est tenu d'administrer en bon père de famille l'immeuble qu'il tient en antichrèse. Arg. art. 1137 et 2080. S'il néglige de le faire, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts envers le débiteur, et peut même être condamné à restituer l'immeuble sans avoir été préalablement désintéressé. Art. 2086, al. 2. Arg. art. 618 et 2082, al. 1. En vertu de cette obligation, le créancier doit pourvoir à la conservation et à

⁹ Cette proposition est une conséquence de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, prise dans l'étendue avec laquelle elle est admise en Droit français. Cpr. art. 1743 ; § 369, texte et note 48. Dans le système contraire, il dépendrait du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse, qui n'aurait plus dès lors le caractère de nantissement que lui attribue la loi. Nous ajouterons que c'est en partant de l'idée, que l'antichrèse est opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs, que les art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855 ont soumis à la formalité de la transcription les actes constitutifs d'antichrèse. *Exposé de motifs* par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 29, n° 9). Proudhon, *De l'usufruit*, I, 89 et suiv. Duranton, XVIII, 560. Civ. cass., 31 mars 1851, Sir., 51, 4, 305. Cpr. Bourges, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 259 ; Toulouse, 22 juillet 1835, Sir., 36, 2, 409. Voy. en sens contraire : Delvincourt sur l'art. 2091 ; Troplong, nos 576 et suiv. ; Rennes, 24 août 1827, Sir., 51, 4, 306, à la note ; Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369. Paris, 24 juillet 1852, Sir., 52, 2, 657.

¹⁰ Proudhon, *op. cit.*, I, 95.

l'entretien de l'immeuble; mais il est autorisé à prélever sur les fruits les dépenses relatives à ces objets, et même, en cas d'insuffisance, à les répéter contre le débiteur¹, à moins qu'il n'ait été convenu que les fruits se compenseraient en totalité avec les intérêts, auquel cas, le créancier ne peut réclamer contre le débiteur, que les dépenses qu'un usufruitier serait autorisé à répéter contre le nu propriétaire². Art. 2086, al. 2.

2° Le créancier est tenu d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, sauf à prélever ces déboursés, ou à les répéter contre le débiteur, conformément à ce qui a été dit au n° 1.

Du reste, le créancier peut, à moins qu'il n'ait expressément ou tacitement³ renoncé à cette faculté, s'affranchir des obligations mentionnées dans ce numéro et dans le précédent, en restituant l'immeuble au débiteur. Art. 2087, al. 2.

3° Le créancier doit restituer l'immeuble au débiteur dès qu'il a été intégralement payé de sa créance. Art. 2087, al. 1. Il ne serait pas autorisé à le retenir pour sûreté d'une nouvelle dette contractée par le débiteur, si ce dernier lui offrait le paiement de celle à l'occasion de laquelle l'antichrèse a été constituée⁴.

L'action du débiteur en restitution de l'immeuble donné en antichrèse est imprescriptible, tant que la dette garantie n'a pas été acquittée⁵. Et même après le paiement, il conserve indéfiniment son action en revendication contre le créancier, à moins

¹ Cpr. Turin, 31 décembre 1810, Sir., 41, 2, 182; Paris, 9 décembre 1836, Dalloz, 1837, 2, 118.

² Cpr. art. 605 et suiv. ; §§ 228 et 231.

³ Une pareille renonciation peut, selon les circonstances, résulter de la convention dont parle l'art. 2089.

⁴ Caen, 2 janvier 1846, Sir., 47, 2, 399. Voy. en sens contraire : Duranton XVIII, 563; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Antichrèse, n° 29; Trop-Long, n° 549. Ces auteurs, en partant de l'idée qu'il existe une similitude parfaite entre la position du créancier avec antichrèse, et celle du créancier gagiste, étendent, par analogie, à l'hypothèse dont il est actuellement question, la disposition du second al. de l'art. 2082. Mais les textes résistent d'une manière trop formelle à cette extension, pour qu'il soit permis de l'admettre. D'une part, en effet, l'art. 2090 ne déclare communes à l'antichrèse que les dispositions des art. 2077 et 2083, sans faire aucune mention de l'art. 2082. D'autre part, l'art. 2087 ne reproduit pour l'antichrèse, que la disposition du premier aliéna de ce dernier art. En présence de ces textes, on peut dire avec certitude que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas eu l'intention d'accorder au créancier avec antichrèse, le droit de rétention établi en faveur du créancier gagiste par le second alinéa de l'art. 2082.

⁵ Arg. art. 2257. Cpr. § 435, texte *in fine*, et note 2.

que le titre de la possession de ce dernier n'ait été interverti conformément à l'art. 2238⁶.

CHAPITRE SECOND.

DES QUASI-CONTRATS.

§ 440.

Notion des quasi-contrats.

Les quasi-contrats sont des faits licites et volontaires, d'où résultent, de plein droit, soit des obligations unilatérales pour la personne qui en est l'auteur, soit des obligations réciproques entre cette personne et celle à laquelle ces faits ont apporté un préjudice ou un avantage. Art. 1370 et 1371.

Le Code Napoléon ne traite spécialement que des quasi-contrats de gestion d'affaires et de réception du paiement de l'indû. Cependant l'administration d'un objet particulier, qui appartient par indivis à plusieurs personnes entre lesquelles il n'existe pas de contrat de société, présente, lorsqu'elle est gérée sans mandat par l'un des copropriétaires de cet objet, tous les caractères d'un quasi-contrat, même au point de vue où se sont placés les rédacteurs du Code¹. Quant aux autres quasi-contrats dont s'occupe le Droit romain², ils rentrent, d'après la classification du Code, dans la catégorie des obligations légales.

1. *De la gestion d'affaires.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1372-1375. Les dispositions de ces articles sont, à quelques modifications près, empruntées au Droit romain. — BIBLIOGRAPHIE. *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, par Pothier. Ce traité fait suite à celui du mandat. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par J.-B. Carrier; Paris, 1819, in-8°.

§ 441.

1° Toute personne capable de contracter¹, qui, sans man-

⁶ Arg. art. 2234 et 2236.

¹ Cpr. § 497. Les engagements qui résultent de ce quasi-contrat se règlent, par analogie, d'après les principes relatifs à l'administration des affaires sociales par l'un des associés, modifiés, suivant les circonstances, par ceux de la gestion d'affaires. Cpr. § 382.

² Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex cont.* (3, 27).

¹ Les incapables, par exemple, le mineur et la femme mariée non autorisée,

dat², entreprend volontairement³ la gestion d'une affaire d'autrui, se soumet, par suite de ce fait, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire, peu importe qu'elle agisse par des motifs d'intérêt purement personnel⁴, ou qu'elle ait en vue l'intérêt du maître de l'affaire, et que ce dernier ait ou non connaissance de la gestion⁵. Art. 1372, al. 2.

Le gérant d'affaires est donc tenu notamment, de continuer la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou ses héritiers soient en état d'en prendre eux-mêmes la direction. Art. 1372, al. 1, et 1373. Il est également tenu d'apporter à la gestion tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1374, al. 1. Sa responsabilité doit même, en général, et sauf les circonstances particulières que le juge est autorisé à prendre en considération⁶, être appréciée avec plus de sévérité que celle d'un mandataire⁷. Arg. art. 1928, n° 1, cbn. art. 1374, al. 2. Enfin, il doit rendre compte de sa gestion. Le maître de l'affaire a, pour exiger l'accomplissement des diverses obligations du gérant, l'action appelée *negotiorum gestorum directa*.

Cette action doit, par extension, être accordée contre celui qui a géré une affaire d'autrui que, par erreur, il croyait la sienne propre⁸.

2° Toute personne, même incapable de contracter⁹, dont l'affaire a été gérée par un tiers à qui elle n'avait pas donné de mandat, est soumise aux obligations que l'exécution du mandat

qui s'immiscent aux affaires d'autrui, ne sont pas soumis aux obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires. Mais ils peuvent être recherchés, le cas échéant, soit par l'action *de in rem verso*, soit en vertu des art. 1382 et suiv. L. 3, § 4, D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, *De la puissance du mari*, n° 50. Delvincourt, I, p. 462 et 463. Duranton, II, 497. Cpr. cep. Toullier, XI, 39 et suiv.

² Les actes faits par un mandataire en dehors des limites de son mandat doivent être considérés comme constituant une gestion d'affaires.

³ La gestion de celui qui administre les affaires d'autrui par suite de quelque obligation légale, par exemple, celle du tuteur, n'est pas une gestion d'affaires proprement dite, d'après les principes du Code Napoléon. Cpr. § 440.

⁴ L. 6, § 3, D. *de neg. gest.* (3, 5).

⁵ En Droit romain, le maître d'une affaire qui, ayant connaissance de la gestion de cette affaire par un tiers, ne s'y opposait pas, était considéré comme lui ayant donné mandat. Voy. § 441, note 2.

⁶ Cpr. L. 3, § 9, D. *de neg. gest.* (3, 5).

⁷ Cpr. L. 44, D. *eod. tit.*

⁸ Cpr. L. ult. D. *eod. tit.*

⁹ Pothier, n° 173 et 224. Cpr. §§ 335, texte *in fine* n° 4; § 472, texte n° 3 et note 19.

impose au mandant, pourvu que son affaire ait été gérée utilement¹⁰. Le gérant est donc, dans cette supposition, autorisé à répéter l'intégralité des dépenses que la gestion lui a occasionnées, avec intérêts à partir du jour de ses avances¹¹, et à exiger que le maître de l'affaire le fasse décharger ou l'indemnise de tous les engagements personnels qu'il a pris. Il jouit, à cet effet, de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Art. 1375.

Pour savoir si la gestion a été utile au maître, il faut se reporter au temps où elle a été entreprise. On doit donc accorder au gérant la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu, quoique, par suite de circonstances imprévues, l'avantage qui devait en résulter ne se soit pas réalisé ou qu'il ait cessé¹².

¹⁰ Le gérant d'affaires ne peut donc pas invoquer la disposition du 2^e alinéa de l'art. 1999.

¹¹ L. 48, C. de neg. gest. (2, 49). Delvincourt, III, part. II, p. 447. Duranton, XIII, 674. Troplong, *Du mandat*, n° 620. Cpr. Req. rej. 22 janvier 1833, Dalloz, 1833, 4, 216. Voy. en sens contraire : Civ. rej., 7 novembre 1825, Dalloz, 1826, 4, 17; Lyon, 13 janvier 1849, Sir., 49, 2, 108. Suivant ces arrêts, les intérêts des avances faites par le *negotiorum gestor* ne lui seraient dus que du jour de la demande, conformément à l'art. 1153, puisque, à la différence de ce qui a lieu en matière de mandat (art. 2004), l'art. 1375 ne les fait pas courir de plein droit. Mais quelque grave que soit cette argumentation, nous ne la croyons cependant pas décisive. Toute la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaire repose sur des raisons d'équité et d'utilité publique. Or, ces raisons veulent que lorsque l'affaire a été utilement gérée, le gérant sorte complètement indemne de la gestion, ce qui évidemment n'aurait pas lieu, si les intérêts des sommes qu'il a avancées et dont il aurait pu tirer profit, ne lui étaient pas bonifiés à partir du jour de ses avances. D'ailleurs, l'assimilation établie par les art. 1372, al. 2, et 1375 entre le mandat et la gestion d'affaires, en ce qui concerne les obligations réciproques que l'un et l'autre engendrent, conduit au même résultat; et le système contraire à celui que nous défendons introduirait une véritable inconséquence dans les dispositions de la loi. En effet, si le maître dont l'affaire a été utilement gérée est, comme le mandant, tenu de remplir les engagements contractés en son nom, et d'indemniser le gérant des engagements personnels qu'il a pris, sans qu'il y ait lieu de distinguer, sous ces deux rapports, entre le principal et les intérêts, il n'existe aucun motif pour admettre une pareille distinction quant au remboursement des sommes avancées par le gérant. Ces diverses considérations autorisent à dire que, dans le sens de l'art. 1375 et d'après l'esprit dans lequel il a été rédigé, le remboursement des avances faites par le gérant comprend virtuellement la bonification des intérêts.

¹² L. 40, § 4, D. de neg. gest. (3, 5) Pothier, nos 224 et 223. Toullier, XI, 375. Duranton, XIII, 674. — Sous ce rapport, l'action *negotiorum gestorum contraria* diffère de celle de *in rem verso*. Dans cette dernière, en effet, il faut, pour savoir

Celui qui s'est immiscé aux affaires d'autrui dans des vues d'intérêt purement personnel ne jouit pas de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Il ne peut, lors même que sa gestion a été utile au maître, répéter ses déboursés, que jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve enrichi au moment de la demande ¹³.

Il en est de même de celui qui a fait l'affaire d'autrui, croyant ne faire que la sienne propre ¹⁴, à moins que le maître de l'affaire n'ait eu connaissance de la gestion ¹⁵.

Celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense formelle n'a, en général, aucune action pour répéter ses déboursés ¹⁶. Il en serait cependant autrement, s'il était établi qu'il avait, pour s'y immiscer, un intérêt légitime, et qu'il l'a fait sans aucun esprit de libéralité.

Quelles que soient, au surplus, les circonstances dans lesquelles une personne s'est immiscée aux affaires d'autrui, la ratification donnée par le maître de l'affaire équivaut à un man-

si le défendeur se trouve enrichi aux dépens du demandeur. considérer uniquement le temps où la demande est formée. Cpr. § 576, texte et note 44.

¹³ L. 6, § 3, D. *eod. tit.* Pothier, nos 490 et 493. C'est l'action *de in rem verso*, et non l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui est ouverte en pareil cas.

¹⁴ *Nec obstat* L. ult. D. *eod. tit.* Thibaut, *System des Pandecten Rechts*, § 974.— Pothier (n° 489) paraît accorder dans ce cas l'action *negotiorum gestorum contraria*. Mais les explications que donne cet auteur prouvent qu'il n'a eu réellement en vue qu'une action *de in rem verso*. Et nous ne voyons pas que, dans le cas dont il s'agit, on puisse admettre à la charge du maître l'existence d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, qui, sous ce rapport, suppose de la part du gérant la volonté de faire l'affaire d'autrui. Cpr. cep. Duranton, XIII, 648.

¹⁵ Cette circonstance doit produire, contre le maître de l'affaire, au moins autant d'effet qu'en produirait, malgré son ignorance, la circonstance que la gestion aurait été entreprise par le gérant en connaissance de cause.

¹⁶ C'est dans ce sens que Justinien (L. ult. C. *de neg. gest.*, 2, 19) a décidé cette question, qui était controversée parmi les anciens jurisconsultes. Nous avons cru, ainsi que MM. Toullier (XI, 55) et Duranton (XII, 49), devoir adopter cette décision, malgré l'opinion de Pothier, qui soutient qu'elle est contraire à nos mœurs, comme étant en opposition avec la maxime *Nemo ex damno alterius locupletior fieri debet*. Cette maxime, en effet, est d'autant moins applicable à l'hypothèse dont il s'agit, qu'il paraît difficile de supposer à celui qui s'immisce aux affaires d'autrui contre la défense formelle du maître d'autre intention que celle de gratifier ce dernier, et que tout au moins on doit, en général, le considérer comme ayant renoncé à toute action en répétition. Cpr. en sens divers : Troplong, *Du cautionnement*, n° 329; Mourlon, *De la subrogation*, p. 207 et suiv.

dat, et soumet ce dernier envers le gérant à toutes les obligations qui naissent de ce contrat ¹⁷.

3° Les rapports qui s'établissent entre le maître de l'affaire et le gérant d'une part, et les tiers avec lesquels ce dernier contracte d'autre part, sont régis par des principes analogues à ceux qui concernent les rapports des tiers avec le mandant et le mandataire ¹⁸. Toutefois, le maître ne peut être engagé envers les tiers, comme envers le gérant lui-même, qu'autant que son affaire a été administrée dans son intérêt et d'une manière utile, ou qu'il a ratifié les actes du gérant. Art. 1375, et arg. de cet article.

2) De la réception du paiement de l'indu.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1376-1381. Les dispositions de ces articles sont, en général, tirées du Droit romain. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier. *Traité du quasi-contrat appelé promutuum, et de l'action condictio indebiti*, faisant suite au *Traité du prêt de consommation*, nos 440 et suiv.

§ 442.

De l'action en répétition de l'indu proprement dite (condictio indebiti).

Celui qui a payé par erreur¹ ce qu'il ne devait pas est autorisé à répéter ce qu'il a payé, soit que la dette qu'il a eu l'intention d'acquitter n'existât pas, soit que cette dette fût due par une autre personne. Art. 1376 et 1377.

1° Le paiement doit, en ce qui concerne l'action en répétition, être considéré comme ayant été fait indûment, non-seulement lorsque l'obligation qu'il a eu pour objet d'acquitter n'avait en fait aucun principe d'existence, mais encore dans le cas où le débiteur aurait été fondé à repousser l'action du créancier par une exception péremptoire, qui, en faisant disparaître la dette comme obligation civile, ne l'eût pas même laissé subsister comme obligation naturelle². C'est ce qui aurait lieu, par exem-

¹⁷ Req. rej., 41 février 1834, Sir., 34, 4, 713.

¹⁸ Cpr. § 415.

¹ Le paiement de l'indu fait volontairement, et en connaissance de cause, n'est jamais comme tel sujet à répétition : *Qui sciens indebitum solvit donasse videtur*. L. 53, D. de R. J. (50, 17). Voy. cependant ce que nous disons au § suivant de la *condictio sine causa*, et *ob turpem vel injustam causam*.

² L. 26, § 3, D. de cond. ind. (42, 6). L. 66, D. de R. J. (50, 17). Pothier, nos 444 et 445.

ple, si le débiteur acquittait, soit une obligation entachée d'un vice de dol qu'il n'avait point encore découvert, soit une dette déjà soldée à son insu par son auteur ou par un tiers.

Au contraire, les exceptions péremptoires dont l'admission, tout en privant une obligation de sa complète efficacité civile, la laisse cependant subsister naturelle, ne sont pas de nature à faire envisager le paiement comme ayant eu lieu indûment. Art. 2035, al. 2. Le débiteur qui, nonobstant l'existence en sa faveur d'une exception de cette espèce, aurait acquitté sa dette, ne serait point admis à exercer la répétition, sous le seul prétexte qu'il n'eût point effectué le paiement, s'il ne s'était faussement imaginé qu'il se trouvait civilement obligé, alors qu'en réalité il ne l'était que naturellement³. C'est ainsi que le débiteur qui a acquitté, soit une obligation contre laquelle il eût pu se pourvoir pour cause d'incapacité, soit une dette prescrite, ne jouit pas de l'action en répétition.

Mais si le paiement avait été provoqué par violence ou par dol, ou bien encore, s'il avait été le résultat d'une erreur portant sur l'origine et la cause même de la dette, l'action en répétition devrait être admise, bien qu'il existât à côté de l'obligation civilement inefficace une obligation naturelle. Tel serait notamment le cas où un héritier aurait acquitté un billet souscrit par son auteur pour argent prétendument prêté, dans l'ignorance que ce billet n'avait en réalité pour cause qu'une dette de jeu⁴.

Du reste, sauf les cas où la répétition doit être écartée en raison de l'existence d'une obligation naturelle, elle est admis-

³ L. 28, L. 32, § 2, D. *de cond. ind.* (12, 6). Pothier, n° 445. En vain dirait-on, qu'en pareil cas, le paiement n'a pas été volontaire. L'erreur sur le point de savoir si une dette, acquittée d'ailleurs en parfaite connaissance de son origine et de sa cause, constituait une obligation civilement efficace, ou ne formait qu'une obligation naturelle, n'est point par elle-même exclusive de l'idée d'un paiement volontaire. D'ailleurs, l'allégation de celui qui prétendrait n'avoir payé que par suite d'une pareille erreur devrait être repoussée comme contraire à l'honnêteté.

⁴ Ce cas diffère essentiellement de celui dont il a été question à la note précédente. On ne peut pas dire que l'héritier ait volontairement acquitté une dette de jeu, alors qu'il a cru payer une obligation naissant d'un prêt, et que par suite de la simulation, dont se trouvait entachée la cause du billet, il s'est trouvé privé de la faculté d'user de l'exception qu'il eût pu faire valoir pour refuser le paiement.

sible pour cause d'erreur de droit, tout aussi bien que pour cause d'erreur de fait⁵.

Le paiement fait en extinction d'une dette légitime, mais qui excède le montant de cette dette, constitue quant à l'excédant un paiement de l'indu, et peut par conséquent être répété. Il en est de même du paiement d'une dette soumise à une condition suspensive, lorsqu'il a lieu avant l'événement de la condition⁶, et du paiement d'un objet qui n'était dû que sous une alternative, mais que le débiteur croyait, par erreur, devoir d'une manière déterminée. Au contraire, le paiement d'une dette ajournée fait avant l'échéance du terme n'est pas sujet à répétition⁷. Art. 1186.

2° La disposition de l'art. 1377, qui autorise la répétition du paiement fait par une personne en extinction de la dette d'autrui, que par erreur elle croyait la sienne propre, s'applique non-seulement au cas où cette personne ne devait aucune portion de la dette, mais encore à celui où, se trouvant débitrice partielle, elle a payé au delà de sa part⁸.

L'action en répétition dont jouit contre le créancier le tiers qui par erreur a payé la dette d'autrui cesse, lorsque le créancier a par suite du paiement supprimé l'acte constatant sa créance⁹. Ce tiers n'a de recours, en pareil cas, que contre le véritable débiteur. Art. 1377, al. 2.

La disposition du premier al. de l'art. 1377 est, d'ailleurs, étrangère à l'hypothèse d'un paiement fait par une personne qui, étant réellement débitrice, acquitte le montant de sa dette entre

⁵ La question est fortement controversée entre les commentateurs du Droit romain. Cpr. Thibaut, *System des Pandekten Rechts*, § 28, texte et note 7, et § 974; Mackeldey, *Lehrbuch des Römischen Rechts*, § 409; Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, appendix, VIII, §§ 35 à 39; Puchta, *Pandecten*, § 309, note 4; Pothier, n° 462. La théorie que nous avons exposée, et d'après laquelle l'action en répétition cesse, lorsque le paiement peut s'expliquer par l'intention d'acquitter une obligation naturelle dans le sens du Droit français, fournirait peut-être le moyen de concilier les textes, en apparence contradictoires du Droit romain, sur lesquels porte la controverse. Sous l'empire du Code Napoléon, la question nous paraît résolue, du moins en principe, sauf la restriction indiquée texte et note 2 *supra*, et ce que nous avons dit au § 28 sur la preuve de l'erreur de droit, par le texte même de l'art. 1376, qui ne distingue pas entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.

⁶ Cpr. § 302, texte et note 27.

⁷ Cpr. § 303, texte et note 5.

⁸ L. 31, D. de cond. ind. (12, 6).

⁹ Cpr. Req. rej., 8 février 1848, Sir., 49, 1, 55.

les mains de créanciers légitimes, primés par un autre créancier, sur la poursuite duquel elle est obligée de payer une seconde fois. Aucune action en répétition ne lui compète, en pareil cas, contre les créanciers qu'elle a désintéressés¹⁰. C'est ainsi que l'acquéreur sur aliénation volontaire, ou l'adjudicataire sur expropriation forcée, qui a soldé son prix, en vertu d'une délégation conventionnelle ou d'une collocation judiciaire, aux créanciers assignés pour le recevoir, ne jouit d'aucune action en répétition contre ces derniers, alors même qu'il se trouverait obligé de payer un nouveau créancier dont les droits seraient demeurés intacts¹¹. C'est ainsi encore que l'acquéreur d'un immeuble qui a payé un créancier hypothécaire, utilement colloqué, ne peut exercer aucune action en répétition contre ce dernier, bien que la vente dont le prix formait l'objet de l'ordre ait été ultérieurement résolue par suite de l'action d'un précédent vendeur¹².

Du reste, les dispositions des art. 1376 et 1377 ne s'appliquent qu'aux paiements faits à des personnes capables de recevoir un paiement. Le paiement fait à un incapable ne peut engendrer qu'une action de *in rem verso*, ou, le cas échéant, une action *ex delicto*.

3^e Les effets de l'obligation de restituer un paiement fait indû-

¹⁰ C'est à cette hypothèse que s'applique la règle *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est*, énoncée par la loi 44, D. de cond. ind., règle dont le véritable sens se détermine par la combinaison de cette loi avec la loi 19, § 1, *cod. tit.*

¹¹ Req. rej. 20 juillet 1824, Sir., 22, 4, 333. Req. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 4, 736. Civ. cass., 12 novembre 1850, Sir., 54, 1, 42. Cpr. Civ. rej., 30 avril 1850, Sir., 50, 4, 449.

¹² Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 445.—L'hypothèse indiquée au texte est toute différente de celle où l'acquéreur vient à être évincé par suite d'une action en revendication formée par le véritable propriétaire de l'immeuble. Dans cette dernière hypothèse, dont nous nous sommes occupés au § 355, texte et note 24, toutes les conditions requises pour la répétition de l'indu se rencontrent, puisque, la vente de la chose d'autrui étant nulle, l'acquéreur n'a jamais été véritable débiteur du prix, que les créanciers du vendeur n'avaient aucun droit sur ce prix, et qu'enfin il n'a évidemment été payé que par erreur. Dans l'hypothèse actuelle, au contraire, la vente ayant été valable en elle-même, malgré la résolution dont elle a été suivie, l'acquéreur se trouvait véritablement débiteur du prix, et le créancier hypothécaire entre les mains duquel il a été payé n'a fait que recevoir ce qui lui était dû. Que si l'acquéreur se trouve privé de la chose par l'action en résolution d'un précédent vendeur, il ne doit l'imputer qu'à l'imprudence qu'il a commise, en ne désintéressant pas ce dernier avant de payer le créancier hypothécaire.

ment varient selon l'objet de ce paiement, et selon la bonne ou la mauvaise foi de celui qui l'a reçu.

Lorsqu'il s'agit de sommes d'argent, ou d'autres choses qui se déterminent au compte, au poids, ou à la mesure, celui qui les a reçues indûment doit rendre les mêmes sommes ou une pareille quantité de choses de même qualité. Il doit, de plus, s'il a été de mauvaise foi, bonifier les intérêts de ces sommes ou de la valeur estimative de ces choses, à partir du jour du paiement. Art. 1378.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble déterminé dans son individualité, celui qui l'a reçu indûment doit, s'il le possède encore, le restituer en nature, avec ses accessoires et les accessions qui peuvent y être survenues; peu importe qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi. Mais, s'il a été de bonne foi, il ne doit compte des fruits qu'à partir du jour où sa bonne foi a cessé¹³. Ce n'est également qu'à compter de cette époque, qu'il devient responsable de la perte ou des détériorations qui seraient arrivées par défaut de soins de sa part¹⁴. Enfin, quand, avant la cessation de sa bonne foi, il a aliéné l'objet qui lui a été indûment livré, il n'est tenu de restituer que le prix de la vente. Si, au contraire, il a été de mauvaise foi, il doit tous les fruits qu'il a perçus ou pu percevoir depuis le jour du paiement, et répond non-seulement de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute, mais encore de celles qui ont eu lieu par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que l'objet à restituer eût également souffert ou péri chez le propriétaire¹⁵. Art. 1379 et 1380.

¹³ Arg. *a contrario*, art. 1378. En Droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi, un objet non dû, était obligé de restituer tous les fruits qu'il en avait perçus. L. 15, *præ D. de cond. ind.* (12, 6). Pothier, n° 172.

¹⁴ Cette restriction peut, au premier abord, paraître en opposition avec le texte de l'art. 1379. Mais, outre que la proposition contraire conduirait à des injustices qu'il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de consacrer, il faut remarquer que l'art. 1379 ne déclare responsable celui qui a reçu de bonne foi une chose qui ne lui était pas due que de la perte ou des détériorations arrivées par sa *faute*. Or, aussi longtemps que dure sa bonne foi et qu'il a un juste motif de se croire propriétaire de l'objet qui lui a été livré, on ne peut lui imputer à faute de le négliger ou de le détériorer : *Quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est.* L. 31, § 3, *D. de hered. pet. t.* (5, 3). Ce ne sera qu'à partir du moment où il connaîtra l'obligation de rendre cet objet, qu'il sera en faute, s'il ne prend pas soin de le conserver. Pothier, nos 170 et 171. Toullier, XI, 94 e 102. Delvincourt, III, p. 682.

¹⁵ Arg. art. 1302, al. 2. Cpr. § 308, notes 5, 29 et 31 ; § 331, texte n° 4 ; Duranton, XIII, 693.

Celui qui est obligé de restituer un immeuble ou un meuble déterminé dans son individualité a droit, qu'il l'ait reçu de bonne ou de mauvaise foi, au remboursement des dépenses par lui faites pour sa conservation ou pour son amélioration. Cependant les impenses utiles ne doivent, lors même qu'il a été de bonne foi¹⁶, lui être bonifiées, que jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée. Art. 1381¹⁷. Quant aux impenses simplement voluptuaires, il ne peut, en aucun cas, en répéter le montant.

Le demandeur en répétition de l'indu doit prouver, d'une part, qu'il a fait le paiement dont il réclame la restitution, d'autre part, que ce paiement n'était pas dû et qu'il l'a effectué par erreur. Néanmoins, si le défendeur commençait par nier la réalité du paiement, et que ce fait vînt à être prouvé contre lui, le juge devrait, au cas où la dénégation aurait été faite de mauvaise foi, dispenser le demandeur de toute autre preuve, et condamner le défendeur, à moins que celui-ci n'établît de son côté que le paiement lui a été fait pour une juste cause¹⁸.

L'action en répétition de l'indu peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant¹⁹. Mais le demandeur devrait, dans

¹⁶ M. Duranton (XIII, 695) enseigne cependant que celui qui a reçu de bonne foi une chose qu'il croyait lui être due a droit au remboursement intégral des dépenses qu'il a faites pour son amélioration. Mais cette opinion, contraire à celle de Pothier (n° 473), qui cependant écrivait d'après le Droit romain, nous paraît d'autant moins admissible, que le Code Napoléon, à la différence de ce Droit, dispense celui qui a reçu un objet de bonne foi de l'obligation d'en restituer les fruits, et qu'il semble naturel d'établir une compensation entre les fruits et la perte qui peut résulter de ce que la mieux-value provenant des améliorations est inférieure au montant des dépenses qu'elles ont occasionnées.

¹⁷ La rédaction de l'art. 1381 est tout à la fois ambiguë et incomplète.

¹⁸ C'est ce que décide la L. 25, D. *de probat.* (22, 3). Et quoique le Code Napoléon n'ait pas reproduit cette décision, le motif sur lequel elle repose est tellement conforme à la raison, que l'on ne doit pas hésiter à l'adopter. Toullier, XI, 64. Duranton, XII, 42. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 424, à la note.

¹⁹ D'après le Droit romain, l'action en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier (nos 478 et 479) pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit. Delvincourt (III, p. 684) et Toullier (XI, 97 et suiv.) rejettent ce tempérament. Mais ils en adoptent un autre, en accordant l'action contre les tiers,

cette hypothèse, indemniser celui auquel il a mal à propos livré l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de payer à l'acquéreur évincé, en sus du prix convenu ²⁰.

§ 442 bis.

De l'action en répétition du paiement effectué sans cause, ou en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs, et de celui qui a été obtenu à l'aide de moyens illicites (condictio vel sine causa, vel ob turpem, vel ob injustam causam).

Les paiements effectués sans cause, ou en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs, comme aussi ceux qui ont été obtenus à l'aide de moyens illicites, donnent, en principe, lieu à une action en répétition, sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont été faits ou non par suite d'erreur ¹, et alors même que, dans tel ou

dans le cas où celui qui a reçu le paiement a été de mauvaise foi. Notre opinion, conforme à celle de M. Duranton (XIII, 683), se fonde sur la combinaison de l'art. 1109 avec les art. 1138 et 1376, et sur les principes généraux qui, dans notre Droit, régissent la transmission des droits réels. Voy. art. 2182, 2125, 1664 et 1681, al. 2 ; §§ 181 et 182. La distinction que Toullier et Delvincourt font entre l'hypothèse où celui qui a reçu en paiement une chose non due a été de bonne foi, et l'hypothèse contraire, ne repose sur aucun motif solide, et semble condamner le système auquel elle sert de base. Quant à l'argument que ces auteurs tirent de l'art. 1380, il nous paraît porter à faux. Cet article, en effet, n'ayant d'autre objet que de régler la position de celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment, laisse entière la question qui nous occupe, et se concilie parfaitement avec notre manière de voir. Cpr. la note suivante. Nous ajouterons cependant que Bertrand de Greuille (*Rapport au Tribunal* (Loché, *Lég.*, XIII, p. 39, n° 7) et Tarrible (*Discours au corps législatif*, Loché, *Lég.*, XIII, p. 55, n° 16) attribuent à l'art. 1380 le même sens que Toullier et Delvincourt.

²⁰ Cela résulte de la disposition de l'art. 1380, d'après laquelle celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment ne peut jamais être tenu de restituer au delà du prix de vente.

¹ C'est là ce qui distingue les actions en répétition dont il est question au présent paragraphe, de l'action en répétition de l'indu proprement dite. Si cette dernière n'est pas recevable de la part de celui qui a payé ce qu'il savait ne pas devoir, c'est parce qu'on ne peut en pareil cas expliquer le paiement, que par l'intention de gratifier la personne à laquelle il a été fait, et que cette intention est exclusive du droit de répétition. Une pareille intention, au contraire, ne peut se présumer dans les hypothèses auxquelles s'appliquent les actions en répétition dont il s'agit actuellement. La nature des conventions intervenues entre les parties, et les rapports dans lesquels ces conventions les ont placées, répugnent à la présomption que l'auteur du paiement ait voulu exercer un acte de libéralité.

tel cas donné, on pourrait admettre que celui qui a fait le paiement se trouvait soumis à une obligation naturelle².

1° Dans le sens spécial et restreint de la *condictio sine causa*³, un paiement doit être considéré comme ayant été fait sans cause, lorsqu'il a eu lieu, soit en vue d'une cause future à la réalisation de laquelle s'opposait un obstacle légal, ou qui de fait ne s'est pas réalisée, soit en vue d'une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister. C'est ainsi qu'une somme donnée à titre de dot, en vue d'un mariage légalement impossible ou qui de fait n'a pas été célébré, peut être répétée *condictione sine causa*. Il en est de même de l'indemnité payée en raison du défaut de représentation d'une chose, dont le propriétaire a plus tard recouvré la possession⁴.

On doit également considérer comme faits sans cause les paiements effectués en vertu d'une obligation dont la cause était contraire à l'ordre public, et qui se trouvait, par cela même, déstituée de toute efficacité juridique. Art. 1131 et 1133. C'est ainsi que le paiement d'intérêts usuraires, ou d'un supplément de prix stipulé par un traité secret en matière de cession d'office, est susceptible d'être répété par la condictio *sine causa*⁵. Toutefois, s'il s'agissait d'un paiement fait en exécution d'une convention qui, de sa nature, devait procurer à chacune des parties un avantage illicite, et qui, par suite, ne pourrait sans turpitude être

Cela est évident pour la *condictio ob turpem vel injustam causam*, ainsi que pour la *condictio sine causa* lorsque le paiement a été fait en vue, soit d'une cause future qui ne s'est pas réalisée, soit d'une cause déjà existante qui a cessé d'exister. Cela n'est pas moins certain pour la *condictio sine causa* fondée sur la circonstance que le paiement a été effectué en vertu d'une obligation dont la cause était contraire à l'ordre public. Admettre, en pareil cas, une présomption de libéralité, et rejeter l'action en répétition sur le fondement de cette présomption, ce serait tout à la fois faire violence à la réalité des faits et se mettre en opposition avec le but et l'esprit de la loi. En résumé, il faut reconnaître que ces diverses actions en répétition sont fondées sur des motifs particuliers, complètement indépendants de l'erreur.

² C'est ainsi qu'en matière de cessions d'offices, le paiement d'un supplément de prix stipulé dans un traité secret ne peut être répété, bien qu'on puisse en pareil cas, et selon les circonstances, admettre l'existence d'une obligation naturelle. Cpr. texte, et note 5 *infra*.

³ C'est-à-dire, en tant qu'on l'oppose à la *condictio indebiti*, qui est aussi une *condictio sine causa*, dans le sens le plus large de l'expression. L. 1, *proe. D. de cond. sine caus.* (12, 7).

⁴ L. 1, §§ 1 et 2, L. 5, *proe.*, et § 5, *D. de cond. sine caus.* (12, 7).

⁵ Cpr. les autorités citées aux notes 24 et 25 du § 297.

alléguée ni par l'une ni par l'autre, l'action en répétition ne serait plus admissible. Elle ne le serait pas, par exemple, dans le cas où une société ayant été formée pour des opérations de contrebande, l'une des parties voudrait répéter contre l'autre des sommes soldées en exécution de cette convention, à titre de parts dans les bénéfices ou dans les pertes⁶. Elle ne le serait pas davantage quant aux sommes payées en exécution d'une convention par laquelle celui qui les a reçues se serait engagé à ne pas prendre part à une enchère⁷.

2° En ce qui concerne les paiements faits en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs, il faut encore distinguer s'il n'y a eu turpitude que de la part de celui qui a reçu le paiement, ou si la turpitude a été commune aux deux parties⁸. Au premier cas, ce qui a été payé peut être répété par la *condictio ob turpem causam*, alors même que le fait en vue duquel le paiement a été effectué aurait été accompli⁹. Au second cas, la répétition cesse alors même que ce fait ne se serait pas réalisé¹⁰. Il résulte de ces règles que les sommes payées à une personne, soit pour qu'elle s'abstienne d'un délit ou d'une action immorale, soit pour qu'elle accomplisse une obligation, sont sujettes à répétition¹¹. Il en résulte, en sens inverse, que le paiement fait à une personne, soit pour qu'elle commette un délit ou une action immorale, soit pour qu'elle s'abstienne d'accomplir une obligation juridique ou un devoir moral, ne peut être répété. C'est

⁶ Cpr. § 378, texte *in fine*, notes 6 à 8.

⁷ Cpr. Code pénal, art. 412. Voy. cep. en sens contraire : Limoges, 16 avril 1845, Sir., 46, 2, 465. En appliquant, par analogie, à l'hypothèse indiquée au texte, la jurisprudence qui admet la répétition des sommes payées en vertu d'un traité secret relatif à la cession d'un office, la cour de Limoges n'a pas remarqué que nulle turpitude n'est à reprocher au cessionnaire qui s'est engagé, sans aucune vue de lucre illicite, à acquitter un supplément de prix, tandis que dans une convention formée contrairement aux dispositions du second alinéa de l'art. 412 du Code pénal, il y a évidemment turpitude de la part des deux parties.

⁸ Pothier, *Des obligations*, nos 43 à 47. Merlin, *Quest.*, v° Cause des Obligations, § 4, n° 2. Delvincourt, II, part. II, p. 473. Toullier, VI, 426. Duranton, X, 374.

⁹ « *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* » L. 1, § 2, D. de cond. ob. turp. vel. inj. caus. (42, 5). Voy. aussi : L. 4, C. de cond. ob. turp. caus. (4, 7).

¹⁰ « *Ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti* » « *dicimus* ». L. 3, D. eod. tit. Voy. aussi : L. 8, D. eod. tit.; LL. 2 et 5, C. de cond. ob. turp. caus. (4, 7).

¹¹ L. 2, §§ 1 et 2, D. eod. tit.

ainsi que les sommes payées à un entrepreneur de succès dramatiques ne sont pas sujettes à répétition ¹².

3° Les objets ou valeurs dont une personne a été injustement dépouillée, et qui se trouvent ainsi par suite d'un fait illicite entre les mains d'une autre personne, peuvent être répétés contre celle-ci *condictione ob injustam causam* ¹³. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où un créancier, même légitime, se serait fait, à l'aide de dol ou de violence, payer de sa créance par un tiers qui n'en était pas débiteur.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES DÉLITS.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1382 et 1383. — BIBLIOGRAPHIE. *De l'action publique et de l'action civile*, par Mangin; 2^e éd., Paris, 1844; 2 vol. in-8°. *De l'action publique et de l'action civile*, t. II et III, de *l'Inst. crim.*, par Faustin-Hélie. *Traité général de la responsabilité et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, par Sourdat; Paris; 1852; 2 vol. in-8°.

§ 443.

1. Notions générales sur les délits.

Le mot *délit* a, en Droit civil, une signification différente de celle dans laquelle il se prend en Droit criminel ¹. En Droit civil, il désigne toute action illicite par laquelle une personne lèse sciemment et méchamment les droits d'autrui. En Droit criminel, il désigne toute infraction définie et punie par la loi pénale ².

Les délits civils ne constituent pas tous des délits de Droit criminel, car la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte aux droits d'autrui ³. Réciproquement, les délits de

¹² Req. rej., 17 mai 1844, Sir., 41, 4, 623. Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 499. Cpr. aussi Paris, 30 novembre 1839, Sir., 40, 2, 421.

¹³ LL. 6 et 7, D. *cod. tit.*

¹ Cpr. sur la différence de ces deux significations : Proudhon, *De l'usufruit*, III, 4481 et suiv.

² Les délits de Droit criminel se divisent en crimes, en délits proprement dits, et en contraventions, selon qu'ils sont punis d'une peine afflictive ou infamante, d'une peine correctionnelle, ou d'une peine de simple police. Code pénal, art. 4.

³ Ainsi, par exemple, le stellionat n'est pas incriminé par la loi pénale, quoiqu'il soit, en certains cas, un véritable délit civil. Cpr. art. 2059.

Droit criminel ne constituent pas tous des délits civils. D'une part, en effet, la loi pénale incrimine des actes qui ne font que menacer ou compromettre le maintien ou l'exercice de certains droits, sans y porter une atteinte actuelle, et sans qu'il en soit résulté aucun dommage matériel ou moral⁴. D'autre part, elle incrimine quelquefois des actes dégagés de toute intention de nuire⁵.

Les dispositions de la loi pénale sur les demandes en réparation de dommages causés par des actes qu'elle a incriminés ne s'appliquent aux délits civils qui ne sont pas en même temps des délits de Droit criminel, qu'autant que le motif sur lequel elles reposent justifie cette extension⁶.

§ 444.

2. Des éléments du délit.

Tout délit consiste dans un fait de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission, aussi bien qu'un fait positif ou de commission. Toutefois, une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable qu'autant qu'une disposition de la loi lui imposait l'obligation d'accomplir le fait omis¹.

Un fait dommageable ne constitue un délit que sous les conditions suivantes :

1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui, et qu'il ne constitue pas, de la part de son auteur, l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'une obligation légale². Tout droit peut être la matière d'un

⁴ C'est ainsi que la loi pénale punit la simple tentative des crimes ainsi que celle de certains délits, et que dans un but purement préventif elle frappe de peines de simple police une foule de contraventions qui par elles-mêmes n'entraînent pas nécessairement de dommage. Cpr. Code pénal, art. 2 et 3, 471 et suiv.

⁵ Tel est, par exemple, l'homicide commis par imprudence. Code pénal, art. 319 et 320.

⁶ Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 4 à 4 ; 365 et suiv. ; Code pénal, art. 51 à 55, 468 et 469.

¹ Proudhon, *De l'usufruit*, III, 4489. — Toullier (XI, 417), plaçant les faits d'omission sur la même ligne que les faits de commission, enseigne que celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêché, est censé l'avoir commise lui-même. Mais les autorités mêmes que cite cet auteur prouvent que sa proposition est beaucoup trop générale : *Qui non facit quod facere DEBET videtur facere adversus ea quæ non facit*. L. 121, D. de R. J. (50, 17).

² *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*. L. 55, D. de R. J. (50, 17).

délit; peu importe que ce droit porte sur un objet extérieur, ou qu'il se confonde avec l'existence de la personne à laquelle il appartient³.

2° Il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part. Il suit de là que l'insensé et l'enfant encore privé de tout discernement sont dans l'impossibilité de commettre un délit, et ne sont pas responsables des dommages qu'ils causent⁴, sauf, bien entendu, la responsabilité des personnes sous la garde desquelles ils se trouvent⁵. Mais le mineur en âge de discernement et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sont responsables des délits qu'ils commettent⁶.

3° Il faut enfin que l'auteur du fait ait agi sciemment et dans l'intention de nuire à autrui. C'est par ce caractère que les délits (*facta dolosa*) diffèrent des simples quasi-délits (*facta culposa*)⁷.

Voy. aussi : L. 15, *eod. tit.*; Toullier, XI, 449; Duranton, XIII, 699; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1485 et 1486.

³ C'est ainsi, par exemple, que l'honneur ou la réputation d'une personne peuvent être la matière d'un délit.

⁴ Pothier, *Des obligations*, I, 418. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1525 et 1526. Delvincourt, sur l'art. 1333. Favard, *Rép.*, v° Délit, n° 4. Rivière, *Revue de législation*, 1846, I, 304. Sourdat, I, 46 et 416. Caen, 2 décembre 1853, *Sir.*, 54, 2, 385. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Blessé, § 3, n° 4, v° Démence, § 2, n° 3 et 4; Carnot, *Code pénal*, sur l'art. 64, n° 3. — Il est bien entendu que, si un homme, habituellement en démence, avait commis un délit dans un intervalle lucide, il serait obligé à réparer le tort qui en serait résulté, encore que son interdiction eût été antérieurement prononcée. L'art. 502 serait sans application en pareil cas.

⁵ Cpr. art. 1384; Code pénal, art. 475, n° 7; § 447.

⁶ Art. 1310, et arg. de cet article. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Loché, *Lég.*, XIII, p. 34, n° 10).

⁷ Les développements donnés au présent paragraphe et au paragraphe précédent, sur la nature des délits et le caractère qui les distingue des quasi-délits, s'écartent sous plus d'un rapport des principes du Droit romain, Mais ils sont conformes aux idées reçues dans l'ancien Droit français, qui ont été suivies par les rédacteurs du Code Napoléon. Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 416 et 424; Treilhard, *Exposé de motifs*, et Bertrand de Greuille, *Rapport au Tribunat* (Loché, *Lég.*, XIII, p. 34, n° 9, p. 44, n° 9); Toullier, XI, 443; Proudhon, *op. cit.*, III, 1482; Duranton, XIII, 699.

§ 445.

3. De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit.

Tout délit¹ engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui.

Le dommage comprend toujours la perte et le manque de gain que le délit a occasionnés à une personne (*damnum emergens et lucrum cessans*). Il comprend en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sûreté personnelle, ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes².

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit existe non-seulement envers celui que le délit a frappé directement, mais envers toute personne qui en a souffert, même d'une manière indirecte³.

De la combinaison de ces deux propositions, il suit, entre autres, que le mari et les parents ont une action personnelle en dommages-intérêts, à raison des injures faites à sa femme ou à leurs enfants⁴, et que le fils dont le père a été victime d'un homicide a, de son propre chef, et non pas seulement en qualité d'héritier, droit à des dommages-intérêts, quoique, à raison de l'âge de ce dernier, son entretien fût, pour le fils, une charge dont il se trouve désormais affranchi⁵.

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit pèse solidairement sur tous ceux qui y ont participé, comme auteurs principaux ou comme complices, lors même qu'il s'agit d'un fait qui n'est pas incriminé par la loi pénale⁶.

¹ Les blessures faites en duel donnent ouverture à une action en dommages-intérêts au profit du blessé ou de sa famille, lors même qu'il a été le provocateur. Quand il serait vrai que le duel ne constitue pas un délit selon la loi pénale, ce que nous sommes loin d'admettre, il constituerait assurément un délit dans le sens du Droit civil. Civ. rej., 29 juin 1827, Sir., 27, 1, 463. Req. rej., 30 juin 1836, Sir., 36, 1, 732. Cpr. Rauter, *Cours de législation criminelle*, II, 444.

² Arg. Code pénal, art. 51 et 117. Rauter, *op. et loc. cit.*

³ Arg. Code d'instruction criminelle, art. 1, al. 2. Rauter, *op. et loc. cit.*

⁴ Rauter, *op. cit.*, II, 686. Cpr. Colmar, 3 mars 1810, Sir., 10, 2, 233. Voy. cep. en sens contraire: Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, II, p. 72.

⁵ Rauter, *op. cit.* I, 133. Faustin-Hélie, II, p. 353 et suiv.

⁶ On a voulu conclure, par argument *a contrario*, de l'art. 55 du Code pénal,

La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en une indemnité pécuniaire⁷, sauf, en outre, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit. La fixation du montant de cette indemnité est, en général, abandonnée à l'arbitrage des tribunaux⁸.

Les art. 1146, 1150, 1151 et 1153, sont inapplicables aux dommages-intérêts réclamés en raison d'un délit. Il en résulte, par exemple, que les juges peuvent, en pareille matière, allouer, à titre de dommages-intérêts, les intérêts des condamnations qu'ils prononcent, à partir non pas seulement du jour de la demande, mais du jour même du délit⁹.

Les condamnations qui accordent de pareilles indemnités sont, quel qu'en soit le montant, exécutoires par voie de contrainte par corps contre l'auteur et les complices du délit¹⁰, lorsqu'elles sont prononcées à raison d'un fait incriminé par la loi pénale¹¹. Quant aux condamnations prononcées à raison d'un délit civil, qui n'est pas en même temps un délit de Droit criminel, elles ne sont exécutoires par cette voie, qu'autant que le juge a décerné la contrainte par corps, soit en vertu de dispositions spéciales de la loi, soit par application de l'art. 126, n° 1, du Code de procédure. Cpr. art. 2059 et suiv.

combiné avec l'art. 1202 du Code Napoléon, qu'il n'existe pas de solidarité entre les auteurs et les complices d'un délit civil ou d'un quasi-délit; mais cette conclusion est erronée. Cpr. § 298, notes 30 à 32.

⁷ Il en est ainsi, lors même que le dommage causé par un délit ne constitue qu'un tort purement moral. Notre Droit n'admet, en général, d'autre réparation qu'une indemnité pécuniaire. Ainsi, le juge ne peut, même au cas de délit d'injure, ordonner ce qu'on appelle une réparation d'honneur, à moins que la loi ne l'y autorise formellement. Cpr. Code pénal, art. 226 et 227. Rauter, *op. cit.*, I, 433. Merlin, *Rép.*, v° Réparation d'honneur; et *Quest.*, v° Réparations d'injures.

⁸ Code pénal, art. 51 et arg. de cet article. Crim. cass., 49 mars 1825, *Sir.*, 25, 4, 323. Cpr. cep. Code pénal, art. 447 et 449; Code forestier, art. 202; § 447, n° 5.

⁹ Civ. rej., 30 janvier 1826, *Sir.*, 27, 4, 234. Req. rej., 8 mai 1832, *Sir.*, 32, 4, 398. Req. rej., 8 août 1832, *Sir.*, 32, 4, 741. Req. rej., 10 décembre 1835, *Sir.*, 36, 4, 327. Req. rej., 28 décembre 1853, *Sir.*, 54, 4, 433.

¹⁰ Leurs héritiers et les personnes civilement responsables du délit ne sont pas de plein droit contraignables par corps. Cpr. § 617 texte et note 16. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1535.

¹¹ Code pénal, art. 52 et 469. Cpr. loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps, art. 33 à 41; loi du 13 décembre 1848, sur la contrainte par corps, art. 8 et 9; § 585, texte et note 14.

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit peut être formée contre les héritiers et successeurs universels des auteurs et complices de ce délit. D'un autre côté, elle passe activement aux héritiers et successeurs universels de l'individu lésé. Sous ce dernier rapport cependant, il convient de distinguer. Si la règle qui vient d'être posée s'applique à tous les délits de Droit civil, et même aux délits de Droit criminel contre les propriétés, elle ne s'étend aux délits de Droit criminel contre les personnes, qu'autant qu'il en est résulté un préjudice matériel. Que s'il s'agit de délits contre les personnes qui n'aient occasionné qu'un tort moral, comme, par exemple, d'injures ou de diffamation, l'action civile ne passe aux héritiers et successeurs universels, que lorsqu'elle a été introduite par le défunt¹².

L'action en dommages-intérêts ne se prescrit, en général, que par trente ans. Art. 2262.

Toutefois, lorsque cette action est fondée sur un fait incriminé par la loi pénale, elle se prescrit au bout du même laps de temps que l'action publique, qui a pour objet l'application de la peine encourue par l'auteur de ce fait¹³. Il en est ainsi, alors même que l'action civile, exercée séparément de l'action publique, est portée devant les juges civils¹⁴, et quelle que soit d'ailleurs la qualification donnée par le demandeur aux faits qui servent de base à son action, si ces faits présentent en réalité les caractères d'une infraction incriminée par la loi pénale¹⁵, et que ces caractères ne

¹² Cpr. sur ces diverses propositions : Faustin-Hélie, II, p. 353 à 369. — Les créanciers de l'individu lésé par un délit peuvent-ils exercer en son nom l'action en dommages-intérêts qui lui compete? Cpr. § 342, texte, notes 26 et 34.

¹³ Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3, art. 637, 638 et 640. Cpr. § 774. — La règle posée au texte s'applique même aux délits prévus par des lois spéciales, tels que les délits ruraux et forestiers, de chasse et de pêche. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 643.

¹⁴ Que l'action en dommages-intérêts soit portée devant les tribunaux civils ou devant les tribunaux de justice répressive, elle est toujours la même quant à son fondement et quant à son objet, et doit dès lors rester soumise à la même prescription. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 4, n° 5 *in fine*. Duranton, XXI, 402. Mangin, II, 363. Faustin-Hélie, III, p. 792 et suiv. Jocotton, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 445. Civ. cass., 3 août 1844, Sir., 44, 1, 753. Civ. cass., 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 413. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire: Riou, 28 juin 1844, Sir., 44, 2, 587.

¹⁵ Le tribunal civil devant lequel est formée la demande en dommages-intérêts, étant juge de l'exception de prescription qui y est opposée, se trouve nécessairement investi du pouvoir d'apprécier et de qualifier les faits qui servent de fon-

se trouvent point écartés ou purgés par un arrêt ou jugement d'acquiescement¹⁶. Les actes de poursuite faits à la requête du ministère public interrompent, en pareil cas, la prescription de l'action civile, tout aussi bien que celle de l'action publique, de telle sorte que si, sur cette dernière action, il est intervenu un jugement de condamnation, la prescription de la première ne recommencera à courir qu'à partir de ce jugement. Mais cette prescription ne subira, par là, aucune modification quant à sa durée, et le jugement portant application de la peine ne la transformera pas en prescription trentenaire, s'il n'a pas en même temps statué sur les intérêts civils¹⁷.

Du reste, la règle d'après laquelle l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique ne s'applique qu'à l'action civile proprement dite, c'est-à-dire à l'action qui, exclusivement fondée sur le droit de demander la réparation d'un dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, a pour objet unique la réparation de ce dommage. Elle est étrangère aux actions en restitution, en répétition, ou même en dommages-intérêts, dérivant d'un droit préexistant au délit et indépendant du droit de réparation auquel le délit a pu donner naissance. Ces actions ne s'éteignent que par la prescription du Droit civil¹⁸. C'est ainsi que l'action en restitution d'objets ou de sommes confiés ou reçues à titre de dépôt, de louage, ou de mandat, dure trente ans, alors même que ces objets ou ces sommes auraient été frauduleusement détournés par le dépositaire, le locataire, ou le mandataire¹⁹. Il en est de même de l'action dirigée

dement à la demande, pour décider s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter le moyen de prescription. Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81. Lyon, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 303. Civ. rej., 21 novembre 1854, Sir., 54, 1, 725. Cpr. Req. rej., 26 mars 1829, Sir., 29, 1, 161; Req. rej., 17 décembre 1839, Sir., 40, 1, 454.

¹⁶ Paris, 24 mars 1855, *Gazette des Tribunaux* du 1^{er} juin 1855.

¹⁷ Mangin, II, 355. Jocotton, *op. et loc. cit.* Civ. cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Lyon, 17 juin 1842, Sir., 43, 2, 343. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 434. Voy. en sens contraire : Nîmes, 27 mars 1833, Sir., 33, 2, 243.

¹⁸ La circonstance qu'une action, fondée sur un droit préexistant à un délit, est exercée à la suite ou à l'occasion de ce délit, ne saurait avoir pour effet d'en altérer la nature, et d'abrégier le temps de la prescription à laquelle elle est soumise. Rauter, *op. cit.*, I, 135, II, 853. Duranton, XIII, 707, et XXI, 102. Mangin, II, 637. Sourdat, I, 376.

¹⁹ Req. rej., 23 janvier 1822, Sir., 22, 1, 316. Paris, 25 mars 1825, Sir., 27, 2, 7. Req. rej., 16 avril 1845, Sir., 45, 1, 494.

contre un receveur de deniers publics ou communaux, en répétition de sommes par lui indûment perçues, alors même que le fait de perception constituerait une concussion²⁰. Enfin, on doit également décider que l'action du propriétaire en revendication d'une chose qui lui a été soustraite ne se prescrit que par trente ans à l'égard de l'auteur de la soustraction, encore que cette dernière présente tous les caractères d'un vol²¹.

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, même de Droit criminel, s'éteint par la renonciation des parties intéressées. Art. 2046 et arg. de cet art. Mais il est bien entendu que la renonciation de la personne directement lésée par un crime ou par un délit ne forme aucun obstacle à l'exercice de l'action qui peut appartenir à son époux ou à ses parents de leur propre chef²².

²⁰ Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., 29, 1, 319.

²¹ Cette solution, qui découle des principes précédemment posés, ne pourrait souffrir aucune difficulté, si la revendication était admise en matière mobilière, avec la même latitude qu'en matière immobilière. Mais la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, soulève à ce sujet une sérieuse objection. On peut dire en effet que cette maxime ne cesse de recevoir application que quand il existe de la part du possesseur d'un objet mobilier une obligation personnelle de le restituer, et que, pour établir l'existence d'une pareille obligation, il faudrait pouvoir encore prouver le fait même du vol, tandis que la prescription de l'action publique et civile naissant de ce délit a rendu cette preuve impossible. Quelque grave que soit cette objection, devant laquelle nous nous étions d'abord arrêtés, un plus mûr examen de la question nous a fait reconnaître qu'elle n'était pas décisive. L'action en revendication est essentiellement inhérente au droit de propriété, et si, en fait de meubles, elle ne peut pas en général être utilement exercée, c'est uniquement parce que d'ordinaire le possesseur est couvert par la maxime ci-dessus citée. Mais, du moment où l'on admet que cette maxime ne protège que la possession de bonne foi, on est forcé de reconnaître également que le demandeur en revendication peut en repousser l'application en prouvant la mauvaise foi du défendeur. Or cette preuve n'emporte pas toujours et nécessairement l'imputation d'une soustraction frauduleuse; et dans le cas même où les faits articulés présenteraient tous les caractères d'un vol, elle n'en devrait pas moins être admise, puisqu'elle ne serait pas invoquée comme fondement de l'action, mais seulement comme moyen de repousser une exception, qui serait elle-même empreinte de mauvaise foi. Duranton, XIII, 707. Cpr. Angers, 15 juillet 1851, Sir., 51, 2, 491. Voy. en sens contraire: Bordeaux, 15 avril 1829, Sir., 29, 2, 217.

²² Cpr. Req. rej., 5 mai 1818, Sir., 19, 1, 162.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES QUASI-DÉLITS.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1382 à 1386.—BIBLIOGRAPHIE. Voy. les ouvrages cités en tête du chapitre troisième.

1. *Des quasi-délits proprement dits.*

§ 446.

Un quasi-délit est un fait de commission ou d'omission par lequel on porte préjudice à autrui, mais sans avoir l'intention de nuire. Dans cette matière, comme dans celle des délits, une simple omission ne donne lieu à responsabilité, qu'autant qu'il y avait pour celui auquel on l'impute obligation d'accomplir le fait omis¹.

Les développements donnés, aux nos 1 et 2 du § 444, sur les éléments constitutifs des délits, s'appliquent également aux quasi-délits. On ne peut donc attribuer le caractère de quasi-délits, ni à des actes qui rentrent dans l'exercice d'un droit ou dans l'accomplissement d'une obligation légale, ni à des actes qui ne sont pas imputables à leur auteur, soit parce que ce dernier ne jouissait pas de l'usage de ses facultés morales, soit parce que ces actes ont été le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure².

Du reste, un fait, même nuisible à autrui et imputable à son auteur, ne constitue un quasi-délit, qu'autant qu'il y a eu, de la part de ce dernier, soit faute positive, soit tout au moins négligence ou imprudence. Art. 1382 et 1383. Il résulte de là que les faits articulés par le demandeur doivent être de nature à faire ressortir à la charge du défendeur une faute, une imprudence, ou une négligence³. Il en résulte encore qu'on ne peut considérer comme quasi-délit un fait qui n'a porté préjudice à autrui que par suite d'une faute imputable à la personne même

¹ Cpr. § 444, texte et note 1^{re}.

² Il est bien entendu qu'il y aurait lieu à responsabilité, si le cas fortuit ou de force majeure avait été précédé de quelque faute, sans laquelle il n'eût pas entraîné de résultats nuisibles pour autrui. Cpr. Merlin, *Rep.*, v^o Couvreur.

³ Cette règle s'applique au dommage causé par un incendie comme à tout autre dommage, lorsque l'action en réparation est dirigée contre une personne qui n'était pas soumise à l'obligation de veiller à la conservation de la chose, et à laquelle on ne saurait dès lors imputer aucune faute contractuelle. L'art. 1733 ne forme donc pas exception à cette règle. Cpr. § 367, note 49.

qui a éprouvé ce préjudice⁴. Lorsqu'il y a eu faute tant de la part de l'auteur d'un fait que de la part de celui auquel ce fait a causé dommage, la question de savoir s'il y a lieu à responsabilité, et la fixation de la part d'indemnité qui peut être due, restent abandonnées à l'arbitrage du juge.

Tout quasi-délit engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui. Art. 1382 et 1383. Cette obligation est, en général, régie par les mêmes principes que celle qui naît d'un délit de Droit civil⁵.

Les dispositions des art. 1382 et 1383 sont étrangères aux fautes commises dans l'exécution d'un engagement contractuel ou d'une obligation résultant d'un quasi-contrat⁶. Mais elles doivent être appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciales, aux fautes que les fonctionnaires publics et les officiers ministériels commettent dans l'exercice de leurs fonctions, en n'accomplissant que d'une manière irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées⁷.

On peut assimiler aux quasi-délits les cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé, soit par d'autres personnes, soit par des animaux ou des choses qui lui appartiennent ou qui sont confiés à sa garde. Cette responsabilité, en effet, repose sur une présomption légale de faute de la part des personnes qui y sont soumises. Cpr. art. 1384, al. 1.

⁴ *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. L. 203, *D. de R. J.* (50, 47). Ainsi, celui qui, en jetant quelque chose de sa maison sur un terrain qui lui appartient, et qui n'est soumis à aucune servitude de passage, blesse par hasard un étranger qui s'y trouve sans permission, ne commet pas un quasi-délit. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 4487. Cpr. L. 31 *in fine*, *D. ad leg. aquil.* (9, 2) ; Code pénal, art. 474, n° 12.

⁵ Cpr. § 445.

⁶ La responsabilité qui peut naître de pareilles fautes se détermine d'après les principes qui régissent le contrat ou le quasi-contrat, de l'exécution duquel il s'agit. Cpr. § 308, notes 18 à 20. Il convient toutefois de remarquer que les fautes commises dans l'exécution d'une convention peuvent quelquefois dégénérer en délits de Droit criminel, et, dans ces cas, les art. 1382 et suivants sont évidemment applicables.

⁷ Cpr. sur la responsabilité — 1° Des juges et officiers du ministère public : Code Napoléon, art. 4 et 2063 ; Code de procédure, art. 45, 505 et suiv. ; Code d'instruction criminelle, art. 77, 112, 164, 271 et 415. — 2° Des officiers de l'état civil : art. 51 et 52 ; § 62 texte *in fine*. 3° Des conservateurs des hypothèques : art. 2108, 2197, 2198 et 2202 ; § 268. — 4° Des notaires : L. du 25 ventôse, art. 16, 48 et 68. 5° Des avoués : Code de procédure, art. 4034. — 6° Des huissiers : même Code, art. 4034, et décret du 14 juin 1843, art. 45.

2. Des cas de responsabilité.

§ 447.

a. Des cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé par d'autres personnes.

1° Le père et, après son décès¹, la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux². Art. 1384, al. 2.

L'émancipation tacite qui résulte du mariage fait cesser la responsabilité des père et mère³. Mais il n'en est pas de même de l'émancipation expresse, alors du moins que l'enfant émancipé continue à habiter avec ses parents, et reste ainsi placé sous leur autorité morale⁴.

La responsabilité des père et mère, en ce qui concerne le dommage causé par leur enfant mineur habitant avec eux, reste engagée, bien que cet enfant se trouve momentanément confié à la surveillance d'une autre personne, par exemple, d'un maître d'école⁵, sauf seulement leur recours contre ce dernier, s'il s'était rendu coupable de quelque négligence ou imprudence de nature à justifier ce recours. Mais la responsabilité des parents cesse,

¹ On doit sous ce rapport assimiler au décès du père son absence déclarée ou présumée, et le cas où il se trouvait en état de démence ou d'interdiction légale. Art. 141 et arg. de cet art. Cpr. § 160, texte et note 3 ; § 549, texte et notes 5 à 7. Duranton, XIII, 716. — Toullier (XI, 279 et 281) pense même que le mari qui, en entreprenant un voyage, a laissé son enfant sous la garde et la surveillance de sa femme, cesse d'être pendant ce voyage responsable des actes de l'enfant, et que la responsabilité de ces actes pèse sur la mère seule. Les termes de l'art. 1384 nous paraissent repousser cette opinion.

² Il ne faut pas prendre ces termes au pied de la lettre. Il est en effet hors de doute que la responsabilité des parents continue de subsister, lorsqu'ils laissent leurs enfants se livrer à une vie vagabonde, et même lorsque, en les envoyant faire leurs études dans une autre ville que celle qu'ils habitent, ils les abandonnent à eux mêmes.

³ En effet, l'enfant, en se mariant, ou devient lui-même chef de famille, ou passe sous l'autorité maritale. Et il n'y a pas de reproche à faire au père ou à la mère d'avoir consenti au mariage de leur enfant, lorsque l'occasion de l'établir s'est présentée. Toullier, XI, 277. Duranton, XIII, 715.

⁴ *Non obstat* art. 372 : L'émancipation d'un enfant qui n'est pas digne de ce bienfait est un acte tout au moins inconsideré, et il ne peut pas dépendre des parents de s'affranchir par un pareil acte de la responsabilité que la loi leur impose. Duranton, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*

⁵ Req. rej., 29 décembre 1831, Sir., 33, 1, 655.

du moins en général, lorsque l'enfant a été placé en condition, en apprentissage, ou dans un établissement d'instruction⁶, et qu'il est ainsi passé, d'une manière permanente, sous la surveillance et l'autorité d'une autre personne⁷. Il en serait de même, à plus forte raison, si l'enfant était entré au service militaire, même comme engagé volontaire.

En cas de séparation de corps, la responsabilité pèse sur celui des époux auquel a été confiée la garde de l'enfant qui a commis le fait dommageable⁸.

Les père et mère d'un enfant naturel reconnu sont à cet égard soumis aux mêmes obligations que les parents légitimes⁹.

Le tuteur y est également soumis en ce qui concerne les actes du pupille¹⁰.

Les parents et le tuteur actionnés en responsabilité sont admis, pour se soustraire à la condamnation provoquée contre eux, à prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait en raison duquel ils sont recherchés. Art. 1384, al. 5. Mais cette impossibilité ne résulte pas de la seule circonstance que l'acte dommageable a eu lieu hors de leur présence. Ils n'en restent pas moins responsables, malgré cette circonstance, s'il paraît qu'ils n'ont pas exercé une surveillance assez active sur l'enfant, ou

⁶ Nous disons *du moins en général*, car il pourrait en être autrement suivant les circonstances, par exemple, si le dommage avait été causé peu de temps après l'entrée de l'enfant chez le maître ou dans l'établissement d'instruction, et que le fait dommageable pût être attribué à la mauvaise éducation qu'il aurait reçue dans la maison paternelle. Cpr. décret du 15 novembre 1811, sur le régime de l'université, art. 79.

⁷ Delvincourt, III, part. II, p. 454, Duranton, XIII, 718. Metz, 13 novembre 1833, Sir., 36, 2, 224. Bordeaux, 9 février 1839, Sir., 39, 2, 499.

⁸ Vazeille, *Du mariage*, II, 427.

⁹ Duranton, XIII, 714.

¹⁰ C'est ce qu'enseigne Pothier (*Des obligations*, I, 121); et nous n'hésitons pas à adopter son opinion, quoique le Code ne l'ait pas expressément consacrée, et que les dispositions de l'art. 1384 ne doivent point, en général, être étendues par voie d'analogie. Le tuteur jouit sur la personne du mineur d'une autorité à peu près semblable à celle des parents. Cpr. art. 450 et 468. On doit, par conséquent, le leur assimiler, en ce qui concerne la responsabilité des actes du pupille, sauf à accueillir avec plus de facilité l'excuse qu'il voudrait tirer de la circonstance qu'il n'a pu les empêcher. En tout cas, il serait impossible de ne pas placer le tuteur sur la même ligne que les instituteurs. Voy. également dans ce sens : l'art. 79 du décret du 15 novembre 1811 sur le régime de l'université impériale; et l'art. 28 de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse. Duranton, XIII, 719. Cpr. Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334.

qu'ils ne se sont pas attachés avec assez de soin à réprimer ses mauvais penchants¹¹. Au surplus, les parents et le tuteur ne peuvent, par aucun moyen, décliner la responsabilité d'un dommage qui ne serait pas arrivé sans une faute ou une négligence de leur part. D'un autre côté, lorsqu'ils ont autorisé le fait à l'occasion duquel le dommage a été causé, ils en sont responsables, bien que ce fait fût en soi irrépréhensible, et qu'il n'y ait pas eu de leur part imprudence à l'autoriser¹².

2° Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, bien que ces derniers aient agi de leur propre mouvement, sans ordre ni instructions de leurs maîtres ou commettants¹³. Art. 1384, al. 3¹⁴.

L'État, représenté par les divers ministères, et les administrations ou régies publiques, sont, comme tout commettant, responsables des dommages causés par leurs employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service¹⁵.

Les maîtres et commettants sont responsables, non-seulement vis-à-vis des tiers, mais encore vis-à-vis de leurs ouvriers ou préposés, du dommage causé par l'un d'eux à un autre dans l'exécution du travail qui leur était confié en commun¹⁶. Mais ils ne répondent pas, en général, et à moins d'une faute ou d'une impru-

¹¹ Cpr. Toullier, XI, 263 et 264 ; Duranton, XIII, 718 ; Sourdat, II, 828 ; Bourges, 9 mars 1824, Sir., 22, 2, 238 ; Bordeaux, 4^{er} avril 1829, Sir., 29, 2, 259 ; Req. rej., 29 mars 1827, Sir., 28, 1, 373 ; Toulouse, 7 décembre 1832, Sir., 33, 2, 620 ; Lyon, 30 mars 1854, Sir., 54, 2, 331.

¹² Caen, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 538.

¹³ Toullier, XI, 284. Civ. cass., 20 avril 1813, Sir., 13, 1, 350. Req. rej., 13 décembre 1826, Sir., 27, 1, 232. Crim. cass., 3 décembre 1846, Sir., 47, 1, 302.

¹⁴ Cpr. sur la responsabilité des maîtres de poste : arrêté du 4^{er} prairial an VII, art. 6.

¹⁵ Loi des 6-22 août 1791 sur les douanes, tit. XIII, art. 19. Req. rej., 27 juin 1833, Sir., 33, 1, 638. Paris, 25 janvier 1833, Sir., 33, 2, 410. Req. rej., 30 janvier 1833, Sir., 33, 1, 90. Paris, 3 mars 1834, Sir., 34, 2, 85. Cpr. Req. rej., 19 juillet 1826, Sir., 27, 1, 232 ; Ord. en Conseil d'état du 14 décembre 1836, Sir., 37, 2, 247.—Voy. spécialement en ce qui concerne la responsabilité de l'administration des postes : Civ. rej., 1^{er} mars 1845, Sir., 45, 1, 363 ; Colmar, 25 janvier 1848, Sir., 49, 2, 345 ; Req. rej., 22 novembre 1848, Sir., 48, 1, 700 ; Crim. cass., 42 janvier 1849, Sir., 49, 1, 43 ; Paris, 6 août 1850, Sir., 50, 2, 404 ; Civ. rej., 19 décembre 1854, Sir., 55, 1, 265.

¹⁶ Sourdat, II, 944. Civ. cass., 28 juin 1841, Sir., 41, 1, 476. Voy. en sens contraire : Lyon, 29 décembre 1836, Sir., 38, 2, 70 ; Toulouse, 26 janvier 1839, Sir., 39, 2, 432.

dence qui leur soit personnellement imputable, des accidents arrivés à leurs ouvriers ou préposés dans l'exécution du travail auquel ils les ont employés¹⁷.

Les maîtres et commettants ne sont pas admis à décliner la responsabilité à laquelle ils sont soumis en offrant de prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le dommage¹⁸. Mais cette responsabilité ne s'applique qu'aux faits dommageables commis dans l'exercice des fonctions auxquelles le domestique ou préposé a été employé, et ne s'étend pas aux délits ou quasi-délits qui n'ont aucun rapport à ces fonctions, par exemple, aux injures qu'un domestique peut avoir proférées ou aux voies de fait qu'il peut avoir exercées en dehors de son service¹⁹.

Du reste, la responsabilité dont il s'agit n'est applicable qu'au cas où l'ouvrier ou préposé est censé remplacer celui qui l'a chargé d'un travail ou d'un service, et se trouve à son égard dans un rapport de dépendance. Elle ne pèse pas sur celui qui a confié à un ouvrier d'une profession reconnue et déterminée un ouvrage ou un travail étranger à sa propre condition. Ainsi, par exemple, le propriétaire qui fait établir ou réparer par un couvreur le toit de sa maison n'est pas responsable de l'homicide par imprudence commis par cet ouvrier dans l'exécution de son travail²⁰.

3° Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance, à moins qu'ils ne prouvent qu'il n'a pas été en leur pouvoir d'empêcher le fait qui a occasionné le dommage. Art. 1384, al. 4 et 5.

On ne doit, au point de vue dont il est ici question, considérer comme instituteurs que les personnes qui, à un titre quelconque, sont chargées, d'une manière permanente, de l'éducation ou de la surveillance d'enfants ou de jeunes gens, et non celles dont les

¹⁷ Sourdât, II, 912 et 913. Bourges, 15 juillet 1840, Dalloz, 1840, 2, 451. Lyon, 19 juillet 1853, Sir., 54, 2, 745.

¹⁸ Arg. *a contrario*, art. 1384, al. 5. *Rapport au Tribunat* par Bertrand de Greuille (Loché, *Lég.*, XIII, p. 42, n° 44). Maleville, sur l'art. 1384. Toullier, XI, 283. Duranton, XIII, 724. Civ. cass., 25 novembre 1813, Sir., 14, 1, 24. Crim. cass., 11 juin 1836, Sir., 37, 1, 452. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Paris, 15 août 1847, Sir., 47, 2, 483. Paris, 13 mai 1854, Sir., 54, 2, 359.

¹⁹ Merlin, *Rép.*, v° Délit, n° 9. Toullier, XI, 286 et suiv. Duranton, XIII, 724. Crim. cass., 6 juin 1844, Sir., 42, 1, 70.

²⁰ Douai, 25 juin 1844, Sir. 42, 2, 49.

fonctions consistent seulement à donner des leçons durant une ou plusieurs heures de la journée²¹.

4° Les aubergistes et les hôteliers sont responsables des indemnités adjugées à ceux qui ont souffert quelque dommage par suite d'un délit de Droit criminel, commis par des personnes qu'ils ont logées pendant plus de vingt-quatre heures, sans avoir inscrit sur leurs registres les noms, professions et domiciles de ces personnes. Code pénal, art. 73.

5° En vertu de la loi du 10 vendémiaire an IV²², les communes sont responsables de diverses espèces de dommages causés sur leurs territoires ou par leurs habitants. Elles répondent notamment, envers les particuliers lésés, de tout dommage causé avec violence ou à force ouverte²³ par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés. Titre IV, art. 1. Nous ne nous occuperons que de ce dernier cas de responsabilité, en nous bornant à renvoyer pour les autres aux titres IV et V de la loi précitée.

La commune sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu en demeure responsable, alors même qu'il a été causé par des attroupements composés d'individus qui lui sont étrangers. Dans ce cas toutefois, cette commune est admise à se faire décharger de toute responsabilité, en prouvant qu'elle a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de prévenir le désordre et d'en faire connaître les auteurs²⁴. Titre IV, art. 5.

²¹ Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334. Cpr. texte et notes 5 à 7, *supra*.

²² Cpr. sur cette loi : Fœlix, *Dissertation*, insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence étrangère* de MM. Mittermaier et Zachariæ, VII, p. 26 ; Féraud-Giraud, *Dissertation*, *Revue de législation*, 1852, II, p. 322 ; Rendu, *Traité de la responsabilité des communes*.

²³ Il peut y avoir force ouverte, alors même que l'attroupement n'a éprouvé aucune résistance. Civ. cass., 2 mai 1844, Sir., 42, 1, 566.

²⁴ Cette preuve ne serait pas relevante, si le dommage avait été causé par des attroupements composés, soit exclusivement d'habitants de la commune sur le territoire de laquelle il a eu lieu, soit d'habitants de cette commune et d'autres communes. C'est ce qui résulte de la lettre même de l'art. 5, qui n'admet l'excuse indiquée au texte que pour le cas où le dommage a été causé par des rassemblements formés d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis. En vain a-t-on invoqué en sens contraire l'art. 8, qui, spécial au cas de responsabilité prévu par l'art. 7, est étranger à celui dont nous nous occupons. Rennes, 18 janvier 1834, Sir., 34, 2, 559. Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93 et suivants. Civ. rej., 24 juillet 1837, Sir., 37, 1, 657. Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 285. Civ. rej., 5 mars 1839, Sir., 39, 1, 343. Montpellier, 16 mars 1840, Sir., 40, 2, 292. Orléans, 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. Voy. en sens contraire : Agen, 30 no-

Lorsque les dégâts ont été commis par des attroupements composés d'habitants de diverses communes, elles sont toutes solidairement responsables du dommage causé²⁵. Titre IV, art. 3. Toutefois, les communes autres que celle sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu peuvent se soustraire à toute responsabilité, en prouvant qu'elles ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher leurs habitants de se joindre à l'attroupement²⁶. La proportion dans laquelle chacune des communes responsables doit, dans ses rapports avec les autres, contribuer à l'indemnité due à la partie lésée, se détermine, en première ligne, par la participation plus ou moins étendue de leurs habitants au dommage causé, et, s'il n'est pas possible de fixer d'après cette base la part contributive des diverses communes, cette part se règle d'après leur importance respective²⁷.

La loi du 10 vendémiaire an IV ne s'applique pas aux dommages causés à l'occasion de mouvements révolutionnaires, ayant pour but le renversement du gouvernement²⁸. Mais les communes restent, même en temps de révolution, responsables des dévastations et pillages des propriétés particulières,

vembre 1830, Sir., 31, 2, 272; Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257; Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665; Bordeaux, 22 août 1839, Sir., 40, 2, 51; Ch. réun. Cass., 15 mai 1844, Sir., 41, 1, 373; Rouen, 29 juin 1842, Sir., 42, 2, 397.

²⁵ L'art. 3 du titre IV, tout en déclarant responsables les diverses communes dont les habitants ont pris part aux attroupements, ne les soumet pas textuellement, il est vrai, à la solidarité; mais la solidarité est, pour les communes responsables, une conséquence forcée de celle qui pèse, en vertu de l'art. 55 du Code pénal, sur les auteurs et complices des délits dont la réparation est due. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Riom, 14 juin 1843, Sir., 43, 2, 329. Riom, 19 décembre 1843, Sir., 44, 2, 151. Orléans, 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. Voy. en sens contraire; Toulouse, 1^{er} août 1835, Sir., 36, 2, 27.

²⁶ Cpr. Orléans, 14 août 1851, Sir., 51, 2, 772; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 415.

²⁷ Cpr. Riom, 14 juin et 19 décembre 1843, Sir., 43, 2, 329 et 44, 2, 151; Orléans, 30 juin 1849 et 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 415.

²⁸ Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257. Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665. Paris, 9 juillet 1844, Sir., 41, 2, 558. Cpr. Civ. rej., 27 juin 1822, Sir., 22, 1, 428.—La loi du 10 vendémiaire an IV s'applique-t-elle à la ville de Paris? Voy. pour l'affirmative: Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93, 96 et 97; Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 285. Voy. pour la négative: Chamb. réun. cass., 15 mai 1844, Sir., 41, 1, 373; Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 558; Rouen, 22 juin 1842, Sir., 42, 2, 397.

commis en dehors de toute insurrection dirigée contre le gouvernement²⁹.

La restitution des objets pillés, qui ne pourrait avoir lieu en nature, et celle des objets détruits et incendiés³⁰, doit se faire sur le pied du double de leur valeur, sans préjudice des dommages-intérêts, qui, de quelque manière que la restitution se fasse, ne peuvent jamais être inférieurs à la valeur entière desdits objets³¹. Titre V, art. 1 et 6.

Les réparations et indemnités dues à la partie lésée ne sont point à la charge de la caisse municipale. L'avance doit en être faite par les vingt plus forts contribuables de la commune. Les sommes avancées sont ensuite réparties entre tous les habitants, proportionnellement à leurs facultés, sauf le recours de ceux qui n'auraient pris aucune part aux délits, contre ceux qui en seraient les auteurs ou les complices. Titre V, art. 8 et 9, et titre IV, art. 4.

La responsabilité prononcée contre les personnes indiquées dans les cinq numéros ci-dessus a lieu, même pour le dommage qui résulterait d'actes non imputables à leurs auteurs, par exemple, de faits commis par un insensé ou par un enfant³².

Elle s'applique non-seulement aux restitutions, indemnités et frais adjugés à la partie lésée, elle porte même, lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, sur les frais de poursuite dus au Trésor³³. Mais elle ne s'étend pas, du moins en général³⁴,

²⁹ Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97.

³⁰ Quoique l'art. 1^{er} du titre V de la loi du 10 vendémiaire an IV ne parle textuellement que des objets pillés ou enlevés par force, il est évident que sa disposition est applicable toutes les fois qu'il s'agit d'objets qui, par quelque cause que ce soit, ne peuvent être représentés en nature. Req. rej., 4 décembre 1827, Sir., 28, 1, 206. Civ. cass., 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 293.

³¹ Civ. cass., 1^{er} juillet 1822, Sir., 22, 1, 352. Civ. rej., 24 juillet 1837, Sir., 37, 1, 657. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Civ. cass., 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 693.

³² Cpr. § 444 texte, notes 4 et 5; Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. Voy. cep. Toullier, XI, 270.

³³ Merlin, *Rép.*, v^o Responsabilité civile des délits. Crim. cass., 4 février 1830, Sir., 30, 1, 243. Crim. cass., 26 mai 1836, Dalloz, 1836, 1, 295. Voy. cep. Crim. rej., 15 juin 1832, Dalloz, 1832, 1, 397.

³⁴ En matière de délits de douanes, de contributions indirectes et de pêche côtière, la responsabilité civile s'étend aux amendes. Loi du 22 août 1794, titre XIII, art. 20. Décret du 1^{er} germinal an XIII, art. 35. Décret du 9 janvier 1852, art. 12. Crim. cass., 12 mars 1842, Sir., 42, 1, 465.—Mais, en matière de délits

aux amendes prononcées en raison d'un délit ³⁵, et, en aucun cas, au paiement de la valeur des objets soumis à confiscation, qui ne seraient pas représentés ³⁶.

La partie lésée peut poursuivre directement, devant les tribunaux civils, les personnes civilement responsables, sans être tenue de mettre en cause les auteurs du fait dommageable ³⁷.

Les condamnations prononcées en vertu de la responsabilité civile n'entraînent pas contrainte par corps, à moins que le juge ne l'ait décernée par application de l'art. 126, n° 1, du Code de procédure ³⁸.

L'obligation de réparation imposée aux personnes civilement responsables ne dégage pas les auteurs des faits qui ont occasionné le dommage. Ces derniers peuvent donc, si ces faits leur sont moralement imputables, être actionnés directement par la partie lésée. Ils peuvent aussi, dans cette supposition, être recherchés en garantie par les personnes civilement responsables ³⁹.

La prescription de l'action en responsabilité est soumise aux règles développées au § 445. Cette action ne se prescrit donc que par trente ans, lorsque la responsabilité est relative à des faits non incriminés par la loi pénale. Elle se prescrit, au contraire, par le même laps de temps que l'action publique, s'il s'agit d'un délit de Droit criminel. Cette dernière proposition s'applique notamment à l'action en responsabilité dirigée contre

forestiers, de pêche fluviale et de chasse, la règle générale reprend son empire. Code forestier, art. 206. Loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829, art. 74. Loi sur la police de la chasse du 3 mai 1844, art. 28.

³⁵ Merlin, *op. et v° cit.* Crim. cass., 14 janvier 1819, Sir., 24, 1, 422. Crim. cass., 8 août 1823, Sir., 24, 1, 423. Crim. cass., 15 décembre 1827, Sir., 28, 1, 216. Crim. cass., 5 novembre 1829, Sir., 30, 1, 30. Crim. cass., 9 juin 1832, Sir., 32, 1, 744. Crim. cass., 14 août 1848, Sir., 48, 1, 739.

³⁶ Grenoble, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 230. Crim. rej., 6 juin 1850, Sir., 50, 1, 815. Voy. en sens contraire : Grenoble, 20 décembre 1848, Sir., 49, 1, 665; Grenoble, 8 mars 1849, Sir., 50, 2, 229.

³⁷ Mais l'action en responsabilité ne pourrait être soumise à un tribunal de justice répressive qui ne serait pas saisi d'une poursuite contre l'auteur du délit. Mangin, I, 34. Crim. rej., 29 avril 1843, Sir., 43, 1, 923. Voy. cep. quant aux contraventions de police : Crim. rej., 24 mars 1848, Sir., 49, 1, 384.

³⁸ Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, p. 112, n° 3. Crim. rej., 11 février 1843, Sir., 43, 1, 662. Crim. cass., 18 mai 1843, Sir., 43, 1, 743. Crim. cass., 3 juin 1843, Sir., 43, 1, 937.

³⁹ Cpr. Toullier, XI, 271; Duranton, XIII, 722 et 725.

une commune, en vertu des dispositions ci-dessus analysées de la loi du 10 vendémiaire an IV ⁴⁰.

Du reste, les dispositions de la loi qui déclarent certaines personnes responsables des faits d'autrui, reposant sur une présomption légale de faute, et formant, par cela même, autant d'exceptions au Droit commun, ne sont pas, en général, susceptibles d'être étendues par voie d'analogie.

Ainsi, le mari n'est pas, en général, responsable du dommage causé par sa femme ⁴¹.

Ainsi encore, le propriétaire d'un bâtiment, qui a chargé un entrepreneur d'y exécuter des travaux de réparation, n'est pas responsable envers ses locataires des dommages qu'ils peuvent avoir éprouvés par suite d'un incendie occasionné par la faute des ouvriers de cet entrepreneur ⁴². Il ne répondrait pas davantage du dommage que l'un de ces ouvriers aurait causé à un autre ⁴³.

Enfin, les habitants d'une maison ne sont pas, en cette seule qualité, responsables des dommages causés aux passants par des objets jetés ou répandus de l'intérieur de la maison ⁴⁴.

⁴⁰ Angers, 13 juillet 1850, Sir., 52, 2, 422. Lyon, 4 avril 1854, Sir., 54, 2, 433. Civ. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 4, 342.

⁴¹ Merlin, *Rép.*, v° Délit, § 8 ; *Quest.*, v° Mari, § 4. Toullier, XI, 279. Durantou, XIII, 720. Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, II, p. 296. Crim. cass., 16 juin 1844, Sir., 42, 4, 70. Crim. cass., 16 août 1844, Sir., 24, 4, 244. Crim., cass., 20 janvier 1825, Sir., 25, 4, 276. Cpr. cep. Toullier, XI, 280 ; Req. rej., 23 décembre 1818, Sir., 49, 4, 378 ; Req. rej., 27 février 1827, Sir., 27, 4, 228. — La loi du 6 octobre 1794, tit. II, art. 27, le Code forestier, art. 206, la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, art. 74, et le décret du 9 janvier 1852 sur la pêche côtière, art. 12, déclarent les maris civilement responsables des contraventions de police rurale, et des délits forestiers ou de pêche commis par leurs femmes.

⁴² Paris, 15 avril 1847, Sir., 47, 2, 283.

⁴³ Paris, 24 novembre 1842, Sir., 42, 2, 524. Voy. aussi Bordeaux, 15 juillet 1845, Sir., 47, 2, 537.

⁴⁴ L'action *de effusis et dejectis*, admise en Droit romain, rentrait dans les cas de responsabilité de faits d'autrui : d'une part, en ce qu'elle était ouverte contre la personne qui occupait, comme propriétaire ou comme locataire, l'appartement d'où était tombé l'objet qui, par sa chute, avait causé dommage à un passant, sans qu'il fût besoin de prouver que cet objet avait été jeté par cette personne, ou par quelqu'un des siens ; et d'autre part, en ce que, si l'appartement se trouvait occupé par plusieurs personnes, elles étaient toutes solidairement responsables du dommage. Les art. 46 et 47 de la première rédaction du projet du titre sur *les engagements qui se forment sans convention* avaient reproduit les mêmes principes ; mais ils furent rayés sur l'observation de M. Miot, que l'énonciation de la règle

§ 448.

De la responsabilité du dommage causé par des animaux ou par la ruine d'un bâtiment.

1° Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage qu'il a causé. La même responsabilité pèse sur la personne à laquelle un animal a été remis pour s'en servir¹, sauf son recours contre le propriétaire². Art. 1385.

Il n'y a pas, pour l'application de cette responsabilité, de distinction à faire entre les animaux domestiques et les animaux sauvages. C'est ainsi que le propriétaire d'une ménagerie, d'un colombier, d'une garenne, ou d'un parc, est responsable du dommage causé par ses bêtes féroces, ses pigeons, ses lapins, ou le gibier de son parc³.

générale posée par l'art. 45 suffisait, et que les exemples devaient être retranchés. Voy. Locré, *Lég.*, XIII, p. 49, n° 12. Malgré l'inexactitude de cette observation, on n'en doit pas moins tenir pour certain que celui qui a été lésé par la chute d'un objet jeté d'une maison n'a pas l'action *de effusis et dejectis*, telle qu'elle existait en Droit romain, et qu'il ne peut agir que contre l'auteur personnel du jet ou contre ceux qui, aux termes de l'art. 1384, sont responsables des actes de ce dernier. Toullier, XI, 450. — Delvincourt (III, p. 683) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'art. 1734; mais l'argument qu'il tire de cet article est vicieux sous plus d'un rapport.

¹ En cas d'insolvabilité de celui qui a l'usage ou la jouissance d'un animal, le propriétaire peut-il être recherché pour le dommage causé par cet animal? Le Code rural du 6 octobre 1791, tit. II, art. 12, décide la question affirmativement pour les dégâts causés dans les champs. Mais nous ne pensons pas que cette disposition puisse être étendue, par voie d'analogie, aux dommages d'une autre nature.

² Cpr. art. 1721 et 1891.

³ Arg. art. 524 et 564. Il n'y a pas de distinction à faire, à cet égard, entre les garennes fermées et les garennes ouvertes. Le propriétaire d'un terrain disposé pour y nourrir et y entretenir des lapins est responsable des dégâts causés par ces animaux, que la garenne soit close ou non close. Toullier, XI, 307 à 315. Req. rej., 22 mars 1837, Sir., 37, 4, 298. Req. rej., 23 décembre 1846, Sir., 47, 4, 288. Req. rej., 7 mars 1849, Sir., 49, 4, 657. — Au contraire, les lapins qui se sont établis dans un bois, sans que le propriétaire de ce bois ait rien fait pour les y attirer et les y entretenir, ne sont pas plus que tout autre gibier la propriété de ce dernier, et il ne saurait être responsable, en vertu de l'art. 1385, des dégâts qu'ils peuvent avoir occasionnés. Toullier, *loc. cit.* Merlin, *Rép.*, v° Gibier, § 8; *Quest. cod. v°*, §§ 1 et 2. Req. rej., 13 janvier 1829, Sir., 34, 4, 812. — Mais il pourrait être recherché en dommages-intérêts par application de l'art. 1383, si, par négligence ou pour se ménager le plaisir de la chasse, il avait laissé les lapins se multiplier au point de les rendre nuisibles aux terres voisines, et surtout s'il avait refusé aux possesseurs de ces terres la permission de les détruire. Toul-

D'un autre côté, la responsabilité dont s'agit a lieu, soit que l'animal fût, au moment où il a causé le dommage, sous la garde du maître ou de ses gens, soit qu'il fût égaré ou échappé, et il importe peu qu'il ait occasionné ce dommage en suivant son instinct, ou en s'écartant des habitudes naturelles de son espèce ⁴.

La responsabilité cesse dans le cas où le dommage que l'animal a causé n'a eu lieu que par suite d'un événement de force majeure ou d'une faute imputable à celui qui l'a éprouvé ⁵.

Le propriétaire d'un animal ne peut se soustraire à l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé en offrant d'abandonner cet animal ⁶.

2° Le propriétaire d'un bâtiment est responsable, envers les voisins et les passants ⁷, du dommage que peut leur avoir causé la ruine de ce bâtiment, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien, ou par le vice de sa construction, sauf, dans ce dernier cas, son recours, s'il y a lieu, contre l'architecte ou l'entrepreneur. Art. 1386.

La responsabilité dont s'agit pèse sur le propriétaire, alors même que le bâtiment est soumis à un droit d'usufruit, sauf le recours de ce dernier contre l'usufruitier dans le cas où il parviendrait à établir que la ruine est la suite du défaut de réparations usufructuaires, et dans celui où l'usufruitier, connaissant le danger de ruine, aurait négligé de l'en avertir ⁸.

liet et Merlin, *opp. et locc. citt.* Req. rej., 3 janvier 1810, Sir., 10, 1, 409. Req. rej., 14 septembre 1816, Sir., 17, 1, 377. Req. rej., 2 janvier 1839, Sir., 39, 1, 26. Req. rej., 31 décembre 1844, Sir., 45, 1, 360. Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 57. — La même responsabilité s'appliquerait aux dégâts causés, dans les mêmes circonstances, par toute espèce de gibier. Elle pèserait, en cas de location du droit de chasse, sur le locataire de ce droit.

⁴ Toullier, XI, 297. Paris, 24 mai 1810, Sir., 11, 2, 23.

⁵ Toullier, XI, 316 et suiv.

⁶ D'après le Droit romain, dont plusieurs coutumes avaient, sous ce rapport, adopté les dispositions, le propriétaire d'un animal qui avait causé du dommage pouvait, dans certains cas, offrir d'abandonner l'animal pour toute réparation. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-délit, n° 9. Toullier, XI, 298.

⁷ Le propriétaire d'un bâtiment loué ou soumis à un usufruit, dont la chute aurait causé dommage au locataire ou à l'usufruitier, pourrait, le cas échéant, être également responsable envers ce dernier. Mais cette responsabilité, d'une nature contractuelle, et dont les effets se déterminent d'après les règles relatives aux conventions intervenues entre les parties, est étrangère à la théorie de la responsabilité purement légale, dont nous nous occupons actuellement.

⁸ Toullier, XI, 317. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1724.

Le propriétaire d'un héritage contigu à un bâtiment ne peut, sous prétexte que ce bâtiment menace ruine, demander à celui auquel il appartient une caution pour le dommage éventuel que pourra causer sa chute⁹. Il n'est pas davantage admis à l'actionner pour le faire condamner, soit à réparer, soit à démolir l'édifice¹⁰.

⁹ La caution *damni infecti* du Droit romain, dont le but était de procurer au voisin menacé une action en réparation du dommage que pourrait lui causer la chute du bâtiment, n'aurait plus d'objet en Droit français, puisque l'art. 1385 lui accorde de plein droit une action en dommages-intérêts pour la réparation de ce dommage. Cpr. L. 6, D. *de dam. inf.* (39, 2).

¹⁰ Cette action, qu'autorisait notre ancien Droit, nous paraît implicitement repoussée par l'art. 1386, qui ne la rappelle pas, et qui se borne à ouvrir une action en réparation du dommage déjà causé. — C'est d'ailleurs ce qui résulte formellement des explications données par Bertrand de Greuille, dans son *Rapport au Tribunat* (Loché, *Lég.* XIII, p. 43, n° 16). Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'admission, en cette matière, d'une action préventive, ne donnât lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d'une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d'un autre côté, avoir été déterminés par la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police et le pouvoir accordé à l'administration d'ordonner la réparation ou la démolition des édifices menaçant ruine. Cpr. Code pénal, art. 471, n° 5; Duranton, XIII, 729; Sirey, *Dissertation*, Sir., 25, 2, 290; Devilleneuve et Carette, *Dissertation*, *Coll. nouv.*, VIII, 2, 50; Bruxelles, 17 mars 1825, Sir., 25, 2, 289. Cpr. Angers, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 277. Voy. en sens contraire : Maleville, III, p. 492; Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 38; Merlin, *Rép.*, v° Bâtiment, n° 3. Cpr. aussi Rennes, 23 mars 1843, Sir., 44, 2, 204.—Du reste, il ne faut pas confondre l'hypothèse dont il est actuellement question avec celle où le propriétaire d'un héritage se trouverait exposé à un dommage éventuel, par le fait de constructions ou de travaux entrepris sur un fonds voisin. Un pareil fait, qui constituerait un usage abusif du droit de propriété, autoriserait l'introduction d'une action possessoire ou pétitoire, tendant à prévenir le dommage qui pourrait résulter de ces constructions ou de ces travaux.

FIN DU TOME TROISIÈME.



TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TROISIÈME VOLUME.

Suite de la seconde partie.

SECONDE DIVISION. — DES DROITS PERSONNELS.

PREMIÈRE SUBDIVISION.—DES DROITS PERSONNELS PROPREMENT DITS (*jus obligationum*).

Première section. — Des obligations en général.

| §§ | | Pages. |
|-----|---|--------|
| 296 | I. Notion de l'obligation.. | 2 |
| | II. Divisions des obligations. | |
| 297 | 1. Des obligations civiles et des obligations naturelles. | 3 |
| 298 | 2. Des obligations simples ou multiples, au point de vue du nombre des créanciers ou des débiteurs, et particulièrement des obligations conjointes et des obligations solidaires. | 8 |
| 299 | 3. Des obligations positives et des négatives.—4. Des obligations personnelles et des réelles. — 5. Des obligations de donner et de celles de faire ou de ne pas faire. | 28 |
| 300 | 6. Des obligations simples ou composées sous le rapport de la prestation qui en forme l'objet.. | 31 |
| 301 | 7. Des obligations divisibles et des obligations indivisibles. | 34 |
| 302 | 8. Des obligations conditionnelles et des obligations non conditionnelles. | 44 |
| 303 | 9. Des obligations ajournées et des obligations échues. | 57 |
| 304 | 10. Des obligations principales et des obligations accessoires.. . . . | 59 |
| 305 | III. Du fondement juridique (titre) des obligations.. | 60 |
| 306 | IV. Des conditions relatives à l'existence, à la validité et à la preuve des obligations. | 61 |
| | V. Des effets juridiques des obligations. | |
| 307 | 1. Du droit principal du créancier.. | 62 |
| | 2. Des droits accessoires du créancier. | |
| 308 | a. Des dommages-intérêts. | 62 |
| 309 | b. De la clause pénale. | 73 |
| 310 | c. De la garantie. | 75 |
| | 3. Des droits auxiliaires du créancier. | |
| 311 | a. Des mesures conservatoires. | 76 |
| 312 | b. De l'exercice des droits et actions du débiteur. | 77 |
| 313 | c. De l'action paulienne ou révocatoire. | 86 |
| | VI. Des différentes manières dont les obligations s'éteignent. | |
| 314 | Généralités. | 99 |

| §§ | Pages. |
|---|--------|
| 315 A. Du paiement. | 400 |
| 1. Du paiement proprement dit. | |
| 316 1) Des conditions de la validité du paiement. — a. Des personnes qui peuvent faire le paiement. | 400 |
| 317 b. Des personnes auxquelles le paiement peut être fait. | 405 |
| 318 c. De l'objet du paiement. | 407 |
| 319 d. De la manière dont le paiement doit être fait. | 410 |
| 320 2) Des effets du paiement. | 415 |
| 321 2. Du paiement avec subrogation. | 417 |
| 322 3. Des offres réelles et de la consignation. | 433 |
| 323 B. De la renonciation en général, et de la remise de dette en parti- culier. | 439 |
| 324 c. De la novation. | 447 |
| D. De la compensation. | |
| 325 1. Définition et division de la compensation. | 455 |
| 326 2. Des conditions de la compensation légale. | 456 |
| 327 3. Des cas exceptionnels dans lesquels la compensation légale n'a pas lieu. | 462 |
| 328 4. De la manière dont s'opère la compensation et de ses effets. | 464 |
| 329 5. De la renonciation à la compensation opérée. | 465 |
| 330 E. De la confusion. | 468 |
| 331 F. Du mode d'extinction résultant de la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation. | 469 |
| G. Des actions en nullité et en rescision. | |
| 332 Notions historiques. | 471 |
| 333 Définition de l'action en nullité et de l'action en rescision. | 474 |
| 334 Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de nullité. | 475 |
| 335 Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de rescision. | 478 |
| 336 Des suites juridiques des actions en nullité et en rescision. | 484 |
| 337 Des exceptions ou fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux actions en nullité ou en rescision. — 1. De la confirmation des obligations. | 486 |
| 339 Continuation.—2. De la prescription des actions en nullité ou en res- cision. | 493 |
| <i>Seconde section. — Des diverses espèces d'obligations en particulier.</i> | |
| Chapitre premier. Des contrats. | |
| I. Des contrats en général. | |
| 340 A. Notion du contrat. | 202 |
| 341 B. Des différentes divisions des contrats. | 203 |
| C. Des conditions nécessaires à l'existence et à la validité des contrats. | |
| 342 1. Généralités. | 205 |
| 343 2. Spécialités. — a. Du consentement. | 206 |
| 344 b. De l'objet des contrats. | 213 |
| 345 c. De la cause des obligations conventionnelles. | 218 |

| §§ | Pages. |
|--|--------|
| 346 d. Des effets juridiques des contrats. | 222 |
| 347 e. De l'interprétation des contrats. | 224 |
| 348 f. De la dissolution des contrats. | 226 |
| II. Des différentes espèces de contrats en particulier. | |
| A. Des contrats d'acquisition. | |
| 1. Des contrats parfaitement synallagmatiques. | |
| a. Des contrats commutatifs. | |
| 1) Du contrat de vente. | |
| 349 a) Notion du contrat de vente. — Des conditions essentielles à son existence. | 227 |
| 350 b) Des différentes divisions de la vente. | 236 |
| 351 c) Des conditions requises pour la validité du contrat de vente. | 239 |
| 352 d) Des clauses spéciales qui peuvent être ajoutées au contrat de vente. | 249 |
| 353 e) Des obligations, en général, qui dérivent du contrat de vente. | 250 |
| 354 (1) Des obligations du vendeur en particulier. — (a) De l'obligation de délivrance. | 251 |
| 355 (b) De l'obligation de garantir la paisible possession. | 258 |
| 355 bis. (c) De la responsabilité relative aux défauts cachés de la chose vendue. | 273 |
| 356 (2) Des obligations de l'acheteur en particulier. | 280 |
| 357 f) Des causes de résolution et de rescision particulières au contrat de vente. — (1) Du pacte de retrait (pacte de rachat ou de réméré). | 289 |
| 358 Continuation. — (2) De la rescision de la vente pour cause de lésion de plus de sept douzièmes. | 294 |
| Appendice au contrat de vente. — De la cession. | |
| 359 a) Généralités. | 299 |
| 359 bis. b) Spécialités. — (1) De la cession des créances. | 305 |
| 359 ter. (2) De la cession d'une hérédité. | 319 |
| 359 quater. (3) De la cession de droits litigieux. | 328 |
| 360 2) Du contrat d'échange. | 333 |
| 3) Du contrat de louage. | |
| 361 Définition du louage. — Des diverses espèces de louage. | 336 |
| a) Du louage des choses. | |
| 362 Généralités. | 336 |
| (1) Des règles qui régissent en général le louage des choses, et notamment de celles qui sont communes aux baux à loyer et à ferme. | |
| 363 Des éléments essentiels à l'existence de ce contrat. | 337 |
| 364 Des conditions de la validité du louage des choses. | 338 |
| 365 Des clauses accessoires et des modifications que peut recevoir le contrat de louage. | 341 |
| 366 Des obligations du bailleur. | 341 |
| 367 Des obligations du preneur. | 347 |
| 368 De la cession du bail et de la sous-location. | 353 |
| 369 Des différentes manières dont le contrat de louage prend fin. | 356 |
| (2) Des règles particulières aux baux à loyer et à ferme. | |
| 370 Des baux à loyer. | 363 |
| 371 Des baux à ferme en général, et du colonage partiaire en particulier. | 365 |

| §§ | Pages. |
|---|--------|
| 371 bis. b) Du louage d'ouvrage. | 370 |
| 372 (1) Du louage des domestiques et ouvriers. | 371 |
| 372 bis. (2) Du contrat de remplacement militaire. | 374 |
| 373 (3) Du louage des voituriers par terre et par eau. | 376 |
| 374 (4) Du louage d'ouvrage qui se forme par suite de devis ou de marchés. | 380 |
| c) Du bail à cheptel. | |
| 375 Généralités. | 386 |
| 376 Des diverses espèces de cheptel. | 387 |
| 4) Du contrat de société. | |
| 377 a) Notion du contrat de société. | 391 |
| 378 b) De la forme et de l'objet du contrat de société. | 396 |
| 379 c) Des différentes espèces de société. | 398 |
| 380 d) Des obligations des associés entre eux. | 401 |
| 381 e) Des droits des associés les uns envers les autres. | 403 |
| 381 bis. f) Des droits des associés et de leurs créanciers personnels sur le fonds commun. | 404 |
| 382 g) De l'administration des affaires sociales. | 406 |
| 383 h) Des obligations des associés à l'égard des tiers. | 408 |
| 384 i) Des différentes manières dont finit la société. | 411 |
| 385 k) Du partage du fond social après la dissolution de la société. | 415 |
| b. Des contrats aléatoires. | |
| 386 1) Du jeu et du pari. | 416 |
| 2) Du contrat de rente viagère. | |
| 387 Notion des rentes viagères. | 419 |
| 388 De la constitution des rentes viagères. | 420 |
| 389 Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère. | 422 |
| 390 Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution. | 423 |
| 2. Des contrats imparfaitement synallagmatiques. | |
| a Du commodat ou prêt à usage. | |
| 391 Notion du commodat. — Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat, et de celles qui sont nécessaires à sa validité. | 426 |
| 392 Des obligations de l'emprunteur. | 428 |
| 393 Des obligations du prêteur. | 430 |
| b Du prêt de consommation. | |
| 1) Du prêt de consommation en général. | |
| 394 De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité. — De ses différentes divisions. | 431 |
| 395 Des obligations qui naissent du prêt de consommation. | 432 |
| 2) Des diverses espèces de prêt de consommation. | |
| 396 a) Du prêt à intérêt. | 432 |
| b) De la constitution de rente. | |
| 397 Des rentes perpétuelles en général. | 441 |
| 398 Des rentes constituées. | 441 |
| c. Du dépôt. | |
| 400 Du contrat de dépôt en général. | 444 |

| §§ | Pages. |
|--|--------|
| 1) Du dépôt proprement dit. | |
| 401 Notion et division de ce contrat. | 444 |
| a) Du dépôt volontaire. | |
| 402 Des conditions de la validité de ce contrat. | 446 |
| 403 Des obligations du dépositaire. | 447 |
| 404 Des obligations du déposant. | 451 |
| 405 b) Du dépôt nécessaire. | 452 |
| 406 c) Des dépôts faits dans les hôtelleries. | 453 |
| 2) Du séquestre. | |
| 407 Notions générales. | 455 |
| 408 a) Du séquestre conventionnel. | 455 |
| 409 b) Du séquestre judiciaire. | 456 |
| d. Du mandat. | |
| 410 1) Notion du mandat. | 458 |
| 411 2) Des conditions de la validité du mandat. | 460 |
| 412 3) Des diverses espèces de mandat sous le rapport de leur étendue. | 463 |
| 413 4) Des obligations du mandataire. | 465 |
| 414 5) Des obligations du mandant. | 469 |
| 415 6) Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers. | 470 |
| 416 7) Des différentes manières dont le mandat prend fin. | 472 |
| B. Des contrats de garantie. | |
| 417 Des contrats de garantie en général. | 475 |
| 1. De la transaction. | |
| 418 a. Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence. | 475 |
| 419 b. De la division des transactions en judiciaires et extrajudiciaires. | 477 |
| 420 c. Des conditions requises pour la validité de la transaction. | 478 |
| 421 d. Des effets de la transaction. | 482 |
| 422 e. Des causes de nullité des transactions. | 486 |
| 2. Du cautionnement. | |
| 423 a. Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence. | 490 |
| 424 b. Des conditions de la validité du cautionnement. | 493 |
| 425 c. Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution. | 495 |
| 426 d. De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier. | 497 |
| 427 e. Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur prin- cipal. | 502 |
| 428 f) De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs. | 505 |
| 429 g) Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint. | 506 |
| 430 3. De la contrainte par corps conventionnelle. | 510 |
| 4. Du nantissement. | |
| 431 Du nantissement en général. | 511 |
| a. Du gage. | |
| 432 1) Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence. | 512 |
| 433 2) Des conditions de la validité du contrat de gage et de son efficacité à l'égard des tiers. | 513 |

| §§ | Pages |
|---|-------|
| 434 3) Des droits du créancier nanti d'un gage. | 515 |
| 435 4) Des obligations du créancier et des droits du débiteur. | 520 |
| <i>b.</i> De l'antichrèse. | |
| 436 1) Notion de ce contrat. | 520 |
| 437 2) Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse et de son efficacité à l'égard des tiers. | 524 |
| 438 3) Des droits du créancier sur antichrèse. | 522 |
| 439 4) Des obligations du créancier sur antichrèse. | 524 |
| Chapitre deuxième. Des quasi-contrats. | |
| 440 Notion des quasi-contrats. | 526 |
| 441 1. De la gestion d'affaires. | 526 |
| 442 2. De la réception du paiement de l'indu. | 530 |
| 442 <i>bis.</i> Appendice. De l'action en répétition du paiement effectué sans cause, ou en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs, et de celui qui a été obtenu à l'aide de moyens illicites (<i>condictio vel sine causâ, vel ob turpem, vel ob injustam causam</i>). | 536 |
| Chapitre troisième. Des délits. | |
| 443 1. Notions générales sur les délits. | 539 |
| 444 2. Des éléments du délit. | 540 |
| 445 3. De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit. . . | 542 |
| Chapitre quatrième. Des quasi-délits. | |
| 446 1. Des quasi-délits proprement dits. | 547 |
| 2. Des cas de responsabilité. | |
| 447 <i>a.</i> Des cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé par d'autres personnes. | 549 |
| 448 <i>b.</i> De la responsabilité du dommage causé par des animaux ou par la ruine d'un bâtiment. | 558 |



FIN DE LA TABLE DU TROISIÈME VOLUME.

