LOUIS JOSSERAND
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
CONSEILLER HONORAIRE A LA COUR DE CASSATION

COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANÇAIS

CONFORME AUX PROGRAMMES OFFICIELS DES FACULTÉS DE DROIT

Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Chevallier, 1931)

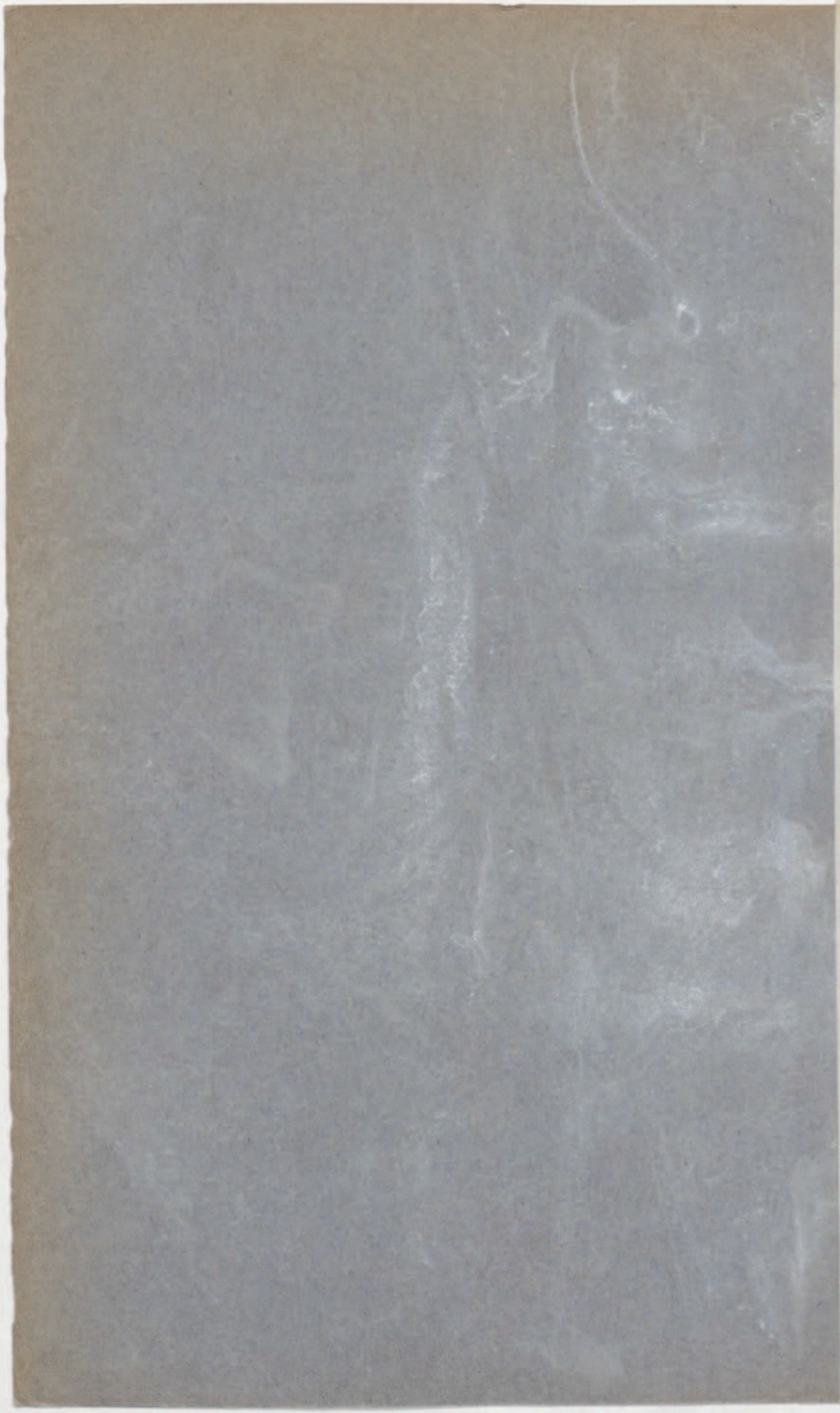
II

THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS
LES PRINCIPAUX CONTRATS DU DROIT CIVIL
LES SURETÉS

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, rue Soufflot, PARIS (V^e^)

1939

TROISIÈME ÉDITION



COURS

DE

DROIT CIVIL

POSITIF

FRANÇAIS

3026

8° F
38258
(2)

D. L.
102526 2-3-19

COURS
DE
DROIT CIVIL
POSITIF
FRANÇAIS

LOUIS JOSSERAND
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
CONSEILLER HONORAIRE A LA COUR DE CASSATION

COURS DE DROIT CIVIL POSITIF FRANÇAIS

CONFORME AUX PROGRAMMES OFFICIELS DES FACULTÉS DE DROIT

Ouvrage couronné par l'Institut (Prix Chevallier, 1931)

II

THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS
LES PRINCIPAUX CONTRATS DU DROIT CIVIL
LES SURETÉS

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
SOCIÉTÉ ANONYME
22, rue Soufflot, PARIS (V^e^)

1939

TROISIÈME ÉDITION

DU MÊME AUTEUR

Les successions entre époux, Lyon, 1892.

De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris, A. Rousseau, 1897 (épuisé).

Traité élémentaire des voies d'exécution (ancien traité de Garsonnet), 7e édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925.

De l'abus des droits, Paris, A. Rousseau, 1905 (épuisé).

Les transports, en service intérieur et en service international, à l'exclusion des transports maritimes, 2e édition, Paris, A. Rousseau, 1926.

Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobiles, Librairie Dalloz, 1926.

De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Paris, Librairie Dalloz, 1927 (épuisé; en voie de réédition.)

Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Librairie Dalloz, 1928.

Evolutions et actualités, Conférences de droit civil, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

Avis au lecteur

Peut-être s'étonnera-t-on de l'accroissement que comporte ce tome II dans la troisième édition et surtout du développement qu'y reçoit la théorie générale des obligations : cependant, cette double inflation, l'une commandant l'autre, n'a rien d'arbitraire; elle est aisément justifiable.

D'une part, des lois récentes, comme celle du 18 février 1938, relative à la capacité de la femme mariée, et de nombreux décrets-lois, tels celui du 8 août 1935 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, ou celui du 14 juin 1938 relatif à l'hypothèque légale de la femme, ou ceux du 30 octobre 1935 et du 17 juin 1938 qui sont venus modifier le Code de procédure civile, exercent une action à multiples incidences qui se fait sentir tout au long du droit civil et ont nécessité un travail de revision se traduisant, le plus souvent, par de nouveaux développements devenus indispensables.

D'autre part et surtout, le droit des obligations et des contrats est en pleine transformation : d'un lustre à l'autre, le concept contractuel comme la responsabilité ont changé d'aspect et même de structure; la force obligatoire des conventions a été énervée par une série de mesures qui sont venues compliquer, en la dissociant, une matière déjà singulièrement riche de substance : un peu partout, l'unité fait place à la diversité, la simplicité à la complexité, et les principes fléchissent sous le poids des dérogations qui y sont apportées; des droits spéciaux, des droits de classe s'installent à côté du droit commun, et, de plus en plus, l'intrusion des pouvoirs publics s'affirme, notamment sous l'aspect d'une pénétration continue du droit public dans les relations du droit privé.

Dès lors, il était impossible, surtout dans un cours dont le caractère positif *demeure la raison d'être, de ne pas accorder aux dispositions nouvelles et aux tendances dont elles sont les manifestations concrètes, la place qui leur revenait naturellement; aussi nous sommes-nous efforcé de donner, de l'état du droit des obligations, des contrats et des sûretés, une reproduction aussi fidèle que possible; notre but sera*

atteint si nous avons pu conserver ainsi à notre ouvrage, remis sur le chantier, ce caractère d'actualité, *si nécessaire à une époque où la vérité juridique, devenue singulièrement fugitive, change sans cesse et où l'auteur doit se résigner à écrire, non pour demain, mais pour aujourd'hui.*

Paris, juillet 1938.

Louis JOSSERAND.

Table des divisions de l'ouvrage

(Les chiffres renvoient aux pages)

TROISIÈME PARTIE (*suite*)

Titre IV. — La théorie générale des obligations 1

Première division. — SOURCES DES OBLIGATIONS 6

Chapitre I. — PREMIÈRE SOURCE D'OBLIGATIONS; LES ACTES JURIDIQUES, PLURILATÉRAUX ET UNILATÉRAUX; CONTRATS ET ACTES À FORMATION UNILATÉRALE 8

Section I. — Classifications des contrats 13

Section II. — Eléments de validité et formation des contrats. 28

§ I. — Le consentement des parties 29

N° 1. — Genèse et analyse du consentement 29

N° 2. — Les vices du consentement 36

I. — L'erreur 36

II. — La violence 46

III. — Le dol 52

IV. — La lésion 57

V. — L'incapacité 62

§ II. — L'objet 63

§ III. — La cause 72

I. — La cause du Code civil 73

II. — La cause impulsive et déterminante 83

§ IV. — Les conditions de forme 87

Section III. — Preuve des contrats et des obligations . . . 93

§ I. — La preuve littérale 95

Actes privés et actes authentiques 97

N° 1. — Actes authentiques et actes privés comparés dans leurs formes 98

I. — Actes authentiques et actes notariés 98

II. — Actes sous seing privé 101

N° 2. — Actes authentiques et actes privés comparés dans leur vertu probatoire 107

N° 3. — Actes authentiques et actes privés comparés quant à leur utilisation et leur conservation 114

§ II. — Les preuves non écrites 116

N° 1. — La preuve testimoniale 118

I. — Les principes 119

II. — Les dérogations 122

N° 2. — Les présomptions de l'homme 126

Appendice à la section III. — Les présomptions légales . 127

Section IV. — Interprétation des contrats 136
Section V. — Effets des contrats 141
§ I. — Effets entre les parties 142
§ II. — Effets à l'égard des personnes qui n'ont pas été parties à l'acte 144
N° 1. — Applications du principe de la relativité des contrats 145
N° 2. — Dérogations effectives au principe de la relativité des contrats 150
La stipulation pour autrui (Contrats en faveur de tiers) 153
I. — Eléments constitutifs 157
II. — Conditions de validité 161
III. — Nature de la stipulation pour autrui 169
IV. — Effets 173
§ III. — De la simulation dans les contrats (*Les contre-lettres*) 179
Section VI. — Dissolution des contrats 185
§ I. — Causes de dissolution contemporaines du contrat (contrat *annulables* ou *rescindables*) 186
I. — Qui peut agir en nullité ou en rescision ? 189
II. — A quelles conditions et pendant combien de temps les actions peuvent être exercées (*confirmation* et *prescription*) 189
III. — Effets de la nullité ou de la rescision prononcée. 198
§ II. — Causes de dissolution postérieures à la formation du contrat 200
N° 1. — Causes de résolution des contrats 200
I. — Inexécution provenant d'une cause étrangère au débiteur (*Théroie des risques*) 201
II. — Inexécution imputable au débiteur (*Résolution pour inexécution des obligations*) 207
N° 2. — Causes de résiliation des contrats (*contrats à exécution successive*) 218
Section VII. — Des actes juridiques à formation unilatérale. 220
Section VIII. — L'intervention des pouvoirs publics dans la formation et dans la vie des actes juridiques (*le dirigisme contractuel*) 223

Chapitre II. — Deuxième source d'obligations; les actes illicites : délits et quasi-délits : la responsabilité délictuelle . 228
Section I. — Généralités; évolution de la responsabilité délictuelle 230
Section II. — La responsabilité délictuelle de droit commun. 239
§ I. — Conditions de la responsabilité délictuelle 239
I. — La notion de faute délictuelle 240
Théorie de *l'abus des droits* 250
II. — Le dommage 257
III. — Rapport de causalité entre la faute et le dommage. 265
IV. — La capacité délictuelle 270
§ II. — Le procès en responsabilité 277
§ III. — Les clauses de non-responsabilité 282
§ IV. — Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle 287
Section III. — La responsabillité délictuelle sans faute prouvée 299
§ I. — La responsabilité du fait d'autrui 300

I. — Responsabilités qui cèdent devant la preuve contraire 304
Père et mère 305
Artisans 307
II. — Responsabilité irréfragable 307
La préposition 307
§ II. — La responsabilité du fait des choses 314
I. — La responsabilité du fait des animaux 314
II. — La responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment 320
III. — La responsabilité du fait des choses inanimées . 322
§ III. — Responsabilité libérée de toute idée de faute (responsabilité objective, à base de risque, ou responsabilité *causale*) 350

Chapitre III. — Troisième source d'obligations; l'enrichissement sans cause 354

Chapitre IV. — Quatrième source d'obligations; la loi . . . 364

Deuxième division. — Effets des obligations 366

Chapitre I. — L'exécution directe, en nature 367
§ I. — Obligation de donner 368
§ II. — Obligation de faire ou de ne pas faire 369
Théorie des astreintes 372

Chapitre II. — L'exécution indirecte; les dommages-intérêts . 377
Section I. — Conditions requises pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts ou à indemnité délictuelle 380
§ I. — Le dommage 380
§ II. — Il faut que le dommage soit imputable au débiteur 381
§ III. — De la mise en demeure 390
§ IV. — Clauses de non-responsabilité 393
Section II. — Evaluation du dommage; montant des dommages-intérêts 405
§ I. — Evaluation judiciaire 406
§ II. — Evaluation légale 407
§ III. — Evaluation conventionnelle; *clauses pénales* . . . 407
§ IV. — De l'anatocisme 411

Chapitre III. — Le droit de gage général 413
Section I. — Mesures conservatoires 415
Section II. — Mesures d'exécution 416
Section III. — Mesures intermédiaires 418
§ I. — Action indirecte ou oblique 419
Action directe 425
§ II. — Action paulienne ou révocatoire 427
I. — Conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne 429
II. — Résultats de l'action paulienne 438
III. — Nature de l'action paulienne 440
IV. Action paulienne et action en déclaration de simulation 441

Chapitre IV. — Les obligations naturelles 449

Troisième division. — Les différents types d'obligations; diverses modalités 452

Chapitre I. — Modalités affectant l'obligation dans son exigibilité ou dans son existence; le terme et la condition 452
Section I. — Le terme suspensif 453
Section II. — La condition suspensive 462

Chapitre II. — Modalités relatives à l'objet de l'obligation; obligations à objets multiples 468

Chapitre III. — Modalités relatives aux sujets de l'obligation; pluralité de sujets actifs ou passifs 470
Section I. — Les obligations solidaires 472
§ I. — La solidarité active 473
§ II. — La solidarité passive 474
I. — Effets de la solidarité passive 476
II. — Sources de la solidarité passive 486
III. — Comment cesse la solidarité passive 490
Section II. — Les obligations indivisibles 492

Quatrième division. — La transmission des obligations 498

Chapitre I. Transmission des créances; la cession de créance. 499
Section I. — Effets de la cession de créance 500
Section II. — Conditions requises pour la validité de la cession : ses formalités 505

Chapitre II. — Transmission des dettes; cession de dettes . . 511

Cinquième division. — Extinction des obligations 514

Chapitre I. — Extinction de l'obligation par son exécution même : le paiement 515

Section I. — Conditions requises pour l'efficacité du paiement 515
§ I. — Conditions requises dans l'obligation 516
§ II. — Conditions requises chez le *solvens* 518
§ III. — Conditions requises chez l'*accipiens* 520
§ IV. — Conditions requises dans la prestation : quelle chose doit être payée 522
§ V. — Conditions relatives aux circonstances qui entourent le paiement 530
§ VI. — Obstacles particuliers qui peuvent s'opposer au paiement 531
Section II. — Preuve du paiement 534
Section III. — Effets du paiement 535
§ I. — Imputation des paiements 535
§ II. — Le paiement avec subrogation 537
I. — Sources de la subrogation; différentes variétés . . 538
II. — Effets et nature du paiement avec subrogation . . 545

Chapitre II. — Extinction de l'obligation par une satisfaction autre que celle à laquelle le créancier avait droit . . . 549
Section I. — Substitution conventionnelle d'une nouvelle obligation à l'ancienne 549

§ I. — La novation 549
I. — Conditions de la novation 550
II. — Effets de la novation 553
III. — La délégation 555
§ II. — La dation en paiement 558
Section II. — La compensation 560
Section III. — La confusion 568

Chapitre III. — Modes d'extinction qui opèrent ou qui peuvent opérer en dehors de toute satisfaction obtenue par le créancier 570
Section I. — La remise de dette 571
Section II. — L'impossibilité d'exécution 575

Chapitre IV. — La prescription dite extinctive ou libératoire. 577
Section I. — Raison d'être et nature de la prescription extinctive 578
Section II. — Conditions requises 579
I. — Il faut que la créance ou l'action ne soit pas imprescriptible 580
II. — Délai requis pour la prescription 580
Section III. — Réalisation et effets de la prescription . . . 591
Section IV. — Les délais préfix 598

Titre V. — Les principaux contrats nommés 601

La vente 602

Chapitre I. — Conditions requises pour la formation et la validité de la vente 604
Section I. — La chose vendue 604
Section II. — Le prix 607
Section III. — Capacité des parties 612
Section IV. — Le consentement 616
§ I. — Les vices du consentement 616
I. — Erreur sur les qualités de la personne du vendeur. 616
Vente de la chose d'autrui 616
II. — La lésion 622
§ II. — Modalités qui affectent le consentement des parties. 632
I. — Déclaration de command 632
II. — Consentement tenu en suspens et réalisé par étapes successives 633
Ventes à l'essai, à goûter, à mesurer 634
Ventes avec remises d'arrhes 635
Promesses de vente 636
Section V. — Formalités requises pour la vente ou à son occasion 643

Chapitre II. — Effets de la vente 645
Section I. — Obligations du vendeur 645
§ I. — Obligation de délivrance 646
§ II. — Obligation de garantie 649
I. — Garantie contre l'éviction 650
II. — Garantie des vices cachés 664

Section II. — Obligations de l'acheteur 668
§ I. — Obligation de prendre livraison; retirement de la chose 668
§ II. — Obligation de payer les frais 670
§ III. — Obligation de payer le prix 670
Action en résolution 673

Chapitre III. — Causes de dissolution de la vente; vente à réméré 682
La vente à réméré 683

Chapitre IV. — De quelques espèces particulières de vente . 689
Vente d'hérédité 689
Licitation 690

L'échange 692

Le louage de choses 694

Chapitre I — Généralités 696

Chapitre II. — Formation et preuve du louage d'immeuble . . 697

Chapitre III. — Effets du bail 701
§ I — Obligations du bailleur 701
§ II. — Obligations du preneur 703
I. — Obligations communes à tous les baux 703
La responsabilité en cas d'incendie 706
II. — Obligations spéciales aux baux à loyer ou aux baux à terme 714
§ III. — Nature du droit du preneur 715
Caractère personnel 715
Caractère cessible : *cession de bail* et *sous-location* . . 719

Chapitre IV. — Cessation du bail 726

Chapitre V. — De quelques espèces particulières de baux . . 735
§ I. — Bail de chasse 736
§ II. — Le métayage 737
§ III. — Le bail à cheptel 740
Appendice : La législation exceptionnelle des loyers (droit transitoire) 742

Le louage de services ou contrat de travail 746

Chapitre I. — Formation du contrat de travail 749

Chapitre II. — Preuve du contrat 753

Chapitre III. — Exécution du contrat 755

Chapitre IV. — Cessation du contrat 759
Le contrat d'entreprise 767
§ I. — Formation et preuve 769
§ II. — Effets du contrat 770
§ III. — Dissolution du contrat 778
§ IV. — Différenciation de l'entreprise d'avec des opérations voisines 780

Société et association 782
§ I. — Généralités 783
§ II. — Constitution des sociétés 787
§ III. — Fonctionnement des sociétés 789
§ IV. — Dissolution 791

Les contrats de prêt 792

Chapitre I. — Le commodat ou prêt à usage 793

Chapitre II. — Le prêt de consommation; la rente constituée en perpétuel 796

Le dépôt 801
§ I. — Le dépôt ordinaire 801
§ II. — Formes particulières de dépôt 806

Les contrats aléatoires 811
I. *Le contrat d'assurance terrestre* 812

Chapitre I. — Généralités 813

Chapitre II. — Droit commun des assurances terrestres . . . 818
§ I. — Eléments de validité et preuve 818
§ II. — Contenu du contrat 820
§ III. — Obligations des parties 821
§ IV. — Prescription 825
§ V. — Fin ou suspension de l'assurance 826
§ VI. — Compétence 827

Chapitre III. — Différents types d'assurances terrestres . . 829
§ I. — Les assurances de choses 830
§ II. — Les assurances de personnes 836
Assurances sur la vie 837
§ III. — Les assurances de responsabilité 842
II. — *Le jeu et le pari* 850
III. — *La constitution de rente viagère* 853

Le mandat représentatif, le mandat sans représentation et la gestion d'affaires 837
Section I. — Le mandat représentatif ou mandat ordinaire. 857
§ I. — Caractères du mandat ordinaire 838
§ II. — Formation et preuve du mandat 861
§ III. — Effets du mandat 865
§ IV. — Fin du mandat 871
§ V. — Le mandat et le louage de services ou d'ouvrage . 874
Section II. — Le mandat sans représentation; le *prête-nom.* 876
Section III. — La gestion d'affaires 880

La transaction 886

Titre VI. — Les sûretés 889

Première division. — Le refus légitime d'exécution 894

Deuxième division. — Les sûretés personnelles. — Le cautionnement 902

Troisième division. — Les sûretés réelles 918
Généralités 918

Chapitre I. — Sûretés réelles mobilières 923
Section I. — Le gage 923
§ I. — La constitution du gage 924
I. — Eléments de l'opération 924
II. — Constitution du gage *inter partes* 927
III. — Comment le gage devient opposable aux tiers . 930
§ II. — Effets produits par le contrat de gage 932
§ III. — Extinction du gage 938
Section II. — Les privilèges mobiliers 939
§ I. — Les privilèges généraux 943
§ II. — Les privilèges mobiliers spéciaux 949
N° 1. — Privilèges fondés sur l'idée de nantissement . 951
I. — Privilège du bailleur d'immeuble 951
II. — Privilège de l'aubergiste 961
III. — Privilège du voiturier 962
IV. — Privilège pour faits de charge 963
N° 2. — Privilèges fondés sur une idée d'enrichissement 964
I. — Privilège du vendeur de meubles 964
II. — Privilège du bailleur d'un fonds rural sur la récolte de l'année 969
III. — Privilège du vendeur de semences 971
IV. — Privilège sur certaines créances 971
N° 3. — Privilège pour conservation d'une chose mobilière 975
N° 4. — Privilège facilitant l'acquisition de véhicules automobiles (L. 29 déc. 1934) 977
§ III. — Classement des privilèges mobiliers 979

Chapitre II. — Sûretés réelles immobilières. — Crédit réel immobilier 984
Section I. — Généralités; différentes sûretés réelles immobilières 985
I. — L'antichrèse 985
II. — Les sûretés réelles immobilières sans dépossession du débiteur; *privilèges généraux*; *hypothèque* 988
Section II. — Biens susceptibles d'hypothèque 996
§ I. — Immeubles 997
§ II. — Les hypothèques mobilières 1000
Section III. — Constitution des hypothèques 1006
§ I. — L'hypothèque conventionnelle; le contrat hypothécaire 1006
N° 1. — Conditions de forme 1006
N° 2. — Condtions de fond 1013
§ II. — L'hypothèque judiciaire 1021
§ III. — Les hypothèques légales 1029
N° 1. — Hypothèques légales ordinaires 1029
I. — Hypothèque légale des personnes en tutelle . . . 1031
II. — Hypothèque légale des personnes en tutelle . . . 1038
III. — Hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics 1041
N° 2. — Hypothèques légales privilégiées; *privilèges immobiliers spéciaux* 1042
I. — Privilège du vendeur d'immeuble 1043

II. — Privilège du copartageant 1047
III. — Privilège du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements (L. 28 juin 1938) . . . 1050
IV. — Privilège des architectes et entrepreneurs . . . 1051
V. — Séparation des patrimoines 1053

Appendice : Réduction des hypothèques 1056
Section IV. — Publicité des hypothèques et des privilèges . . 1058
§ 1. — Historique et généralités 1059
I. — Historique 1059
II. — L'essentiel du système français 1061
III. — Systèmes étrangers et projets de réforme 1063
§ II. — Les hypothèques sujettes à publicité 1065
I. — L'inscription hypothécaire étudiée en elle-même . 1067
II. — Efficacité de l'inscription hypothécaire 1071
III. — A quel moment l'inscription peut ou doit être effectuée 1081
§ III. — Les hypothèques dispensées de publicité 1090
§ IV. — Les responsabilités qui peuvent être engagées à l'occasion de la publicité des privilèges et hypothèques . 1099
Section V. — Effets des hypothèques 1101
§ I. — Effets de l'hypothèque en ce qui concerne l'immeuble grevé 1101
§ II. — Effets de l'hypothèque quant aux droits du propriétaire de l'immeuble grevé 1104
§ III. — Effets de l'hypothèque par rapport aux autres créanciers. — *Droit de préférence; rang de l'hypothèque.* 1108
§ IV. — Effets de l'hypothèque par rapport au tiers détenteur. — *Droit de suite* 1119
N° 1. — A quelles conditions le droit de suite existe et peut être exercé 1120
N° 2. — Comment se réalise le droit de suite . . . 1124
N° 3. — Situation faite au tiers détenteur touché par l'action hypothécaire : différents partis qu'il peut prendre 1125
I. — Partis ouverts au tiers pour échapper, sans consentir aucun sacrifice, à l'action hypothécaire 1125
II. — Partis ouverts au tiers lorsqu'il reconnaît le bien fondé de l'action hypothécaire 1129
Saisie immobilière 1129
Délaissement 1129
Paiement des créanciers 1131
Purge des hypothèques 1132
A. — Purge des hypothèques inscrites 1143
B. — Purge des hypothèques non inscrites et dispensées d'inscription 1149
III. — Règlement de compte, recours du tiers détenteur évincé 1153
Section VI. — Extinction des hypothèques 1159
§ I. — Modes d'extinction accessoires qui opèrent par voie de conséquence 1160
§ II. — Modes d'extinction qui opèrent par voie principale et directe 1161
I. — Prescription de l'hypothèque 1161
II. — Perte du bien hypothéqué 1166

§ III. — Portée de l'extinction des privilèges et hypothèques; *survie du droit de préférence au droit de suite.* 1174
Section VII. — Conventions sur l'hypothèque légale de la femme mariée 1177
§ I. — Différentes sortes de conventions; leur utilité . . . 1179
§ II. — Effets des conventions relatives à l'hypothèque de la femme (D.-l. 14 juin 1938) 1181
§ III. — Conditions requises pour la validité et l'efficacité des conventions 1186
ADDENDUM 1199

Abréviations

Al.	Alinéa.
Ann. dr. com.	Annales de droit commercial.
Ann. lég. étrang.	Annuaire de législation étrangère publié par la Société de Législation comparée.
Arg.	Argument.
Art.	Article.
Bull. Soc. ét. lég.	Bulletin de la Société d'études législatives.
Bull. Soc. lég. comp.	Bulletin de la Société de Législation comparée.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. d'Et.	Conseil d'Etat.
C. Enreg.	Code de l'Enregistrement.
C. for.	Code forestier.
C. instr. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. pén.	Code pénal.
C. pr.	Code de procédure civile.
C. trav.	Code du Travail et de la Prévoyance sociale.
Cbn.	Combiné avec.
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Comm. sup. cass.	Commission supérieure de cassation.
Comp.	Comparez.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
D.	Décret.
D. P.	Recueil périodique et critique de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. H.	Recueil hebdomadaire de la Jurisprudence générale Dalloz.
D. jurisp. gén.	Répertoire alphabétique Dalloz.
D. Jurisp. gén. supplément.	Supplément au répertoire précédent.
Duvergier	Collection des lois et décrets de Duvergier.
Ed.	Edition.
Gaz. jud. et com.	Gazette judiciaire et commerciale de Lyon.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. trib.	Gazette des tribunaux.
Ibid.	Même ouvrage et même passage.
Id.	Même ouvrage ou même décision.

J. Off.	Journal Officiel.
L.	Loi.
Op. cit.	*Opere citato* (ouvrage déjà cité).
Ord.	Ordonnance
p.	page.
Pasicr.	Pasicrisie belge.
Préc.	Précité.
Rec. somm.	Recueil des sommaires.
Ref. X, 1, 57	Refonte de la Jurisprudence de Sirey, tome X, 1re partie, page 57.
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. gén.	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.
Rev. gén. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. gén. ass. et resp.	Revue générale (belge) des assurances et des responsabilités.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Recueil de jurisprudence de *Sirey*.
S. chr.	Sirey chronologique.
Sem. jur.	Semaine juridique (ancienne Semaine législative).
Suiv.	Suivants *ou* suivantes.
Sol. impl.	Solution implicite.
T.	Tome.
Trib. confl.	Tribunal des conflits.
V.	Voyez.

Ouvrages fréquemment cités ou fondamentaux

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, par AUBRY et RAU, sur la 4e ou sur la 5e édition, suivant les cas.

BECQUÉ. — *Sûretés réelles*, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT (tomes XII et XIII), 1927 et 1930.

BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, par Ch. BEUDANT, publié par son fils, Robert BEUDANT, 1re éd., t. IV; 2e éd. publiée par R. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de LAGARDE, *Obligations*, t. XIII; avec la collaboration de BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *La vente et le louage*.

COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 2e vol., 8e édit.

DE LOYNES. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, dans le *Traité de droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE.

DEMOGUE, *Traité des obligations*, 7 vol. parus.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., continué par GUILLOUARD.

P. ESMEIN. — *Obligations*, première partie, dans le *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT (t. VI).

P. ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE. — *Obligations*, deuxième partie, dans le même traité (t. VII).

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.*

HAMEL et B. PERREAU, *Contrats civils*, première partie, dans le *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT (t. X).

HUVELIN. — *Cours élémentaire de droit romain*, publié par R. MONIER.

LAURENT. — *Principes du droit civil français*, 33 vol.

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle* de la France (travaux préparatoires).

H. et L. MAZEAUD. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2e éd., 3 vol.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 2e vol., 12e édit.

POTHIER. — Œuvres de POTHIER, éd. BUGNET, 10 vol. et une *table générale des matières.*

SAIGNAT. — *De la vente et de l'échange*, dans le *Traité de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE.

WAHL. — *Du contrat de louage*, 2 vol., dans le *Traité de droit civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE.

NOTA. — *Les numéros d'articles qui ne sont suivis d'aucune indication se réfèrent au Code civil.*

TROISIÈME PARTIE *(suite)*

TITRE IV

LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

1. **Sources.** — Code civil, livre III, titres III et IV.

Bibliographie. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 7 vol.; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, 3 vol.; Demogue, *Traité des obligations en général*, 7 vol. parus; Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. Desbois et J. Gaudemet, t. I, 1937; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, t. VI, par Paul Esmein et t. VII, par Paul Esmein, Radouant et Gabolde, 1930 et 1931; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e éd. publiée par R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Les Contrats et les obligations*, par G. Lagarde, t. I, 1936; Tarde, *Les transformations du droit*, pp. 102 et ss.; Henri et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2e éd., 3 vol., 1934; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, 3e édit.; Bufnoir, *Propriété et contrat*, nouv. édit. 1924; Ripert, *La règle morale dans les obligations*, 2e édit.; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936; G. Morin, *La loi et le contrat*, 1927; *les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts*, *Rev. trim.*, 1937, p. 553; Szladits, *Les tendances modernes du droit des obligations*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1937, p. 49; Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3e édit.; *Théorie générale des contrats de l'administration*, 3 vol., 1934-1936; Sallé, *L'évolution technique du contrat*, 1930; L. Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel*, dans le *Livre jubilaire de F. Gény*, t. II, p. 330; *La transformation du droit des obli-*

gations et des contrats depuis la promulgation du code civil français, dans le *Livre-Souvenir des journées du droit civil français, à Montréal*, p. 29; *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, rapport présenté au deuxième Congrès de droit comparé, tenu à La Haye en 1937, *Rev. trim.*, 1937, p. 1.

Pour la comparaison des différents systèmes législatifs, v. *Le Code comparé des obligations*, de Georges P. Docan (projet *franco-italien*, code *roumain*, code *français*, code *suisse*, code *polonais*); pour la *Belgique*, le *Traité élémentaire de droit civil belge*, de H. de Page, t. II, 1934 et III, 1936, et Paul-J. Durand, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*.

Pour le droit *italien*, Giorgi, *Teoria delle obligazioni*, 7e éd., 1908.

Pour le droit *anglo-saxon*, *Selected readings on the law of contracts from american and english legal periodicals*, New-York, 1931; G. Madray, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*, 1936.

2. Définitions. — L'*obligation*, ou droit personnel, est un rapport juridique qui assigne, à une ou à plusieurs personnes, la position de *débiteurs*, vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres, qui jouent le rôle de *créanciers* et envers lesquelles elles sont tenues à une prestation *positive* (obligation de *donner* ou de *faire*) ou *négative* (obligation de *ne pas faire*): envisagée du côté du créancier, l'obligation est une *créance*; considérée du côté du débiteur, elle est une *dette*.

Parfois, l'obligation est envisagée uniquement sous ce second aspect; on dira, en ce sens, que telle personne est tenue de telles obligations envers telle autre.

Dans la pratique notariale, on rencontre une troisième acception qui n'est point recommandable : l'obligation devient l'écrit même, l'*instrumentum* qui est dressé pour constater la naissance du contrat et des rapports juridiques qui en découlent; en ce sens, on dit que le notaire rédige une obligation; nous laisserons à la pratique cette terminologie incorrecte et qui prête à confusion, pour nous en tenir, en principe, à la première définition que nous avons présentée, et accidentellement à la deuxième.

3. Exemples. — Une personne emprunte une somme d'argent; elle devient débitrice du bailleur de fonds envers lequel elle s'est engagée à restituer ladite somme et qui occupe, vis-à-vis d'elle, la position de créancier; ou bien

c'est un commerçant qui a promis de livrer à un acheteur une certaine quantité de grains (obligation de donner), un architecte qui doit construire une maison (obligation de faire), un employé qui s'est engagé à ne pas concurrencer son patron dans un certain périmètre ou pendant un temps déterminé (obligation de ne pas faire).

4. Caractéristiques. — Comme il ressort de cette définition et de ces exemples, et ainsi qu'il a été noté précédemment (t. I, n° 106), l'obligation, droit *personnel*, s'oppose au droit *réel*. C'est à tort qu'on a voulu ramener cette dernière notion à la première en voyant dans le droit réel un rapport obligatoire à très large envergure; en dépit des efforts tentés pour opérer cette réduction paradoxale, des différences d'essence séparent ces deux catégories de rapports juridiques :

1° L'obligation ne met en rapport que deux ou plusieurs personnes; elle n'intervient et elle ne se réalise que dans un cercle limité, au lieu que le droit réel, qui est *absolu*, existe et produit ses effets, à l'occasion, *erga omnes* (droit de *préférence* et droit de *suite*); ses possibilités de rayonnement, sa virtualité, sont illimitées;

2° Tandis que le titulaire d'un droit réel peut l'utiliser directement, sans avoir à passer par l'intermédiaire d'une autre personne, le créancier ne peut obtenir satisfaction qu'en s'adressant à son débiteur, lequel est nécessairement interposé entre le sujet actif de l'obligation et l'exécution de celle-ci : il ne peut pas se faire justice lui-même, par exemple en s'emparant de la somme d'argent qui lui est due; il lui manque la maîtrise qui est l'apanage du titulaire d'un droit réel, au moins d'un droit réel principal, par exemple d'un propriétaire, d'un usufruitier, du titulaire d'une servitude : à la différence de l'obligation, le droit réel implique, pour celui qui en est investi, une certaine position juridique par rapport à telle ou telle chose.

Ces différences sont mises nettement en relief par la terminologie usuelle : l'obligation (*ob ligare*) est un *lien* de droit (*vinculum juris*); le droit réel est un pouvoir juridique sur un bien qui s'exerce abstraction faite de toute sujétion particulière d'une personne par rapport à une autre.

5. Importance de la théorie générale des obligations. — Cette théorie est à la base, non seulement du droit civil, comme on a pu le constater en étudiant les personnes

et la famille qui sont le centre de rapports obligatoires innombrables, mais *du droit tout entier* : le droit commercial, le droit administratif, le droit international, privé ou public, sont à base de rapports obligatoires dont ils tendent à réaliser l'adaptation à des intérêts très divers, plus ou moins spécialisés, et il n'est nullement exagéré de dire que le concept obligationnel constitue l'armature et le *substratum* du droit, et même, d'une façon plus générale, de toutes les sciences sociales.

6. L'œuvre des jurisconsultes de Rome. — Aussi, ce concept a-t-il été, de la part des prudents, l'objet d'une étude particulièrement attentive; la théorie générale des obligations avait été amenée par eux à un degré de perfection tout à fait remarquable; leur sens pratique, leurs dons d'analyse et de pénétration avaient fait merveille dans le champ obligatoire, au point que l'œuvre qu'ils avaient édifiée, patiemment et ingénieusement, au cours des siècles, est restée debout pendant notre ancien droit pour être ensuite reproduite, dans les grandes lignes et souvent jusque dans le détail, par les rédacteurs du Code civil de 1804; plus forte que l'airain, elle a survécu à la chute des empires et même à celle de bien des civilisations. Cette pérennité s'explique d'ailleurs, non seulement par la perfection de l'ouvrage, mais aussi par cette circonstance que la matière des obligations est une des plus abstraites, partant des plus interchangeables qui soient; les mêmes règles peuvent être appliquées et conviennent à des peuples qui ont, sur le droit de la famille, ou sur l'organisation de l'Etat, les idées les plus opposées; les rapports obligatoires entre particuliers sont et surtout *étaient* affaire de volonté privée, le législateur se bornant, en général, à fixer, à consacrer l'intention des parties et faisant œuvre interprétative bien plutôt qu'acte d'autorité. C'est pourquoi les commissions française et italienne, qui travaillent à l'unification de la législation des deux pays, ont fait très opportunément porte leurs premiers efforts sur un *code des obligations* qui serait commun à la France et à l'Italie [1], pour s'occuper ensuite des contrats commerciaux.

[1] *Projet de Code des obligations et des contrats*, approuvé à Paris en octobre 1927. — Un projet d'unification *mondiale* du droit des obligations a été tenté par F. Cosentini qui a rédigé, sous les auspices de l'*Institut américain de droit et de législation comparée*, un *Code international des obligations*, 1937, appelé à régir, dans la pensée de son auteur, les pays à droit germanique ou anglo-saxon aussi bien que le groupe latin.

7. Transformations à l'époque contemporaine. — Cependant, si stable que soit une matière juridique, il est des transformations sociales qui doivent exercer sur elle un retentissement profond : le monde du XX^e^ siècle s'accommode mal d'une charte qui a été établie pour le vieux monde romain; les découvertes de la science, le développement de l'instruction, la concentration des capitaux et des entreprises, l'essor de la fortune mobilière, les progrès de la locomotion, la multiplication des transactions, civiles ou commerciales, ainsi que leur extrême rapidité, le développement des prérogatives de l'Etat et le recul des doctrines libérales ainsi que l'affaiblissement de la famille, exigent et ont provoqué déjà un remaniement de l'antique théorie des obligations qui se trouve menacée jusque dans ses assises et qui doit, sinon disparaître, du moins évoluer en s'adaptant aux nécessités de l'heure; de nos jours, le contrat de droit strict est une espèce qui a à peu près disparu; toutes les opérations, ou presque, sont *de bonne foi*; les classifications des contrats ont été parfois transposées (V. pour les contrats synallagmatiques imparfaits, *inf.* n° 24); des formules nouvelles comme celles du *risque*, du *contrat collectif*, du *contrat d'adhésion*, du *contrat dirigé*, de l'*engagement par volonté unilatérale* sont apparues, tandis que d'autres, jadis à l'état rudimentaire, comme celles de la *stipulation pour autrui*, de l'*abus du droit contractuel*, de la *publicité* des actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels, ont pris un rapide essor; la vie juridique moderne, autrement complexe et tumultueuse que celle de la Rome des Césars, ne pouvait être contenue dans le vieux cadre traditionnel; il a fallu et il faudra encore lui donner du champ; on le comprendra mieux en étudiant les *contrats*, source normale des obligations; mais, dès maintenant, on peut saisir la justesse de la constatation faite par G. Tarde (*Les transformations du droit*, 2^e^ édit., p. 123) que l'immutabilité du droit des obligations est « plus apparente que réelle » et que « la permanence trompeuse du droit formel dissimule ici les mutations du droit vivant »; derrière les formules toutes faites, la vie continue, et à une cadence singulièrement rapide.

8. Plan. — Nous étudierons :
1° Les *sources* des obligations;
2° Les *effets* des obligations;
3° Leurs différents *types*;
4° Leur *transmission*;
5° Leur *extinction*.

PREMIÈRE DIVISION

SOURCES DES OBLIGATIONS

9. — Nous devons étudier, sous cette rubrique, la genèse des obligations, rechercher comment elles naissent, d'où elles procèdent.

Classification du Code civil. — L'obligation s'analysant, par définition même, en un rapport juridique entre deux ou plusieurs personnes, il est de toute logique, semble-t-il, que sa naissance implique un accord, un concours de volontés. Et, en effet, la source normale est *le contrat*, c'est-à-dire l'accord de volontés tendant à la création d'une ou de plusieurs obligations; on s'explique donc qu'un titre entier, le titre troisième du livre III — soit consacré, dans le Code civil, à cette source et aux obligations qui en dérivent, tandis que toutes les autres sources ont été reléguées dans le titre suivant sous la rubrique générale et négative « *Des engagements qui se forment sans convention* » (art. 1370 et suiv.).

Or, ces sources non conventionnelles seraient, d'après le Code civil : les *quasi-contrats*, les *délits* et *quasi-délits*, la *loi* (art. 1370).

10. Critique. — Mais cette énumération et cette méthode prêtent à critique :

1° Le dédain avec lequel les rédacteurs du Code civil ont traité les sources prétendûment secondaires des obligations n'est plus justifié de nos jours : notamment, les obligations délictuelles ou quasi-délictuelles ont pris un développement immense et la matière de la *responsabilité* qui y correspond est une des plus délicates et des plus pratiques, des plus actuelles de tout le droit civil : par rapport à elle, la théorie des contrats ne mérite plus, autant qu'un siècle auparavant, d'être placée en vedette; c'est à peine si elle conserve sa primauté, de jour en jour plus disputée;

2° La notion du *quasi-contrat* à laquelle s'est référé le législateur, est sujette à équivoque et à confusion : nul n'a jamais pu lui assigner un sens exact et précis. Il faut y voir une survivance, plus exactement une exagération, une prolifération d'une vue familière à certains jurisconsultes romains qui, observant que certaines obligations résultaient « *ex variis causarum figuris* », c'est-à-dire d'actes, de faits

ne constituant ni des contrats, ni des délits, mais ressemblant aux uns ou aux autres, disaient que ces engagements naissaient *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto*, voulant ainsi justifier le caractère obligatoire qui leur était reconnu par droit d'affinité. Mais de nos jours, et depuis longtemps, cet artifice de langage et de technique ne présente plus aucune utilité, puisque le législateur moderne, répudiant le formalisme, n'a pas enfermé les diverses catégories juridiques dans des compartiments étanches, mais qu'il a donné effet à la volonté juridique encore qu'elle ne se concrétise pas dans un cliché officiel revêtu d'un nom consacré. Dans ces conditions, on aurait dû se déshabituer de la terminologie romaine qui ne correspondait plus à aucune réalité; or, *c'est exactement le contraire qui est arrivé* : de ce qui n'était qu'une observation relative aux obligations et aux actions, on a fait une véritable classification, non pas de ces obligations et actions, mais de leurs *sources* mêmes : aux contrats on a opposé de prétendus quasi-contrats; à côté des délits, on a adopté les quasi-délits. Nous constaterons que cette dernière expression présente quelque signification et quelque valeur (*inf.* n° 409); mais il en est autrement du quasi-contrat, sorte de monstre légendaire qu'il faut se décider à bannir du vocabulaire juridique : la *gestion d'affaires* et le *paiement de l'indû* que les rédacteurs du code avaient placés sous cette enseigne équivoque, appartiennent en réalité à des familles plus nettement déterminées; et l'on comprend donc que les codes récents, faisant œuvre critique, et secouant le joug de la tradition, passent sous silence de prétendus quasi-contrats qui ne répondent plus à aucun besoin ni à aucune réalité (Code civil *allemand*, Code civil *suisse*, Code *polonais* des obligations; Code *libanais* des obligations, art. 119; pour les *Etats-Unis*, v. G. Madray, *op. cit.*, n° 9*ter*[1]).

Par définition, le contrat est un accord de volontés; or, cet accord existe tout à fait ou il n'existe pas; on ne conçoit pas qu'il puisse *quasi-exister*;

3° En revanche, deux autres sources des obligations doivent être mentionnées, qui ont pris un développement considérable depuis la promulgation du Code civil : l'*enrichissement sans cause* (ou enrichissement illégitime), et la *volonté unilatérale*; il arrive, en effet, qu'une personne assume une obligation de par son seul vouloir et en dehors d'un accord de volontés avec le créancier.

[1] V. Vizioz, *La notion de quasi-contrat.*

11. Enumération. — Ces observations critiques nous conduisent à distinguer quatre grandes sources d'obligations :

1° Les *actes juridiques*, lesquels se subdivisent en *contrats* et en *engagements unilatéraux* (actes à formation unilatérale) ;

2° Les *actes illicites* (*délits* et *quasi-délits*) ;

3° L'*enrichissement sans cause* ;

4° La *loi*.

12. Essai de simplification. — On a voulu simplifier encore et ramener toutes les obligations à deux sources seulement : le *contrat* et la *loi* (PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 807) ; on observe, en ce sens, qu'en l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi : si l'obligation existe, c'est parce que le législateur le veut. Mais l'argument prouve trop, car, à ce compte-là, les obligations issues des contrats seraient elles-mêmes légales, puisqu'elles ne produisent d'effets que par la permission et l'ordre du législateur qui veut que les conventions fassent loi entre ceux qui les ont conclues (art. 1134, § 1). En réalité, ce qui est à prendre en considération, ce n'est pas la source première et lointaine, l'*ultima ratio* de l'obligation, mais bien la source immédiate et la plus proche ; on est ainsi conduit à distinguer les quatre catégories que nous allons maintenant étudier.

CHAPITRE PREMIER

Première source d'obligations
Les actes juridiques, plurilatéraux et unilatéraux

CONTRATS ET ACTES À FORMATION UNILATÉRALE

13. Définitions. — Nous rappelons que *l'acte juridique est celui qui est accompli en vue de produire des effets juridiques* (*sup.*, t. I, n° 120). Cet acte peut être soit un accord de plusieurs volontés, une *convention*, soit, plus rarement, un *acte unilatéral*, plus exactement un *acte à formation unilatérale*, un engagement pris isolément, en dehors de la volonté du créancier et même à son insu.

Mais ce ne sont pas tous les actes juridiques qui retiennent ici notre attention; ce sont ceux-là seulement qui sont productifs d'obligations; ce ne sont donc pas toutes les conventions qui s'offrent à notre étude, mais uniquement celles qui tendent à créer des obligations et que l'on appelle traditionnellement des *contrats*. Le contrat n'est, en effet, qu'une des variétés, un des types de la convention; il est « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » (art. 1101). C'est ainsi qu'une *remise de dette* est bien une convention, car elle s'analyse en un accord de volontés; mais elle n'est pas un contrat, elle en est même le contraire, puisqu'elle tend, non à créer, mais à éteindre des obligations. Nous laissons de côté, dans ce chapitre, les conventions qui n'ont pas un caractère contractuel.

14. Envergure du concept contractuel. — L'histoire du contrat est celle d'un développement constant. Dans l'ancien droit romain, le contrat était un concept singulièrement étroit qui se ramenait principalement à celui de la stipulation; l'acte juridique ne constituait un contrat que si son contenu était susceptible de rentrer dans le cadre d'une ou de plusieurs stipulations, c'est-à-dire si on y découvrait deux déclarations symétriques et se servant respectivement de réplique, l'une affirmant la volonté de devenir créancier, l'autre celle de devenir débiteur : l'opération était essentiellement individuelle, à base de collaboration, et son objectif était très limité (vente, louage, prêt, etc.).

Plus tard, on s'est fait du contrat une idée moins formaliste et moins étriquée en y rapportant tout acte juridique plurilatéral tendant à créer des obligations, dans le droit des personnes et de la famille ou dans celui du patrimoine, quand bien même il ne se ramènerait pas à deux déclarations symétriques et antithétiques et qu'il ne rentrerait donc pas dans le moule de la vieille stipulation romaine. C'est là la conception civiliste moderne qui étend considérablement le champ contractuel en y admettant toutes volontés concurrentes émises et unies en vue de produire des obligations, sans distinguer selon les conditions dans lesquelles se produit cette union ni d'après les résultats, fugitifs ou durables, temporaires ou permanents, auxquels elle aboutit (*Sic*, Code *libanais* des obligations, art. 165).

Or, il est arrivé que des jurisconsultes de grande autorité, pour la plupart spécialisés dans le droit public, ont

voulu nous ramener au point de départ et inclure à nouveau le contrat dans les limites étroites que lui assignait le vieux droit quiritaire; pour eux, le concept contractuel impliquerait que les conditions de l'opération fussent librement débattues entre les parties, traitées, à cette occasion, sur un pied d'égalité; de plus, l'acte devrait tendre à produire uniquement des obligations; du moment qu'il dépasse cet objectif, qu'il tend à établir une règle, un état, un statut permanent, il cesserait d'être un contrat pour devenir un règlement, une « *institution* », une « *union* », une « *convention-loi* », un *acte collectif*; la forme, l'apparence de l'acte sont bien, si l'on veut, contractuelles, mais le fond est tout différent; ce n'est pas une situation subjective qui est créée, mais une situation objective, un état, un *modus vivendi*, une règle. On arrive ainsi à refuser le caractère contractuel : 1° aux actes conclus avec de grandes sociétés, de grands magasins, compagnies de chemins de fer, compagnies d'assurances, car celui qui traite avec ces puissances doit accepter leurs conditions; il se contente de donner une *adhésion* et ne peut pas débattre les prix; *l'opération est unilatérale*, non contractuelle (*inf.* n° 32); 2° aux actes instaurateurs d'un régime juridique permanent : mariage, contrat de mariage, convention collective de travail, société, association (V. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e édit., t. I, pp. 380 et suiv.; Hauriou, *Principes de droit public*, 2e édit., pp. 196 et suiv.).

15. — Ces théories, qui viennent d'outre-Rhin (le mot *union* est la traduction française du mot allemand *Vereinbarung* que Jellinek et d'autres juristes allemands proposent pour désigner ces conventions instauratrices d'une règle, d'un régime juridique durable), semblent empreintes d'un modernisme de bon aloi; en réalité, elles sont rétrogrades puisqu'elles prétendent nous ramener aux origines, à la stipulation romaine; elles constituent un contre-sens historique et juridique, une tentative de déformation du droit civil au moyen d'institutions du droit public (v. G. Ripert, *Le régime démocratique*, n° 166). Il n'existe aucune bonne raison de limiter le champ d'application du contrat; ce concept est assez souple pour s'adapter à toutes les situations, pour faire face à tous les besoins juridiques et économiques; notamment, on ne distingue pas pourquoi un contrat ne pourrait pas instituer une situation juridique permanente et durable; de tout temps, l'accord de volontés a eu l'efficacité d'établir, non seulement des liens fugitifs, mais un *modus*

vivendi, un état juridique (société, convention d'indivision, baux de longue durée, usufruit, servitudes perpétuelles, mariage, adoption, conventions matrimoniales) et les *ententes économiques* elles-mêmes (syndicats, cartels, trusts, holdings), revêtent la forme contractuelle (TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, Avant-propos, p. XIX et nos 196 et s.) ; l'opposition irréductible que l'on prétend établir entre la convention-contrat et la convention-règlement est purement factice et arbitraire, et, comme elle est sans utilité, il est urgent de la rejeter pour s'en tenir à la conception civiliste moderne, si simple, si claire, si libérale et si souple, qui voit un contrat dans tout accord de volontés intervenu en vue de créer des obligations juridiques, sans distinguer, ni d'après la part prise effectivement par chacune des parties dans les tractations, dans la préparation de l'acte, ni d'après l'ampleur et la persistance des effets produits par l'opération : comme nous le verrons, la gamme des contrats est excessivement riche et variée; à côté des transactions les plus humbles et les plus fugitives figurent les opérations les plus importantes, les plus massives et les plus durables : les unes comme les autres ressortissent à la même famille et présentent, à côté de particularités inévitables, des lignes ethniques communes. Les contrats sont tout un monde peuplé d'individus de nature, de puissance, de longévité et d'aspect très différents.

15*bis*. **Le dirigisme contractuel.** — L'évolution qui s'est manifestée dans le domaine contractuel n'est pas purement *quantitative*; elle présente aussi un aspect *qualitatif*. Non seulement les contrats se sont accrus en nombre et en catégories, mais ils tendent visiblement à changer de nature; autrefois construits et aménagés par les intéressés en toute liberté, ils subissent de plus en plus le contrôle, l'emprise des pouvoirs publics qui s'inquiètent des conditions dans lesquelles ils sont conclus, des clauses qu'ils renferment, des effets qu'ils produisent, de l'interprétation qu'ils comportent, des événements qui en entraîneront la dissolution; tantôt le législateur et plus souvent encore le juge interviennent et imposent leurs vues aux parties, depuis l'élaboration de la convention jusqu'à la fin de la carrière qu'elle doit fournir; autrefois phénomène privé et individuel, le contrat est de plus en plus volontiers traité comme un phénomène social; la liberté individuelle et l'*autonomie des volontés privées* reculent devant l'*interventionnisme* des pouvoirs publics, et le contrat libre tend à devenir un contrat *dirigé* (V. L. Jos-

SERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Rev. trim.*, 1937, pp. 21 et s. et *La « publicisation » du contrat*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938, t. III, p. 143).

Nous aurons l'occasion de rencontrer de nombreuses manifestations de cette tendance et d'y insister à propos de la formation du contrat, de son interprétation, des effets qui y sont attachés, de son renouvellement ou reconduction, de sa dissolution (V. notamment *inf.* n° 402, et, pour le *louage de choses*, n^os^ 1234 et suiv., 1257*bis* et suiv.).

16. Précisions. — 1° Le domaine du contrat n'est pas limité aux biens; il s'étend aux personnes et à la famille; le mariage et l'adoption sont des contrats (*sup.*, t. I, n^os^ 692 et 1305).

2° Comme nous l'avons précédemment relevé (t. I, n° 124), le contrat n'existe qu'autant que les parties ont eu l'intention de créer des obligations *juridiques*, et non pas seulement des rapports mondains, des devoirs de courtoisie; il doit avoir été conclu *negotii contrahendi causa*, en vue d'une affaire, et afin de créer des liens de droit : les conventions mondaines, les accords officieux, les bons offices, les complaisances et les tolérances restent, en principe, en dehors du domaine du droit; on ne se lie par un contrat, c'est-à-dire par un acte de *volonté*, qu'autant qu'on a eu la *volonté* de se lier; comme le remarque Pothier, si un père « promet à son fils, qui étudie son droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps », il n'entend assumer par là aucun engagement juridique sanctionné par une action en justice (POTHIER, *Traité des obligations*, t. II, n° 3); et il faut en dire autant de l'automobiliste qui transporte une personne bénévolement, gracieusement, ou qui conduit dans une clinique le piéton renversé par sa voiture : il ne s'engage pas par là même à solder les frais d'hospitalisation de la victime, car il a obéi simplement à un sentiment d'humanité (Req. 4 déc. 1929, *D. H.* 1930, 3).

C'est pour la même raison que l'engagement du débiteur ne saurait être assorti d'une condition purement potestative de sa part (art. 1174) : celui-là ne s'engage pas qui, en réalité, n'a pas voulu s'engager; ainsi s'explique-t-on également que les *clauses de style* ne soient pas douées de la même force astreignante que les stipulations qui ont été débattues entre les parties (V. *Rev. trim.* 1933, p. 488; *inf.* n° 433). Pour les clauses insérées dans un *contrat d'adhésion*, v. *inf.* n° 33.

17. Plan.

1° *Classifications* des contrats;
2° *Eléments de validité* et *formation* des contrats;
3° *Preuve des contrats et des obligations*;
4° *Interprétation* des contrats;
5° *Effets*;
6° *Dissolution*;
7° *Des actes juridiques à formation unilatérale*;
8° De *l'intervention des pouvoirs publics* dans l'exécution des actes juridiques.

Une section sera consacrée à chacun de ces sujets.

Section I. — CLASSIFICATIONS DES CONTRATS

18. Nécessité des classifications. — Les classifications sont rendues nécessaires, d'abord par cette circonstance que les règles à appliquer varient d'après le type de l'opération, ensuite par l'infinie variété des contrats, qui est elle-même une conséquence du grand principe de la liberté contractuelle; du moment que le législateur donne carte blanche aux intéressés pour l'aménagement de leurs accords, ceux-ci sont susceptibles de revêtir les aspects les plus divers et l'interprète doit renoncer à en établir une liste *ne varietur*, comme on le faisait jadis à Rome, comme le fait encore de nos jours la législation des Soviets (V. la communication du baron Nolde à la Société de législation comparée, dans le Bulletin de cette Société, 1923, p. 231); il doit se contenter de mettre de l'ordre dans cette multitude et de procéder par voie de classification.

19. Différentes classifications. — Nombreuses sont les classifications parce que multiples sont les points de vue auxquels on peut se placer pour les tracer.

Il en est que nous ne signalerons que d'un mot, parce qu'elles sont périmées, ou inexactes, ou sans grand intérêt.

1° On distinguait, à Rome, les contrats *de bonne foi* et les contrats *de droit strict*. En droit moderne, la règle est que toutes les conventions doivent être interprétées et exécutées de bonne foi (art. 1134, § 3; 1135; 1156 et suiv.; *inf.* n^{os} 244, 238 et suiv.). — Cependant, il faut faire des réserves pour le contrat d'*assurance* (*inf.* n° 1380*b*), ainsi que pour le contrat d'*entreprise à prix fait* (*inf.* n° 1302) qui comportent une interprétation stricte et une application littérale.

2° Contrats *nommés* et contrats *innommés*. Les premiers

sont ceux auxquels l'usage ou la science ou la loi ont donné un nom et qui présentent donc une individualité nettement accusée : la vente, le louage, le mandat et autres opérations réglementées par la loi et, pour ainsi dire, confectionnées; les seconds sont les accords qui, moins pratiqués, n'ont pas été individualisés et n'ont pas reçu de noms spéciaux : ce sont des créations des parties contractantes; ils sont faits en quelque sorte sur mesure, au gré des volontés particulières. Cette distinction ne présente plus l'intérêt capital qu'elle offrait à Rome, alors que la volonté des parties ne sortait effet qu'à la condition d'être coulée dans un moule déterminé. Tout ce qu'on peut dire, sous notre régime de liberté contractuelle, c'est que les contrats innommés, n'étant pas décrits par la loi, sont gouvernés : 1. D'abord par les règles générales, applicables à tous les contrats (art. 1107, § 1); 2. Puis, par la volonté des parties, dans la mesure où elle s'est affirmée; 3. Enfin, subsidiairement, par les règles applicables au contrat nommé le plus voisin.

3° On a voulu distinguer les contrats *principaux* et les contrats *accessoires*, les premiers se suffisant à eux-mêmes et existant isolément, les autres se greffant sur une opération préexistante (contrats de *cautionnement*, *d'hypothèque*). Mais, dans la réalité, ces prétendus contrats accessoires peuvent exister indépendamment de tout contrat préexistant : on peut cautionner une obligation née d'un délit; ils sont bien un accessoire, mais d'une obligation, non d'un contrat.

4° On oppose les contrats *d'acquisition* aux contrats de *garantie* : les premiers sont ceux qui font entrer dans notre patrimoine une valeur nouvelle, avec ou sans contre-partie : vente, échange, donation; les seconds garantissent un élément de notre patrimoine et font œuvre de consolidation : cautionnement, contrat hypothécaire.

20. Les classifications essentielles. — Les principales classifications sont les suivantes :

1° Contrats *synallagmatiques* et *contrats unilatéraux*;

2° Contrats *à titre onéreux* et contrats *à titre gratuit*;

3° Contrats *de gré à gré* et contrats *d'adhésion*;

4° Contrats *successifs* et contrats *à exécution d'un seul trait*;

5° Contrats *individuels* et contrats *collectifs*;

6° Contrats *consensuels* et contrats *formels*.

Cette énumération est loin d'être complète et ne présente aucun caractère limitatif : on se plaçant à d'autres points de

vue, on observe que certains contrats ont, par rapport à d'autres, le caractère d'*avant-contrats* (promesses de prêt, de vente, d'hypothèque, par rapport aux contrats de prêt, de vente, d'hypothèque) ; que l'accord est conclu tantôt entre *présents* et parfois entre *absents* (*inf.* n^os^ 51 et s.) ; que la convention intervient souvent en considération de la personnalité de l'une des parties ou de toutes deux (*intuitu personae* : donation, mandat, etc.), au lieu qu'il arrive parfois que cette personnalité ne joue, ou à peu près, aucun rôle (vente au comptant, embauchage d'un manœuvre, d'un terrassier) (*inf.* n^os^ 74 et s.).

21. I. Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux. — Art. 1102 et 1103. Il ressort des définitions données par ces deux textes que le contrat *synallagmatique* ou *bilatéral*, est caractérisé par la *réciprocité* des engagements qui en découlent, chacune des parties jouant le double rôle de créancier et de débiteur. C'est ainsi que, dans la vente, le vendeur est débiteur de la chose vendue et créancier du prix, tandis que l'acheteur est débiteur du prix et créancier de la chose : il y a donc enchevêtrement de rapports obligatoires qui partent des deux points opposés pour se croiser et aboutir également aux deux pôles de l'opération.

Au contraire, le contrat *unilatéral* (qu'on doit se garder de confondre avec l'acte à formation unilatérale, œuvre d'une volonté unique) ne met d'obligations que d'un côté, sans réciprocité. Non pas qu'il ne produise qu'une seule obligation; il peut en engendrer plusieurs et fort nombreuses; mais elles seront toutes du même côté : qui est créancier n'est point débiteur; qui est débiteur n'est point créancier. C'est ainsi que, dans le prêt, le prêteur est créancier de la restitution de la somme prêtée, tandis que l'emprunteur est débiteur de ladite somme.

La vente, l'échange, le louage de choses ou de services, le mandat salarié, la société, la souscription à un emprunt (trib. civ. Seine, 17 oct. 1928, *D. P.* 1929, 2, 141, note Savatier), sont des contrats synallagmatiques; le prêt, la donation, le dépôt sont en principe des contrats unilatéraux.

22. Intérêts de la distinction. — La distinction est fertile en intérêts très importants.

1° D'abord un intérêt de *forme* relatif à la *preuve* des contrats : lorsque l'opération est constatée par acte sous seing privé, la rédaction de cet écrit, en tant qu'instrument

de preuve, est soumise à des règles différentes suivant le caractère du contrat : la formalité de l'*original multiple* n'est exigée que pour les seuls contrats synallagmatiques; il faut bien, en effet, que chacun des créanciers possède la preuve de son droit, sinon l'égalité serait rompue entre les parties; or, dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties a la qualité de créancier : il faudra donc autant d'exemplaires qu'il y a de parties; mais, dans les contrats unilatéraux, il en va différemment : qui est débiteur n'est point créancier; seul, le créancier a intérêt à être muni d'un titre écrit; on se contentera d'un exemplaire unique qui lui sera remis mais qui, en revanche, devra être revêtu, outre la signature du débiteur, d'un « *bon* » ou « *approuvé* », mentions qui ne sont pas obligatoires lorsque le contrat est synallagmatique (V. *inf.* n^{os} 173 et suiv.).

2° *Intérêt fiscal.* Les actes écrits rédigés en vue de constater la formation d'un contrat synallagmatique, un bail par exemple, sont invariablement soumis à la formalité de l'*enregistrement*; il n'en est pas de même, en principe, pour les actes constatant la formation d'un contrat unilatéral; leur enregistrement ne devient nécessaire que s'ils sont utilisés en justice ou dans un acte notarié.

23. — 3° Mais ce sont surtout les intérêts de *fond* qui sont essentiels : ils se rattachent à l'*exécution*, ou plutôt à l'*inexécution* du contrat.

L'exécution d'un contrat unilatéral est chose assez simple, puisque l'une des parties doit, tandis que l'autre est créancière; il y a un débiteur à qui l'exécution sera demandée et un créancier qui poursuivra cette exécution.

Dans le contrat synallagmatique, la situation est autrement complexe, à raison de la réciprocité des engagements assumés : la carence de l'une des parties soulève une grave question : quels seront alors les droits de l'autre partie? Si, par exemple, l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur ne pourra-t-il pas refuser de livrer la chose? Et, s'il l'a déjà livrée, ne pourra-t-il pas exiger la restitution?

Il s'agit, en somme, de savoir dans quelle mesure les obligations issues d'une même opération synallagmatique dépendent les unes des autres, quant à leur existence et quant à leur exécution : c'est le problème de leur *interdépendance* qui se pose dans des termes généraux et qui est résolu conformément à cette idée que, dans les contrats de ce genre, *les obligations des parties se servent réciproquement de cause* (*inf.* n° 129); il serait injuste que l'un des contractants

obtînt satisfaction alors que l'autre se trouverait évincé; l'exécution purement *unilatérale* d'un contrat *synallagmatique* constituerait une injustice, un non-sens, car elle impliquerait une rupture d'équilibre inconciliable avec l'économie et l'esprit de l'opération.

En conséquence :

a) Si l'une des parties exécute ses obligations et que l'autre se dérobe aux siennes, la première peut demander la *résolution* du contrat, laquelle rétablira l'équilibre dans le néant, par retour au *statu quo ante* (*inf.* n^{os} 374 et suiv.);

b) Si l'une des parties demande à l'autre d'exécuter ses obligations, elle doit, du même coup, offrir d'accomplir les siennes; sinon, son contradicteur se refusera à l'exécution en opposant l'exception dite *non adimpleti contractus*; il dira « donnant, donnant; exécutez de votre côté et je vous fournirai la prestation à laquelle vous pouvez prétendre ». Si satisfaction ne lui est pas accordée, il retiendra ladite prestation; par exemple, s'il est vendeur, il refusera la livraison de la chose aussi longtemps que l'acheteur ne lui offrira pas le prix; il usera ainsi du droit de *rétention* dont l'exception *non adimpleti contractus* n'est autre chose que la mise en œuvre dans l'ordre contractuel (*inf.* n^{os} 584 et 1465).

c) Comme nous le verrons, la question dite des *risques* ne se pose que dans les contrats synallagmatiques : à supposer que la chose due, et qui est, par hypothèse, un corps certain, périsse par cas de force majeure avant que le débiteur ne l'ait livrée au créancier, cet événement le libère par impossibilité d'exécution : *à l'impossible nul n'est tenu*. Son obligation est donc éteinte; mais il reste à savoir, du moins lorsque cette obligation découlait d'un contrat synallagmatique, ce que devient l'obligation correspondante qui incombait au créancier de la prestation devenue impossible : est-elle elle-même éteinte par contre-coup ou bien survit-elle à l'état isolé? La question ainsi formulée est celle des *risques* qui est complètement étrangère aux contrats unilatéraux et qui sera examinée plus loin (*inf.* n° 366).

24. Contrats synallagmatiques imparfaits. — Les différences qui séparent les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux sont assez nombreuses et assez marquées pour qu'il importe de fixer au juste les termes de la classification; la question se pose pour toute une catégorie d'opérations que l'on qualifie de *contrats synallagmatiques imparfaits* : ce sont ceux qui, bien que n'engendrant par eux-mêmes d'obligations que d'un seul côté, peuvent cependant

être la source indirecte, l'occasion d'obligations qui naissent ultérieurement, par la suite, de l'autre côté, à la charge de l'autre partie. C'est ainsi que le *dépôt* ne met d'engagements initiaux qu'à la charge du seul dépositaire, tenu de restituer à première réquisition la chose qui lui a été confiée; cependant, il peut arriver que ce dépositaire débourse de l'argent dans l'intérêt du déposant et à l'occasion du dépôt, pour conserver la chose; le voilà donc devenu à son tour créancier du déposant, après coup, et à l'occasion du dépôt. La même situation peut se reproduire pour le *commodat* et pour le *gage* : faut-il donc traiter ces opérations ainsi que de véritables contrats synallagmatiques?

25. — Depuis longtemps, la question n'est plus discutée; on peut dire qu'elle n'existe plus : le droit moderne a répudié, sur ce point, la conception romaine qui traitait ces contrats comme des opérations synallagmatiques; les auteurs s'accordent à y voir des contrats *unilatéraux*; et à juste titre, puisque les deux séries d'obligations y naissent successivement, puisqu'elles ne peuvent être considérées comme se servant respectivement de contre-partie, de contre-poids. On ne peut pas dire que le dépositaire s'est engagé à restituer la chose *parce que* le déposant s'est engagé, de son côté, à l'indemniser occasionnellement de ses débours; ces deux obligations ne se servent pas réciproquement de cause; ce n'est pas à titre de contractant, ce n'est pas en vertu du contrat que le déposant est constitué débiteur du dépositaire, mais à raison d'un fait ultérieur; or, d'après les termes mêmes de l'article 1102, le contrat n'est synallagmatique que lorsque les *contractants* s'obligent réciproquement les uns envers les autres. (Comp. les art. 5 et 6 du projet de code des obligations *franco-italien*.)

Les contrats dits synallagmatiques imparfaits sont donc de véritables contrats unilatéraux : les conséquences de ce principe se déduisent d'elles-mêmes, en fonction des intérêts que présente la classification (*sup.* n° 22).

26. Observation. — Un contrat naturellement *unilatéral* peut devenir *synallagmatique* à raison des clauses qui y sont insérées par les parties : c'est ainsi que la *donation avec charges* met des obligations à la charge du donataire et répond donc à la définition de l'article 1102; il en va de même du *dépôt* et du *mandat* si un salaire est dû au dépositaire ou au mandataire.

D'autre part, on a présenté une thèse d'après laquelle la

distinction des contrats en synallagmatiques et unilatéraux revêtirait une souplesse encore plus grande, l'exécution de l'accord par l'une des parties qui s'acquitte de telle de ses obligations étant susceptible de faire passer l'opération d'une catégorie dans l'autre, si bien qu'il n'existerait pas de contrat synallagmatique ou unilatéral *par nature* et à titre définitif (*Sic*, Roger Houin, thèse, 1937). L'idée est assurément intéressante, d'un contrat évolutif, à transformations; mais elle bouleverse une construction juridique qui a subi l'épreuve des siècles et des législations et qui repose sur des données à la fois rationnelles, sûres et équitables.

27. II. Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit. — Les articles 1105 et 1106 donnent de ces deux types de contrats des définitions qui suscitent des critiques, surtout celle qui est formulée dans l'article 1106 : s'il fallait en croire ce dernier texte, si vraiment le contrat à titre onéreux était celui qui « *assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* », cette seconde classification coïnciderait avec la précédente : car les contrats à titre onéreux correspondraient exactement aux opérations synallagmatiques, en sorte que, de leur côté, les contrats à titre gratuit se confondraient avec les contrats unilatéraux. Or, il n'en est rien : d'une part, il est des contrats à titre onéreux qui sont cependant unilatéraux, tel le *prêt à intérêt*; et, d'autre part, une libéralité peut, nous en avons déjà fait la remarque, être conçue sur le mode bilatéral : ainsi en est-il de la *donation avec charges*.

28. — Il faut donc reconnaître l'indépendance des deux classifications et il n'en est que plus urgent de tracer la *ligne de démarcation* qui sépare les contrats à titre gratuit (ou *contrats de bienfaisance*, art. 1105) des actes à titre onéreux. La tâche, qui est du ressort exclusif des juges du fond dont la décision échappe, sur ce point, au contrôle de la Cour de cassation (*inf.* t. III, n° 1253), est malaisée, car le titre gratuit et le titre onéreux sont des notions à la fois *complexes* et *relatives*, le même acte se présentant comme gratuit ou onéreux selon les clauses qui l'accompagnent, suivant qu'on le considère dans sa forme ou quant au fond et qu'il s'agit de l'opposer à telle ou telle catégorie de personnes, voire même en fonction de l'intention des parties qui peuvent parfois lui imprimer, *sans modifier une seule de ses clauses*, la marque du titre onéreux ou bien celle du titre gratuit.

1° C'est qu'en effet l'acte à titre gratuit est, par définition

même, une *libéralité* ou *bienfait*; or, on ne conçoit pas de libéralité sans *intention libérale*; il faut donc, pour qu'un acte soit à titre gratuit, qu'il procède d'une intention de bienfaisance, de l'*animus donandi* (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 12).

2° A cette première condition, qui est dominante, vient s'en ajouter une deuxième : l'intention libérale ne doit pas demeurer à l'état abstrait et théorique; il ne suffirait pas aux parties de décorer un contrat du nom de *donation* pour qu'il y eût vraiment donation; encore faut-il qu'un service, qu'un bienfait ait été *effectivement* rendu par l'un des contractants à l'autre; il ne dépend pas d'eux de donner le change sur le contenu du flacon en apposant sur celui-ci une étiquette mensongère ou inexacte. Nous voyons ici apparaître le critère *économique* qui, bien que relégué au second plan par le critère *psychologique* signalé en premier lieu, n'en présente pas moins une sérieuse importance.

L'acte qui répond à cette double condition est un acte à titre gratuit; sinon, il est à considérer comme onéreux : vente, échange, louage, société, transaction, contrats aléatoires (*inf.* n° 1379), etc. (V. sur ces différents points : L. JOSSERAND, *Les mobiles*, n^{os} 254 et suiv., et *inf.*, t. III, n^{os} 1253 et suiv.)

29. Sous-distinctions. — Les deux termes de la distinction sont d'ailleurs loin d'être simples, mais présentent une grande complexité.

1° Les contrats à titre gratuit se subdivisent en un grand nombre de types dont le plus important et le plus connu est la *donation entre vifs*, laquelle implique un appauvrissement du donateur et un enrichissement corrélatif du donataire, donc un *transfert de valeurs* d'un patrimoine à l'autre. Mais nombreux sont les actes de bienfaisance qui ne répondent pas à cette définition : *commodat*, *prêt de consommation sans intérêt*, *cautionnement*, *dépôt gratuit*; on voit bien, ici aussi, un service rendu sans rétribution, sans contrepartie et dans un esprit de bienfaisance, et c'est pourquoi l'acte est construit sur le type gratuit; mais, d'autre part, on ne relève aucune diminution dans le patrimoine du bienfaiteur qui ne s'appauvrit pas vraiment, qui se contente de prester ses bons offices, et c'est pourquoi l'acte ne constitue pas une donation.

30. — 2° De même, les actes à titre onéreux se présentent sous des aspects très divers; notamment, ils peuvent être

commutatifs ou *aléatoires*; *commutatifs* si, comme il advient ordinairement, la valeur des prestations est fixée définitivement et dès le jour du contrat, d'une façon ferme, si bien qu'on aperçoive aussitôt les avantages que chacune des parties retire de l'opération et les sacrifices qu'elle accepte en retour; *aléatoires*, lorsque les prestations ou la prestation due par l'un des contractants sont susceptibles d'être évaluées à l'avance et dépendent du hasard, en sorte que chacune des parties a des chances de gain ou de perte et se trouve donc exposée à un *aléa* (art. 1964).

La vente moyennant un prix ferme est un contrat commutatif; si, au contraire, le prix affecte la forme d'une *rente viagère* que l'acheteur doit servir au vendeur jusqu'à son décès, l'opération devient aléatoire : les résultats en sont subordonnés à la longévité du crédirentier, c'est-à-dire à un événement futur et incertain qui imprime au contrat un caractère aléatoire. De même, le *jeu*, le *pari*, l'*assurance*, la *clause d'accroissement* entre les coacquéreurs d'un immeuble (v. thèse J. Chol, Lyon, 1933), sont des contrats aléatoires.

L'intérêt de cette sous-distinction consiste en ceci qu'en règle générale les contrats aléatoires sont réfractaires à la rescision pour cause de *lésion* : chacune des parties ayant accepté de tenter sa chance, aucune d'elles ne peut se prétendre lésée, quoi qu'il advienne. Cependant, nous verrons qu'il en irait autrement si l'opération était conçue de telle façon que les chances ne s'équilibrent pas et que, de toute façon, elle dût être considérée comme lésionnaire pour l'une des parties (*inf.* n^{os} 1052 et 1384).

31. Intérêts de la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux. — Ces intérêts sont tellement nombreux qu'il est impossible d'en donner une énumération, même très incomplète : nous les noterons à l'occasion, chemin faisant.

Pour le moment, il suffira d'énoncer les idées directrices auxquelles ils se rattachent pour la plupart.

1° Dans les contrats de bienfaisance, la personnalité des parties joue, le plus souvent mais non toujours, un rôle essentiel; on ne fait pas un cadeau, on ne rend pas un service revêtant une forme juridique, au premier venu, indifféremment; la donation, notamment, est consentie *intuitu personae*. Dans les actes à titre onéreux aussi, l'*intuitus personae* joue souvent, mais non pas toujours, un rôle également important : certainement, on s'adresse à tel architecte, à tel

peintre, à tel avocat, à tel médecin, voire à tel employé ou à tel industriel de préférence à tels autres; l'opposition ne doit donc pas être forcée, à ce point de vue, entre les deux titres; il faut seulement reconnaître que certains contrats à titre onéreux se forment en dehors de toute considération tirée de la personne : menus achats, embauchage de manœuvres, etc.; le contractant devient alors un simple numéro interchangeable.

2° Celui qui s'engage d'une façon désintéressée et qui fait figure de bienfaiteur est plus intéressant que celui qui met en pratique la devise : rien pour rien. On sera donc moins exigeant envers lui; sa responsabilité ne sera engagée que plus difficilement. (Comp., pour le dépôt, les art. 1927 et 1928 — 2°; v. *inf.* 1365; pour le mandat, art. 1992; *inf.* n° 1411.)

3° L'acte gratuit a une signification économique tout autre que celle de l'acte onéreux; il se présente comme un acte anormal et dangereux, non seulement pour le bienfaiteur qui ne reçoit rien en échange de sa chose ou de son service, mais aussi pour ses créanciers et pour ses héritiers présomptifs : il faut éviter qu'un individu ne fasse des largesses avec l'argent de ses créanciers ou qu'il ne se dépouille au détriment de ses proches parents; il y a des intérêts légitimes qui sont à sauvegarder et qu'un acte à titre onéreux ne menacerait en aucune façon.

32. III. Contrats de gré à gré et contrats d'adhésion. — Dans le type traditionnel et classique du contrat, les clauses et conditions sont pesées, discutées et établies lors de la tractation; et, à cette tâche, les deux parties coopèrent également et librement. Ce type n'a pas complètement disparu; on le retrouve encore dans la vente d'immeubles, dans la vente de denrées sur un marché; une discussion s'institue, plus ou moins longue, plus ou moins animée; le terrain est disputé pied à pied; un *marchandage* est possible; les tractations se poursuivent à égalité; il ne semble pas que l'une des parties fasse la loi à l'autre; le contrat est vraiment l'œuvre de deux volontés; il se prépare et il se conclut *de gré à gré*; on pourrait le qualifier de contrat *paritaire*.

A côté de ce type vénérable de contrat, où triomphe l'*autonomie de la volonté*, un autre a fait son apparition au siècle dernier qui a eu une fortune rapide et qui exclut toute discussion, tout marchandage entre les parties. Un projet de convention est présenté par l'une d'elles; une offre est faite au public, à tout venant, dont quiconque peut

s'emparer, mais à la condition de la prendre telle quelle : *c'est à prendre ou à laisser*. A cette catégorie ressortissent l'immense majorité des *contrats de transport* : on ne discute pas le prix d'une expédition de marchandises ou d'un billet de chemin de fer; les *contrats d'assurance*; les achats effectués dans de *grands magasins* qui ont des prix fixes, établis *ne varietur*; ces différentes entreprises, administrations de chemins de fer, compagnies d'assurances, grands magasins, sont en état d'offres permanentes et irréductibles envers le public auquel elles présentent des clichés définitifs : la technique de la formation du contrat se trouve ainsi gravement modifiée (V. Edmond Sallé, *L'Evolution technique du contrat*, 1930).

Dans ces conditions, la situation n'est point égale entre les parties qui ont des rôles d'importance inégale; l'une fait un règlement, une *prérédaction*, émet un tarif; l'autre se borne à s'en emparer, à s'en approprier les dispositions sans avoir la possibilité de les discuter; elle se contente de donner une *adhésion*; de là le nom de *contrats d'adhésion*, ou, plus correctement, de contrats *par* adhésion. La disproportion des rôles est telle qu'on s'est demandé s'il y avait vraiment contrat et qu'on a nié qu'il en fût ainsi. Le prétendu contrat d'adhésion, « pure apparence », dont « le contenu réglementaire jure avec son enveloppe » (Hauriou, *Principes du droit public*, p. 206), ne serait, pour certains, qu'un acte unilatéral, puisque l'une des parties, émettant une « *volonté réglementaire* », impose sa décision à l'autre qui ne joue, dans l'opération, qu'un rôle à peu près passif (*Sic* : Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e édit., t. I, p. 371; Hauriou, note *S.* 1908, 3, 17; Comp. Saleilles, *La déclaration de volonté*, art. 133, nos 89 et 90).

Cette conception est très généralement repoussée : les contrats d'adhésion sont bien de véritables contrats; nulle part, la loi n'exige que l'accord contractuel soit précédé d'une libre discussion, de longues tractations; surtout, aucun texte ne veut que les deux parties aient une part égale dans la genèse du contrat; tout ce qu'on demande, c'est que les deux intéressés consentent, c'est qu'il y ait entre eux accord en vue de faire naître des obligations (art. 1101) ; peu importe que le terrain d'entente ait été ou non préparé par l'un d'eux; on doit se garder de confondre *tractations* et *contrat;* nous ne sommes plus au temps où la stipulation romaine régnait souverainement; l'*égalité économique* ni *l'égalité économique* ni l'*égalité verbale* ne sont point conditions de la validité des contrats : l'*égalité juridique* y suffit. La preuve

en est que la *donation* qui est, en fait, l'œuvre exclusive du donateur et dont le gratifié serait mal venu à discuter les conditions, est cependant bien, de l'avis unanime, un contrat (RIPERT, *La règle morale*, nos 55 et suiv.; Paul ESMEIN, n° 122).

33. Intérêts de la distinction. — Ce n'est pas à dire qu'il ne soit pas intéressant de distinguer entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion : 1° les clauses de ces derniers ne s'imposent pas avec la même évidence que celles des premiers, car, bien souvent, elles sont comme noyées dans un règlement passe-partout dont le client de l'entreprise, voyageur, assuré, ouvrier, employé, n'a pas eu effectivement connaissance et qu'il a accepté les yeux fermés, de confiance. Dans ces conditions, il appartient au juge de rechercher si telle ou telle clause litigieuse a été véritablement acceptée par les parties ou si son insertion dans le règlement compact et mystérieux, dans un magma typographique de lecture malaisée, ne constitue pas un piège à l'adresse de l'une d'elles; dans cette dernière éventualité, nous estimons que le tribunal a le pouvoir d'en écarter l'autorité, surtout si elle ne s'harmonise pas avec les clauses essentielles qui constituent la trame même de l'opération et qui, celles-là, ont été connues des intéressés et acceptées par eux (Paris, 15 mars 1922, *Rev. trim.* 1922, p. 896; comp. Civ. 31 juillet 1930, et la note de M. GÉNY, *S.* 1931, 1, 281; trib. de paix Bordeaux, 19 août 1931, *D. H.* 1931, 584). En ce qui concerne le contrat d'*assurance*, la loi a pris des précautions en faveur du souscripteur (L. 13 juill. 1930, art. 5, § 3; 8, § 1; 9, dern. alin., *inf.* n° 1380*c*). 2° L'*interprétation* des clauses d'un contrat d'adhésion n'obéit pas nécessairement aux règles que le législateur a tracées pour l'interprétation des contrats en général; notamment, il semble difficile et il serait peu équitable d'appliquer ici l'article 1162 d'après lequel, dans le doute, la convention obscure s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur; il paraît plus juste de faire supporter les conséquences de l'ambiguïté de la clause à celui qui en est l'auteur, au rédacteur de l'acte (*inf.* n° 241).

Sur les contrats d'adhésion voyez, outre le livre précité de M. RIPERT, SALEILLES, *La déclaration de volonté*, art. 133, nos 89 et 90; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2e édit., p. 206; DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, et, dans la *Rev. trim.* de 1910, p. 503, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*; SALLÉ, *L'évolution tech-*

nique du contrat, pp. 35 et suiv., et les thèses de MM. Dollat, 1905, et Gounot, 1909.

33*bis*. IV. **Contrats successifs** — ou plutôt **à exécution successive** — et **contrats à exécution d'un seul trait**. — Les contrats de la première catégorie s'exécutent au moyen de prestations successives et continues, tandis que ceux de la deuxième, les plus fréquents, se réalisent d'un trait, globalement. Le *bail*, le *contrat de travail*, le *contrat d'assurance*, le *compte-courant*, le *marché de fournitures* (concessions d'éclairage, de distribution d'eau, etc.), sont de la première espèce; la vente au comptant, ou même à terme si le prix est payable en totalité d'un seul coup, rentre dans la deuxième : tandis que l'exécution d'un bail, d'un louage de services, d'une assurance, d'un compte-courant, est, pour ainsi dire, une création continue, celle d'une vente au comptant se liquide d'un seul jet.

Cette classification présente divers intérêts qui apparaîtront mieux par la suite.

1° Au cas où, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties manque à ses engagements, l'autre peut poursuivre la dissolution du contrat (*sup.* n° 23; *inf.* n° 374); or, tandis que, dans les contrats à exécution instantanée, cette dissolution est rétroactive, il en va autrement, à notre avis, pour les conventions à exécution successive; ce n'est plus de *résolution* qu'il peut être alors question, mais seulement de *résiliation*; par exemple, le bail ne disparaît que pour l'avenir, sans rétroactivité (*inf.* n^{os} 394 et 1238).

2° La question des *risques* se dénoue différemment selon que le contrat est à exécution instantanée ou successive : dans cette dernière éventualité, l'impossibilité d'exécution, en libérant une des parties, libère par cela même et nécessairement l'autre ou les autres, car les obligations réciproques se servent de réplique à tout moment; elles naissent à chaque instant et la loi de la causalité fonctionne en permanence : c'est ainsi que le bail ne survit pas à la perte de la chose; on n'imagine pas la jouissance d'une maison qui n'existe plus (*inf.* n° 1239). Mais, dans les contrats synallagmatiques à exécution instantanée, la question des risques ne se résout pas aussi simplement, aussi brutalement; des distinctions sont à établir et il arrive que l'une des parties soit libérée alors que l'autre demeure tenue (*inf.* n^{os} 366 et suiv.).

3° Lorsque l'exécution d'un contrat s'échelonne dans le temps, il arrive que les changements survenus dans l'ordre

économique rompent l'équilibre envisagé et établi par les parties pour leurs prestations respectives; la question peut alors se poser de savoir si ce déséquilibre économique ne doit pas entraîner la *revision*, le *remaniement* du contrat (*inf.* n° 404); ce problème reste évidemment étranger aux accords qui s'exécutent aussitôt et d'un seul trait.

4° La *mise en demeure* du débiteur est inutile lorsque c'est une obligation continue qui est inexécutée (*inf.* n° 621).

34. V. Contrats individuels et contrats collectifs. — La détermination de la configuration juridique du contrat collectif, création du droit moderne, présente de sérieuses difficultés.

Certainement, un contrat ne devient pas collectif par cela seul qu'il est conclu entre un grand nombre d'individus; il demeure individuel, encore que *plural*, quel que soit le nombre des parties, du moment que chacune d'elles doit donner son consentement pour être liée : une vente consentie par plusieurs copropriétaires, un partage entre héritiers sont des contrats individuels et pluraux, incontestablement.

En outre, un contrat ne devient pas nécessairement collectif par cela seul qu'il répond à des intérêts collectifs et qu'il est l'œuvre d'une collectivité, car il faut tenir compte de la puissance d'unification du concept de la personnalité morale : la convention passée entre deux associations, deux sociétés, deux communes ou deux Etats, est une convention individuelle, conclue entre deux personnes morales; ceux qui apposent leurs signatures agissent en tant que représentants, régulièrement mandatés, ès qualités.

35. — Pour que l'opération devienne vraiment collective, il faut qu'elle lie une collectivité abstraction faite du consentement individuel — donné directement ou par procuration — de chacun des membres de cette collectivité; c'est alors seulement que l'on voit une volonté collective contrebattre et étouffer les volontés individuelles qui ne seront pas obéies : des intéressés qui ont dit *non* ou qui n'ont rien dit du tout se trouveront dans la même situation que s'ils avaient dit *oui*; ils seront liés malgré eux et sans eux.

1° Les *associations syndicales* de propriétaires fonciers peuvent se constituer, en vue de travaux d'utilité commune, en dehors de l'unanimité des intéressés : ici, la loi se contente de la volonté émise par une certaine majorité; les opposants sont, à leur corps défendant, impliqués dans l'association et dans les travaux qu'elle réalise (L. 21 juin

1865, modif. par L. 22 déc. 1888, art. 5; L. 5 août 1911; D. 21 déc. 1926; Comp. L. 22 juill. 1912, sur l'*assainissement des voies privées*, art. 3; d.-l. 14 juin 1938 sur *l'assainissement des îlots insalubres*, et, pour le *remembrement de la propriété rurale*, le d.-l. 30 oct. 1935, *sup.*, t. I, n° 1441).

36. — 2° La *convention collective de travail* est un arrangement intervenu entre représentants des intérêts patronaux et représentants des intérêts ouvriers, en vue de déterminer les conditions du travail (montant du salaire, durée et répartition du travail, etc.); cette convention contient un règlement, une loi corporative sur laquelle les contrats individuels de travail devront être modelés, à peine de certaines sanctions, notamment de la nullité des contrats irréguliers, non conformes au type collectif.

Or, ce type collectif s'impose, non seulement à ceux qui ont signé la charte constitutive, non seulement à tous ceux qui faisaient partie des organisations, des groupements, lors de la signature du protocole collectif, mais aussi aux membres de groupements adhérant ensuite à ce protocole comme à ceux des syndicats professionnels qui entreraient ultérieurement dans les groupements entre lesquels l'accord fut conclu (L. 25 mars 1919; 31 déc. 1936; 4 mars 1938; *Code du travail*, art. 31 et 32 du titre 2e, livre I). Il résulte de ces textes, notamment de l'article 31*k*, que la convention de travail s'impose même à qui n'y a pris aucune part; sorte de *loi contractuelle* en même temps que *d'avant-contrat*, elle lie des volontés qui n'y ont adhéré d'aucune sorte : elle est bien une convention collective, et même, à notre avis, un *contrat collectif*, car elle fait naître des obligations à la charge des employeurs et des ouvriers auxquels elle s'applique; mais son rayonnement est particulièrement intense, et il a été accru dans de notables proportions par la loi du 24 juin 1936; aux termes de l'article 31*vd* du livre I du Code du travail, tel qu'il a été aménagé par cette loi, il dépend du ministre du Travail de prendre un arrêté qui rendra obligatoires « *pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans le champ d'application de la convention* », les dispositions de la convention collective, laquelle se trouvera alors de rebondir par la volonté du Gouvernement au delà du cercle des organisations dont elle émane; les volontés individuelles sont ici ostensiblement enchaînées, à la fois et d'abord par les volontés collectives, puis par surcroît, par l'autorité gouvernementale : leur autonomie d'autrefois n'est plus qu'un souvenir; elle est remplacée par un double servage (V. par exemple, l'arrêté ministériel du 23 mars 1938,

réalisant l'extension des effets et des sanctions de la convention collective intervenue dans la librairie de détail : Duvergier, 1938, p. 232). (Contre le caractère contractuel des conventions collectives du travail, v. Duguit, *op. cit.*, pp, 411 et suiv.) — Cons. les thèses de MM. Barthélemy Raynaud, 1901, Nast, 1907, Rouast, 1909, Brèthe, 1921.

37. VI. Contrats consensuels et contrats formels. — En principe, les contrats sont parfaits par le seul accord des volontés et en dehors de toute exigence de forme : notre droit français n'est point un droit formaliste : réserve faite des difficultés de preuve, une vente verbale a la même valeur qu'une vente passée devant un notaire.

38. Exceptionnellement, la loi soumet certains contrats à l'observation de formes déterminées :

1° Parfois, l'accord des parties doit revêtir la forme *notariée*; on dit alors que le contrat est *solennel*; rentrent dans cette catégorie, par exemple la *donation entre-vifs* (art. 931); le *contrat de mariage* (art. 1394, § 1) et le *contrat hypothécaire* (art. 2127).

2° Dans d'autres cas, la loi exige et considère comme suffisante la rédaction d'un écrit sous signatures privées (vente d'un navire, d'un bateau de navigation intérieure, d'un aéronef, etc.; v. *inf.* n° 152*bis*).

3° Certains contrats n'existent que lorsqu'une tradition, une remise de chose a été effectuée entre les parties; il en est ainsi du *prêt de consommation*, du *prêt à usage*, du *dépôt* et du *gage*. Comme cette exigence est, nous le verrons, purement arbitraire, comme rien ne s'opposerait rationnellement à ce que de tels accords fussent parfaits par le seul échange des consentements, on doit considérer que ces contrats sont soumis à des conditions de forme particulières, qu'ils rentrent dans la famille des contrats *formels* (*inf.* n° 154).

Section II. — ÉLÉMENTS DE VALIDITÉ ET FORMATION DES CONTRATS

39. Enumération. — D'après l'article 1108, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : 1° le *consentement* de la partie qui s'oblige; 2° sa *capacité* de contracter; 3° un *objet* certain qui forme la matière de l'engagement; 4° une *cause* licite dans l'obligation.

Cette énumération appelle plusieurs observations :

1° On ne voit pas pourquoi le texte, exigeant le consentement et la capacité, se réfère au seul *débiteur* : il est évident que le *créancier* doit, lui aussi, donner son consentement et qu'on exige de sa part une certaine capacité.

2° L'*incapacité* de l'une des parties fonctionne, à notre avis, comme un *vice du consentement* (*sup.* t. I, n^os^ 126 et 127) ; c'est à ce propos que nous l'étudierons.

3° Dans certains cas et pour certains contrats, la loi exige une condition dont l'article 1108 ne parle pas et qui concerne la *forme* de la convention : il existe des contrats *formels*.

40. Plan. — Nous étudierons, dans l'ordre suivant, les *conditions d'existence et de validité* des contrats :

1° Le *consentement* des parties;
2° L'*objet*;
3° La *cause*;
4° Les conditions de *forme*.

§ I. — *LE CONSENTEMENT DES PARTIES*

41. Nature et importance du consentement. — Le consentement n'est autre chose, ici, que l'*accord des volontés* en vue de créer des obligations; sa définition se confond donc avec celle du contrat lui-même, dont il constitue la trame, le *substratum*; toutefois, il arrive au but et il n'est constitutif de contrat qu'autant qu'il réunit certaines conditions et qu'il s'extériorise, qu'il se concrétise d'une certaine façon. Dans ce premier paragraphe, nous étudierons :

1° La *genèse* du consentement;
2° Les *vices* dont il peut être atteint.

N° 1. — Genèse et analyse du consentement

42. Bibliographie. — Saleilles, *De la déclaration de volonté*; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*; Demogue, *Traité des obligations*, t. II, n^os^ 546 et suiv.; P. Esmein, n^os^ 46 et suiv.

43. Le consentement résidant dans un accord de deux ou plusieurs volontés, est une notion forcément complexe : les deux volontés dont il est issu ne se déclenchent jamais

simultanément; l'une des parties adresse à l'autre une *offre*, une *pollicitation*; elle lui propose, par exemple, de lui vendre sa maison; le destinataire de l'offre l'examine, puis la repousse ou l'accepte, après ou sans discussion; s'il l'accepte, le consentement est parfait et le contrat est donc formé; mais il y a eu une période *précontractuelle*, au cours de laquelle on distinguait l'auteur de l'offre, le *pollicitant*, et le destinataire de cette offre qui, ultérieurement, est devenu l'*acceptant*.

44. L'offre. — L'offre, ou pollicitation, ne s'adresse pas nécessairement à une personne déterminée; elle peut être faite à tout venant, au public; il dépend alors de quiconque de s'en emparer pour son propre compte et d'en faire jaillir instantanément un contrat. L'installation d'un objet dans la vitrine ou dans les rayons d'un magasin constitue, lorsqu'elle est accompagnée de l'indication du prix, une offre de ce genre dont tout client peut s'emparer; de même, les grandes compagnies de transport ou d'assurances se trouvent, vis-à-vis du public et de par leurs tarifs, en état d'offres générales et permanentes qui servent d'amorces aux accords à intervenir entre elles et leur clientèle.

45. L'acceptation, elle, a un caractère *individuel*; elle doit toucher le pollicitant lui-même. Elle peut d'ailleurs intervenir sous une forme quelconque — du moins dans les contrats consensuels — expressément ou tacitement; les juges du fond, statuant en fait, l'induisent parfois, eu égard aux circonstances de la cause, par exemple aux relations d'affaires préexistant entre les parties, du silence du destinataire : *qui ne dit mot consent*; la force d'inertie devient alors une faiblesse (Req. 4 juillet 1923, *Gaz. Pal.* 1923, 2, 416; 8 avril 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 8 juillet; Comp. Bordeaux, 3 juin 1867, *S.* 1868, 2, 183; Douai, 30 nov. 1926, *Rev. trim.* 1927, p. 422; trib. com. Lille, 15 mai 1928, *D. P.* 1930, 2, 104; Besançon, 27 déc. 1930, *D. H.* 1931, 124; trib. com. Saint-Etienne, 23 juin 1931, *D. H.* 1932, *Somm.* p. 23, col. 2; Lyon, 11 avril 1933, *D. H.* 1933, 387).

Le législateur lui-même a consacré le silence comme forme d'acceptation d'une offre, en ce qui concerne le contrat d'*assurance* (L. 13 juillet 1930, art. 7, § 2). Certains auteurs, se plaçant sous un angle particulier, expliquent alors la formation du contrat en disant que l'abstentionniste *abuse* du droit au silence et qu'il engage, de ce chef, sa responsabilité : la sanction en nature, adéquate à la faute commise

et au préjudice causé, consiste dans la conclusion du contrat (*Sic.* Demogue, t. III, n° 37*ter*; Popescu, *Rev. trim.*, 1930, p. 999).

46. Problème de la force obligatoire de l'offre. — Le problème de la force obligatoire ne se pose pas pour *l'acceptation* qui, du moment qu'elle parfait le consentement, donne naissance au contrat, et dont la force décisive ne saurait être discutée; au contraire, la question doit être examinée pour l'offre qui, à la différence de l'acceptation, ne forme pas le contrat mais en constitue seulement l'amorce : lie-t-elle celui dont elle émane, en ce sens qu'il devra la maintenir, au moins un certain temps, et qu'elle le place donc à la discrétion contractuelle du destinataire qui a droit, désormais, à la formation du contrat et qui est devenu le maître de la situation?

47. Principe français. — A la question ainsi posée, la doctrine et la jurisprudence répondent négativement : l'offre n'engage pas le pollicitant parce qu'on ne conçoit pas qu'une volonté puisse se lier elle-même; on ne saurait s'engager envers autrui par une déclaration unilatérale de volonté. En conséquence :

1° Le pollicitant peut revenir sur son offre aussi longtemps qu'elle n'a pas été acceptée; il peut la rétracter à tout moment, *ad nutum* et sans engager sa responsabilité;

2° L'offre tombe d'elle-même si l'un des intéressés, pollicitant ou destinataire, vient à décéder ou s'il est frappé d'incapacité; elle est alors *caduque*.

L'offre a donc un caractère singulièrement fragile, et c'est pourquoi il n'y a pas d'inconvénient à la laisser subsister indéfiniment, en principe : elle se trouve à la merci d'une révocation ou d'un cas de caducité.

48. Système allemand. — Le Code civil *allemand* pose, dans l'article 145, comme le Code civil *chinois*, dans son art. 154, un principe diamétralement opposé à celui qui a cours dans notre droit français : « Celui qui propose à un autre de conclure un contrat est lié à l'offre, à moins qu'il n'ait exclu ce lien obligatoire. » En conséquence :

1° Le pollicitant doit maintenir son offre pendant un délai qui varie selon les circonstances;

2° L'offre subsiste malgré le décès de l'un des intéressés ou la survenance d'une incapacité; elle a une existence juridique indépendante.

Aussi comprend-on qu'elle ne subsiste par indéfiniment, mais qu'elle tombe à l'expiration d'un délai fixé par le pollicitant ou par la loi.

49. Tempéraments admis dans notre droit. — Dans la pratique, l'opposition établie entre le droit français et le droit allemand s'atténue considérablement à raison des deux tempéraments suivants qui sont admis par notre jurisprudence.

1° Si l'offre pure et simple n'est pas obligatoire, il en va autrement de l'offre qui est accompagnée d'un *délai*, laquelle doit être maintenue par son auteur pendant toute la durée de ce délai. Or, les offres avec délai, *les offres à terme*, sont extrêmement fréquentes; elles le sont d'autant plus que la fixation d'un délai peut être *tacite*; elle peut résulter des circonstances, des usages; et elle en résulte toujours *en matière commerciale*; l'offre commerciale est assortie d'un délai tacite, sous-entendu, pendant la durée duquel elle est maintenue obligatoirement et à l'expiration duquel elle tombe de plein droit (Req., *motifs*, 28 fév. 1870, *D. P.* 1871, 1, 61).

2° A supposer que l'offre ne soit pas obligatoire, son retrait est susceptible d'engager la responsabilité du pollicitant lorsqu'il est injustifié, lorsqu'il ne s'appuie pas sur un *motif légitime*; on ne veut pas qu'après avoir amorcé inconsidérément le contrat et avoir fait naître un espoir légitime chez le destinataire, le pollicitant puisse se repentir discrétionnairement; il commettrait alors un *abus du droit de ne pas contracter*, plus précisément un *abus du droit de rétractation*, qui serait sanctionné par des dommages-intérêts. La liberté contractuelle comporte des limites, même si on l'envisage sous *sa forme négative*; il n'est pas permis d'en mésuser (V. L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n^{os} 91 et suiv.; — Civ. 9 mars 1915, *D. P.* 1916, 1, 25, note Planiol; Req. 2 mars 1932, *S.* 1932, 1, 166; Trib. civ. Bordeaux, 14 déc. 1903, *S.* 1905, 2, 17, note Ferron; Rennes, 8 juill. 1929, *D. H.* 1929, 5, 48).

L'opposition entre les deux droits, allemand et français, existe donc dans les principes plutôt que dans la réalité : de part et d'autre, on reconnaît de plus en plus volontiers à la pollicitation une valeur juridique intrinsèque.

50. Epoque de la formation du contrat. — Deux éventualités sont à distinguer selon que les consentements

sont donnés *entre présents* ou *entre absents*, en prenant ce dernier mot dans son sens vulgaire.

1° *Entre présents*, la détermination du moment auquel le contrat est conclu ne présente pas de difficultés : c'est celui où les deux parties sont tombées d'accord sur tous les points et où elles savent être consentantes.

Il y a seulement lieu de noter que la conclusion de l'opération serait différée si les parties avaient eu l'intention d'en subordonner la perfection à la *rédaction d'un écrit*, sous seing privé ou notarié. Chacun des intéressés pourrait se dédire, sauf à engager sa responsabilité en cas de rétractation abusive, aussi longtemps que l'acte instrumentaire n'aurait pas été dressé. Mais cette volonté de subordonner la formation du contrat à la rédaction d'un *instrumentum* ne se présume pas; elle doit être prouvée; à la différence du Code civil allemand (art. 154, § 4), notre législation française ne la rattache pas à cette seule circonstance que les parties ont convenu de rédiger un écrit; le juge doit rechercher si vraiment elles ont voulu que les choses restassent en l'état jusqu'à la rédaction de cet *instrumentum* (Civ. 9 déc. 1930, *D. P.* 1930, 1, 118, *S.* 1931, 1, 118; Req. 4 mai 1936, *D. H.* 1936, 313).

51. 2° Contrats entre absents, ou contrats par correspondance. — Lorsque les contractants ne sont pas en présence l'un de l'autre, le problème de la détermination du moment auquel se forme le contrat devient autrement épineux; on hésite entre deux époques : celle où l'acceptation est émise et celle où elle parvient à son destinataire; et, entre ces deux moments, un long espace de temps peut s'écouler si l'on suppose que les parties soient éloignées par une grande distance et qu'elles correspondent par lettres. Les deux théories, celle de la *déclaration* ou de *l'acceptation*, qui s'en réfère au moment de l'émission, et celle de l'*information* ou de la *cognition*, qui prend en considération le moment où l'acceptation parvient au destinataire, comptaient des partisans en nombre à peu près égal.

Les *intérêts* du problème sont nombreux : il s'agit de savoir d'abord jusqu'à quelle époque chacun des intéressés peut revenir sur son offre ou sur son acceptation, puis à partir de quel moment l'exécution du contrat peut être poursuivie, enfin et surtout en quel lieu ce contrat s'est formé; le *lieu de formation* est extrêmement important à déterminer parce que la compétence des tribunaux en dépend. En effet, l'article 420 C. pr. permet au demandeur d'assigner son

adversaire devant le tribunal du lieu « *où la promesse a été faite et la marchandise délivrée* »; or, le lieu où la promesse a été faite n'est autre que celui où le contrat a été conclu; en conséquence, suivant que l'accord sera réputé avoir été passé là d'où l'acceptation est partie, ou au lieu où elle est parvenue, le tribunal compétent sera, par exemple, celui de Rennes ou bien celui de Montpellier.

52. — Pendant longtemps, la théorie de *l'information* l'a emporté, surtout en jurisprudence; il semble qu'elle soit la seule rationnelle : la lettre, le télégramme, remplacent, entre absents, la parole dont on use entre présents; ils font le même office; comme le disait Merlin, la lettre n'est autre chose qu'un « *procureur muet* »; et, de même qu'on peut révoquer un procureur tant qu'il n'a pas rempli son mandat, ainsi doit-on pouvoir revenir sur l'acceptation donnée par lettre aussi longtemps que celle-ci n'a pas atteint son but, par exemple au moyen d'un télégramme qui parviendra avant elle et en préviendra les effets.

53. — Actuellement, cette théorie de l'information est en défaveur, surtout en jurisprudence, tandis que celle de la *déclaration* gagne du terrain.

1° L'assimilation des contrats entre présents et des contrats entre absents est impraticable, de toute façon : car, à la différence des présents, les absents ne sont jamais assurés de la rencontre de leurs volontés; au moment où le pollicitant reçoit l'acceptation, l'auteur de celle-ci ignore si les deux consentements se sont réunis; il ignore notamment si l'offre a été maintenue jusqu'au moment où sa lettre est parvenue à destination. C'est ce qui faisait dire à Kant que *le contrat consensuel entre absents est inconcevable*. De toute façon, on doit donc se résigner à un à peu près.

2° Il est normal et équitable que celui qui a pris l'initiative de l'offre et qui a eu recours, pour la formation du contrat, à une technique présentant certains dangers, endosse les risques du procédé qu'il a employé.

3° Le système de l'information soulève des difficultés que celui de la déclaration atténue sensiblement : il n'est point aisé de connaître le moment où l'acceptation est parvenue à destination, tandis que le jour et même l'heure de l'envoi d'une lettre sont prouvés par le timbre de l'administration des Postes.

4° Le système de la déclaration fait gagner du temps : l'acceptant sera en mesure d'exécuter aussitôt le contrat qu'il

sait être formé; dans le système de l'information, il devrait attendre que l'acceptation fût parvenue à destination; l'expectative s'imposera pendant des jours, peut-être des semaines.

On comprend donc que notre jurisprudence inclinât depuis longtemps à consacrer la théorie de la déclaration (Lyon, 12 avril 1892, *D. P.* 1893, 2, 324; Chambéry, 19 mai 1896, *D. P.* 1898, 2, 114; Poitiers, 14 mai 1901, *D. P.* 1902, 2, 12; Paris, 5 fév. 1910, *D. P.* 1913, 2, 1; Alger, 27 fév. 1921, sous Req. 29 janv. 1923, *D. P.* 1923, 1, 176).

La Cour de cassation, qui hésitait à se prononcer, en considérant qu'il s'agissait là d'une question de fait échappant à son contrôle (Req. 29 janv. 1923, *S.* 1923, 1, 148), a enfin consacré le système de la déclaration (Req. 21 mars 1932, *D. P.* 1933, 1, 65); elle s'est ainsi ralliée, non seulement à l'opinion dominante des cours d'appel, mais aussi au droit commun législatif qui s'établit dans le même sens. (C. *suisse* des obligations, art. 10, § 1 : « Le contrat entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée »; C. civ. *allemand*, art. 151; C. *libanais* des obligations, art. 185; *Etats-Unis*, *Restatement des obligations*, § 64, G. Madray, *op. cit.* n^os^ 26 et s. — Mais le projet *franco-italien* se réfère, dans son art. 2, au système de l'information.)

54. Contrats par téléphone. — On se demande si les contrats conclus par le *téléphone* sont à traiter comme contrats entre présents ou comme contrats entre absents : d'une part, ils interviennent entre correspondants éloignés l'un de l'autre; mais, d'un autre côté, les demandes et les réponses sont transmises et échangées sans trait de temps; c'est une véritable conversation qui s'engage entre les intéressés qui, à un moment donné, acquièrent la certitude de la rencontre de leurs volontés. Cette dernière particularité nous paraît décisive; les contrats par téléphone sont à traiter comme conclus entre présents.

Cependant, il faut reconnaître que cette solution soulève une très grosse difficulté pour la détermination du lieu de la formation du contrat qu'on ne sait trop où fixer, tandis que, si l'opération est considérée comme conclue entre absents, on s'en réfère au lieu d'où est partie l'acceptation. Cette considération a entraîné des auteurs à traiter les contrats par téléphone comme contrats entre absents; cependant, la raison n'est pas décisive : une difficulté de pur fait ne doit pas, *à elle seule*, décider d'une question de droit; de toute façon, il faudra se livrer à des recherches délicates que

le système de la déclaration n'évite pas ici avec le même succès que dans les contrats par correspondance.

La jurisprudence n'est pas fixée. V. dans le sens de notre opinion, Trib. com. Angers, 23 sept. 1904 (*D. P.* 1905, 5, 15), et, *contra* : Nancy, 20 janv. 1925 (*D. P.* 1926, 2, 15).

(V. sur *les contrats par correspondance*, J. Valéry, *Contrats par correspondance*; Gény, *Des droits sur les lettres missives*, 2 vol.).

N° 2. — Les vices du consentement

55. Distinction. — Il arrive que le consentement soit complètement exclu ou détruit par telle ou telle circonstance, enfance, folie, ivresse (Rennes, 6 juin 1881, *D. P.* 1881, 2, 248; Besançon, 12 juin 1931, *motifs*; *D. H.* 1932, *Somm.*, p. 39, col. 1), ou défaut de volonté juridique (*sup.* n° 16); et alors l'acte est *inexistant*; son *substratum* lui fait défaut. D'autres fois, le consentement a bien été donné, mais il est imparfait, étant atteint de certains vices qui en diminuent l'efficacité; en ce cas, l'acte existe et la sanction consiste seulement dans son *annulabilité* : la nullité peut en être proclamée par le tribunal à la demande de celui ou de ceux à qui appartient l'action en nullité.

Il est à remarquer que les mêmes circonstances sont susceptibles, parfois d'exclure le consentement et d'entraîner l'inexistence de l'acte, et tantôt de vicier seulement le consentement et de déterminer la nullité relative du contrat : il en est ainsi tout au moins de l'*erreur*.

56. Enumération. — Les vices du consentement sont, aux termes de l'art. 1109, l'*erreur*, la *violence* et le *dol*; l'art. 1118 ajoute à cette liste la *lésion*, et nous compléterons l'énonciation avec l'*incapacité* qui fonctionne bien ainsi qu'un véritable vice du consentement donné par l'incapable (*sup.* n° 39; *inf.* n° 111).

I

L'erreur

57. Bibliographie. — Outre les traités de droit civil, v. Saleilles, *La déclaration de volonté*, pp. 11 et suiv.; Riccardo Fubini, *Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles*, *Rev. trim.*, 1902, p. 301; Celice, *De l'erreur*, thèse, 1922; L. Josserand, *Les mobiles*, n°s 30 et suiv.; Demogue, *Traité des obligations*,

t. I, nos 218 et suiv.; RIPERT, *La règle morale*, nos 42 et suiv. Pour la comparaison du droit européen continental avec le droit *anglais*, F. H. LAWSON, *Error in substantia*, dans la *Quarterly Review*, 1936, pp. 79 et suiv.

58. Définition. — Selon la formule de Saleilles, « l'erreur implique le défaut de concordance entre la volonté vraie, donc la volonté interne, et la volonté déclarée ». C'est ce divorce entre les deux volitions qui fait se poser le problème juridique de l'erreur, comme dans le cas classique, sur lequel raisonne Pothier, où j'achète des flambeaux en cuivre argenté en croyant acquérir des flambeaux en argent; « l'erreur, écrit ce jurisconsulte, est le plus grand vice des conventions : car les conventions sont formées par le consentement des parties, et il ne peut pas y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention » (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 17).

59. Erreur et autonomie de la volonté. — Dans un pays comme le nôtre, où prévaut encore, bien qu'affaibli, le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, où le juge recherche la volonté des parties par tous les moyens possibles, l'erreur doit, logiquement, entraîner assez facilement la nullité de l'opération : malentendu ne fait pas droit. Il n'en saurait être tout à fait ainsi dans un pays, comme l'Allemagne, où l'acte juridique se concrétise, se ramasse dans la déclaration de volonté, dans la formule élue par les parties, laquelle se détache de la volonté des contractants et revêt une valeur abstraite; rationnellement, dans un tel système, l'erreur ne doit être prise en considération que dans la mesure où elle intéresse les éléments mêmes de la formule; la théorie doit présenter, en quelque mesure, un caractère *objectif*.

60. Diverses catégories d'erreurs. — On distingue trois grandes catégories d'erreurs, d'après les sanctions qui y sont attachées et selon qu'elles déterminent l'*inexistence* de l'acte, ou qu'elles le rendent simplement *annulable*, ou enfin qu'elles n'en compromettent aucunement la solidité. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *erreur-obstacle*, dans le deuxième *erreur-nullité*, dans le troisième *erreur-indifférente*.

61. I. Erreur-obstacle. — C'est l'erreur, non pas seulement vice du consentement, mais destructive de ce consentement.

Ce premier groupe comprend plusieurs échantillons.

1° L'erreur porte sur la *nature même de l'opération* : Primus croit vendre telle chose; Secundus croyait la prendre à bail ou la recevoir à titre gratuit; ou bien c'est un assuré qui croit traiter avec une compagnie à primes fixes alors qu'il lie partie avec une mutuelle et qu'il fait donc, à son insu, figure d'associé (Comp. Req. 6 mai 1878, *D. P.* 1880, 1, 12).

2° L'erreur concerne l'*existence* ou l'*identité de l'objet*; c'est une chose déjà détruite qui est vendue; ou bien c'est tel domaine, telle voiture, alors que l'acheteur pensait bien acquérir un autre individu du même genre.

3° L'erreur intéresse la *cause* de l'engagement qui, en réalité, n'existait pas : une personne croit être tenue de servir un legs mis à sa charge par un testament qui avait été révoqué; le billet qu'elle signe en faveur du prétendu légataire est dépourvu de cause; l'engagement doit tomber, purement et simplement, une fois l'erreur découverte (art. 1131; *inf.* n° 136); et il faut en dire autant, à notre avis, de l'engagement pris par un prétendu père de subvenir aux besoins d'un enfant, lorsque cette promesse est intervenue sur les agissements de la mère qui avait faussement persuadé au souscripteur du billet que l'enfant était né de ses œuvres (Req., 7 juillet 1931, *D. H.* 1931, 445).

62. Sanction. — Si, dans ces trois éventualités, l'erreur est sanctionnée par l'inexistence même de l'acte, c'est qu'elle est véritablement destructive, exclusive du consentement; l'acte est un simple *malentendu*.

63. II. **Erreur-nullité.** — C'est l'erreur *vice du consentement* qui rentre donc exactement dans le champ de notre étude.

Trois cas sont à prévoir :

1° Celui de l'erreur sur la *substance* même de la chose, objet de la convention (art. 1110, § 1);

2° Celui de l'erreur sur la *personne* avec laquelle on contracte, du moins si la considération de cette personne a été déterminante (art. 1110, § 2);

3° Enfin celui de l'erreur sur l'*efficacité de la cause*, encore que le code civil ne fasse pas état de cette éventualité : si je souscris un engagement envers une personne croyant être tenu envers elle *civilement*, alors que je ne l'étais, en réalité, que *naturaliter*, mon engagement, qui existe, qui avait une cause, mais une cause imparfaite, moins

décisive que je ne le supposais, est du moins susceptible d'être annulé (Comp. Req. 1er juill. 1924, *D. P.* 1926, 1, 27; 6 juin 1932, *S.* 1933, 1, 31).

64. Sanction. — Dans ces trois éventualités, la sanction consiste, en effet, dans une simple nullité relative dont la victime de l'erreur est maîtresse, dont elle seule peut se prévaloir et qui est susceptible de disparaître par l'effet de la confirmation de l'acte.

65. III. **Erreur indifférente à la validité de l'acte.** — Il faut citer :

1° L'erreur sur les *qualités non substantielles*, mais purement *accidentelles* de la chose : par exemple, dans un livre, la qualité du papier, ou même celle du style (Pothier, *Traité des obligations*, n° 18) ; dans un domaine, les tenants et aboutissants (Riom, 10 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 422) ;

2° L'erreur sur la *valeur* de la chose; en principe, la simple *lésion* subie par l'une des parties ne vicie pas les contrats (*inf.* n° 103) ;

3° L'erreur sur la *personne* lorsqu'elle n'est point déterminante, et nous préciserons notre pensée sur ce point;

4° L'erreur sur les *motifs*, sur les raisons qui ont pu décider l'une des parties à contracter, en principe et abstraction faite des modalités de l'opération, comme si je fais une donation parce que je croyais avoir réalisé un bénéfice qui m'échappe par la suite;

5° L'erreur *purement matérielle*, telle une erreur de *calcul*, d'*addition*.

66. Sanctions. — Lorsqu'une des parties est victime d'une erreur rentrant dans la catégorie précédente, d'une erreur non dirimante, le contrat demeure valable, il est inattaquable. Mais ce n'est pas à dire que cette victime n'obtiendra pas une satisfaction appropriée, par exemple la *rectification* de l'erreur matérielle qui avait été commise (dans l'*assurance sur la vie* et lorsque l'erreur a porté sur l'âge de l'assuré, la rectification affecte la forme d'un rajustement des primes : L. 13 juillet 1930, art. 81, § 2) ou bien des dommages-intérêts.

67. Plan. — Ayant ainsi dressé un tableau des différentes erreurs qui peuvent accompagner la formation d'un contrat, il convient d'examiner de plus près les deux variétés les plus intéressantes : l'*erreur sur la substance* et l'*erreur sur la*

personne, sanctionnées l'une et l'autre par l'annulabilité du contrat et qui jouent donc le rôle de *vices du consentement*.

68. I. **Erreur sur la substance.** — Cette sorte d'erreur est prévue dans le premier paragraphe de l'art. 1110 aux termes duquel « *l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet* ».

Définition de la substance de la chose. — Cette définition a suscité des polémiques, aujourd'hui à peu près éteintes. Aubry et Rau pensaient que la substance devait s'entendre uniquement « des propriétés dont la réunion détermine la nature spécifique de la chose », c'est-à-dire de la matière même dont cette chose est faite et qui, suivant la précision donnée par M. Huc, lui assigne son nom *substantif* distinct. Dans une telle conception, la fonction de l'erreur, en tant que vice du consentement, devenait très réduite; elle se limitait à des méprises typiques et grossières comme celle dont Pothier supposait l'existence chez l'acheteur de flambeaux en cuivre argenté qui pensait acquérir des flambeaux en argent; mais l'erreur afférente à l'origine de la chose, à son ancienneté, à son mérite artistique ne serait d'aucune considération; l'acheteur d'une toile qui s'imaginait acquérir un Corot et qui a été mis en possession d'une méchante copie, l'amateur qui pensait avoir reçu livraison d'une commode Louis XV authentique et à qui on a remis un meuble de fabrication récente, seraient mal venus à se plaindre, car l'erreur dans laquelle ils sont tombés n'intéresse pas la substance même de la chose, le substantif qui sert à la désigner : c'est bien telle toile, telle commode qui leur ont été remises; leur erreur n'est pas *spécifique*, elle ne porte pas sur l'*espèce* même à laquelle ressortit l'objet; elle n'est pas dirimante.

Cette thèse matérialiste, qui procédait d'une interprétation judaïque de l'art. 1110, ne donnait pas satisfaction à l'équité; il était injuste que l'acquéreur d'un prétendu Corot qui a payé très cher une copie se trouvât définitivement lié par un consentement entaché d'une erreur aussi grave et qu'il n'aurait certainement pas donné s'il avait connu la vérité : le mobile qui l'avait incité à traiter se trouve faussé et le but qu'il poursuivait est manqué; l'opération conclue dans ces conditions anormales doit pouvoir tomber : ainsi l'exigent et l'équité et la logique juridique : le consentement a été vicié.

69. Solution dominante. — Aussi, la jurisprudence et la grande majorité des auteurs considèrent-ils que, par *substance de la chose*, il faut entendre ses *qualités substantielles*, c'est-à-dire celles de ses qualités qui ont été *déterminantes*, propulsives de la volonté des parties. Telle était bien déjà l'opinion de Pothier au sentiment de qui l'erreur est une cause de nullité « lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de la chose » (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 18). C'est cette formule que les rédacteurs du code civil ont condensée dans l'art. 1110, § 1 : la contraction qu'ils lui ont fait subir n'a rien changé au fond de la pensée; la filiation du texte actuel est tellement évidente que les arrêts se réfèrent parfois à la définition de Pothier à titre de commentaire de la formule du code civil (Agen, 30 avril 1884, *S.* 1887, 1, 153, *D. P.* 1887, 1, 105).

70. — Très nombreuses sont les décisions qui réalisent cette conception de l'erreur sur la substance; la vente est nulle, par application de l'article 1110, § 1, quand l'acheteur s'est trompé sur l'*antiquité* de la chose (Agen, précité; Rouen, 15 juill. 1911, *D. P.* 1912, 2, 367; Orléans, 21 janv. 1931, *D. H.* 1931, 172; Lyon, 18 mars 1931, *D. P.* 1933, 2, 25, note WALINE); ou sur sa *provenance* exotique (Paris, 13 mars 1896, *Gaz. Pal.* 1896, 1, 586; V. pour la discrimination des perles naturelles et des perles de culture, Req. 5 nov. 1929, *S.* 1930, 1, 180; *D. H.* 1929, 539; Comp. Crim., 24 juill. 1935, *D. H.* 1935, 541), ou sur la *contenance* d'un terrain vendu (Civ. 23 nov. 1931, *D. P.* 1932, 1, 129, note L. JOSSERAND); ou sur la *personnalité* de l'auteur (Paris, 18 juin 1875, *D. P.* 1876, 2, 62; trib. civ. Seine, 21 juill. 1925, *D. H.* 1925, 696); ou sur le *caractère artistique inédit* d'un ouvrage (Riom, 12 mai 1884, *S.* 1885, 2, 13), ou sur la nature des droits cédés (Civ. 17 nov. 1930, *D. P.* 1932, 1, 161, note J. Ch. LAURENT), et cela parce qu'il existe une contrariété irritante entre les mobiles et le but poursuivi d'une part, et les résultats d'autre part (Comp. Orléans, 18 janv. 1895, *D. P.* 1895, 2, 417).

Ce n'est d'ailleurs pas seulement la vente qui est susceptible d'être viciée par l'erreur, mais une convention quelconque, par exemple le contrat conclu à la suite d'un accident du travail (Civ. 28 janvier 1913, *D. P.* 1913, 5, 48), ou d'un accident d'automobile (Req. 14 mars 1934, *D. H.* 1934, 283; *S.* 1935, 1, 377, note BOUZAT); la cession de droits successifs (Civ. 17 nov. 1930, *S.* 1932, 1, 17, note BRETON);

le *pacte de famille* intervenu entre ayants droit à une même succession (Civ. 17 nov. 1930, précité; Lyon, 28 nov. 1930, *S.* 1932, 2, 201); la convention passée en vue de la démolition d'un ouvrage qui s'avère plus résistant qu'on n'avait pu le supposer (Paris, 14 oct. 1931, *D. P.* 1934, 2, 128), et le *contrat judiciaire* lui-même (Req. 4 juin 1931, *D. H.* 1931, 396).

Toute cette jurisprudence tient dans les deux propositions suivantes : 1° L'erreur sur la substance doit s'entendre d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose; 2° Ces qualités sont celles qui ont été déterminantes, entraînantes, celles que les parties avaient principalement en vue et sans lesquelles l'une d'elles au moins n'aurait pas contracté; système essentiellement subjectif, d'ordre psychologique, qui trouve son centre de gravité, non dans un élément matériel, mais dans les ressorts de la volonté, dans les mobiles contractuels.

71. Objection. — Ce système n'a-t-il pas le grave inconvénient de menacer la solidité des conventions et de compromettre la sécurité de la vie juridique? Car l'une des parties pourra toujours faire état, après coup, de mobiles prétendus et dont la vérification sera malaisée; elle alléguera que, dans sa pensée, la chose, objet du contrat, devait présenter certaines qualités qui lui font en réalité défaut; elle mettra en avant des espoirs non exprimés lors de la convention, des projets demeurés secrets; elle se présentera comme la victime d'une erreur bien inattendue et incontrôlable, d'une erreur « *in mente retenta* ». Si on fait droit à de telles allégations, c'en est fait de la stabilité des transactions et, par conséquent, de la confiance.

72. Réponse. — Une triple réponse doit être faite à cette objection :

1° Il ne suffira pas à l'une des parties d'alléguer une prétendue erreur pour qu'elle soit crue sur parole; on lui imposera la preuve de son allégation; par exemple, l'acheteur d'un meuble devra établir qu'il croyait acquérir un objet ancien; il fera cette preuve en tirant argument soit de la profession du vendeur, qui est un antiquaire, soit du prix élevé de l'acquisition;

2° A supposer que cette preuve soit administrée, il n'est pas encore certain que la nullité soit prononcée; la victime peut être elle-même en faute; le silence qu'elle avait gardé, lors des tractations, est susceptible d'engager sa responsa-

bilité; si le contrat est caduc, c'est par sa faute; et peut-être bien le tribunal lui refusera-t-il, à titre de *sanction préventive*, la nullité qu'elle sollicite;

3° L'erreur n'est prise en considération et ne vicie le contrat qu'autant qu'elle est *commune aux deux parties*, qu'autant qu'elle a été *partagée*; l'*erreur unilatérale* n'est nullement dirimante; le tribunal ne retient que l'*erreur convenue*, c'est-à-dire celle qui avait pénétré ou qui avait dû pénétrer dans la convention, l'erreur *ex pacto*, celle qui intéresse la *commune intention* des parties (Civ. 24 juin 1867, *D. P.* 1867, 1, 248; 5 nov. 1900, *D. P.* 1901 1, 71; 23 nov. 1931, précité : la Chambre civile relève soigneusement cette circonstance que le « but unique » de l'acheteur d'un terrain était, dans l'espèce, connu du vendeur; Lyon, 18 mars 1931, précité, *motifs*). Dès lors, le danger de l'arbitraire est conjuré, car, à la différence de la volonté unilatérale, la volonté commune des parties est relativement aisée à discerner; elle se dégage, ou de la teneur même de l'acte écrit, ou des circonstances de la cause (profession du vendeur, prix payé par l'acheteur); les réserves mentales sont écartées, l'erreur *in mente retenta* devient inopérante; la question est placée sur un terrain solide où les recherches s'effectueront aisément et pourront aboutir, grâce au *critère contractuel* que la jurisprudence substitue heureusement au *critère individuel*.

Le droit des *Etats-Unis* est dans le même sens (Madray, *op. cit.*, n^{os} 41 et 116), mais non le droit *anglais* qui retient l'erreur, même simplement unilatérale (Jenks, *Dig.* art. 87).

73. Système allemand. — Le Code civil *allemand* a adopté, dans l'article 119, un critère qui n'est ni individuel, ni franchement contractuel : sans doute, il prend en considération la volonté des parties, mais en fonction des *usages*; pour lui, l'erreur vicie le contrat lorsqu'elle porte sur les qualités qui « dans les rapports d'affaires, sont considérées comme essentielles »; le critère adopté est donc complexe, pour une part social et objectif.

74. II. Erreur sur la personne. — Critère légal. — La définition et la délimitation de l'erreur sur la personne, en tant que vice du consentement, sont données par le concept de l'*intuitus personae*; seul, l'engagement qui est intervenu en contemplation de la personne, *intuitu personae*, est vicié par l'erreur portant sur l'identité ou sur les qualités de cette personne. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 1110 qui, dans son deuxième alinéa, déclare que

l'erreur n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, « *à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* », à moins, en d'autres termes, qu'elle n'ait été *déterminante*.

75. Difficultés ; application du critère. — En adoptant ce critère, le Code civil n'a pas supprimé toutes les difficultés; il les a seulement reculées et transposées; car encore faut-il savoir quels contrats sont conclus *intuitu personae*, dans quels cas un engagement est assumé en contemplation de la personne soit du débiteur, soit du créancier.

Il faut placer hors de toute discussion les actes relatifs à l'*état* des personnes, et, plus généralement, ceux qui concernent les droits extra-patrimoniaux, tels le *mariage* ou l'*adoption*; leur caractère personnel ne saurait être mis en doute et l'erreur sur la personne a donc, en ce qui les concerne, une force dirimante (V. pour le *mariage*, *sup.* n^os^ 835 et suiv.; comp. pour la *reconnaissance*, acte *unilatéral*, Aix, 22 déc. 1850, *D. P.* 1854, 2, 121).

76. — C'est pour les actes intéressant le patrimoine que les difficultés les plus sérieuses se sont présentées; on a pensé les résoudre par une opposition systématique entre les *actes à titre gratuit*, lesquels comporteraient toujours l'*intuitus personae*, et les *actes à titre onéreux*, lesquels ne s'en accommoderaient qu'à titre très exceptionnel.

Mais cette vue est beaucoup trop simpliste, au point d'en devenir inexacte.

1° D'une part, il est des actes à titre gratuit qui interviennent sans considération de personne, des libéralités qui s'adressent à la foule ou à une certaine catégorie d'individus, à une multitude plus ou moins indéterminée : *fondations*, *aumônes*, largesses consenties à l'occasion d'un mariage, d'un baptême, etc;

2° D'autre part, et surtout, la considération de la personne intervient dans quantité d'actes à titre onéreux : dans les actes productifs d'*obligations de faire*; on choisit un architecte, un médecin, un chirurgien, un avocat, un peintre, voire même un employé ou un ouvrier spécialisé, qualifié; dans les *sociétés dites de personnes* et dans *certaines associations*; dans le contrat d'*assurance* : il n'est pas indifférent à l'assuré d'avoir affaire à telle ou telle compagnie et celle-ci se préoccupe, de son côté, de la situation personnelle ou commerciale de son assuré ainsi que, parfois, de son âge

(L. 13 juillet 1930, art. 81); dans le *bail d'immeubles*, non seulement dans le *bail à loyer* (le bailleur s'inquiète de la personnalité de son locataire), mais aussi dans le *bail à ferme* (Req. 4 fév. 1935, *D. H.* 1935, 145; *S.* 1935, 1, 112; Angers, 4 mai 1921, *D. P.* 1921, 2, 125); et dans la *vente* elle-même : notamment, la personnalité de l'*acheteur* est susceptible de déterminer le vendeur à lui faire confiance, à traiter avec lui à crédit; et, d'autre part, celle du vendeur est parfois prise en considération : l'acheteur d'un fonds de commerce ou d'une agence ne se soucie pas de succéder à un individu taré dont la mauvaise réputation serait de nature à lui nuire et à le poursuivre pendant longtemps (Aix, 21 déc. 1870, *D. P.* 1871, 2, 79).

Il faut donc se garder de donner à l'opposition du titre gratuit et du titre onéreux la valeur d'un principe rigide, en notre matière : tout ce qu'on peut dire, c'est que la grande majorité des libéralités comportent l'*intuitus personae* au lieu qu'un nombre assez élevé d'actes à titre onéreux sont conclus en dehors de toute considération de personne, impersonnellement; mais là doit se borner le contraste qui, en somme, se réduit presque à une nuance : à propos de chaque espèce, de chaque contrat, le juge doit enquêter sur la nature personnelle ou impersonnelle de l'opération.

77. Différences entre l'erreur sur l'objet et l'erreur sur la personne.

1° L'erreur sur l'objet est parfois plus qu'un vice de consentement; elle est susceptible d'entraîner l'*inexistence* de l'acte, par exemple lorsqu'elle a porté sur l'identité même de l'objet (*sup.* n° 61); tandis que l'erreur sur la *personne* n'a jamais pour sanction que la *nullité relative* du contrat, et cela alors même qu'elle intéresserait l'identité de la personne;

2° Plus généralement, l'erreur sur la *substance* n'est prise en considération qu'autant qu'elle est commune, partagée (*sup.* n° 72); mais l'erreur sur la *personne* vicie le consentement alors même qu'elle ne serait qu'unilatérale : la méprise dans laquelle est tombé le donateur qui croyait faussement à l'existence d'un lien de parenté entre le donataire et lui-même est susceptible d'entraîner la nullité du contrat. La différence est rationnelle : en thèse générale, la considération de la personne ne joue que d'un côté, elle est elle-même unilatérale; le client choisit son médecin ou son architecte; ceux-ci se préoccupent beaucoup moins de la person-

nalité de leur client; dans ces conditions, on s'explique que l'erreur unilatérale suffise à vicier le consentement de celui qui l'a commise. Au contraire, la substance de la chose constitue, pour les deux parties, le centre de gravité de l'opération; elle importe pour l'une comme pour l'autre; il ne faut donc pas s'étonner si c'est la volonté commune qui est alors décisive et seule décisive.

78. Points de contact entre les deux sortes d'erreur. — Ils sont fort nombreux.

1° Dans les deux domaines, on fait état de l'erreur portant, non seulement sur l'identité même, mais encore sur *les qualités* : qualités substantielles, essentielles de la chose ou de la personne (V. pour l'erreur sur la personne dans le mariage, *sup.* t. I n^os^ 835 et suiv.; et dans la vente, *inf.* n^os^ 1043 et suiv.);

2° Dans les deux domaines, on tient compte de l'*erreur de droit* comme de l'*erreur de fait* : peu importe la cause de la méprise; du moment qu'elle s'est produite, le consentement a été vicié. La solution est traditionnelle (Civ., 12 mars 1845, *D. P.* 1845, 1, 202; Req., 28 mai 1888, *D. P.* 1889, 1, 315; Besançon, 1^er^ mars 1827, *D. P.* 1827, 2, 95; Comp. Req., 1^er^ juill. 1924, *D. P.* 1926, 1, 27; 13 nov. 1927, *S.* 1928, 1, 125);

3° Dans les deux cas, l'erreur constitue un vice de consentement uniquement si elle a été *déterminante* : c'est à cette notion essentielle que se ramènent le concept de la substance et celui de l'*intuitus personae*; du moment qu'on le retrouve dans l'espèce, le consentement est vicié et le contrat est donc annulable, sans distinguer suivant l'incidence, les modalités de l'erreur, ni selon qu'elle est intervenue à l'occasion d'un contrat synallagmatique ou d'un contrat unilatéral, d'un acte à titre onéreux ou d'une libéralité, ni suivant qu'elle porte sur le fait ou sur le droit. En toute occurrence les *mobiles* contractuels ont été faussés, le *but* poursuivi a été manqué; l'acte n'est pas né viable; il doit pouvoir tomber sur l'initiative de la victime; tout le sujet gravite autour de cette notion centrale : le *mobile-but*.

II

La violence

79. Sources. — Code civil, articles 1111 à 1115.

Bibliographie. — Demogue, *De la violence comme vice du consentement*, *Rev. trim.* 1914, p. 435; *Traité des obli-*

gations, nos 292 et s.; BRETON, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, thèse 1925, et note *D. P.* 1926, 1, 121; LALLEMENT, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse 1922.

80. Définition. — La *violence* évoque l'idée d'une *contrainte* exercée sur la volonté d'une personne : dans le domaine des obligations, elle tend à amener le patient à accomplir un acte, convention, paiement; si bien qu'à examiner les choses de près, ce n'est pas la violence elle-même qui est décisive et qui vicie le consentement, mais c'est bien plutôt la contrainte, l'état de nécessité qui en est résulté; l'acte accompli sous l'empire d'une telle pression n'est pas l'œuvre d'une volonté libre; il n'a pas été entièrement voulu par la victime; les mobiles déterminants ont été faussés par la contrainte, ou, si l'on veut, ils sont constitués par cette contrainte elle-même; un *consentement forcé* est une contradiction en soi; l'acte qui en est sorti doit pouvoir tomber.

81. Précision. — La violence que nous étudions ici est la *violence morale*, ou, si l'on veut, la *contrainte morale*, à l'exclusion de la *violence physique*, difficilement concevable : la victime n'a consenti que contrainte et forcée, mais elle a consenti; *coactus voluit, sed voluit*; ce n'est pas sur son corps que la contrainte a pesé, mais sur sa volonté. La volonté a existé, si peu que ce fût, et c'est pourquoi l'acte n'est pas inexistant; mais elle a été influencée, violentée, et c'est pourquoi l'acte est annulable.

82. — Il est à remarquer qu'en *droit pénal* la contrainte comporte une sanction plus radicale; elle est considérée comme exclusive de la volonté et, par conséquent, de la responsabilité (art. 64 C. pén.). Sauf cette différence capitale, les deux théories de la loi civile et de la loi pénale se déploient parallèlement; elles se sont pénétrées réciproquement, et les magistrats de l'ordre répressif s'inspirent des règles contenues dans le Code civil pour interpréter et pour compléter le texte si laconique de l'article 64 du Code pénal.

83. Eléments constitutifs de la violence. — Nous allons rechercher quelles conditions sont exigées pour que la violence joue le rôle de vice du consentement et détermine donc la nullité du contrat conclu sous son empire; après quoi nous signalerons les circonstances qui sont indifférentes.

I. **Conditions exigées pour qu'il y ait violence viciant le consentement.** — Ces conditions sont traditionnellement au nombre de deux : l'une quantitative et positive, l'autre qualitative et négative : la violence doit revêtir une certaine *intensité* et elle ne doit pas pouvoir se justifier.

1° La violence doit présenter une certaine *intensité*, une certaine gravité : c'est l'élément fondamental et *quantitatif*. Où découvrir le critère qui permettra de savoir si cette première condition est réalisée? S'en référera-t-on à une conception individuelle et concrète? Ou bien adoptera-on un point de repère abstrait et objectif?

Le droit romain avait opté en ce dernier sens : il exigeait que la violence eût été de nature à ébranler l'homme le plus courageux « *hominem constantissimum* »; c'était là une doctrine d'origine stoïcienne que notre Code civil, plus pitoyable à la faiblesse, a remplacée par un critère plus humain : c'est assez que la violence soit de nature à faire impression sur « *une personne raisonnable* » (art. 1112) : le consentement de la victime en pourra être vicié.

84. — Il semble, du moins, que le législateur français ait adopté, comme le droit romain, un système objectif et abstrait; pas plus que l'édit du préteur, l'article 1112 ne s'arrête à la personnalité du sujet : un procédé de dosage uniforme est apparemment appliqué à tous. Mais ce n'est là qu'un mirage, qui est dissipé aussitôt par le deuxième alinéa du même texte qui veut qu'on ait égard, en cette matière, « *à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* », critère essentiellement subjectif auquel on s'accorde à donner le pas sur le précédent; le dosage de la violence sera différent pour l'homme ou la femme, pour l'adolescent, l'homme dans la force de l'âge et le vieillard, pour l'homme cultivé et pour l'ignorant : l'instruction, la volonté, la force physique, l'habitude des affaires sont autant de données qui sont à utiliser pour résoudre le problème d'ordre quantitatif. Le Code civil se montre ici aussi subjectif que possible; la violence est prise en considération, non point abstraitement, mais par rapport à la volonté qu'elle tendait à opprimer et à vaincre; dans le domaine du droit privé ainsi que dans celui du droit pénal, la contrainte est appréciée subjectivement et par individualisation judiciaire.

85. — 2° Pour qu'elle altère le consentement, il faut que la violence *ne soit pas justifiée*; c'est l'élément *qualitatif*, qui

n'apparaît qu'au second plan, mais dont le rôle est encore important et décisif : la contrainte *légitime* ne vicie pas l'engagement pris sous son influence.

A vrai dire, le Code civil ne s'explique pas sur cette condition, au moins envisagée dans sa teneur générale; mais la tradition est si fortement établie que le doute n'est pas permis. Les prudents exigeaient déjà que la violence eût été exercée « *adversus bonos mores* », et Pothier ne retenait que la *violence injuste* (*Traité des obligations*, n° 26) ; d'ailleurs, l'article 1114 fait la part de cette conception traditionnelle en spécifiant que « *la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* »; la contrainte à laquelle le descendant a pu céder est, en l'espèce, parfaitement légitime; elle ne vicie donc pas le consentement, si elle est inspirée par *la seule crainte révérentielle*, à l'exclusion de voies de fait qui seraient, au contraire, constitutives de la violence injuste.

La subordination d'un employé par rapport à son patron n'est pas davantage constitutive de l'état de contrainte et ne vicie donc pas le contrat intervenu entre eux, portant défense à l'employé de concurrencer son patron actuel après cessation de ses fonctions (Civ., 26 mars 1928, *D. H.* 1928, 270), ou attribuant compétence à une juridiction déterminée (Civ. 27 juill. 1931, *D. H.* 1931, 522).

86. Emploi des voies de droit. — Mais c'est surtout l'utilisation des *voies de droit* qui fournit l'occasion de distinguer entre la violence légitime et la violence injuste; le critère est alors fourni par les mobiles de l'agent, par le but qu'il poursuit en menaçant son adversaire d'une *action civile*, d'une *poursuite criminelle*, d'une *saisie*, d'une *plainte* : veut-il obtenir son dû, sans plus? Alors, la pression qu'il exerce sur son contradicteur est parfaitement légitime et l'engagement ou le paiement intervenus dans ces conditions sont irréprochables (Agen, 11 juin 1929, *D. H.* 1929, 386) ; mais se propose-t-il, au contraire, de mettre la situation à profit pour réaliser des avantages indus? En ce cas, c'est une sorte de chantage qu'il pratique et c'est une violence injuste qu'il exerce; l'engagement pris par sa victime en sera vicié. La jurisprudence distingue ainsi constamment entre l'usage *régulier* des voies de droit et leur usage *abusif*, si bien que les concepts du but et du mobile font ici un retour offensif très net : un acheteur qui surprend un vendeur en flagrant délit de tromperie sur le métrage de la

marchandise peut bien légitimement, et en le menaçant de poursuites, exiger le remboursement des sommes perçues indûment, mais il ne serait pas fondé à profiter de la situation pour se faire allouer des sommes considérables, *sans cause légitime sérieuse* (Civ., 9 avril 1913, *D. P.* 1917, 1, 103) ; les *voies de droit* doivent rester au service du *droit*; elles ne sauraient être détournées de leur destination et devenir en quelque sorte des procédés d'effraction; l'utilisation doit, à peine d'*abus*, en être causée par un motif légitime (V. pour le cas d'abus commis par un mari qui a surpris sa femme en flagrant délit d'adultère, Req., 6 avril 1903, *D. P.* 1903, 1, 301; et, sur l'abus des voies de droit en général, L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n^os^ 45 et suiv.).

87. II. Circonstances indifférentes. — La violence, vice du consentement, ne comporte que les deux éléments constitutifs précédents.

1° Peu importe la *nature juridique* de l'acte qui est en cause : toute les conventions, et aussi les déclarations de volonté unilatérales, sont susceptibles d'être viciées par la violence.

2° Peu importe également l'*origine* de la violence : qu'elle s'exerce *de contractant à contractant* ou qu'elle provienne d'un tiers, le résultat est le même et la sanction ne doit donc pas varier (art. 1111).

88. — Il y a cependant des difficultés et des divergences lorsque la violence est exercée par une force indépendante de la volonté des parties contractantes et extérieure à l'opération elle-même, comme si un voyageur, retenu en captivité par des brigands, promet, à qui le délivrera, tout ou partie de sa fortune, ou comme si le commandant d'un bateau en perdition s'engage à payer à qui le sortira du mauvais pas une somme hors de proportion avec le service rendu : en pareille occurrence, le créancier n'a point pris l'initiative de la pression qui est exercée par des tiers ou par les forces de la nature; il veut profiter d'une situation qu'il n'a pas contribué à créer : comment son attitude sera-t-elle jugée en droit? L'engagement assumé par le débiteur dans de telles conditions est-il valable? Ou bien ne se trouve-t-il pas vicié du fait de la violence externe sous la pression de laquelle il est intervenu?

C'est dans ce dernier sens que nous nous prononçons sans hésitation : du moment que la volonté du débiteur a été opprimée, l'engagement qu'il a pris s'en trouve infecté; il

n'y a pas là une question de mérite ou de démérite pour le créancier, mais, ce qui est bien différent, une question de liberté du consentement pour le débiteur; d'ailleurs, la solution ne fait pas de doute lorsque la violence est le fait d'un tiers (art. 1111); on ne comprendrait pas qu'elle fût écartée lorsque cette violence émane des forces de la nature elle-même, d'un cas de force majeure. C'est en ce sens qu'a décidé la Chambre des requêtes dans une affaire d'assistance maritime et à propos de l'engagement pris par le commandant d'un navire en perdition vis-à-vis de l'auteur du sauvetage (Req., 27 avril 1887, *S.* 1887, 1, 372, *D. P.* 1888, 1, 263), et d'autres décisions se sont aussi prononcées pour la prise en considération de la pression exercée sur la volonté du débiteur par les événements, par les circonstances (Rennes, 28 mars 1882, *Gaz. Pal.* 1883, 1, 529; Aix, 9 avril 1893, *Gaz. Pal.* 1893, 2, 215; Rouen, 21 mars 1906, *Gaz. trib.* 1906, 1er sem., 2, 397).

89. — 3° On ne distingue pas davantage d'après le *procédé* employé pour peser sur la volonté de la victime. La violence peut revêtir différents aspects; elle peut s'exercer au moyen de *mauvais traitements*, ou à l'aide de la *menace*, de l'*intimidation*, et le mal envisagé peut lui-même être d'ordre *physique* ou *moral*; le résultat est le même; le consentement est vicié en toute occurrence (Bastia, 6 août 1892, *D. P.* 1892, 2, 359; trib. civ. Albi, 18 juillet 1895, *Gaz. Pal.* 1895, 2, 536).

90. — 4° Enfin, peu importe l'*incidence* du danger couru par la victime de la violence. Le péril peut menacer soit la *personne* même du débiteur, soit son *patrimoine*, soit encore ses *proches*; l'art. 1113 retient, en effet, la violence qui s'adresse au *conjoint*, aux *descendants* ou aux *ascendants* de celui qui est visé, tenant ainsi compte des sentiments d'affection qui unissent les membres d'une même famille. Il semble même que le danger couru par une personne ne rentrant pas dans les catégories énumérées (frère, sœur, fiancée) soit susceptible d'être constitutif de la contrainte : sans doute, l'art. 1113 procède à une énumération qui a tout l'air d'être limitative, mais seulement *dans la mesure où ce texte édicte une présomption;* il pose en principe que le promettant a ressenti le danger où se trouve son conjoint, son descendant ou son ascendant, comme le sien propre; il y a là une présomption qui est de droit étroit et qui ne saurait être transportée dans un compartiment voisin. Mais, lorsqu'on se trouve hors des termes de la loi, ce n'est pas à dire que le

juge ne puisse pas tenir compte de la pression exercée par l'intermédiaire d'une personne ne rentrant pas dans les catégories légales : la question devient alors une question de fait et d'espèce; le tribunal aura, pour la trancher, toute liberté d'appréciation (*Sic*, C. civ. *italien*, art. 1113; C. *polonais* des obligations, art. 41).

91. Résumé. — La violence infirme l'acte à raison de la *crainte injuste* qu'elle implique et du moment que cette crainte a joué un rôle déterminant, qu'elle a été génératrice du consentement; ce qui revient à dire que le mobile contractuel déterminant ne peut pas être la crainte inspirée par la violence, car c'est là un mobile exclusif du libre arbitre en dehors duquel aucun acte juridique ne saurait être valable.

III

Le dol

92. Bibliographie. — Saleilles, *De la déclaration de volonté*, pp. 50 et suiv.; Demogue, t. I, nos 292 et suiv.; Ripert, *La règle morale*, nos 47 et suiv.; Tag-Eldine, *Le dol vice du consentement en droit français et la misreprésentation anglaise*, thèse, Lyon, 1926; M. Perrin, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse, 1931.

93. Idée générale et définition. — Le dol est une notion assez imprécise et élastique : « toute mauvaise voie pour tromper quelqu'un », disait Domat; « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre », écrivait Pothier. Traditionnellement, il implique, comme l'exige l'art. 1116, des *manœuvres*, une machination, une entreprise volontaire contre le droit et les intérêts d'autrui. Plus précisément, et dans la matière des contrats, il s'agit d'une ruse, d'une tromperie ayant pour résultat de *surprendre* le consentement de la victime (art. 1109) qui s'en trouve donc vicié; on s'efforce de faire naître dans son esprit un mobile, une raison de contracter; et, par hypothèse, cette raison est inexistante, erronée, illusoire, pernicieuse, en sorte que le dol nous ramène inévitablement à l'erreur, avec cette particularité que celle-ci, au lieu d'être spontanée, a été déterminée sciemment par l'une des parties au détriment de l'autre, et cette circonstance aggravante est de nature à retentir sur la théorie qui en acquiert une plus grande ampleur.

C'est, par exemple, un vendeur qui a déclaré faussement que le fonds par lui aliéné bénéficiait d'une servitude ima-

ginaire (DOMAT, *Lois civiles*, livre I, titre 18, sect. 3, n° 2); ou qui, pour enlever le consentement de l'acheteur, a produit une lettre attribuant mensongèrement une majoration de valeur à la chose vendue (Req. 9 nov. 1910, *D. P.* 1910, 1, 528). En pareille éventualité, l'auteur du dol a fait naître chez la victime le désir de traiter, il a pesé sur sa volonté qu'il a déclenchée par des moyens artificiels et frauduleux; suivant la constatation de Saleilles, « il s'agit encore d'une cause psychologique de nullité » (SALEILLES, *La déclaration de volonté*, p. 51).

94. Eléments constitutifs du dol en tant que vice du consentement. — Toute une série de conditions sont requises pour que le dol vicie le consentement et entraîne donc l'annulabilité du contrat.

1° Les manœuvres doivent avoir été employées *sciemment*, en vue d'induire en erreur celui qui en est l'objet : le dol est une notion *intentionnelle*.

2° Il faut aussi, et c'est un autre *élément moral*, que le dol soit *répréhensible*, qu'il dépasse la moyenne du genre : le marchand qui vante ses produits, qui les déclare supérieurs à tous les autres, qui affirme vendre meilleur marché que tous ses concurrents, celui-là prend sans doute quelques libertés avec la vérité; il peut être de *mauvaise foi*, mais il est immunisé par l'usage, les habitudes de la vie courante; son dol, si dol il y a, est le *dolus bonus* des jurisconsultes romains, le dol admis ou tout au moins toléré : seul, le *dolus malus*, le dol patent produit des effets juridiques, notamment en tant que vice du consentement; c'est lui que l'on vise invariablement.

95. — 3° Il faut ensuite que le dol ait été *déterminant*, c'est-à-dire qu'il ait incité la victime à contracter; il doit être évident que, sans les manœuvres employées, l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116, § 1). C'est là ce qu'on a coutume d'appeler le dol *principal* (V. une application curieuse en matière de placement des titres d'une société, Req. 17 oct. 1934, *D. H.* 1934, 522), par opposition au dol *incident* qui a eu pour unique effet de modifier la teneur de la convention, l'équilibre de l'opération, mais sans décider de sa conclusion; distinction dont l'application est d'ailleurs délicate, car il est généralement difficile de savoir si les manœuvres dolosives ont entraîné complètement la volonté de la victime ou l'ont simplement conditionnée; toutefois, on peut avoir la preuve de la résolution de contrac-

ter prise par elle, d'une façon ferme, antérieurement à l'offensive dolosive dont le caractère incident est donc alors établi, comme si le vendeur d'une maison produit à l'acheteur des baux fictifs afin d'obtenir un prix supérieur à celui que sa victime était d'abord décidée à payer, ou comme si le vendeur d'une usine a donné à l'acheteur une appréciation exagérée de la force motrice d'une usine (Amiens, 14 fév. 1876, sous Cass. 29 nov. 1876, *S.* 1877, 1, 49). Par la force des choses, la distinction du dol déterminant et du dol incident prend l'allure d'une question de fait, soumise à l'appréciation des juges du fond. Mais il est évident que le dol postérieur à la conclusion du contrat demeurera *a fortiori* sans effet sur celui-ci, son caractère étant alors, non pas même incident, mais *consécutif* (*Civ.* 30 avril 1884, *D. P.* 1885, 1, 229).

96. — 4° Il faut, en outre, que le dol ait été commis entre les parties au contrat, par l'un des contractants et aux dépens de l'autre : l'article 1116 est formel sur ce point également. Les manœuvres pratiquées par un tiers ne vicient pas le consentement de la victime; seul, le dol *interne* a cet effet. C'est une *différence classique* avec la *violence* qui infecte, au contraire, le contrat, quelle qu'en soit la provenance; différence d'ailleurs bien difficile à justifier, voire même à expliquer, sinon historiquement : en droit romain, le dol était un délit plutôt qu'un vice du consentement; l'action *de dolo*, qui le sanctionnait, était une action délictuelle, pénale, infamante; c'est pourquoi elle n'était donnée que contre le coupable lui-même et non contre la partie qui avait profité du dol commis par un tiers : les peines sont personnelles. Lorsque la théorie eut été intégrée dans le droit civil et lorsque le dol fut traité ainsi qu'un vice du consentement, on aurait dû rentrer dans la logique du système et voir dans le dol déterminant une cause de nullité, abstraction faite de sa provenance : le travail d'adaptation n'a pas été effectué et nous vivons encore sous l'influence du droit romain dont la conception est cependant périmée : les effets ont survécu à la cause.

On a pourtant voulu justifier rationnellement la différence ainsi établie entre le dol et la violence : 1. Soit en alléguant que la victime du dol, à la différence de la victime de la violence, peut avoir quelque chose à se reprocher, un manque de clairvoyance, un excès de confiance; 2. Soit en observant que le dol trouble l'ordre public moins profondément que la violence; 3. Soit encore en remarquant que la victime

du dol aura la ressource de demander des dommages-intérêts au tiers qui l'a commis et qui sera toujours identifiable, au lieu que l'auteur de la violence peut demeurer inconnu, en sorte que la nullité du contrat constitue alors la seule ressource de la victime. Mais toutes ces raisons ne prévalent pas contre cette idée simple que le consentement donné sous l'empire du dol a été altéré, aussi bien lorsque les manœuvres viennent de l'extérieur que si elles se sont produites à l'intérieur du cercle contractuel : dans un cas comme dans l'autre, il devrait donc être considéré comme vicié et le contrat devrait être nul, ainsi d'ailleurs qu'on le décide exceptionnellement pour les donations entre vifs (*inf.* t. III, n° 1382) et que le décide le droit des *Etats-Unis*, en thèse générale (MADRAY, *op. cit.*, n° 33).

97. — 5° Enfin, il va sans dire que le dol doit être *prouvé*; l'article 1116, § 2, insiste sur ce point, en ajoutant qu'*il ne se présume pas*, ce qui ne signifie nullement qu'il ne puisse pas s'établir par de simples présomptions (V. l'art. 1353 *in fine* qui donne expressément la solution contraire), mais seulement que la preuve, par présomption ou autrement, incombe au demandeur en nullité.

98. Conditions non exigées. — Dol négatif. — Il n'est pas indispensable que le dol revête un caractère *positif*; il peut être constitué par des *réticences frauduleuses*, des dissimulations coupables; encore que *négatif*, il est susceptible de vicier le consentement, mais seulement s'il présente un caractère répréhensible, s'il est contraire à la morale juridique (RIPERT, *op. cit.*, n° 48). Sans doute, une simple réticence, sans circonstance aggravante, ne suffit pas à établir une manœuvre illicite constitutive du dol (Civ., 30 mai 1927, *S.* 1928, 1, 105, note BRETON) ; mais il en est autrement si celui qui a gardé le silence avait l'obligation, le devoir de parler, soit en vertu d'un texte de loi (V. pour les vices de la chose vendue, art. 1641 et suiv.; pour les *assurances*, l. 13 juill. 1930, art. 15), soit à raison des circonstances de la cause ou de la nature du contrat qui supposait chez les parties des rapports de confiance réciproque (V. sur ces différents points, Civ. 17 fév. 1874, *S.* 1874, 1, 249, *D. P.* 1874, 1, 193; Req. 23 mai 1933, *D. P.* 1933, 1, 143). Il est d'ailleurs remarquable que la loi du 29 avril 1916 sur *l'assistance et le sauvetage maritimes*, mentionne expressément la réticence à côté du dol positif (art. 7, § 2).

99. Sanction du dol. — 1° La sanction normale est la *nullité relative* du contrat;

2° Au cas de dol incident, la victime, qui ne peut pas agir en nullité, est du moins fondée à demander des *dommages-intérêts* à l'auteur des manœuvres qui lui ont été préjudiciables; elle peut aussi en réclamer au tiers qui l'a induite en erreur par ses machinations; en de telles éventualités, l'action en dommages-intérêts est supplétive de l'action en nullité dont les conditions ne se trouvent pas réunies;

3° Une troisième sanction est concevable qui, particulièrement originale, consiste dans le *refus d'une nullité* : l'incapable qui a déterminé, par un dol caractérisé, par des agissements frauduleux, la formation d'un contrat, ne pourra pas en poursuivre en suite la nullité; par exemple, la femme mariée qui, avant la réforme du 18 février 1938, s'était présentée comme libre et capable et qui avait ainsi trompé sa contre-partie, n'était pas admise à attaquer ensuite l'opération en se prévalant de son incapacité de femme mariée (Req. 28 mars 1888, *D. P.* 1888, 1, 361, *S.* 1891, 1, 294; Civ. 3 juin 1902, *S.* 1902, 1, 485, *D. P.* 1902, 1, 452; Req. 14 juin 1904, motifs, *D. P.* 1905, 1, 185). Pour l'individu pourvu d'un *conseil judiciaire*, voy. Paris, 12 octobre 1933 (*S.* 1934, 2, 64).

Cette *sanction préventive* peut aussi être appliquée au mineur, mais sous le bénéfice de cette particularité que « *la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution* » (art. 1307); il y faut donc une circonstance aggravante, une machination caractérisée, comme la production d'un faux acte de naissance.

100. Le dol et l'erreur. — Etant donné que le dol vicie le consentement dans la mesure où il a déterminé une erreur chez la victime, on doit se demander si la théorie du dol n'est pas pratiquement masquée par celle de l'erreur et si elle ne présente donc pas un caractère surérogatoire : à quoi bon déclarer nul pour cause de dol un acte déjà infecté par une erreur décisive? Mais il faut observer :

1° Que les faits constitutifs du dol sont ordinairement plus patents, plus faciles à établir que l'existence d'une erreur qui a pu ne point s'extérioriser : c'est pourquoi la victime arguera plus volontiers et avec plus de succès du dol que de la simple erreur.

2° La théorie du dol a plus d'ampleur que celle de l'erreur : *a*) On a vu que l'erreur sur les simples *motifs* qui ont poussé une partie à contracter est sans influence sur la validité du contrat (*sup.* n° 65); il en va autrement du

dol, sans aucun doute, car de simples motifs ont pu être déterminants. Si la victime s'est abusée d'elle-même sur les motifs, l'acte est valable; si elle a été abusée par son cocontractant, il est nul; si j'ai vendu mon automobile parce que j'ai cru à tort qu'elle était hors d'usage, je ne puis pas, reconnaissant mon erreur, demander l'annulation de l'acte; mais si c'est mon acheteur qui, par ses manœuvres, avait fait naître dans mon esprit cette fausse croyance, je serai armé de l'action en nullité basée sur le dol commis; *b*) L'erreur sur la substance ne vicie le consentement qu'autant qu'elle a dû être partagée (*sup.*, n° 72), tandis que le dol, par définition même, est unilatéral.

IV

La lésion

101. Sources. — C. civ., art. 1118; 1304 et suiv.; L. 8 juillet 1907; L. 29 avril 1916, art. 7.

Bibliographie. — Ripert, *La règle morale*, n^{os} 61 et suiv.; *Le régime démocratique*, n^{os} 146 et suiv.; Demogue, *Traité des obligations*, n^{os} 391 et suiv.; L. Josserand, *Les mobiles*, n^{os} 96 et suiv.; Demontès, *Du fondement juridique de la lésion dans les contrats*, *Rev. crit.*, 1924, p. 37; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, 1920; *La lésion dans les contrats*, *Rev. crit. dr. intern.*, 1936. Pour le droit comparé, M. Morixe, *Contribucion al estudio de la lesion*, Buenos-Aires, 1929.

101*bis*. Définition. — La lésion contractuelle peut être définie : le préjudice subi par l'une des parties à raison des clauses mêmes qui figurent dans la convention; elle réside essentiellement dans un défaut d'équilibre de l'opération. C'est, par exemple, une vente consentie à vil prix ou, à l'inverse, à un prix excessif; dans le premier cas, la lésion est subie par le vendeur, dans le deuxième par l'acheteur.

102. Effets. — On conçoit que la lésion soit susceptible d'entraîner la dislocation ou la révision du contrat; non pas toujours, certes, car il faut bien laisser à l'initiative des contractants un certain champ, à peine de jeter le trouble dans la vie juridique et de ne réaliser la justice absolue qu'aux dépens de la liberté et de la sécurité : le mieux serait alors l'ennemi du bien. Il faut donc reconnaître, après Pothier, que « le prix des choses ne consiste pas ordinaire-

ment dans un point indivisible », mais qu' « il y a une certaine étendue sur laquelle il est permis aux contractants de se débattre » (*Traité des obligations*, n° 33). Sous le bénéfice de cette réserve, la lésion, lorsqu'elle présente une certaine gravité, appelle une sanction, au nom de cette *équité* qui, conformément à l'étymologie du mot, consiste dans une *égalité* de traitement. Les plus faibles doivent être protégés contre les plus âpres et les plus rusés.

103. Vue générale de notre système français. — Nous sommes très élognés de l'idéal que nous venons d'indiquer : alors que, pour nos anciens auteurs, la *lésion énorme* viciait en principe toutes conventions, réserve faite de certaines restrictions et de certaines controverses pour les conventions portant sur les meubles, c'est la règle contraire qui prévaut dans le système de notre Code civil : en principe, la lésion, fût-elle énorme et manifeste, ne compromet pas la validité de l'acte intervenu sous sa pression, à moins qu'elle ne revête un caractère dolosif, ce qui nous ferait retomber dans une théorie différente; rompant avec la tradition, notre législateur a répudié le point de vue interventionniste pour se rallier à l'individualisme libéral : aux termes de l'article 1118, « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes...* »

104. Cas dans lesquels, par exception, la lésion est prise en considération et comporte une sanction. — Il faut distinguer selon que la victime de la lésion est un *mineur* ou un *majeur*.

A. Si c'est un *mineur*, émancipé ou non, qui est lésé, alors, aux termes de l'article 1305, la sanction est constante : « *la simple lésion donne lieu à la rescision...* »; donc, sans qu'il y ait à s'inquiéter de son importance ni des conditions dans lesquelles elle s'est manifestée; pourvu qu'elle soit *certaine*, la convention qui en est infectée est rescindable, *à quelque catégorie qu'elle appartienne*; ce sont *toutes sortes de conventions* qui, d'après l'article 1305, sont ainsi sensibles à la lésion subie par le contractant mineur. Nous avons exposé, en étudiant les diverses incapacités, le sens et la portée de ce principe (*sup.*, n. I, n^{os} 320 et 501).

105. — B. Si c'est un *majeur* qui est lésé, la situation est inversée; ce n'est qu'exceptionnellement et à de certaines conditions, mais dans des cas de plus en plus nombreux,

que la lésion vicie le consentement et, par suite, la convention qui en est sortie; il faut signaler :

1° Le *partage*, acte essentiellement égalitaire, rescindable pour cause de *lésion de plus du quart* (art. 887, § 2; *inf.*, t. III, n° 1234, par le partage d'ascendant, art. 1079; *inf.*, t. III, n° 1945);

2° La *vente d'immeubles*, *rescindable* pour cause de lésion *de plus des sept douzièmes*, mais seulement lorsqu'elle est subie par le *vendeur* (art. 1674 et suiv.; *inf.* n^{os} 1050 et suiv.);

3° La *vente d'engrais, amendements, semences et plants destinés à l'agriculture, substances destinées à l'alimentation* des animaux de la ferme, où la lésion est prise en considération lorsqu'elle est subie par l'*acheteur* et jusqu'à concurrence *de plus du quart* (L. 8 juill. 1907, art. I^{er}, mod. et développée par l. 10 mars 1937; *inf.* n° 1058);

4° La *convention d'assistance ou de sauvetage maritimes*, lorsque les conditions convenues *ne sont pas équitables* (L. 29 avril 1916, art. 7);

5° Le *prêt à intérêt*; d'après une loi du 18 avril 1918, le taux conventionnel de l'intérêt est devenu libre (*inf.* n° 642); le décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'usure*, sans renverser le principe et sans établir un taux maximum fixe, a déclaré usuraire le prêt consenti « *à un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques...* ». C'est, en somme, la lésion « d'oultre-moitié » qui est ici décisive (en Algérie, la lésion de plus d'un tiers : *D. L.* 30 oct. 1935), qui imprime l'opération un caractère usuraire et qui détermine notamment, entre autres sanctions, l'imputation des perceptions excessives sur les intérêts normaux échus, et subsidiairement sur le capital de la créance (V. *inf.* n° 642);

6° Une législation récente — et provisoire — permet à l'acquéreur d'un fonds de commerce qui estime avoir été lésé de plus de 33 pour cent, de poursuivre la réduction du prix de vente (art. 9 de la loi du 29 juin 1935, abrogé et remplacé par les dispositions de la loi du 9 janv. 1936, modifiées par une loi du 17 juill. 1937, art. 2 (*inf.* n° 1058);

7° Un système du même genre a été aménagé, en dehors de tout texte, par notre jurisprudence, pour les *cessions d'offices ministériels* (*inf.* n° 1058).

Peut-être pourrait-on ajouter à cette liste la *société*, laquelle ne saurait être conçue sur le mode *léonin* : la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des gains

ou qui l'affranchirait de toute contribution aux pertes, serait nulle aux termes de l'article 1855 (*inf.* n° 1333); et aussi le *jeu* et le *pari* : dans les cas mêmes où la loi donne une action au gagnant (jeux de force ou d'adresse, etc.), elle permet au juge de rejeter la demande « *quand la somme lui paraît excessive* » (art. 1966, § 2), c'est-à-dire, en somme, quand le contrat était lésionnaire (*inf.* n° 1384).

En tout cas, il convient de signaler la jurisprudence, intéressante autant que prétorienne, qui permet au juge de réduire le montant des honoraires des avocats, avoués, notaires, médecins, architectes, mandataires, encore qu'ils aient été librement et conventionnellement fixés par les parties (*inf.* n° 1414).

106. Caractéristiques de notre système français. — 1° Il est nettement *insuffisant*; on ne voit pas pourquoi la lésion est dirimante dans telle convention et non dans telle autre, dans la vente plutôt que dans l'échange ou le louage par exemple;

2° Il est *fragmentaire* et *décousu*; il ne procède pas d'une idée générale, pas même de celle-ci que la lésion est considérée dans notre droit comme un *vice du consentement*, puisqu'elle ne comporte pas toujours comme sanction la rescision du contrat conclu sous son influence; la détermination de la *quotité* de la lésion varie d'ailleurs, elle aussi, de contrat à contrat;

3° Notre système, si tant est qu'il existe, présente un caractère essentiellement *objectif*; tout se ramène à une question de chiffre, sans qu'on se préoccupe de la moralité des parties, de l'intention du bénéficiaire de la lésion, et alors même qu'en fait et dans l'espèce la prétendue victime aurait donné son consentement en toute liberté (Req. 28 déc. 1932, *S.* 1933, 1, 377, *D. P.* 1933, 1, 87; Paris, 21 mai 1930, *S.* 1930, 2, 112). Ce n'est d'ailleurs pas seulement notre législateur, c'est aussi notre jurisprudence qui a tendance à construire la théorie de la lésion sur un plan objectif (V. M^lle^ Gaudin de Lagrange, thèse, n° 15);

4° Cependant, cette conception objective est de surface plutôt que de fond; si l'on va au fond des choses, le législateur considère que la victime de la lésion a subi une *erreur* (partage) ou une *contrainte* (vente d'immeuble, vente d'engrais, convention d'assistance ou de sauvetage maritimes), en sorte que, pour qui creuse le problème, la théorie de la lésion s'apparente étroitement à celle de l'erreur et à celle

de la violence, tout en gardant d'ailleurs sa physionomie particulière.

107. Sanctions. — 1° En principe, la lésion illicite est sanctionnée par la *rescision* du contrat, et non par sa nullité (art. 1305); l'observation n'est pas sans intérêt : on verra que des règles différentes s'appliquent à l'action en nullité et à l'action en rescision (*inf.* n° 336);

2° D'autres fois, et plus souvent, la loi maintient l'acte lésionnaire, sauf à le remanier, à rétablir l'équilibre méconnu (L. 8 juill. 1907 et du 10 mars 1937, pour la *vente d'engrais* et L. 29 avril 1916 pour la *convention d'assistance ou de sauvetage maritimes*; *D. L.* du 8 août 1935, pour le *prêt à intérêt*; L. 29 juin 1935, 9 janv. 1936, 17 juill. 1937, pour la *vente des fonds de commerce*); et les tribunaux, lorsqu'ils estiment que les honoraires du mandataire sont excessifs, se bornent à opérer une *révision* du contrat en réduisant le montant de la rémunération convenue (*inf.* n° 1414);

3° Dans un cas, l'auteur de la lésion est frappé de sanctions répressives : le prêt consenti à un taux excessif expose le bailleur de fonds à une amende et, en cas de récidive, à un emprisonnement (*D. L.* 8 août 1935, *inf.* n° 642);

4° Quant à l'article 1855, il prononce la *nullité*, sans préciser clairement si elle atteint seulement la clause léonine ou bien la société elle-même (*inf.* n° 1333).

108. Appréciation générale. — On voit que le système de notre législation en matière de lésion est à peu près inexistant, encore que le législateur contemporain soit de plus en plus enclin à le développer; il est à reconstruire — on dirait volontiers à construire — de fond en comble; des solutions fragmentaires et empiriques ne sauraient tenir lieu d'une vue d'ensemble qui a fait totalement défaut aux rédacteurs du Code civil.

109. Droit comparé. — Nous sommes bien en retard sur nombre de législations : le Code civil *allemand* (art. 138), le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 21), et, tout récemment, le Code civil *chinois* (art. 74), et le Code *polonais* des obligations (art. 42), ont édifié une théorie de la lésion qu'ils ont fait reposer sur de larges bases, à laquelle ils ont donné une ampleur considérable en même temps qu'un caractère subjectif assez accusé : ce sont *toutes les conventions* qui sont susceptibles de tomber pour cause de déséquilibre lésionnaire, mais seulement lorsque l'une

des parties a volontairement *exploité* le besoin, la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre contractant; dans ces pays, la volonté d'exploitation est à la base de l'action en nullité ou en rescision, si bien que la théorie de la lésion présente un caractère *subjectif*, en même temps qu'*économique* (disproportion anormale, choquante, entre les prestations correspondantes); elle est affaire de *mobiles*, comme aussi, semble-t-il, dans le système du Code civil des *Soviets*, qui prend également en considération l'*exploitation* de la victime (art. 150).

Il est à noter que le Code civil *allemand* se place à un point de vue qui lui est particulier : pour lui, l'acte lésionnaire est un *acte contraire aux bonnes mœurs* (art. 138) : il est donc *radicalement nul*, et non pas seulement annulable ou rescindable.

110. Projet de réforme. — Une proposition de loi de MM. Guibal et Dupin, du 20 juin 1920, tendait à compléter l'article 1118 par la disposition suivante : « La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté et de l'inexpérience du lésé. » Ce texte, qui s'inspirait visiblement des dispositions des codes allemand et suisse, est devenu caduc à la fin de la législature qui l'avait vu naître.

V

L'incapacité

111. Renvoi. — Les principes qui régissent la capacité et l'incapacité des personnes ont été exposés dans le tome premier (nos 303 et suivants) et nous n'avons pas à les reproduire ici; nous nous contenterons de formuler un certain nombre de rappels.

1° L'incapacité constitue l'*exception* et ne saurait donc exister qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi : *pas d'incapacité sans texte* (art. 1123). Or, le cercle des incapables s'est notablement rétréci depuis que la loi du 18 février 1938 a conféré à la femme mariée « *le plein exercice de sa capacité civile* » (art. 215, § 1, nouv. réd.).

2° La *sanction* de l'incapacité varie suivant les cas; à notre sentiment, les incapacités *naturelles* dérivant de la démence ou de l'enfance entraînent logiquement l'*inexistence* même de l'acte, tandis que les incapacités *civiles* sont sanctionnées

par une simple *nullité relative* ou par une *action en rescision*. Toutefois, notre jurisprudence estime que les incapacités, même les plus graves, n'entraînent jamais que ces dernières catégories de sanctions (*sup.*, t. I, n° 153);

3° Il peut arriver que l'incapable se voie refuser l'annulation de l'acte à raison du *dol* dont il s'est rendu coupable à l'occasion de sa formation : il a commis une faute dont il doit réparation et la sanction la plus adéquate consiste dans le refus de la nullité; il est inadmissible qu'il cause à la contre-partie un préjudice dont il devrait aussitôt la réparation (*sup.* n° 99);

4° L'incapacité se ramène bien à un véritable vice du consentement.

a) Nous verrons, en effet, que les sanctions sont les mêmes dans les deux cas; l'action en nullité fondée sur une erreur, un dol, une violence est la même que celle qui dérive d'une incapacité;

b) Lorsqu'un mineur fait, seul, un acte que son tuteur aurait pu accomplir sans formalité, cet acte est rescindable pour cause de lésion; or, la lésion est incontestablement, dans notre droit, un vice du consentement (art. 1118): comment en serait-il autrement lorsqu'il s'agit d'un acte excédant les libres pouvoirs du tuteur? On ne comprendrait pas que l'incapacité fût vice du consentement dans le premier cas et non dans le deuxième. La théorie est nécessairement homogène : de toute façon et en toute occurrence, l'*incapacité civile* se ramène au concept plus large des *vices du consentement*.

§ II. — *L'OBJET*

Code civil, articles 1126 à 1130.

112. Définition. — Plan. — Depuis longtemps, on a remarqué que le Code civil, dans la section 3, intitulée « *de l'objet et de la matière des contrats* », a confondu l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation issue de ce contrat. L'objeu du contrat, c'est invariablement la naissance d'une ou de plusieurs obligations; or, ce n'est pas de cet objet-là qu'il est question dans les articles 1126 et suivants, lesquels ont en vue *les objets des obligations*. Il faut d'ailleurs reconnaître, à la décharge des rédacteurs du Code civil, que l'objet de l'obligation influe gravement sur la validité du contrat : l'acte ne peut être valable s'il ne donne naissance

à une ou plusieurs obligations portant sur des objets qui répondent à de certaines conditions.

En somme, la loi exige :

1° Un *objet*;

2° qui soit *déterminé*;

3° *possible*;

4° et *licite*.

113. I. Nécessité d'un objet. — L'objet d'une obligation peut être *positif* ou *négatif*; plus précisément, on distingue les obligations de *donner* (dans le sens de *dare*) qui ont pour objet un transfert de propriété ou la constitution d'un droit réel, les obligations de *faire* (y compris l'obligation de livrer une chose sans déplacement de la propriété) et les obligations de *ne pas faire*; les deux premières catégories ont un objet positif, la troisième a un objet négatif (art. 1126).

113*bis*. Obligations de moyens et obligations de résultat. — Il est des obligations qui tendent à l'obtention d'un résultat déterminé et qui devra être acquis, tandis que d'autres se réfèrent seulement à la conduite que le débiteur devra tenir dans des conditions et dans une direction données; les premières sont des *obligations de résultat*, les secondes des *obligations de moyens*; ici, le débiteur a promis d'exécuter un acte déterminé, positif ou négatif, par exemple de transporter des voyageurs ou des marchandises, de tel à tel point ou de construire une maison; là, il s'est seulement engagé à se comporter de telle façon, dans telle direction, à mettre en œuvre son industrie, son activité, son talent, à prester ses soins, à fournir ses efforts, en vue d'un résultat sans doute, mais sans garantir qu'il réussira : c'est le cas du médecin qui promet, non pas de guérir le malade, mais de lui donner des soins consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la science (*inf.* n° 490); le cas aussi de l'agence de renseignements ou du bureau de placement.

Cette distinction, qui fut présentée par M. Demogue (*Obligations*, t. V, n° 1237) et dont la valeur a été contestée (V. G. Marton, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, n° 10, *Rev. trim.* 1935 : toute obligation, d'après cet auteur, serait plus ou moins une obligation de résultat), correspond à une réalité dont l'intérêt se manifeste, en premier chef, sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et plus spécialement sur celui de la preuve; l'inexécution d'une

obligation de résultat est établie par cela même que le résultat envisagé n'a pas été obtenu, par exemple du moment que les marchandises confiées au transporteur ne sont pas arrivées à destination au jour dit, ou que la maison n'a pas été édifiée dans les délais prévus; au lieu que l'inexécution d'une obligation de moyens se dégage seulement de la non observation, par le débiteur, des devoirs de diligence, de surveillance, de prudence, de compétence, qu'il avait assumés, en un mot d'une faute qu'il a commise et dont la preuve, qui incombera au créancier mécontent, ne sera pas sans difficulté : c'est ainsi que le client d'un médecin n'obtiendra une indemnité que s'il établit que le praticien ne lui a pas donné les soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science qu'il lui devait contractuellement (n° ...); de telle sorte que la responsabilité contractuelle, infiniment plus avantageuse pour le demandeur que la responsabilité délictuelle, lorsqu'elle est mise en œuvre à l'occasion d'une obligation de résultat, devient d'un rendement sensiblement équivalent si elle est évoquée au sujet d'une obligation de moyens.

C'est aussi cette distinction entre les deux catégories d'obligations qui permet de résoudre la contradiction apparente entre l'article 1137 d'une part et les articles 1147 et 1148 d'autre part (*inf.* n° 613).

(V. une classification, voisine de celle-ci, que M. Mazeaud préconise, entre l'*obligation générale de prudence et diligence* et les *obligations déterminées*, dans *Rev. trim.* 1936, p. 1, notamment pp. 48 et suiv.)

114. Hypothèses d'absence d'objet. — Il semble que l'absence d'objet soit une éventualité purement chimérique; cependant, la jurisprudence, la loi même en offrent des exemples.

1° On peut supposer que l'objet ait cessé d'exister lors de la conclusion du contrat qui le concerne : c'est une *créance* qui a été éteinte par la compensation ou par la prescription; c'est un *brevet* qui est *périmé*; c'est une chose qui, lors de la *vente*, était périe en totalité (art. 1601, § 1). Si la perte ne se produisait qu'après la conclusion du contrat, la situation serait toute différente; les parties auraient été liées, mais il resterait à savoir ce que deviennent leurs obligations issues du contrat, et la question est tout autre que celle qui nous occupe ici (*inf.* n° 366);

2° Il est arrivé qu'une *assurance* fût contractée à raison

d'un risque imaginaire, afin de couvrir le souscripteur d'une responsabilité qui, en réalité, ne lui incombe point : un tel contrat est sans objet;

3° La convention passée entre un *généalogiste*, un chercheur de succession, et un héritier qui s'ignore, à qui le premier offre, moyennant l'abandon à son profit d'une partie de ses droits successoraux, de lui révéler sa vocation héréditaire, est dépourvue d'objet si, en fait, l'héritier avait les moyens d'être renseigné sur ladite vocation qu'il eût connue, un jour ou l'autre, de toute façon; alors, le service rendu par le généalogiste est inexistant; le contrat n'a donc point d'objet (Trib. civ. Seine, 18 déc. 1933, *S.* 1934, 2, 209);

4° Il arrive qu'une vente soit conclue sans prix sérieux (Civ. 16 nov. 1932, *D. H.* 1933, 4).

115. II. L'objet doit être suffisamment déterminé. — (Art. 1129).

L'objet doit être déterminé et dans son *espèce* et dans sa *quotité*.

1° Dans son *espèce* : on ne s'engagerait pas valablement à livrer une *chose* quelconque, ou même un *meuble* quelconque, un animal; car on pourrait alors s'acquitter au moyen d'une prestation dérisoire, sans aucune gêne, sans aucun sacrifice appréciable; or, il n'y a pas d'obligation et, par suite, pas de contrat, sans un lien effectif.

Ce n'est pas à dire que l'objet de l'obligation doive être précisé dans son individualité même : telle maison, telle voiture, tel sac de blé; la loi n'exige pas qu'il se présente à l'état de *corps certain*; c'est assez qu'il soit déterminé dans son *espèce* (art. 1129, § 1), c'est-à-dire par le *genre* auquel il appartient : un cheval, tant d'hectares de terre, tant de sacs de blé; le débiteur est suffisamment lié par un engagement assumé dans ces conditions : une dette de *genre* est valable aussi bien qu'une dette de *corps certain*. Seulement, elle ne présente pas les mêmes caractères : 1. La promesse d'un genre n'est pas, ne peut pas être translative de propriété, car on ne conçoit pas que la propriété puisse porter sur des choses non identifiées; elle vit de précision; 2. La dette de genre, précisément parce qu'elle n'a pas un objet déterminé dans son individualité, ne s'éteint pas par la perte de la chose, perte difficilement concevable : *genera non pereunt*; tandis que la dette d'un corps certain disparaît, par impossibilité d'exécution, si son objet disparaît lui-même en dehors du fait du débiteur, par cas de force majeure. En conséquence, la question dite des *risques* est susceptible de

s'élever, du moins si la dette se rattachait à une contrat synallagmatique; cette question ne se pose presque jamais à l'occasion des dettes de genre (*inf.* n° 366).

116. — 2° C'est aussi dans sa *quotité* que l'objet doit être déterminé; on ne peut s'engager à livrer du blé, du vin, sans autre précision; car alors on pourrait se libérer par une prestation infime et dérisoire, en livrant un « grain de mil »; en réalité, on ne serait pas lié. Mais il suffit que la quotité soit *déterminable* : on peut vendre la quantité d'avoine nécessaire à la nourriture d'un cheval; la détermination aura lieu après coup (art. 1129, § 2).

117. Choses futures. — Bien que les *choses futures* ne soient pas susceptibles d'une détermination aussi complète que les choses actuellement existantes, elles peuvent entrer dans un rapport obligatoire (art. 1130, § 1); on peut vendre la récolte à venir, une maison à construire, des objets à fabriquer : une multitude de contrats commerciaux se réfèrent à des objets qui ne sont pas encore confectionnés; ce sont des *commandes* qui s'exécuteront au fur et à mesure de la fabrication des marchandises.

118. III. **L'objet doit être possible.** — Comme les obligations sont destinées à s'exécuter, elles ne sauraient être aménagées de telle façon que le débiteur fût dans l'impossibilité de se libérer. De même qu'à l'impossible nul n'est tenu, à l'impossible nul ne peut s'engager.

Seulement, l'impossibilité dont il s'agit ici est une impossibilité *absolue* et non pas *relative*; ce n'est pas par rapport au débiteur qu'on l'apprécie, mais objectivement, *in rem*. Un individu peut parfaitement s'engager à faire les plans d'une maison, encore qu'il ne soit pas architecte; à exécuter un tableau, encore que l'art de la peintue lui soit étranger; s'il ne s'acquitte pas de son engagement, il sera tenu de dommages-intérêts; à défaut d'exécution en nature, il fournira l'exécution par équivalent : ainsi devra faire l'artiste qui ne saurait se soustraire à ses engagements en prétendant que l'inspiration lui fait défaut (Paris, 4 juill. 1865, *D. P.* 1865, 2, 201).

Dans ces conditions, c'est bien rarement qu'un contrat sera inefficace pour cause d'impossibilité dans l'objet; les Romains avaient dû évoquer des arrangements peu pratiques et supposer que le débiteur avait pris l'engagement d'atteindre le ciel : « *si cœlum digito tetigeris* ». Il est plus

raisonnable d'envisager des cas d'impossibilité morale ou juridique : il est des prestations qui sont exclues de tout rapport obligatoire au nom de la morale ou de l'ordre public; mais nous accédons ainsi à un ordre d'idées différent.

119. IV. **L'objet doit être licite.** — C'est à cet ordre d'idées que se réfère l'article 1128 : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* » Mais, à côté des *choses hors du commerce*, il faut citer les prestations *immorales* ou celles qui tombent sous le coup d'une prohibition particulière.

A. **Choses hors du commerce.** — On entend par là les choses qui répugnent, non pas seulement aux transactions d'ordre commercial, mais au *commerce juridique* en général, — et qui ne peuvent être déduites dans une convention, — plus précisément *dans la convention dont il s'agit.*

Car la question doit être résolue, non pas abstraitement, mais par rapport à une convention déterminée; il est des biens qui répugnent à tel ordre de tractations et qui s'accommodent parfaitement de tel autre : c'est ainsi que les *offices ministériels* peuvent faire l'objet d'une cession, mais non, réserve faite des charges de certains agents de change, d'une société; ainsi encore que les biens du *domaine public*, qui sont inaliénables, peuvent cependant être l'objet de concessions consenties à titre onéreux. La notion de l'extra-commercialité est donc une notion *relative*; toutefois, il est des biens qui sont placés presque absolument hors du commerce : l'*état* et la *capacité* des personnes notamment, ainsi que les *successions futures.*

120. Les pactes sur succession future [1]. — Les successions non ouvertes sont considérées par la loi comme étant hors du commerce; elles ne doivent être l'objet d'aucune transaction; les *pactes sur succession future* ou *pactes successoires* sont frappés par la loi de nullité radicale : ils sont considérés comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 791, 1130, 1389 et 1600).

La tradition est défavorable à cette sorte de conventions que Justinien déclarait déjà *odieuses* et *dangereuses*; mais

[1] V. H. Capitant, *La prohibition des pactes sur les successions non ouvertes*, dans les *Mélanges* Alfredo Ascoli, et le rapport du conseiller Pilon, *S*, 1936, 1, 8.

le Code civil a renchéri sur l'ostracisme dont elles avaient été l'objet à Rome et dans notre ancienne France; peut-être l'a-t-il fait en vue d'assurer l'*égalité des partages* : réserve faite de certaines institutions qui font échec à la règle (*partage d'ascendant* des art. 1075 et suiv.; *institution contractuelle* des art. 1082 et suiv.; disposition de l'art. 918), et étant entendu, d'autre part, que ne tombent pas sous le coup de l'interdiction les arrangements appelés à recevoir effet du vivant même de celui qui les consent (Req. 26 mars 1935, *S.* 1936, 1, 81), la prohibition est absolue; on ne distingue pas d'après l'économie de la convention, d'après le but poursuivi : les renonciations anticipées sont frappées comme les cessions de droits successifs (art. 791 et 1600) ; même l'autorisation de la personne dont la succession future est en jeu ne validerait pas l'opération. Enfin, la sanction consiste dans la nullité d'ordre public, donc *absolue*, qui peut être invoquée par tous intéressés et qui n'est pas susceptible de se couvrir par l'effet d'une confirmation, expresse ou tacite (Req. 19 fév. 1929, *D. H.* 1929, 162).

121. Critique. — Droit comparé. — Cette rigueur est injustifiée; s'il est des pactes successoires qui sont répréhensibles, il en est d'autres qui sont inoffensifs, voire même dignes d'approbation, par exemple la convention par laquelle des enfants prendraient l'engagement de respecter les dernières volontés de leurs parents et de ne pas se prévaloir des nullités dont leurs dispositions pourraient être entachées. En réalité, en pareille matière, tout est affaire de mobiles et de but; tant vaut le but poursuivi et tant vaut ou devrait valoir le pacte successoire; on comprend donc que le Code civil *allemand* ait admis et réglementé le *contrat d'hérédité* auquel il consacre une trentaine d'articles (art. 2274 à 2302) et que le Code civil *suisse* admette le *pacte successoral* (art. 512 et suiv.) ; en Allemagne, le contrat d'hérédité doit émaner du disposant en personne et ne peut être conclu que devant un juge ou un notaire, ce qui garantit la moralité et la liberté de la combinaison.

En France même, on relève une tendance, dans la jurisprudence comme chez les auteurs, à entendre moins sévèrement la règle de la prohibition (v. Req. 2 mars 1936, *D. P.* 1936, 1, 111, rapport P. Dumas; Civ. 9 fév. 1937, 2 arrêts, *S.* 1937, 1, 129, note H. Rousseau; 9 mars 1937, *S.* 1937, 1, 289, note de M. Batiffol, qui souligne la nouvelle orientation de notre jurisprudence, plus libérale que l'ancienne).

122. B. **Prestations considérées comme immorales.** — Nous entrons ici dans un sujet mouvant et sans cesse renouvelé, car la morale évolue au cours des siècles, parfois même au cours d'une décade, et telle convention, jadis considérée comme immorale, a bénéficié par la suite d'une appréciation plus indulgente. L'exemple typique d'une telle évolution est fourni par les *assurances sur la vie*, jadis considérées comme contraires à la morale et aux bonnes mœurs, aujourd'hui si couramment pratiquées et si justement encouragées (*inf.* n° 1380c) ; par le *prêt à intérêt* (*inf.* n° 1353), sauf un retour offensif récent de la théorie de la lésion (*sup.* n° 105, *inf.* n° 642) ; par le contrat de *claque*, ou convention passée entre un directeur de théâtre et un « entrepreneur de succès dramatiques » chargé de réchauffer l'admiration du public : cette institution a connu une infortune, puis une fortune du même genre (Comp. Lyon, 25 mars 1873, *S.* 1873, 2, 179, *D. P.* 1873, 2, 68, et Paris, 5 avril 1900, *D. P.* 1903, 2, 279) ; par les conventions gravitant autour d'un combat de *boxe* (Douai, 3 déc. 1912, *S.* 1914, 2, 217) ; et il semble bien que le *courtage matrimonial*, pour lequel la jurisprudence se montrait autrefois impitoyable, soit à la veille d'acquérir droit de cité juridique (*inf.* n° 135).

En revanche, il est des conventions qui paraissent bien définitivement condamnées à raison de l'immoralité de l'objet — et de la cause — des obligations qui en découlent : conventions relatives aux *maisons de tolérance*, aux *jeux de hasard* (*inf.* n^{os} 1381 et suiv.) ; *trafics d'influence* (Req. 2 avril 1872, *D. P.* 1873, 1, 65; 5 fév. 1902, *S.* 1902, 1, 389; Civ. 3 avril 1912, *S.* 1912, 1, 382), et aussi certaines conventions entre *médecins* et *pharmaciens* (Paris, 31 mai 1866, *S.* 1867, 2, 49) ou *entre médecins* (pratique de la *dichotomie*; comp. pour la cession d'une méthode de thérapeutique, Civ. 4 déc. 1929, *D. H.* 1929, 50) qui ne paraissent pas offrir toutes garanties pour les clients. Les cessions de *clientèle médicale*, elles-mêmes, ne sont pas reconnues par la jurisprudence, soit parce que la *confiance* sur laquelle repose le choix du médecin est hors du commerce, soit parce que de tels accords ne sont pas sans danger pour la clientèle et ne sont pas con-

[1] La jurisprudence admet, en thèse générale, qu'on puisse prendre l'engagement de ne pas exercer un commerce ou une profession quelconque dans un rayon déterminé ou pendant un certain temps (Civ. 26 mars 1928, *D. P.* 1930, 1, 145, note P. Pic; Req. 17 oct. 1928, *S.* 1929, 1, 53; Civ. 14 avril 1937, *D. H.* 1937, 299). V. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^{e} éd. (*sous presse*), n° 175*bis*.

formes à une délicatesse scrupuleuse; toutefois, les tribunaux admettent qu'un médecin puisse s'engager : 1° à céder son bail; 2° à ne plus exercer dans un certain rayon [1]; 3° à présenter son successeur à ses clients; et, dans le doute, c'est dans ce sens que la convention passée sera analysée et interprétée : *potius ut valeat quam ut pereat* (sur cette jurisprudence, voy. Cass. 13 mai 1861, *S.* 1861, 1, 326; Riom, 13 mars 1894, *S.* 1895, 2, 43; Amiens, 30 nov. 1905, *S.* 1906, 2, 298; Paris, 16 nov. 1927, *D.H.* 1928, 91). On arrive ainsi au but en sériant les difficultés, en opérant *en détail* et non plus *en gros*.

122*bis*. Prestations tombant sous le coup de dispositions particulières. — Ces dispositions concernent surtout la vente et le louage de choses : elles portent, par exemple, défense de vendre les animaux qui seraient atteints de certaines maladies contagieuses (L. 21 juill. 1881, mod. par l. 31 juill. 1895), ou les vins surplâtrés (L. 11 juill. 1891), ou le gibier en temps de chasse prohibée, ou des remèdes secrets (L. 21 germinal an XI); d'autre part, les maisons reconnues, déclarées insalubres, deviennent impropres à la location ainsi qu'à l'habitation (L. 15 fév. 1902, art. 12 à 14 mod. par l. 17 juin 1915 et d.-l. 24 mai 1938, art. 1[er]), etc.

123. Le fait d'autrui. — On peut parfaitement promettre *le fait d'autrui*, mais il est évident que la promesse n'engage que celui dont elle émane, à l'exclusion de la personne dont le fait est en cause et qui ne saurait être liée en dehors de sa volonté et à son insu; si elle ne ratifie pas l'initiative, la responsabilité du promettant est engagée vis-à-vis du créancier qui pourra obtenir, de celui qu'on appelle un *porte-fort*, des dommages-intérêts (*inf.* n° 266).

124. La chose d'autrui. — Un contrat peut avoir pour objet *la chose d'autrui* : c'est très fréquemment qu'un marchand s'engage à livrer des choses qui appartiennent actuellement à une tierce personne; il les acquerra ultérieurement pour faire honneur à son engagement; la combinaison est licite, non seulement pour des choses envisagées *in genere*, mais aussi pour des *corps certains*. Toutefois, il en irait autrement si le contrat tendait à un transfert *immédiat* de propriété, but qui ne saurait être atteint qu'autant que le promettant est actuellement propriétaire; si cette condition n'est pas remplie, le but poursuivi est définitivement manqué et l'acte est donc frappé d'inefficacité; c'est en ce sens seulement que la *vente* de la chose d'autrui est frappée de nullité

(art. 1599), et aussi et surtout l'*hypothèque* de la chose d'autrui (*inf.* n^os^ 1040 et suivants et 1695).

125. Sanctions. — Les conditions relatives à l'objet sont sanctionnées, tantôt par l'*inexistence* de l'acte (absence d'objet, objet indéterminé ou impossible) ; soit par la *nullité absolue* (objet illicite).

§ III. — *LA CAUSE*

126. Bibliographie. — H. Capitant, *De la cause des obligations*; L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 108 et suiv.); Ripert, *La règle morale*, n^os^ 31 et suiv.; Demogue, *op. cit.*; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^e^ éd., t. VIII, *Les contrats et les obligations* par G. Lagarde, n^os^ 192 et suiv.) ; t. II, n^os^ 773 et suiv.; Eug. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 111 et suiv.; G. Cornil, *A propos de la révision du Code civil : de la cause dans les conventions*, Bruxelles, 1890; et les thèses de MM. Séfériadés, Paris, 1897; Louis-Lucas, *Volonté et cause*, Dijon, 1933; Maury, *La notion d'équivalence*, 2 vol.; Hamel, *La cause dans les libéralités*, Paris, 1920; Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats;* J. Dabin, *La théorie de la cause*, Liège, 1919; *Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations*; Tr. Jonasco, *La cause dans les contrats à titre onéreux*, Paris, 1923, et un article dans la *Rev. trim.* 1931, p. 29; P. de Harven, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, p. 212.

127. Généralités ; division. — La théorie de la cause a une réputation bien établie d'abstraction et d'obscurité; la responsabilité en incombe et au législateur, qui n'a consacré à cette importante matière que trois dispositions fort laconiques (art. 1131 à 1133), et à la tradition, qui est flottante et parfois contradictoire, comme aussi à la jurisprudence, qui a fait ici une excellente besogne, mais sous une forme purement empirique, tandis que les auteurs s'ingéniaient à édifier, de leur côté, une théorie prétendûment logique, mais étriquée et qui ne cadre nullement avec la construction jurisprudentielle par laquelle elle se trouve débordée de toutes parts.

En réalité, il n'y a pas une théorie de la cause, mais bien *deux théories*, nettement distinctes, et c'est pour ne les avoir pas dissociées que les auteurs sont demeurés, en général, incomplets ou obscurs : il y a, d'une part, *la cause du Code civil*, ou *cause intrinsèque*, laquelle est abstraite et s'intègre

dans le contrat dont elle est l'un des éléments constitutifs; et, d'autre part, *la cause impulsive et déterminante*, qui est, à la différence de la précédente, un mobile individuel, une notion concrète qui demeure extérieure au contrat et qui est, pour une bonne part, une création de notre jurisprudence.

Il importe de connaître ces deux aspects très différents d'une notion dont on s'obstine, contre toute vérité, à admettre l'unité; sans doute, et en toute occurrence, la cause est une notion d'ordre *psychologique*, et c'est en quoi elle s'oppose irréductiblement à l'objet; elle est un acte, un phénomène de volition; mais encore faut-il en préciser la nature et c'est à quoi nous nous efforcerons en étudiant successivement la cause abstraite et générique du Code civil, puis la cause concrète et individuelle, dite « cause impulsive et déterminante ».

I

La cause du Code civil ou mobile intrinsèque et abstrait

128. Idées générales. — En négligeant de définir la cause dont il est question dans les articles 1131 à 1133, le Code civil paraît s'en être référé à la doctrine traditionnelle, telle qu'elle avait été formulée par Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. I) après avoir été élaborée, semble-t-il, par les canonistes (Capitant, *De la cause des obligations*, nos 57 et suiv.). Or, la cause avait été envisagée, et elle continue à l'être par les interprètes du Code civil, non par rapport au contrat lui-même, mais *par rapport à l'obligation* dont elle donne l'explication psychologique : ce point de vue traditionnel s'affirme dans l'article 1131 où il est question de *l'obligation* sans cause. Toute obligation a une raison d'être, un *pourquoi* : c'est ce pourquoi qu'on appelle la cause. Suivant la formule d'un ancien juriste, M. Oudot, tandis que l'objet est la réponse à la question « *quid debetur*? », la cause est la réponse à la question « *cur debetur*? ». Il s'agit de savoir pourquoi le lien de droit s'est formé, à quel *mobile* il se rattache.

Seulement, tout n'est pas terminé par là; les parties ont pu être guidées par un grand nombre de mobiles, de valeur diverse, et il faut savoir lequel d'entre eux mérite d'être retenu sous le nom de cause. Or, on s'accorde à reconnaître que c'est le *mobile immédiat* auquel le débiteur a obéi, qui doit être considéré comme décisif et qui constitue la cause de son obligation; et ce mobile, qui est toujours le même pour un type de contrat donné, qui est donc spécifique,

générique, a été précisé depuis longtemps, et notamment par Domat, en fonction des différents groupes de conventions.

129. Applications. — Pour déterminer les conséquences auxquelles aboutit la conception classique de la cause, on doit distinguer entre les différents types de contrats.

1° Dans les *contrats de bienfaisance* et notamment dans la *donation entre-vifs* (ou dans le mandat gratuit), la cause de l'obligation du bienfaiteur réside, suivant le mot de Portalis, « dans la bienfaisance même » (FENET, t. XIV, pp. 47 et 131); Pothier écrivait déjà que « dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle » (*Traité des obligations*, n° 42). L'*animus donandi* sert de cause aux libéralités.

2° Dans les *contrats à titre onéreux*, il faut établir des distinctions :

a) Si le contrat est *synallagmatique*, s'il met des obligations à la charge de chacune des parties, ce sont ces obligations qui se servent réciproquement de cause; suivant la formule de Domat, « *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* ». C'est ainsi que, dans la vente, le vendeur s'engage à livrer la chose en considération de l'engagement pris par l'acheteur de payer le prix convenu, et inversement. Les obligations correspondantes se servent de contre-poids et de réplique;

b) Dans les contrats *unilatéraux*, on doit sous-distinguer : 1° Souvent, l'obligation du débiteur puise sa cause dans une prestation qu'il a reçue du créancier; c'est ainsi que, dans le prêt d'argent, l'emprunteur s'engage à restituer une somme parce qu'elle lui a été précédemment versée; le contrat se forme alors *re*, par une tradition qui sert de cause à l'engagement du débiteur; 2° D'autres fois, la cause réside dans une obligation préexistante : lorsqu'un héritier signe un billet au profit du légataire d'une somme d'argent, l'engagement qu'il assume ainsi s'explique juridiquement par l'obligation qui découlait à sa charge du testament.

130. — En ce qui concerne la *donation avec charges*, il faut remarquer que la cause est double : d'une part, le donateur a bien été guidé par l'esprit de libéralité; mais, en outre, il a voulu obtenir que la charge fût exécutée, et cela est si vrai que, dans le cas où elle ne le serait pas, il serait à même de demander et d'obtenir la révocation de la libéralité (art. 953). Il y a à la fois acte à titre gratuit et opération synallag-

matique, d'où l'existence et la simultanéité d'une double cause.

131. Caractéristiques de la cause ainsi entendue. — Telles sont, réduites à l'essentiel, les solutions qui, héritées pour la plupart de notre ancien droit, ont été accueillies par la doctrine et sont couramment enseignées aujourd'hui encore. La cause, ainsi comprise, présente les *caractéristiques* suivantes :

1° Elle est la cause de l'*obligation* et non celle du contrat;

2° Elle se trouve dans un rapport immédiat et direct avec cette obligation, elle est la *causa proxima*;

3° Surtout, elle fait *partie intégrante* du contrat dont elle représente l'un des éléments constitutifs : on ne conçoit pas de libéralité sans intention libérale, ni de vente sans engagement de livrer une chose et de payer un prix, ni de prêt d'argent sans remise d'une somme à l'emprunteur; la cause classique est une *cause intrinsèque* et *spécifique*; et de là les deux conséquences spivantes;

a) La cause est toujours la même pour un type de contrat donné; par exemple, dans toute vente, l'engagement du vendeur a sa cause dans celui de l'acheteur, et inversement; la cause *n'a rien d'individuel*; elle est *spécifique*; elle a une valeur *organique*, toujours identique à elle-même pour une catégorie juridique déterminée.

b) Le contrat dont une obligation serait dénuée de cause serait dépourvu de toute efficacité, comme manquant d'un de ses éléments constitutifs; il serait mort-né, au même titre que l'acte qui serait dépourvu d'objet; il serait *inexistant*; comme le précise l'article 1131, l'oblogation sans cause ne peut produire aucun effet.

Nous arrivons ainsi à nous occuper des intérêts présentés par la théorie de la cause.

132. Intérêts de la théorie. — L'article 1131 prévoit qu'une obligation ou bien n'ait *point* de cause, ou bien repose une *cause fausse*, ou encore s'explique par une *cause illicite*.

1° **Absence de cause.** — Cette éventualité paraît difficile à imaginer; cependant : 1. On peut supposer un contrat synallagmatique dans lequel l'engagement de l'un des contractants serait dépourvu d'objet; comme, dans ce type de contrats, les obligations se servent réciproquement de cause, il s'ensuivrait que l'engagement de l'autre partie

serait alors dépourvu de cause. Ainsi en serait-il de l'assurance souscrite pour se couvrir d'un risque inexistant (Comp. Civ. 22 nov. 1909, 2 arrêts, *D. P.* 1910, 1, 407); ou du contrat conclu par un moribond qui aliène un immeuble en stipulant de l'acheteur qu'il le logera et le nourrora sa vie durant (Req. 15 juin 1933, *D. H.* 1933, 377); 2. Il peut arriver qu'un héritier, après s'être engagé à exécuter un legs mis à sa charge, découvre un nouveau testament qui révoque l'ancien; en ce cas, l'engagement qu'il avait pris est dénué de cause, celle-ci se trouvant située dans le testament révoqué; 3. Un engagement a pu être pris en vue de parer à une situation qui n'existe pas (V. Req. 30 juill. 1873, *D. P.* 1873, 1, 330).

133. 2° Fausse cause. — La cause peut être fausse en deux sens différents :

a) Les parties ont cru à l'existence d'une cause imaginaire, qui n'existait point dans la réalité; c'est le cas de la *cause putative*, que nous venons d'envisager et qui se ramène à celui du défaut de cause; l'erreur parte sur l'existence même de la cause et fait obstacle à la formation du contrat (*sup.* n° 61) :

b) Les parties ont altéré sciemment la vérité en assignant à l'opération une cause autre que la cause véritable : par exemple, alors que la dette a son origine dans le jeu, on la fait découler, dans le billet signé par le débiteur, d'un prétendu prêt qui n'a jamais existé; ou bien un effet de complaisance est émis, d'accord avec le tiré, qui joue alors le rôle de complice : c'est le cas de la *cause simulée*.

Voyez, pour un autre cas de cause simulée : Req. 28 juin 1932 (*D. P.* 1933, 1, 43, note G. Madray).

134. 3° Cause illicite. — « *La cause est illicite*, précise l'art. 1133, *quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.* »

Ce n'est donc pas seulement lorsqu'elle se heurte à un texte législatif que la cause est illicite; c'est aussi lorsqu'elle va à l'encontre de l'ordre public, et indépendamment de toute condamnation prononcée spécialement contre elle par le législateur (Civ. 4 déc. 1929, *S.* 1931, 1, 49, note P. Esmein, *D. H.* 1930, 50).

C'est à dessein que le législateur a adopté une formule suffisamment souple pour se plier aux besoins, à la moralité, voire aux préjugés du moment : c'est au tribunal qu'il appartient de rechercher si la cause qui lui est soumise va à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs.

Il est à remarquer que les libéralités échappent à toute menace provenant du caractère illicite de la cause du code civil; pour elles, la cause consiste invariablement dans l'esprit de libéralité, dans l'*animus donandi*, et il est évident que cet esprit, du moins abstraitement envisagé, ne saurait jamais aller à l'encontre de l'ordre public ou des bonnes mœurs, mais doit être approuvé et encouragé, si bien qu'envisagée sous cet aspect, la théorie classique de la cause est prise en défaut; elle ne rend pas.

Mais il en va tout autrement pour les obligations qui dérivent d'opérations synallagmatiques; il est alors facile de prévoir que l'acte pourra tomber à raison de l'illicéité de la cause d'une obligation, soit que cette cause consiste dans la promesse d'accomplir un crime ou un délit ou une contravention, ou inversement dans la promesse, moyennant rétribution, de s'abstenir d'une infraction, soit qu'elle réside dans l'exercice d'un droit situé hors du commerce, tel que la puissance paternelle : le père ou la mère qui se feraient payer leur consentement au mariage de leur enfant ne pourraient pas réclamer l'exécution de la promesse qui leur aurait été faite à cette occasion et dont la cause serait entachée d'immoralité. Il faut traiter de même l'engagement qui puiserait sa cause dans la cession ou dans l'exploitation d'une maison de jeu (Pau, 31 janv. 1889, *D. P.* 1890, 2, 228; Paris, 19 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 171); ou dans l'exploitation des malades au moyen de procédés inadmissibles (arrêt précité du 4 déc. 1929).

135. Cas sujets à controverse ou à évolution. — Parfois, c'est une question délicate de savoir si la cause d'un engagement est ou non illicite et l'on voit la jurisprudence hésiter ou évoluer, à quelques années de distance. Le problème s'est posé, nous l'avons vu (*sup.* n° 122), pour différentes catégories de contrats (contrat de *claque*, engagement pris par un *généalogiste*, combat de *boxe*), et aussi pour le *courtage matrimonial* que nos juridictions considèrent généralement comme attentatoire à la liberté du consentement en matière de mariage et comme contraire, à ce titre, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du moins lorsque la rétribution de l'intermédiaire est fixée de façon forfaitaire et qu'elle est subordonnée au succès des démarches effectuées (Toulouse, 5 nov. 1900, sous Civ. 20 avril 1904, *D. P.* 1904, 1, 420), mais pour lequel des décisions récentes se montrent moins sévères en admettant du moins le principe de l'indemnisation de l'agence, ce qui

semble bien présager une évolution prochaine dans un sens plus libéral (Trib. Lisieux, 21 janv. 1903, 2, 182; Agen, 13 déc. 1909, *S.* 1910, 2, 211; trib. civ. Nice, 22 déc. 1909, *S.* 1910, 2, 293; Bordeaux, 13 déc. 1912, *S.* 1915, 2, 38; Colmar, 18 nov. 1933, *S.* 1934 2, 186; Lyon, 25 janv. 1937, *S.* 1937, 2, 151). Comme on le voit, notre jurisprudence incline constamment à une sévérité moindre et l'on peut dire qu'elle a un tendance à traiter l'agence matrimoniale ainsi que le mandataire, dont elle reconnaît le droit à une indemnité, mais dont elle se réserve la faculté de réduire les honoraires à un chiffre raisonnable (V. R. Charrérau, thèse, Lyon, 1934).

136. Les sanctions. — A notre avis, les sanctions varient selon qu'il y a défaut de cause ou cause simulée ou cause illicite.

1° Le *défaut de cause* entraîne logiquement l'inexistence de l'acte qui est, par hypothèse, démuni d'un de ses éléments constitutifs; il en va de même de la cause erronée, putative; comme on l'a vu, l'erreur sur l'existence même de la cause est plus qu'un vice du consentement et fait obstacle à la formation du contrat (*sup.* n° 61).

2° La *cause simulée* n'est pas, par elle-même, une cause de nullité de l'acte; il y a seulement lieu de rechercher la cause véritable qui, si elle est licite, servira de support à l'obligation; c'est, en effet, un principe dans notre droit que la simulation n'entraîne pas, en soi, l'inefficacité de l'acte à l'occasion duquel elle est intervenue; seule compte la réalité (Civ. 5 déc. 1900, *D. P.* 1901, 1, 192; 2 mars 1931, *S.* 1931, 1, 267, *inf.* n° 323).

3° Quant à la *cause illicite*, elle est sanctionnée, non pas, comme semble cependant le dire l'art. 1131 qui la place sur la même ligne que l'absence de cause, par l'inexistence de l'acte, mais seulement, conformément aux principes généraux du droit, par la nullité absolue, d'ordre public (Civ. 4 déc. 1929, précité).

137. Preuve de la cause. — La question de la preuve de la cause est résolue dans l'art. 1132 d'après lequel « *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée* ». Pour l'intelligence de ce texte, il faut admettre que le mot *convention* se réfère non pas au *negotium juris*, mais à l'écrit, à l'*instrumentum* qui en constate l'existence; le législateur a voulu dire, en termes critiquables mais dont le sens ne fait aucun doute, que, bien qu'il ne fasse pas mention de la cause de l'engagement, l'écrit con-

serve toute sa valeur probatoire : le billet *non causé* fait preuve de l'existence de l'obligation, dans les termes du droit commun. Sous une autre forme, le code civil *présume* l'existence d'une cause, et d'une cause valable, présomption rationnelle, équitable, conforme à toutes les probabilités, car ce n'est pas souvent qu'un débiteur s'engage sans cause ou sur une cause illicite; c'est donc à lui qu'il appartiendra de renverser la présomption légale en établissant que son engagement ne repose sur aucune cause effective ou que la cause en est illicite. (Civ. 22 janv. 1913, *D. P.* 1913, 1, 144.)

138. Comparaison avec le système allemand. — L'art 1132, en accordant ainsi provision au titre non causé, en lui faisant crédit jusqu'à preuve du contraire, atténue sensiblement dans la pratique la rigueur du principe qui veut que toute obligation ait une cause; grâce à lui, ce principe constitue une règle de fond, non une règle de forme, et le créancier qui est muni d'un billet non causé se trouve dans une situation assez avantageuse puisqu'il peut voir venir son débiteur et exiger de lui une preuve souvent malaisée.

Il en résulte que le système de notre Code civil s'éloigne beaucoup moins que l'on serait tenté de le croire de celui du Code civil allemand qui admet cependant la *promesse abstraite* (art. 780), c'est-à-dire la promesse détachée de sa cause et intégrée dans un écrit. Il semble que le législateur allemand jette ainsi par dessus bord tout élément d'ordre psychologique, qu'il n'attache aux mobiles aucune espèce d'efficacité. Et, sans doute, *théoriquement*, le contraste est frappant entre les deux législations; mais, *pratiquement*, il tend à s'atténuer :

1° Parce que notre article 1132 présume l'existence d'une cause valable, rejetant ainsi sur le débiteur le fardeau de la preuve;

2° Parce que le droit allemand n'a pas pu malgré tout, faire complètement abstraction des mobiles; il admet, en effet, le débiteur à prouver, en vue de se soustraire à un engagement : 1. Qu'il ne s'est engagé que par erreur; 2. Ou bien que la cause de son engagement est illicite.

Donc, comme il arrive souvent, l'antagonisme des deux législations est surtout de façade; il existe dans les principes bien plutôt que dans leur application, dans la réalité vivante; et, s'il fallait choisir entre les deux principes opposés, c'est pour celui de notre Code civil que nous nous prononcerions; le système allemand qui consacre un retour

à la vieille stipulation du droit romain ne constitue pas précisément un progrès; les mots ne sauraient avoir la vertu de créer le droit à eux seuls; il est du devoir du législateur et du juge de remonter jusqu'à la pensée qui les a inspirés.

Mais nous arrivons ainsi à l'examen critique du système français sur la cause.

139. Critique de la théorie de la cause, telle qu'elle a été instituée par le Code civil et aménagée par la doctrine. — Cette théorie a été l'objet d'une critique vigoureuse et serrée, notamment de la part de M. Planiol (t. II, nos 1037 à 1039), qui la considère comme *fausse* et comme inutile. (Comp. J. Dabin, *op. cit.*).

1° Elle serait *fausse* :

a) Pour les contrats synallagmatiques, car on ne conçoit pas que des obligations qui naissent simultanément puissent se servir respectivement de cause : la cause doit précéder l'effet;

b) Pour les contrats *réels* où l'on présente comme étant la cause de l'obligation ce qui n'est autre chose que le fait générateur de cette obligation, à savoir la prestation effectuée par le créancier : on confond ainsi la cause *finale* avec la cause *efficiente*, la *causa civilis* du droit romain;

c) Pour les *libéralités*, on s'en tient, dans la théorie classique, à l'*animus donandi*, abstraitement envisagé, ce qui ne signifie rien, ce qui n'aboutit à rien, ce qui ne permet de faire tomber aucune donation, si répréhensible que soit le but du donateur;

2° Car, la théorie de la cause est *inutile*, non seulement comme on vient de le rappeler, en matière de donation, mais aussi pour les actes à titre onéreux, notamment pour les contrats synallagmatiques : dans tous les cas où la cause fait défaut ou bien encore dans ceux où elle est illicite, l'acte est déjà inexistant ou nul pour une autre raison, comme n'ayant point d'objet ou comme ayant un objet illicite ou immoral. Si deux individus se concertent en vue d'une infraction, l'engagement pris par l'un deux de commettre cette infraction a un objet illicite; après cela, il est bien inutile de proclamer que l'obligation correspondante, tendant à rémunérer l'auteur du crime ou du délit, a une cause illicite; l'opération était déjà nulle à raison de l'objet; il est surérogatoire d'affirmer qu'elle soit nulle à raison de sa cause; du moment que la même prestation est à la fois objet et cause suivant l'angle sous lequel on l'envisage, c'est assez qu'elle puisse être atteinte dans l'une de ses fonctions; tout le reste

n'est que littérature; la théorie de l'*objet illicite* enlève tout intérêt à celle de la *cause illicite*.

140. Réfutation. — La réfutation de ces critiques est aisée, car elles sont injustifiées de bout en bout.

1° On n'est point fondé à prétendre que la théorie de la cause soit *fausse* :

a) Il est parfaitement compréhensible que, dans les contrats synallagmatiques, des obligations, nées simultanément, se servent cependant respectivement de cause; le rapport de causalité n'implique nullement un échelonnement dans le temps : il existe entre deux électricités qui s'attirent ou qui se repoussent, aussi bien lorsqu'elles naissent simultanément que lorsqu'elles sont produites à des moments différents. Lorsque deux forces se rencontrent, elles réagissent l'une sur l'autre, quand bien même elles seraient nées au même instant. D'ailleurs, ici, les deux forces, les deux obligations en présence sont dominées, postulées par la volonté des parties qui les situent, dans le temps, sur le même plan.

b) Pour ce qui est des contrats réels, l'observation que l'on présente est exacte : la cause de l'obligation est en même temps son fait générateur, sa cause efficiente; mais il n'existe là aucune contradiction; la même prestation peut jouer les deux rôles de cause finale et de cause efficiente.

c) Quant aux libéralités, il est inexact de dire qu'en leur assignant comme cause l'*animus donandi*, l'esprit de bienfaisance, on se condamne à faire une constatation vaine, car on réalise par ce moyen la distinction capitale entre les actes de bienfaisance et les actes à titre onéreux. Mais nous abordons ainsi la deuxième série des objections.

2° Il est injuste de prétendre que la notion de la cause soit *inutile* :

a) Elle permet de frapper des opérations synallagmatiques qu'on ne pourrait atteindre avec la seule théorie de l'objet illicite : si un individu se fait promettre une somme d'argent pour *ne pas commettre* un acte criminel, les deux obligations qui sont alors en présence sont irréprochables, quant à leurs objets qui sont, d'une part, une somme d'argent, d'autre part la non-perpétration d'un crime. Cependant, cette combinaison doit tomber, comme immorale et scandaleuse; et c'est seulement à l'aide de la notion de la cause illicite qu'on parviendra à ce résultat; c'est grâce à elle qu'on mettra en rapport, ce que ne peut faire l'objet, les deux obligations correspondantes, et c'est de ce contact que surgira l'immoralité de l'opération; s'il n'est point choquant, d'une part de se faire promettre une somme d'argent,

d'autre part de s'engager à respecter la loi pénale, il est immoral de se faire promettre un salaire *afin* de ne pas transgresser cette loi; ce qui rend la combinaison intolérable, c'est le *rapport de causalité* qui unit les deux obligations et que le concept de la cause fait se dégager alors que celui de l'objet était impuissant à atteindre ce résultat.

b) Toujours dans les contrats synallagmatiques, la notion de la cause fait ressortir l'*interdépendance* des obligations qui en sont issues; c'est sur elle que reposent : 1. La théorie de la *résolution* des contrats bilatéraux à raison de l'inexécution des obligations incombant à l'une des parties (*inf.* n° 374); 2. La théorie des *risques* (*inf.* n° 366); 3. Enfin celle de l'exception *non adimpleti contractus* (*sup.* n° 23; *inf.* n^{os} 584, 1465 et suiv.).

c) C'est en faisant appel à la notion de cause que l'on peut discriminer les libéralités et les actes intéressés; en pareille matière, c'est l'intention libérale, donc la cause, au sens classique du mot, qui est décisive : pas de libéralité sans une volonté de bienfaisance qui devient ainsi la pierre de touche du titre onéreux et du titre gratuit (*sup.* n° 28; *inf.* t. III, n° 1256).

141. Conclusion. — Il faut donc être *causaliste* : la cause, au sens classique du mot, est un concept indispensable. Sans doute, il n'a pas été accueilli par tous les législateurs; notamment le Code civil allemand s'en est passé, ou du moins a cru pouvoir s'en passer; car, nous l'avons constaté, ce concept fait un retour offensif puisque le législateur allemand prend en considération le but, les mobiles des parties pour déclarer l'acte illicite. Quoi qu'on en ait, l'acte juridique, qui est un acte de volonté, doit être apprécié en fonction de cette volonté; le droit *anglo-saxon* rend hommage à cette vérité en aménageant la théorie de la « *consideration* » qui correspond, sinon exactement, du moins approximativement, à notre théorie française de la cause (V. *Selected readings on the law of contracts*, notamment, pp. 565 et suiv. : *Causa and consideration in the law of contracts*), et bon nombre de codes étrangers se réfèrent à des notions plus ou moins voisines (C. civ. *italien*, art. 1104, 1119, 1122; C. civ. *hollandais*, art. 1371; C. civ. *République Argentine*, art. 533, 534, 536, etc.). Et ce n'est pas d'exister que l'on peut reprocher à la notion classique de la cause, c'est bien plutôt d'exister insuffisamment; ce n'est pas de la rayer de nos lois qu'il peut être question, mais de lui assurer un plus vaste domaine d'application.

C'est à quoi notre jurisprudence s'est essayée : nous allons le constater en abordant une autre théorie de la cause, celle de la cause individuelle, *impulsive et déterminante*.

II

La cause impulsive et déterminante ou mobile individuel

142. Lacunes à combler. — La conception classique de la cause est trop étriquée; parmi les mobiles auxquels les parties ont obéi, elle ne retient qu'une certaine catégorie, ceux qui correspondent, dans leur pensée, au but immédiat de leur engagement, laissant ainsi hors de son emprise toute une pléiade de mobiles, les plus variés, les plus intéressants, les plus vivants, à savoir les mobiles *concrets*, les mobiles *individuels*, que l'on qualifie ordinairement de *motifs*. Une personne a remis gracieusement une somme d'argent, ou un immeuble à une autre personne; elle a été animée de l'esprit de bienfaisance, du désir de gratifier l'acquéreur; voilà la cause au sens classique du mot; mais pourquoi cette personne a-t-elle agi ainsi? Pourquoi a-t-elle consenti cette libéralité? Elle a pu être guidée par un sentiment d'affection, ou de reconnaissance, ou par la passion; n'est-il pas intéressant d'être fixé sur ce point? Autre exemple : un individu a emprunté une somme d'argent et est donc devenu débiteur de son bailleur de fonds : la remise des deniers, voilà la cause dans la conception classique; mais pourquoi cet emprunt? A quelle occasion est-il effectué? A quel emploi les deniers sont-ils destinés? Peut-être à acquitter des dettes criardes, ou bien à doter un enfant, à assurer son établissement professionnel, à développer une affaire commerciale, à reconstituer un vignoble, à jouer, à perpétrer un délit ou un crime : autant de mobiles purement *individuels*, purement *adventices* qui s'opposent à la cause telle que l'ont entendue les rédacteurs du Code civil et avec laquelle ils forment un contraste saisissant.

143. Comparaison. — 1° La cause, au sens classique du mot, s'intègre dans le contrat dont elle représente un des éléments constitutifs; les mobiles individuels, les motifs que nous lui opposons sont extérieurs au contrat, lequel est complet en dehors d'eux; ils n'ont pas une valeur organique, ils ne sont pas spécifiques, et cela alors même qu'il serait question d'eux dans la convention; leur origine et leur rôle sont purement adventices.

2° La cause est toujours la même pour un type de contrat

donné; les mobiles proprement dits varient à l'infini; ils sont *individuels*.

3° Aussi, tandis que la cause a une configuration nettement déterminée, puisqu'elle constitue un des éléments du contrat, les mobiles sont ondoyants et divers, eux qui sont les ressorts de la volonté; le même acte peut en comporter un certain nombre : c'est au juge qu'il appartiendra de les sélectionner, de rechercher quel est, parmi eux, celui qui donne à l'opération sa tonalité et qui vient la colorer, celui qui a été vraiment déterminant, celui qui a joué le rôle de *mobile-but*.

144. Principe. — Or, en principe, les mobiles individuels, tels que nous venons de les caractériser, les *motifs*, sont considérés, du moins en doctrine, comme étant dépourvus de valeur juridique; il en résulte, pour ceux qui maintiennent la théorie de la cause dans ses limites historiques, que les opérations, même les plus immorales, doivent sortir leurs effets; que, par exemple, toute libéralité est valable, quelle que soit la pensée qui l'ait inspirée et quel que soit le but poursuivi par le donateur; que tout prêt d'argent est irréprochable quelle que soit la destination de la somme prêtée; car l'esprit de bienfaisance, dans le premier cas, la remise des deniers, dans le second, couvrent et immunisent toutes les combinaisons sans que le juge ait à se préoccuper des raisons qui ont pu présider à leur aménagement et à leur réalisation : l'acte est causé, au sens classique du mot; peu importent les mobiles individuels, extérieurs au contrat.

145. La jurisprudence : la cause impulsive et déterminante. — C'est contre cette conclusion que notre jurisprudence a réagi et qu'elle réagit de plus en plus vigoureusement au moyen d'une théorie qui est devenue fameuse, celle de *la cause impulsive et déterminante*. Pour elle, les mobiles individuels, extérieurs à l'acte, sont à prendre en considération et décident de la validité ou de la nullité de cet acte, lorsqu'ils l'ont déclenché, lorsqu'ils ont donné à la volonté de son auteur l'impulsion d'où il est sorti; il appartient au juge d'en apprécier le mérite; s'ils lui apparaissent comme étant illicites, le contrat sera déclaré nul, encore que les exigences de la théorie classique de la cause soient entièrement satisfaites.

Des applications nombreuses ont été faites de cette directive générale, surtout dans les actes à titre gratuit, mais aussi dans les actes à titre onéreux.

146. — 1° Dans les *libéralités*, la Cour de cassation est arrivée à frapper, en faisant intervenir la notion de la cause impulsive et déterminante, c'est-à-dire les mobiles individuels, des opérations qui fussent demeurées inattaquables si l'on s'en était tenu à la conception classique : telles les libéralités adressées à un *enfant adultérin ou incestueux* dont la filiation n'avait pas été officiellement établie (*inf.* t. III, n° 1430; Req. 29 juin 1887, *D. P.* 1888, 1, 295) ; ou les *libéralités entre concubins*, du moins lorsqu'elles tendent à instituer, à rémunérer ou à maintenir des rapports hors mariage (*inf.* t. III, n° 1422; Req. 8 juin 1926, *D. P.* 1927, 1, 113, note Savatier), ou à spolier la famille légitime (Civ. 11 avril 1932, *D. P.* 1932, 1, 169, note Savatier) ; ou celles qui sont consenties entre époux en vue d'une *séparation amiable* (*inf.* t. III, n° 1458; Civ. 2 janv. 1907, *S.* 1911, 1, 585, note Wahl, *D. P.* 1907, 1, 137 note A. Colin; — V. cependant, dans un esprit favorable à ces arrangements, Savatier, *Les conventions de séparations amiables entre époux*, *Rev. trim.* 1931, p. 536) ; ou enfin les libéralités qui sont accompagnées de *conditions ou de charges illicites*, du moins lorsque ces conditions ou ces charges ont été déterminantes, propulsives (*inf.* t. III, n° 1540; Req. 23 juin 1863, *D. P.* 1863, 1, 429, *S.* 1864, 1, 269; 31 oct. 1922, *D. P.* 1922, 1, 239; Civ. 17 juill. 1883, *S.* 1884, 1, 305 note Labbé). Il y a là autant de libéralités qui, si l'on s'en tenait à la notion classique de la cause, devraient être considérées comme irréprochables et dont le maintien serait cependant un défi à la loi, à la morale ou à l'ordre public : on les atteindra en faisant jouer la théorie de la cause impulsive et déterminante.

147. — 2° Dans les *actes à titre onéreux*, une jurisprudence moins connue fait retentir le mobile individuel sur le sort du contrat qui devient nul à raison du but que les parties poursuivent dans l'espèce. La Cour de cassation a notamment frappé par ce moyen les opérations qui gravitent autour des *maisons de prostitution* : bail du local, prêt effectué en vue de l'achat de l'immeuble ou de l'exploitation de l'établissement, louage de services conclu avec les domestiques (Civ. 15 déc. 1873, *D. P.* 1874, 1, 222; Req. 11 nov. 1890, *D. P.* 1891, 1, 484; 17 juill. 1905, *D. P.* 1906, 1, 72; Nancy, 8 juin 1934, *D. P.* 1935, 2, 33, note Voirin) ; et elle a montré la même sévérité vis-à-vis du prêt d'argent destiné à favoriser des *relations illicites* (Req. 17 avril 1923, *D. P.* 1923, 1, 172) ou à permettre à un *joueur* de continuer la partie (Req. 4 juill. 1892, *D. P.* 1892, 1, 500; Crim. 19 juill. 1929, *motifs*,

et 19 nov. 1932, *D. P.* 1933, 1, 26, note H. CAPITANT). La jurisprudence s'inspire de ces directives pour apprécier la licéité des *unions économiques ou financières*; elles n'échappent à l'application de l'article 419 C. pén. que si leur cause impulsive et déterminante est correcte (TCHERNOFF, *Ententes économiques et financières*, n° 209).

Ce n'est d'ailleurs pas seulement la cause impulsive *illicite* qui entraîne l'inefficacité du contrat; c'est aussi, à l'occasion, la cause *fausse* : une vente d'immeubles tombera si les conditions de l'opération ne cadrent pas avec le but que l'une des parties poursuivait à la connaissance de l'autre (Orléans, 18 janv. 1895, *D. P.* 1895, 2, 417), de même que tombera une assurance contractée par un souscripteur dans l'ignorance que son auteur, aujourd'hui décédé, avait déjà couvert le même risque par une police restée en vigueur; il y a eu, dans ce cas, erreur sur les mobiles individuels du contrat, sur la cause impulsive et déterminante (Req. 6 juin 1932, *S.* 1933, 1, 31).

147*bis*. Actes à titre gratuit et contrats à titre onéreux. — 1° L'acte à titre gratuit, notamment la donation, est surtout l'œuvre du disposant dont la volonté est prépondérante; c'est une manière de contrat d'adhésion; en conséquence, il suffit que les mobiles du disposant soient illicites pour que l'opération s'en trouve viciée. Mais l'acte à titre onéreux est, normalement, l'œuvre effective des deux parties, le résultat de leur collaboration; aussi se préoccupe-t-on des mobiles de l'une et de l'autre pour ne retenir que les *mobiles communs*, les mobiles *ex pacto*; c'est seulement si le but poursuivi en commun est illicite que l'acte s'en trouve vicié; et, par exemple, un prêt d'argent consenti par un bailleur de fonds de bonne foi, sera inattaquable encore que la somme empruntée fût destinée, dans l'esprit de l'emprunteur et à l'insu du prêteur, à commettre un acte illicite, voire un crime; la Cour de cassation envisage les mobiles des parties sous l'angle contractuel (Req. 4 juill. 1892, *D. P.* 1892, 1, 500; 17 avril 1923, *D. P.* 1923, 1, 172; Colmar, 18 janv. 1938, *motifs*, *D. H.* 1938, 234). L'opposition est donc très nette à cet égard, entre les actes à titre gratuit et les contrats à titre onéreux.

2° Une seconde différence avait été établie qui a maintenant disparu, quant à la *preuve* des mobiles illicites; autrefois, la jurisprudence n'admettait, pour les actes à titre gratuit, que la preuve *intrinsèque*, fournie par des éléments tirés de l'acte, de l'*instrumentum* lui-même. Mais un revire-

ment s'est produit en 1907; à cette date, la Cour de cassation a proclamé, fort justement, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, quant à la preuve, les deux catégories d'actes, la preuve intrinsèque étant recevable, en principe, pour les uns comme pour les autres. (V. *inf.* t. III, nos 1460, 1541.)

148. Conclusion. — Ainsi est né et s'est développé, à côté et au-dessus de la théorie classique de la cause, un système plus ample et plus psychologique qui fait état, non plus seulement des mobiles abstraits et permanents qui se sont intégrés dans le contrat, mais aussi des mobiles concrets, individuels et variables qui, dans un cas déterminé, dans l'espèce, ont incité les parties à contracter et ont donc été déterminants. L'acte est apprécié en fonction des mobiles qui l'ont inspiré et du but à quoi il tend : le mobile-but retentit sur lui et en fixe, avec la moralité, la valeur juridique; le droit contractuel ne peut être mis au service de l'immoralité; à chacun selon ses intentions et selon le but qu'il poursuit.

§ IV. — *LES CONDITIONS DE FORME*

149. Principe. — En règle générale, les conditions précédemment étudiées suffisent à la formation, à la perfection du contrat : du moment qu'un *consentement* sain s'applique à un ou à plusieurs *objets* et a été déterminé par une *cause*, il donne naissance à un contrat, il devient un contrat, sans qu'aucune formalité spéciale soit à accomplir : les contrats se forment, dans notre droit français, *solo consensu*; ils sont *consensuels*, ce qui signifie deux choses :

1° D'abord, qu'ils ne sont soumis, pour leur *validité*, à aucun formalisme; ils peuvent être conclus verbalement, par lettre, par télégramme, par téléphone;

2° Puis que leur *nature* et leurs *effets* sont, en thèse générale, indépendants de la forme à laquelle les parties ont eu recours : par exemple, un bail ne change pas de nature et ne produit pas des effets différents selon qu'il a été conclu *verbalement* ou que la teneur en a été fixée dans un acte sous seing privé ou dans un acte notarié. Sans doute, la preuve de l'opération sera plus ou moins aisée à administrer, mais l'opération elle-même, à supposer que l'existence en soit établie, aura toujours la même essence et la même valeur.

Cependant des difficultés se sont élevées, pour l'application de ces directives, en ce qui concerne les contrats qui ont revêtu la forme judiciaire, tels les *jugements d'expédient* (V. *inf.* n° 155).

150. Evolution. — Le principe de la *consensualité* des contrats, qui nous semble aller de soi, représente cependant une conquête laborieuse et difficile : c'était un dogme, en droit romain, que le simple consentement ne suffisait pas à lier les parties : *ex pacto actio non nascitur*, disait-on encore à l'époque classique et même au temps de Justinien. Mais, peu à peu, ce formalisme intégral a été délaissé; nombreux sont les contrats qui, tels que la vente ou le louage, y échappent dès avant l'époque classique. Dans notre ancienne France, le principe moderne de la consensualité des contrats se dégage dès le XIII[e] siècle; Beaumanoir déclare, à cette époque, que « *toutes convenances sont à tenir* », et Loysel écrira plus tard : « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, *et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain* ». Désormais, la situation était renversée et le régime de la libre pratique était substitué à celui du formalisme.

151. Dérogations; survivances et renaissance du formalisme. — Précision du sujet. — On a pu noter, de nos jours, des symptômes de la renaissance du formalisme (P. MÆNECLAEY, thèse, Lille, 1914) et cette observation contient une part de vérité; mais il importe d'éviter des confusions, et les dérogations au principe de la consensualité des contrats sont moins nombreuses qu'on ne le pense ordinairement.

1° D'une part, il convient d'éliminer les *formalités de publicité*, lesquelles sont exigées, non point pour la validité d'une convention, mais seulement pour son rayonnement : une vente d'immeubles est sujette à transcription; cependant, elle est parfaitement valable alors même que cette formalité n'aurait pas été observée; seulement l'autorité en serait alors limitée au cercle des parties et des personnes qu'elles représentent. Il n'y a point, dans ce régime, une survivance ou un renouveau du formalisme d'autrefois; et la preuve en est qu'il est établi uniquement pour les actes qui sont de nature à intéresser le public : on publie une vente d'immeubles, on ne publie pas un prêt d'argent. (Pour le *gage*, v. *inf.* n° 1525.)

2° Il est des actes assez nombreux qui sont tributaires du formalisme, mais qui ne sont pas des contrats et qui ne rentrent donc pas dans le champ de notre étude : tel l'acte constitutif d'un *bien de famille* qui implique l'intervention du notaire (L. 12 juill. 1909, art. 6).

3° En outre, il est des actes solennels, qui sont bien des

contrats, mais qui sont relatifs au *droit des personnes* dont nous n'avons pas à nous occuper à cette place : tels l'acte d'*adoption* (*sup.* t. I, n° 1305) ou le *mariage* (*sup.*, t. I, n^os^ 779 et suiv.).

4° Enfin, il existe des contrats relatifs au patrimoine pour lesquels la loi exige la rédaction d'un écrit, notamment la *transaction* (art. 2044, § 2), l'*antichrèse* (art. 2085, § 1), la *société* (art. 1834; c. com. art. 39); le *compromis* (C. pr. art. 1005). Voir aussi, pour le *bail* d'immeubles, l'article 1715 (*inf.* n° 1183).

On serait tenté de qualifier ces contrats de *solennels*; mais cette vue est généralement repoussée et on admet que leur validité n'est pas subordonnée à la rédaction d'un écrit; tout ce que le législateur a voulu, pense-t-on, c'est que l'existence n'en fût pas établie à l'aide de témoignages; *c'est la preuve par témoins que l'on a voulu proscrire*; mais la réalité de la convention résulterait parfaitement de l'*aveu* ou du *serment* (Comp., pour le *bail*, art. 1715, § 2; pour le *compromis*, Req. 9 juin 1868, *D. P.* 1869, 1, 85). L'écrit est exigé *ad probationem* et non *ad solemnitatem*; en tant que *mode de preuve* normale et en méfiance de la preuve testimoniale, non en tant que *condition de validité* de l'opération, laquelle est parfaite par le seul consentement des parties.

152. Dérogations effectives : contrats formels. — Ces éliminations effectuées, il existe un certain nombre de contrats dont la *validité* est subordonnée à l'observation de certaines prescriptions de forme, et que l'on qualifie en conséquence de *contrats solennels*, ou mieux, de *contrats formels* : ils sont à ranger dans trois catégories, selon la nature de la formalité exigée par la loi.

I^re^ catégorie. — Contrats dont la formation est subordonnée à l'intervention d'un officier public. — Dans le domaine des biens, cet officier public est invariablement un *notaire*; l'acte solennel est plus précisément un *acte notarié*. Six contrats du droit civil sont soumis à l'exigence de la forme notariée : la *donation entre vifs* (art. 931); le *contrat de mariage* (art. 1394, § 1); *la convention qui restaure un régime de communauté* précédemment dissous par une séparation de corps ou une séparation de biens (art. 1451, § 2); le *contrat d'hypothèque* (art. 2127); la *subrogation dans l'hypothèque légale de la femme* (L. 23 mars 1855, art. 9); la *subrogation conventionnelle* consentie par le débiteur (art. 1250 - 2°). — Il faut ajouter la cession d'un *brevet d'invention* (L. 5 juil. 1844, art. 20).

152*bis*. — *2e catégorie. — Contrats pour la formation desquels la loi exige la rédaction d'un écrit.* — Il faut citer, dans ce compartiment, les *titres au porteur* et les *effets à ordre*, ainsi que les opérations qui s'y rattachent (émission, acceptation, endossement); les *conventions collectives de travail* (C. Trav. liv. I, titre II, art. 31c, § 1); *la vente d'un bateau*, de mer ou d'eau douce, au moins, pour ce dernier, s'il jauge vingt tonnes (C. com., art. 195, l. 5 juill. 1917, art. 15) ou d'un aéronef (L. 31 mai 1924, art. 12, § 1); la vente *à crédit* d'un *véhicule ou d'un tracteur automobile* (L. 29 déc. 1934, art. 1er); les conventions intervenues entre industriels et commerçants d'une part, et les voyageurs, représentants et placiers d'autre part (C. trav., art. 29*l*, § 1, mod. par l. 18 juill. 1937, art. 2), et aussi, à notre avis, le contrat d'*assurance* ainsi que les avenants qui viennent le modifier (L. 13 juill. 1930, art. 8; *inf.* n° 1380*e*). V. également, pour l'*assurance en cas de décès* contractée par un tiers sur la tête de l'assuré, l'art. 57 de la loi du 13 juill. 1930, relative au contrat d'assurance, et, pour les accords modificatifs d'un *marché à forfait*, *inf.* n° 1302.

153. — *3e catégorie. — Contrats réels.* — Il est des contrats dont la formation est subordonnée à la remise d'une chose par l'une des parties à l'autre, à l'exécution d'une prestation de la part du futur créancier et qui, pour cette particularité, sont traditionnellement qualifiés de *réels* : ils se forment *re* : ce sont le *commodat* ou prêt à usage, (*inf.* n° 1344) le *mutuum* ou prêt de consommation, (*inf.* n° 1342) le *dépôt* (*inf.* n° 1361) et le *gage* (*inf.* n° 1520); et aussi, d'après la jurisprudence, le *transport de marchandises* (*inf.* n° 1291). Le prêt d'argent, par exemple, n'existe que le jour où le prêteur a remis les fonds à l'emprunteur; jusque-là il peut bien y avoir une *promesse de prêt*; il n'y a pas prêt; de même, l'existence du dépôt est subordonnée à la remise de la chose au dépositaire. Bien que le contraire ait été soutenu par M. Vigié, le Code civil s'est conformé sur ce point à la tradition et il ressort des définitions mêmes qu'il donne de ces différentes opérations qu'elles impliquent une livraison en dehors de laquelle elles ne sauraient exister (V. les art. 1875, 1892, 1919 et 2071). Il a été dit, d'ailleurs, au cours des travaux préparatoires, que la remise de la chose par le créancier au débiteur était *de l'essence* du contrat (Fenet, t. XV, pp. 204 et 214).

Il est à noter que le transport des marchandises *en régime international* est à la fois *réel* et *formel*, car les Conventions de Berne exigent et la rédaction d'une lettre de voiture et

l'acceptation de la marchandise par la gare expéditrice (C.I.M. art. 8, § 1).

154. Critique du système du Code civil. — Les diverses catégories de dérogations doivent être appréciées différemment.

1° La première se justifie par d'excellents arguments : l'intervention du notaire assure la conservation de l'acte instrumentaire; elle attire l'attention des parties sur la gravité de l'opération; elle les met à l'abri de surprises, de malentendus, de déceptions. Tout au plus peut-on s'étonner que tels ou tels actes soient traités plus strictement que tels ou tels autres, au point de vue de la forme; qu'il soit théoriquement possible de vendre un immeuble de grande valeur sans rédiger aucun écrit, tandis que l'intervention du notaire est requise pour la constitution de la moindre hypothèque; mais ce sont là des détails de mise en œuvre qui n'intéressent pas, à vrai dire, le principe même de la solennité.

2° La seconde catégorie de dérogations s'explique ou bien par le désir de faciliter la transmission de l'obligation (titres à ordre ou au porteur), ou bien par l'importance, la complexité ou le rayonnement de la convention (contrat collectif de travail, assurance).

3° La dérogation relative aux contrats réels ne mérite pas le même crédit; quoi qu'on ait dit, la formation du prêt du dépôt et du gage n'implique nullement, en raison, la remise au débiteur d'une somme d'argent ou d'un objet; vainement prétend-on, après Pothier, que « l'obligation de rendre la chose ne peut pas naître avant que la chose n'ait été reçue »; l'argument prouve trop, car, s'il était bon, le bail serait à ranger également dans la catégorie des contrats réels, alors que son caractère consensuel est admis dans tous les pays et que le locataire ou le fermier s'engagent ainsi à restituer un local dont ils n'ont cependant pas encore pris possession; et la même observation peut être reproduite pour le transport de personnes qui fait naître, à la charge du voiturier et d'après la jurisprudence actuelle, l'obligation de restituer le voyageur à lui-même, sain et sauf, au point de destination (*inf.* n° 486). C'est qu'il n'y a aucune impossibilité, aucun illogisme même à ce que l'obligation de l'une des parties ne trouve un aliment qu'après la formation du contrat, au lieu qu'il y a quelque subtilité à distinguer entre la promesse de prêt et le prêt, entre la promesse de dépôt et le dépôt, car c'est isoler ce que les parties ont voulu unir en distinguant et en exigeant deux contrats unilatéraux succes-

sifs alors qu'un seul contrat synallagmatique suffirait à concentrer les rapports obligatoires nés à l'occasion de l'opération. En bonne logique, les contrats dits réels, et en conséquence *unilatéraux* ou *synallagmatiques imparfaits*, seraient à traiter comme des *contrats consensuels synallagmatiques*, ainsi que le fait le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 305 et 312).

Il faut donc considérer que ces contrats *réels* sont des contrats solennels ou, tout au moins, *formels* : la remise de la chose y prend la signification d'une formalité et presque d'une solennité, puisqu'on pourrait s'en passer sans aucun inconvénient et qu'elle revêt donc un caractère arbitraire.

155. Contrats judiciaires. Jugements convenus ou jugements d'expédient. — Ces deux catégories, souvent confondues, ont été nettement différenciées par M. Tissier (note *S.* 1909, 1, 305; comp. la note signée E. P. dans *D. P.* 1931, 1, 123) : dans le jugement dit *convenu* ou d'*expédient*, le juge statue; il rend véritablement une décision dans laquelle vient s'absorber la convention des parties; l'acte ne comporte donc pas les causes de nullité établies pour les contrats et il ne peut être attaqué que par les voies de recours ouvertes contre les jugements. Au contraire, dans le *contrat judiciaire*, qui suppose, pour sa formation, « un consentement réciproque des parties et la constatation de cet accord par le juge » (Req. 21 janv. 1936, *D. H.* 1936, 97), ce dernier donne simplement acte aux parties de leur accord, sans rendre de jugement; c'est alors le caractère contractuel qui domine : la forme n'emporte pas le fond. Le tribunal joue, dans ces contrats, un rôle comparable à celui du notaire qui reçoit un acte; il authentique la volonté des parties. Aussi est-il généralement admis que de tels jugements ne comportent pas de voies de recours (V. pour l'*appel*, Req. 10 juill. 1895, *D. P.* 1896, 1, 197), mais qu'à l'inverse ils sont tributaires des causes de nullité établies pour les contrats, notamment à raison de l'erreur substantielle (Civ. 28 janv. 1913, *D. P.* 1913, 5, 48; Req. 4 juin 1931, *D. H.* 1931, 396).

De tels contrats sont évidemment *solennels*, mais d'une *solennité facultative* pour les parties, qui auraient pu, en général, aussi bien passer leur accord par acte sous seing privé (V. sur les jugements convenus, la note de M. Glasson, *D. P.* 1886, 2, 73).

Section III. — PREUVE DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS

156. Sources. — Articles 1315 à 1369 (Livre III, titre III, chapitre VI).

Bibliographie. — Bonnier, *Traité des preuves en droit civil et en droit criminel*; Aubry et Rau, 5e édit., t. XII, révisé par E. Bartin; Glasson et Tissier, *Traité de procédure civile*, 3e éd., t. II, nos 592 et suiv.

157. Généralités. — Les *preuves*, ou *modes de preuve* sont les procédés à l'aide desquels on peut établir l'existence des droits, soit, le plus souvent, à l'occasion d'un litige, soit aussi en dehors de toute contestation : c'est ainsi que celui qui veut contracter mariage doit démontrer qu'il a atteint l'âge de la puberté, et, de plus, s'il est mineur, qu'il est pourvu du consentement des personnes qualifiées pour l'habiliter, ou encore, s'il a déjà été marié, que la précédente union a été dissoute par le décès de l'autre conjoint ou par le divorce.

Pratiquement, l'importance de la preuve est extrême : la forme réagit sur le fond; n'avoir point de droit, ou, en ayant un, ne pas pouvoir en établir l'existence, c'est tout un. Mais théoriquement, le droit et la preuve sont des notions distinctes; leur indépendance s'affirme par exemple lorsque l'acte instrumentaire, destiné à faire preuve, est nul; le droit dont il constatait l'existence ne se trouve pas atteint par ce contretemps; la réalité en pourra sans doute être établie par d'autres modes de preuve : témoignages, présomptions, aveu, serment.

158. Critique de la méthode du Code civil. — Les rédacteurs du Code civil, s'inspirant de Pothier, ont réglementé les preuves à propos des *obligations*; ils ont ainsi abordé le sujet par un seul côté au lieu de le dominer, comme il aurait convenu; car ce n'est pas seulement à propos des obligations que se pose le problème de la preuve, mais aussi à l'occasion des droits réels, des droits de famille, de la capacité et de l'état des personnes, en un mot au sujet de toutes les situations juridiques, quelles qu'elles soient. Aussi le législateur a-t-il été amené, par la force des choses, à poser, à propos de la preuve des obligations, des principes qui ont une *valeur générale*, réserve faite des déformations

qu'ils subissent dans leur adaptation à des situations spéciales, par exemple en matière de filiation ou de mariage.

159. Rappel de notions essentielles.

1° Notre législation admet toute une série de modes de preuve dont elle précise le statut et qui sont : 1. la *preuve littérale*; 2. la *preuve testimoniale*; 3. les *présomptions*; 4. l'*aveu*; 5. le *serment*; 6. la *constatation matérielle des faits (descente sur les lieux et expertise)*; 7. la *commune renommée*; 8. la *notoriété*.

2° Notre législateur a proscrit en principe le système des *preuves légales*, par dosage et par hiérarchie des moyens probatoires. C'est ainsi que la règle *testis unus testis nullus* a été écartée : un seul témoignage, s'il émane d'une personne qualifiée et digne de confiance, pourra suffire à éclairer le tribunal et à emporter sa décision; les témoignages sont pesés et non plus comptés; la conviction du juge doit se former librement et non pas mécaniquement. Toutefois, il y a lieu d'observer :

a) Que le législateur a accordé parfois la prépondérance à tel mode de preuve par rapport à tel autre. C'est ainsi que la preuve par témoins ne peut être utilisée à l'encontre d'un écrit (art. 1341, *inf.* n° 208);

b) Que le juge doit former sa conviction uniquement avec les renseignements et témoignages qui ont été produits au grand jour de l'audience, et à l'exclusion de ceux qu'il pourrait avoir recueillis personnellement, officieusement, en dehors du prétoire (Req. 30 déc. 1911, *S.* 1912, 1, 148, *D. P.* 1912, 1, 158; Civ. 7 mars 1922, *S.* 1922, 1, 220).

3° Le système des preuves, encore qu'il ne soit pas un système de preuves légales, s'impose et au *juge* qui ne doit former sa conviction que d'après les procédés d'information admis par la loi (Civ. 29 nov. 1932, *S.* 1933, 1, 70), et aux *parties*, qui ne sauraient, en principe, destituer tel mode de preuve de la force qui lui a été attribuée par le législateur, ou, à l'inverse, lui reconnaître une force supérieure. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que nous pouvons disposer des droits *qui sont dans notre patrimoine* et qu'à ce titre nous devons donc pouvoir en subordonner l'acquisition ou la perte à un mode de preuve déterminé, en thèse générale tout au moins.

4° Le fardeau de la preuve incombe au demandeur : *actori incumbit probatio* (art. 1315); mais, si le défendeur prend à son tour l'offensive, le fardeau probatoire se trouve déplacé dans la mesure où le débat est porté sur un terrain nouveau;

reus excipiendo fit actor; et ainsi de suite; il appartient à chacun de faire la preuve des allégations qu'il produit en justice. Cette règle de logique et d'équité est cependant écartée lorsque la loi vient au secours d'un plaideur au moyen d'une présomption qu'elle établit en sa faveur : la *présomption légale* se ramène, en définitive, à une *dispense de preuve* (*sup.*, t. I, n° 169; *inf.* n^{os} 219 et suiv.).

160. Plan. — Nous étudierons d'abord la *preuve littérale*, qui est le mode de preuve par excellence; après quoi nous traiterons des autres procédés probatoires; enfin, dans un appendice, des présomptions légales.

§ I. — *LA PREUVE LITTÉRALE*

161. Définition. — Avantages de ce mode de preuve. — La preuve littérale est celle qui s'administre au moyen d'un *écrit* (*litteræ*), lequel avait été rédigé, sinon toujours, du moins le plus souvent, en vue de jouer ce rôle.

Ce mode de preuve a les préférences du législateur; il constitue le procédé probatoire par excellence; ses avantages sont nombreux.

1° Il a un caractère *préconstitué* : la preuve écrite a été ménagée à l'avance et antérieurement à toute contestation; elle n'a pas été improvisée pour les besoins de la cause; à ce titre, elle se présente sous des auspices favorables; sa *crédibilité* est justifiée [1].

2° L'écrit est ordinairement sincère et exact; à la différence des témoignages, il n'est guère susceptible d'être corrompu ou sollicité pour les besoins de la cause; il a une valeur *objective* qui n'est point attachée aux dépositions des témoins, sujettes à variations et à contradictions, à erreurs, conscientes ou involontaires. Le faux en écriture est très rare; l'erreur, le *lapsus calami*, peu fréquente.

3° Tandis que les autres preuves sont susceptibles de s'altérer et même de disparaître sous l'action du temps, la preuve littérale demeure; réserve faite de circonstances accidentelles

[1] Il existe une espèce de preuve préconstituée qui n'est point une preuve écrite : elle est prévue dans l'art. 1333 sous le nom de *tailles* : des encoches sont pratiquées dans deux morceaux de bois rapprochés dont l'un, la *taille*, reste aux mains du fournisseur, alors que l'autre, l'*échantillon* est gardé par le client ; la taille tire sa valeur probante de sa concordance parfaite avec l'échantillon. Cette pratique est encore usitée pour les fournitures des boulangers. Sous le bénéfice de cette réserve, preuve préconstituée et preuve litérale sont synonymes.

assez rares, l'écrit résiste aux injures du temps et sa valeur probatoire ne diminue aucunement avec les années.

162. Différentes variétés de preuve littérale. — Les actes écrits sont à diviser, quant à leur force probante, en plusieurs catégories.

1° Il en est qui sont *signés*, qui doivent l'être, à peine d'inefficacité, tandis que d'autres ne comportent pas la signature de leur auteur. Les premiers seuls ont été rédigés dans la pensée bien arrêtée de servir d'instruments de preuve; les autres, qui correspondent à un autre but, qui sont dressés pour des raisons d'ordre d'intérieur, de méthode, de comptabilité, jouent, par surcroît et à l'occasion, le rôle d'instruments probatoires. Il en va ainsi : 1° des *livres des commerçants* qui font foi dans les rapports des commerçants entre eux et aussi, dans les rapports entre commerçants et non commerçants, *contre* les commerçants (art. 1329 et 1330); 2. des *registres* et *papiers domestiques* : la loi leur confère une vertu probatoire pour certaines fins particulières (art. 46, 324; *sup.*, t. I, n^{os} 292 et 1025). En dehors de dispositions spéciales de ce genre, il faut admettre que ces registres et papiers font foi *contre* ceux dont ils émanent, mais *jamais à leur profit*, nul ne pouvant se créer un titre à soi-même de par sa seule volonté; 3. des *mentions inscrites par un créancier sur un titre ou sur une quittance*, en tant qu'elles tendraient à établir la libération du débiteur (art. 1332) : par exemple, le créancier a mentionné, sur le titre resté en sa possession, qu'il a reçu un acompte du débiteur.

Les *lettres missives* sont naturellement signées; mais elles n'ont pas toujours été écrites en vue de constater la formation d'un contrat; elles n'en remplissent pas moins leur fonction probatoire, à supposer que leur caractère confidentiel ne s'oppose pas à leur utilisation, par l'une des parties ou par un tiers (V. Gény, *Les droits sur les lettres missives*).

163. — 2° Les actes signés se subdivisent en actes *primordiaux*, d'une part, et actes *récognitifs* ou *confirmatifs*, d'autre part.

L'acte *primordial* est celui qui a été dressé lors de l'établissement de la situation juridique qu'il a pour but de constater, tandis que l'acte *récognitif* est rédigé par la suite, soit afin de remplacer le titre primordial qui a disparu, soit pour interrompre la prescription au moyen de la reconnaissance des droits du créancier ou du propriétaire ou du titulaire d'un droit réel quelconque; quant à l'acte *confirmatif*,

dont il sera question à propos de la confirmation des contrats (*inf.* n° 347), il a pour but de prouver la confirmation d'un acte qui était atteint d'une nullité relative.

L'acte récognitif a des significations différentes selon les éventualités : 1. si l'acte primordial a disparu, il peut en tenir lieu et faire preuve à sa place, mais seulement s'il en reproduit la teneur (art. 1337, § 1) ; 2. si l'acte primordial a subsisté, c'est lui et lui seul qui continue à faire foi ; d'une part, la production de l'acte récognitif ne dispense pas de celle de l'acte primordial (art. 1337, § 1) ; d'autre part, les mentions supplémentaires contenues dans le titre récognitif sont sans aucune valeur (art. 1337, § 2). On peut se demander quelle peut être alors l'utilité d'un titre de ce genre : il aura l'avantage d'interrompre la prescription.

164. — 3° Enfin, les actes signés peuvent être répartis, à un autre point de vue, en *actes publics* ou *authentiques* et en *actes privés* ou *sous seing privé* : c'est la distinction fondamentale, à laquelle nous nous arrêterons; elle nous fournira l'occasion d'un parallèle constant entre ces deux catégories essentielles.

Actes privés et actes authentiques (ou publics)

165. Définitions. — Plan. — L'*acte privé* ou *sous seing privé* est celui qui a été rédigé par un ou par des particuliers, en cette qualité; l'acte *authentique* ou *public* est celui qui est reçu par un *officier public* ayant le droit d'instrumenter, tant en considération du lieu que de la nature de l'acte, et avec les solennités requises (art. 1317). Ces officiers publics sont, en principe et d'abord, les *notaires*, dont la compétence est générale, du moins *ratione materiae*, puis les *officiers de l'état civil*, les *greffiers*, les *huissiers*, mais pour certains actes seulement qui rentrent dans leur ministère; et, à l'étranger, les *consuls*.

Entre ces deux catégories d'actes, les différences abondent; c'est ainsi que les actes authentiques sont très souvent doués de la *force exécutoire*, dont les actes privés sont totalement dépourvus : le créancier, qui est armé d'un acte notarié, peut procéder d'emblée à la saisie des biens de son débiteur, au lieu que, s'il n'avait entre les mains qu'un acte privé, il devrait au préalable obtenir un jugement contre son obligé. C'est là une différence capitale, mais que nous laissons désormais de côté pour nous confiner dans notre sujet qui est

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F.

celui des preuves. Nous comparerons les actes privés et les actes publics :

1° Dans leurs *formes*;

2° Quant à leur *vertu probatoire*;

3° Quant à leur *utilisation* et à leur *conservation*.

N° 1. — Les actes authentiques et les actes privés comparés dans leurs formes

I

Actes authentiques et actes notariés

166. — Les actes authentiques ne sont pas nécessairement des actes notariés, puisque, nous l'avons vu, ils peuvent émaner de certains autres officiers publics; mais, en fait, ce sont les notaires qui confèrent l'authenticité à la plupart des actes juridiques dont leurs auteurs ne veulent pas se contenter de la forme privée; ils jouissent, en effet, d'un monopole très étendu, pour tous les actes sans distinction, alors que la compétence des autres officiers publics est limitée à des opérations déterminées; ils confèrent l'authenticité non seulement aux actes pour lesquels la forme notariée est obligatoire, mais aussi, en fait, à nombre d'actes pour lesquels la forme privée est admise par la loi, notamment pour les ventes d'immeubles, les actes de société et les partages; pratiquement, la plupart des contrats très importants sont reçus par eux.

Le notariat a été réorganisé par la loi du 25 ventôse an XI; des réformes de grande importance ont été réalisées, tant pour l'organisation du notariat que pour la rédaction des actes notariés, par les lois du 21 juin 1843, du 12 août 1902, du 21 février 1926, du 24 février 1928, du 14 mars 1928 et du 20 décembre 1933.

167. Formalités de rédaction.

1° L'acte doit être rédigé sur papier timbré;

2° Il doit être écrit en français;

3° Il doit être rédigé en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviations, blanc, lacune ni interligne (art. 15, L. 25 ventôse an XI). Les renvois, apostilles, surcharges, ratures, sont l'objet d'une réglementation minutieuse;

4° Il doit être signé par le notaire, les parties et les témoins, *après lecture faite*; si l'une des parties déclare ne pouvoir ou ne savoir signer, mention de sa déclaration doit être faite

dans l'acte, avec indication de la cause qui l'empêche de signer;

5° *Nombre des notaires.* — Traditionnellement, les actes notariés devaient être reçus par deux notaires, à savoir le notaire-rédacteur et un notaire en second (ou deux témoins), dont la présence réelle était exigée par la loi du 25 ventôse an XI. Mais la pratique s'introduisit de faire recevoir l'acte par le seul notaire-rédacteur, qui l'envoyait ensuite chez son collègue le notaire en second — ou chez les témoins — à fin de signature. Or, il advint que la Cour de cassation décida que les actes ainsi dressés étaient nuls, bouleversant ainsi des intérêts forts respectables et provoquant une vive émotion dans le monde du notariat: C'est alors que le législateur intervint : 1° Pour valider les actes antérieurement passés dans ces conditions irrégulières; 2° Pour limiter, à l'avenir, la présence *réelle* du second notaire ou des deux témoins instrumentaires (lors de la réception) à un petit nombre d'actes : la donation entre vifs, les donations entre époux, la révocation de donations et de testaments, la reconnaissance d'enfant naturel, les procurations données en vue de ces actes. Telle fut l'importante réforme réalisée par la loi du 21 juin 1843.

Puis, la loi du 12 août 1902 a poussé le libéralisme plus loin en décidant que les actes notariés pourraient être reçus par un seul notaire, mais sous le bénéfice d'importantes dérogations :

a) Le testament demeure soumis aux règles spéciales du Code civil (ar. 971, qui exige la présence de deux notaires et de deux témoins, ou d'un notaire et de quatre témoins).

b) Pour les actes visés par la loi du 21 juin 1843 (donation entre vifs, etc.), la présence d'un second notaire — ou de deux témoins — est bien toujours requise, mais seulement lors de la lecture de l'acte et de la signature des parties.

c) Quant aux actes dans lesquels les parties ou l'une d'elles ne savent ou ne peuvent signer, la loi exige la signature d'un second notaire ou de deux témoins.

Au cas de mariage d'un mineur, l'acte destiné à constater le dissentiment des personnes qualifiées pour donner l'autorisation requise, est dressé par un seul notaire qui instrumente sans aucun concours (art. 154, § 1).

6° *Les témoins.* — En ce qui les concerne aussi, la loi se montre de moins en moins exigeante : on ne demande plus qu'ils soient du sexe masculin ni qu'ils soient domiciliés dans la commune ou dans l'arrondissement; la femme peut jouer le rôle de témoin instrumentaire, sous le

bénéfice de cette réserve que le mari et la femme ne peuvent pas être témoins ensemble dans le même acte (L. 25 ventôse an XI, art. 9, modif. par L. 12 août 1902). On exige seulement que les témoins soient Français et majeurs, qu'ils sachent signer, qu'ils aient la jouissance de leurs droits civils et qu'ils ne soient pas parents ou alliés ou serviteurs des parties ni du notaire à un degré trop proche (L. 25 ventôse an XI, art. 8 et 10).

7° L'acte notarié est soumis aux formalités du *timbre* et de l'*enregistrement* (L. 22 frimaire an VII, art. 20).

168. Ecriture. — Jusqu'à ces dernières années, les actes notariés devaient être écrits à la main; une loi du 21 février 1926 est venue décider qu'ils seraient « *sous la responsabilité du notaire, soit écrits à la main, soit dactylographiés, imprimés, lithographiés ou typographiés, au moyen d'une encre noire indélébile d'une composition approuvée par la chancellerie...* ». Ce sont donc tous les procédés de reproduction mécanique qui sont ainsi autorisés par le législateur moderne (art. 1er de la loi du 21 fév. 1926, modifiant l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI; Comp. le D. du 27 août 1926 et l'arrêté ministériel du 4 avril 1927).

168*bis*. Légalisation. — Jusqu'à une époque récente, les actes notariés devaient être *légalisés* par le président du tribunal (L. 25 ventôse an XI, art. 28). Cette formalité a été supprimée, en principe, par une loi du 20 décembre 1933, modificatrice dudit article 28; désormais, la légalisation ne devient nécessaire que si l'acte est produit devant les autorités étrangères, et sauf conventions internationales en sens contraire; la légalisation est alors assurée par le président du tribunal de première instance de la résidence du notaire, et, en outre, pour les notaires ne résidant pas au chef-lieu judiciaire, par le juge de paix du canton de leur ressort.

169. Minutes et brevets. — Les actes notariés sont de deux sortes : on distingue les *minutes* et les *brevets*. La minute demeure dans l'étude du notaire qui se contente d'en délivrer des copies, tandis que le brevet est remis aux parties. En général, les actes importants doivent être rédigés en minute (donation entre vifs, contrat de mariage, testament, etc.); la forme du brevet a ce grave inconvénient de ne point assurer la conservation de l'acte; elle n'est admise que pour les actes les moins importants : actes de notoriété,

procurations; cependant, le contrat hypothécaire peut être passé en brevet (*inf.* n° 1684).

II

Actes sous seing privé

170. Principe de la liberté. — Les parties jouissent d'une très grande latitude pour la rédaction d'actes sous la forme privée : c'est librement qu'elles font le choix du *papier*, de l'*écriture*, de la *langue*, des *formules* et du *style*; il n'est même pas nécessaire, en thèse générale, que l'acte soit *daté*, réserve faite du testament olographe (art. 970), lequel n'est d'ailleurs pas un contrat, mais un acte essentiellement unilatéral. Quant aux formalités du *timbre* et de l'*enregistrement*, elles appellent cette double observation, d'abord qu'elles ne sont pas requises en principe, mais seulement pour certaines opérations (c'est ainsi que les actes constatant la formation de contrats synallagmatiques, tels que les baux d'immeubles, doivent être enregistrés), puis que leur observation n'est jamais prescrite à peine de nullité; les parties contrevenantes encourent des *amendes*, mais le titre n'en possède pas moins toute sa valeur probatoire.

171. La signature. — En définitive, une seule formalité est indispensable *pour tous les écrits destinés à servir de preuve*, et notamment pour tous ceux qui sont rédigés à l'occasion de la formation d'un contrat, et c'est la *signature* de l'auteur ou des auteurs de l'acte, des parties; l'acte doit intervenir sous signature privée, *sous seing privé*; en l'absence de cet élément, il ne vaudrait même pas en tant que commencement de preuve par écrit (Voy. cependant ce qui est dit *inf.* n° 215).

La signature ne saurait être constituée par de simples marques, ni par une croix (Req. 8 juill. 1903, *D. P.* 1907, 1, 507), ni par des empreintes digitales (Civ. 15 mai 1934, *D. H.* 1934, 329, S. 1935, 1, 9, note H. Rousseau); elle doit figurer *au bas de l'acte* (Riom, 19 mars 1894, *D. P.* 1895, 2, 340); mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit apposée au bas de chacune des pages (même arrêt), ni qu'elle soit reproduite pour les additions et renvois en marge, lesquels ne sont même pas assujettis à la formalité du paraphe (Lyon, 11 juill. 1894, *D. P.* 1896, 2, 32).

Enfin, la signature peut être donnée *à l'avance*, sous

forme de *blanc-seing*. C'est là une pratique dangereuse, puisque le signataire s'en remet entièrement à la loyauté de la personne qui remplira ensuite le blanc de l'acte et qu'il risque donc d'avoir signé, à son insu et les yeux fermés, des clauses imprévues et difficilement prévisibles; mais la régularité du procédé est couramment admise (arg. art. 407 C. pén.; Comp. Crim. 27 avril 1928, *D. P.* 1929, 1, 46), et les inconvénients en sont d'ailleurs tempérés par l'exigence de la mention « bon pour » ou « approuvé ».

V. André Plas, *La signature*, thèse, Poitiers, 1935.

172. Formalités spéciales exigées pour les écrits destinés à faire preuve d'une convention. — Lorsque l'écrit sous seing privé a été rédigé en vue de faire preuve d'une convention, et notamment d'un contrat, la loi exige l'observation de certaines formalités en l'absence desquelles il ne remplirait pas sa fonction probatoire. Ces formalités, *complètement étrangères aux actes notariés*, sont destinées à assurer aux parties *l'égalité de traitement* et à éviter les *fraudes*; elles varient selon que la convention dont la preuve est en jeu est synallagmatique ou bien unilatérale; nous rencontrons ici un des intérêts, précédemment signalés, que présente cette classification des contrats; pour les conventions synallagmatiques, c'est la formalité de l'*original multiple*, qui est requise par le Code civil; pour les conventions unilatérales, la loi exige la mention du « *bon pour* » ou « *approuvé* ».

173. I. Conventions synallagmatiques; formalité du double. — Lorsqu'un acte instrumentaire se refère à la formation d'une convention synallagmatique, la loi veut qu'il soit fait « *en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct* » (art. 1325, § 1); c'est la formalité dite du *double* ou de l'*original multiple*. Elle puise sa raison d'être dans la nécessité d'assurer aux parties une situation égale quant à la preuve; il ne faut pas que l'une d'elles ait entre les mains un instrument probatoire alors que les autres en seraient démunies, sinon ces dernières se trouveraient à la merci de celle-là qui pourrait, au gré de ses intérêts, soit se réclamer de l'existence du contrat, soit en nier la conclusion; et, par exemple, il ne faut pas que le vendeur possède seul l'unique exemplaire de l'acte écrit, car il pourrait alors, suivant les circonstances et selon que l'affaire s'affirme bonne ou mauvaise pour lui, en imposer

l'exécution à l'acheteur ou bien faire table rase de la convention en détruisant l'écrit probatoire ou en le dissimulant.

174. Conséquences qui découlent des motifs sur lesquels repose la règle. — Il est très important de déterminer ainsi la base sur laquelle repose l'exigence de l'original multiple; d'importantes conséquences en résultent :

A. *Quant au domaine d'application de la règle.* — La nécessité du double n'existe que dans la mesure des besoins auxquels elle doit pourvoir.

1° C'est ainsi que, pour en délimiter le domaine ou pour en faire l'application, on doit se préoccuper, non pas du nombre des parties *ayant un intérêt distinct*, comme le dit inexactement l'article 1325 dans son premier alinéa, mais bien du nombre des parties *ayant des intérêts opposés*, ce qui est tout autre chose. Qu'on suppose une vente consentie à l'acheteur par plusieurs copropriétaires de la chose, trois par exemple : deux exemplaires suffisent, un pour l'acheteur et un autre pour les trois vendeurs dont les intérêts sonet convergents; on n'imagine pas que l'un d'eux puisse avoir intérêt à prouver l'existence de la vente alors que les autres nieraient qu'elle eût été passée; il y a deux camps opposés; chacun d'eux devra être muni de l'instrument probatoire, c'est-à-dire d'un exemplaire de l'acte écrit. C'est d'ailleurs la solution donnée par le *deuxième alinéa* qui rectifie la formule inexacte du premier « *Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt* »;

2° Pour savoir si l'article 1325 est applicable, il faut prendre en considération, moins le caractère synallagmatique de la convention que *la coexistence d'obligations réciproques entre les parties*, car c'est de cette coexistence que naît le danger auquel pourvoit la formalité du double; en conséquence, si l'acheteur paie le prix au moment de la signature, un seul exemplaire suffira car il n'y a plus désormais qu'un seul obligé, le vendeur, et c'est entre les mains de l'acheteur que cet exemplaire devra se trouver (Req. 14 mars 1906, motifs; *S.* 1906, 1, 317; Bordeaux, 1er avril 1889, *D. P.* 1890, 2, 15). Inversement, si un prêt d'argent se conjugue avec la remise en gage d'un objet, l'acte doit être dressé en double, car il constate une opération qui, même si on la dédouble en deux contacts unilatéraux, fait naître des obligations à la charge des deux parties (Civ. 8 mars 1887, *S.*. 1890, 1, 257, note Lyon-Caen; *D. P.* 1887, 1, 264);

3° Les actes écrits se référant à la preuve d'un contrat dit *synallagmatique imparfait* ne sont pas soumis à l'exigence

du double, car un tel contrat est en réalité unilatéral; par lui-même, il ne fait naître des obligations que d'un seul côté (*sup.* n^os^ 24 et 25);

4° Les *actes notariés* échappent à l'application de l'article 1325, comme aussi les *jugements* dans les cas où ils constatent la conclusion d'un contrat. La minute ou la teneur du jugement demeurent dans l'étude du notaire ou au greffe du tribunal, en sorte que l'égalité quant à la preuve est assurée entre les parties;

5° C'est pour la même raison que les parties ont le moyen d'échapper, *même pour les actes sous seing privé*, à la formalité du double : il leur suffirait de déposer l'original unique entre les mains d'un tiers qui serait chargé de le conserver dans leur commun intérêt; l'égalité de traitement, quant à la preuve, est ainsi réalisée, par un procédé que le Code civil n'envisage pas, mais dont la régularité a toujours été reconnue (Civ. 11 déc. 1871, *D. P.* 1872, 1, 91; 10 déc. 1884, *D. P.* 1885, 1, 66, *S.* 1885, 1, 166).

175. B. *Quant à la sanction de la règle.* — Elle se résume dans les trois propositions suivantes :

1° Si un seul exemplaire a été dressé alors que la loi en exigeait plusieurs, la convention n'en demeure pas moins valable; *la preuve ne réagit pas, théoriquement du moins, sur le fond du droit.* La sanction n'intéresse que l'acte écrit et elle consiste en ceci qu'il est privé de sa force probatoire : il ne fait pas preuve de l'opération qu'il était destiné à constater et *dont la réalité pourra être démontrée par d'autres moyens*;

2° La nullité dont l'acte écrit se trouve alors entaché est une nullité d'ordre intérieur qui ne peut être invoquée que par les parties contractantes, à l'exclusion des tiers (Civ. 22 oct. 1900, *D. P.* 1901, 1, 69) et qui disparaît par la confirmation, notamment par l'exécution de la convention (Req. 4 fév. 1930, *S.* 1932, 1, 301), alors même que cette exécution ne serait que partielle (Amiens, 14 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 70);

3° L'acte instrumentaire irrégulier peut du moins être utilisé en tant que commencement de preuve par écrit (*inf.* n° 214; Paris, 3 déc. 1892, motifs; *D. P.* 1893, 2, 71; *S.* 1893, 2, 71; Besançon, 1^er^ fév. 1893, *D. P.* 1893, 2, 590).

176. Mention du double. — Il ne suffit pas que l'acte écrit ait été rédigé en double; la loi veut encore que chacun des exemplaires contienne « *la mention du nombre des*

originaux qui en ont été faits » (art. 1325, § 3). De cette façon, on se rendra aisément compte si la formalité du double a bien été observée.

Cette mention est elle-même requise à peine de nullité de l'acte en tant qu'instrument de preuve, mais avec cette particularité que la nullité est alors couverte, au regard de chaque partie, par l'exécution qu'elle fournit de la convention en ce qui la concerne (art. 1325, § 4; Req. 27 avril 1936, *D. H.* 1936, 282).

177. II. **Conventions unilatérales; formalité du « bon pour » ou « approuvé ».** — Lorsqu'un contrat ne fait naître des obligations que d'un seul côté, la formalité du double exemplaire n'est plus exigée; elle ne répondrait plus à rien puisqu'il n'y a qu'un seul créancier, nul ne cumulant les deux qualités de créancier et de débiteur. Mais une autre formalité, correspondant à une autre préoccupation, peut devenir alors nécessaire; elle est connue sous le nom de : formalité du « *bon pour* » ou de l' « *approuvé* »; le Code civil exige, si l'*instrumentum* n'est pas écrit en entier de la main du débiteur, que la signature de celui-ci soit précédée de la mention, *écrite en toutes lettres, de sa main*, de l'objet de son obligation : « *bon pour mille francs* »; « *bon pour vingt hectolitres de blé* ». Ainsi seront évités les *abus de blanc-seing*; on ne verra pas un créancier se faire remettre par son débiteur un acte signé en blanc et qu'il remplirait ensuite à son gré en majorant l'objet de la dette, en inscrivant par exemple mille francs au lieu de cinq cents (art. 1326).

Les mots « *bon* » ou « *approuvé* » ne sont d'ailleurs pas sacramentels; ils pourraient être suppléés par des expressions équivalentes.

178. Domaine d'application de cette formalité. — La mention du « *bon pour* » ou « *approuvé* » n'est obligatoire que si certaines conditions se trouvent réunies dans le contrat, dans la dette et chez le débiteur.

1° *Dans le contrat :* c'est seulement si le contrat est *unilatéral*, ou, ce qui revient au même, *synallagmatique imparfait*, que l'article 1326 trouve son application; les contrats synallagmatiques, soumis à la formalité du double, échappent à celle du *bon pour*. Cependant, il est d'usage, et notamment de pratique bancaire constante, que l'acte de *mandat*, même salarié, soit revêtu de la mention consacrée, précédant immédiatement la signature du mandat « *Bon pour procu-*

ration » (V. *inf.* n° 1409) ; et même, pratiquement, le « bon pour » figure dans les quittances et dans les autorisations, donc dans des actes qui ne sont point des contrats; il semble que la pratique se soit ici ingéniée à renchérir sur les exigences de la loi (V. Lalou, *La « solennisation » des actes sous seing privé, ou des exigences abusives du « bon pour »*, *D. H.* 1933, Chr. p. 33). Il a d'ailleurs été jugé que la formalité de « bon pour » n'est requise que dans les actes « contenant obligation », donc à l'exclusion des quittances (Civ. 6 janv. 1936, *D. H.* 1936, 115).

2° *Dans la dette.* — Il faut que l'obligation ait pour objet « *une somme d'argent ou une chose appréciable* » (art. 1326, § 1), et les derniers mots visent les choses dont l'importance peut se traduire par un chiffre, par une *quantité*, ainsi qu'il ressort des derniers mots du premier alinéa du texte : tant de sacs de blé, d'hectolitres de vin, d'actions ou d'obligations de telle société.

C'est dire que l'article 1326 est inapplicable : 1. aux obligations de *corps certains*; 2. et, sauf controverse, aux obligations dont le chiffre est *indéterminé* au jour où l'acte instrumentaire est rédigé; cette dernière exclusion nous paraît commandée par la teneur du texte qui veut que la mention du *bon pour* se réfère à une somme ou à une quantité. Cependant, la jurisprudence est assez constamment établie en sens contraire; la Cour de cassation a eu à s'occuper de la question à propos du cautionnement d'une dette indéterminée et elle a jugé que la mention du *bon pour* était alors obligatoire (Req. 16 fév. 1892, *S.* 1893, 1, 409, *D. P.* 1892, 1, 248; *contra*, Douai, 29 janv. 1903, *S.* 1904, 2, 125).

3° *Chez le débiteur* (art. 1326, § 2). — La règle de l'article 1326 n'est écrite :

a) Ni pour les *marchands*, c'est-à-dire les commerçants, et cela, à notre avis, sans distinguer entre les engagements se référant à leur négoce et ceux qui y sont étrangers : on a considéré que les négociants ont une expérience des affaires qui rend superflue toute mesure de protection de ce genre (*Sic.* Req. 30 juill. 1868, *S.* 1869, 1, 28, *D. Rép. supp.* v° *Obligations*, n° 1711) ;

b) Ni pour les *artisans*, *laboureurs*, *vignerons*, *gens de journée et de service* : ceux-là auraient besoin, à la différence de la catégorie précédente, d'être protégés; mais le législateur a considéré qu'ils ne possèdent pas, en général, une instruction leur permettant de procéder à des écritures. C'est dire qu'il s'agit là d'une disposition anachronique, appelée

à disparaître un jour en conséquence de la diffusion de l'instruction élémentaire.

179. Sanction. — Bien qu'on en ait douté, la sanction est exactement la même que pour la formalité du double : les deux dispositions vont de pair. En l'absence du *bon pour*, l'acte est frappé de nullité en tant qu'instrument de preuve; mais, d'une part, cette nullité est d'ordre privé, d'ordre intérieur et n'appartient qu'aux parties (*sup.*, n° 175); d'autre part, le contrat demeure susceptible d'être prouvé par tous autres modes : aveu, serment, voire même témoignages, car l'écrit irrégulier a du moins la valeur d'un commencement de preuve qui rend la preuve testimoniale recevable même au-dessus de cinq cents francs.

N° 2

Les actes authentiques et les actes privés comparés dans leur vertu probatoire

180. I. Les actes authentiques. — Ces actes sont doués d'une force probante singulière que l'on définit juridiquement en disant qu'ils font foi *jusqu'à inscription de faux*; ce qui signifie que celui qui en conteste l'exactitude ou la sincérité doit recourir, pour en faire écarter l'autorité, à une procédure exceptionnelle : il doit *s'inscrire en faux* au greffe du tribunal et engager ainsi une procédure qui présente pour lui des difficultés et des périls particuliers : la loi institue une série de formalités et exige que le demandeur obtienne successivement trois jugements rendus en sa faveur; il doit donc subir une suite d'épreuves et en sortir invariablement triomphant (C. pr., art. 214 à 251); de plus, s'il vient à succomber, il encourt une amende de *trois cents francs au moins* et il peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts envers son adversaire (C. pr., art. 246) : la procédure a donc un caractère *pénal*.

181. — Cette crédibilité exceptionnelle dont bénéficient les actes authentiques s'affirme dans deux directions :

1° *Quant à l'origine de l'acte.* — L'acte authentique, qui se présente sous les auspices de signes extérieurs publics — cachets, timbres, signature d'un officier public — porte en lui-même sa marque d'origine; la loi présume qu'il émane effectivement de l'officier public dont il porte les insignes et la signature; il est, à lui-même, son propre introducteur

et son garant; l'apparence est tellement éloquente qu'elle est considérée comme correspondant à la réalité; celui qui veut en démontrer le caractère apocryphe doit s'inscrire en faux. Il ne faut pas qu'un acte revêtu d'une forme publique puisse être facilement taxé de contrefaçon; provision est due, si l'on peut dire, à l'uniforme dont il est revêtu; il y va de l'intérêt de la société elle-même.

182. 2° *Quant aux énonciations contenues dans l'acte.* — A cet égard, une distinction classique doit être établie entre les énonciations qui émanent de l'officier public lui-même et celles qui proviennent de simples particuliers : les premières participent de l'autorité qui s'attache aux fonctions de leur auteur, du moins en tant qu'elles constituent la constatation d'un fait matriel; en contester l'exactitude, c'est, du même coup, accuser l'officier public et, par exemple, le notaire, d'avoir commis une erreur, volontaire ou non. Or, il importe à la société que ses organes attitrés soient crus sur parole; c'est pourquoi cette première catégorie d'énonciation fait foi *jusqu'à inscription de faux*; et tel est le cas notamment de la *date* qui aura été apposée, invariablement, par le rédacteur de l'acte : celui qui la prétendra inexacte devra recourir, pour la rétablir dans sa sincérité, à la procédure lente, compliquée et dangereuse de l'inscription de faux.

Mais il en va autrement : 1. des mentions qui, tout en émanant de l'officier ministériel, ne sont, de sa part, que l'expression d'une opinion personnelle, comme la déclaration que le destinataire d'un exploit n'a pas de domicile connu (Crim. 16 mai 1934, *D. H.* 1934, 351); 2. de la *sincérité même des conventions* constatées dans l'acte et dont la *simulation* peut être établie par les tiers par tous moyens de preuve (Req. 8 déc. 1937, *D. H.* 1938, 114); 3. des énonciations qui proviennent des parties, de particuliers quelconques et que l'officier public a reproduites, de seconde main, sans en affirmer l'exactitude : en en contestant le bien-fondé, on ne lui inflige nul démenti; on ne se met donc pas dans le cas de recourir à la procédure de l'inscription de faux; on s'attaque à des affirmations qui ne font foi que dans les termes du droit commun, *jusqu'à preuve contraire*, comme si elles étaient incluses dans un acte privé (Req. 21 fév. 1912, *S.* 1913, 1, 215; Civ. 21 fév. 1938, *D. H.* 1938, 226, *S.* 1938, 1, 139).

Si donc, il est mentionné, dans un acte de vente d'immeuble, que telles parties ont comparu devant le notaire, tel jour, et que l'acheteur a remis au vendeur, séance tenante,

le prix d'acquisition, de telles affirmations, qui émanent de l'officier public, font foi jusqu'à inscription de faux; mais les indications relatives à la contenance, aux tenants et aboutissants, au nombre des étages, à la qualité des matériaux de construction, à l'importance des plantations, émanent des parties elles-mêmes et ne sont donc pas douées d'une crédibilité particulière : les contractants ou leurs héritiers seront admis à en démontrer l'inexactitude dans les termes du droit commun.

183. II. **Les actes privés.** — Leur infériorité, par rapport à l'acte authentique, et quant à la force probante, est manifeste.

A. *Quant à leur origine.* — Les actes sous seing privé ne portent pas en eux-mêmes leurs propres lettres d'introduction; ils ne sont pas revêtus de marques extérieures et officielles; leur écriture n'est pas connue, la signature pas davantage; ils ne sauraient donc bénéficier d'une quelconque présomption de sincérité; *ils ne font pas foi de leur origine.* Celui à qui on l'oppose peut se borner à *dénier* son écriture ou sa signature; quant aux héritiers du prétendu signataire, ils se contenteront de déclarer qu'*ils ne connaissent* pas la signature de leur auteur (art. 1323). Cette simple affirmation mettra l'adversaire, détenteur du titre, dans l'obligation de prouver que l'acte émane bien de celui à qui il prétend l'opposer; à cet effet, et pour démontrer la sincérité de l'acte quant à sa provenance, il engagera la procédure dite de *vérification d'écriture* (C. pr., art. 193 à 213). C'est donc à lui qu'incombe, en pareille matière, le fardeau de la preuve; le prétendu signataire le lui impose discrétionnairement et d'un mot.

184. B. *Quant au contenu de l'acte.* — A cet égard, l'acte sous seing privé se rapproche de l'acte authentique, en ce sens qu'il fait foi, en principe, des énonciations qu'il contient. L'art. 1322 va même jusqu'à dire qu'une fois reconnu par celui à qui on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, cet acte a « *entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique* ».

185. — Toutefois, l'assimilation est loin d'être complète et l'infériorité du titre privé vis-à-vis de l'acte authentique se manifeste encore à un double point de vue.

1° Tandis que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscrip-

tion de faux, au moins des énonciations émanant de l'officier public, l'acte privé ne fait jamais foi que *jusqu'à preuve contraire* : le contestant n'est, en aucun cas, obligé d'utiliser la procédure de l'inscription de faux; il aura recours à la preuve contraire, dans les termes du droit commun, avec cette particularité cependant qu'il ne saurait, en principe, recourir à la preuve par témoins, ni aux simples présomptions (art. 1341, *inf.* n° 208), sauf le cas de *fraude à la loi* (art. 1353) : le législateur ne veut pas qu'on puisse contrebattre l'autorité de la preuve écrite, laquelle est la preuve par excellence, à l'aide de témoignages ou de présomptions.

C'est donc seulement pour les énonciations n'émanant pas de l'officier public lui-même, que l'assimilation établie par l'article 1322 entre les actes publics et les actes privés demeure exacte.

186. — 2° Mais il est une énonciation au regard de laquelle éclate tout particulièrement l'infériorité de l'acte privé : c'est celle de la *date*.

A cet égard, et quant à la foi due à la date des actes privés, une distinction capitale est à établir entre les *parties* et les *tiers* (art. 1328).

a) *Entre les parties*, l'acte fait foi de sa date, ainsi que des autres énonciations, jusqu'à preuve contraire, laquelle sera administrée d'après les règles que nous venons d'énoncer très brièvement;

b) *Vis-à-vis des tiers*, l'acte privé ne fait pas foi de sa date par lui-même; cette date ne leur est pas opposable, tant qu'elle n'a pas été rendue *certaine*; et elle ne revêt ce caractère de certitude que par l'une des trois circonstances suivantes, indiquées dans l'article 1328 :

1. D'abord et surtout *l'enregistrement* de l'acte; l'acte enregistré acquiert date certaine du jour de l'enregistrement : c'est le procédé normal, pratique, auquel on a recours pour rendre la date d'un acte privé opposable aux tiers;

2. Puis, c'est le *décès* de l'un des signataires : partie ou témoin (mais non pas de l'officier public qui a légalisé une signature : Civ. 27 janv. 1930, *D. H.* 1930, 179). Désormais, il est certain que le contrat existait au jour dudit décès; il revêt date certaine à ce jour;

3. Enfin, on peut supposer que la *substance* de l'acte est relatée dans un acte authentique, par exemple dans un procès-verbal de scellé ou d'inventaire (art. 1328); alors l'acte privé profite de l'authenticité de l'acte subséquent dans lequel il vient pour ainsi dire s'encadrer; il a date certaine

au jour de cette incorporation. Mais c'est à condition que sa substance même soit ainsi intégrée dans l'acte authentique; une simple allusion à son existence, une simple mention serait insuffisante; il y faut au moins une analyse des clauses principales qui permette d'identifier sûrement la convention visée (Req. 10 déc. 1934, *S.* 1935, 1, 269).

187. — Ce sont là les trois seuls procédés ou éventualités ayant cette vertu de rendre certaine la date d'un acte privé : la liste donnée par l'article 1328 est assurément limitative; elle ne saurait comporter aucun additif : le timbre de la poste, apposé sur une missive, serait inopérant; la crainte d'une antidate a conduit le législateur à se montrer particulièrement intransigeant.

188. Justification du système de l'article 1328. — C'est, en effet, en vue de prévenir une *antidate possible*, que le législateur de 1804, conformément à une tradition remontant au XVII^e^ siècle, dénie à la date des actes privés toute force probante vis-à-vis des tiers : il ne veut pas que les parties puissent se concerter pour frauder les tiers en assignant à l'opération par elles conclue une date rétrospective et en reportant ainsi indûment ses effets dans le passé, en la faisant rétroagir, contre toute logique juridique et contre toute vérité; on ne doit pas pouvoir faire en sorte qu'une vente ou une location, conclues aujourd'hui, soient réputées signées l'an dernier ou le mois précédent et fausser ainsi le jeu des opérations juridiques.

189. Détermination des parties et des tiers pour l'application de l'article 1328. — Sur cette détermination on est tombé d'accord depuis longtemps, et il suffit donc d'indiquer les solutions qui ont cours : d'une part, on assimile aux parties à l'acte leurs *ayants cause à titre universel*, c'est-à-dire leurs *héritiers*, lesquels succèdent exactement à leurs droits et à leurs obligations et prennent donc leur position juridique, et aussi leurs *créanciers chirographaires*, lesquels sont titulaires d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur et doivent subir — réserve faite de la *fraude* — la répercussion de tous les actes qu'il accomplit dans son patrimoine. Ce ne sont pas ces personnes-là que le législateur a entendu protéger dans l'article 1328 : vis-à-vis d'elles, la date est réputée exacte jusqu'à preuve du contraire; elle est traitée ainsi que toute autre énonciation de l'acte. D'autre part, les *tiers* visés par le texte ne sont pas,

comme on pourrait le croire, les personnes qui n'ont jamais traité avec les parties contractantes et qui, leur étant juridiquement étrangères, sont qualifiées de *penitus extranei*; celles-là n'ont rien à craindre de l'acte et de son antidate, elles n'auront jamais compter avec lui. Non, les tiers que l'on a voulu protéger, ce sont ceux qui ont besoin de protection; ce sont les personnes qui ont traité avec les parties à l'acte, ou avec l'une d'elles, mais sans être devenues pour cela leurs représentants, leurs ayant cause à titre universel : ce sont leurs *ayants cause à titre particulier* : un acheteur, un donataire, un échangiste, un locataire, un fermier. Si, par exemple, un conflit s'élève entre deux locataires qui ont traité avec le même bailleur pour le même local ou pour la même chasse, la préférence sera déterminée, non pas par l'ordre des dates inscrites sur les baux, mais bien par celui des dates rendues certaines, pratiquement par les dates d'enregistrement : les deux locataires du même immeuble ou de la même chasse, qui sont l'un et l'autre des ayants cause du même auteur, le bailleur, se trouvent, l'un vis-à-vis de l'autre, dans la situation de tiers et répondent donc à la lettre comme à l'esprit de l'article 1328.

190. Les dérogations apportées à l'article 1328 : cas dans lesquels les tiers ne sont pas admis à opposer le défaut de date certaine.

1. La Cour de cassation estime que les tiers ne peuvent pas se réclamer de l'article 1328 lorsqu'ils sont de *mauvaise foi*; la théorie de la date certaine tend simplement à les prémunir contre le danger d'une antidate; elle ne doit pas servir à favoriser la fraude. (Req. 30 mars 1925, *S.* 1927, 1, 123).

2. Il est de jurisprudence constante que l'article 1328 est sans application *en matière commerciale* : les juges, en cas de contestation sur la date d'un accord commercial, se décident d'après les circonstances de la cause. (Civ. 21 avril 1869, *S.* 1869, 1, 350, *D. P.* 1869, 1, 407; Req: 9 janv. 1906, *S.* 1906, 1, 262; Bordeaux, 9 mars 1896, *S.* 1899, 2, 213, note Wahl, *D. P.* 1899 2, 65, note Valéry).

3. Pour des raisons d'utilité pratique, il est admis traditionnellement que les *quittances* font foi de leur date, par elles-mêmes et vis-à-vis des tiers comme à l'égard des parties : on ne pouvait pas songer à soumettre à la formalité de l'enregistrement des actes de tous les jours; et d'ailleurs le personnel n'aurait pas suffi à la tâche; sur ce point, la coutume a eu raison de la loi écrite. (Civ. 29 oct. 1800, *S.* 1891, 305; *Ref.* XVI, 1, 485, note Balleydier). Nombre d'au-

teurs protestent contre cette jurisprudence libérale dont on a même mis en doute la signification et l'existence (P. Esmein, Radouant et Gabolde, dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, t. VII, nos 1196 et suiv.); mais cette opposition et cette interprétation négative nous paraissent également vouées à l'insuccès (V. Barde, *Des obligations*, t. III, nos 2378 et suiv.).

191. — On a voulu soustraire aussi à l'article 1328 et à la nécessité de la date certaine vis-à-vis des tiers, tous les actes constatant des engagements dont l'objet ne dépasse pas 150 francs (actuellement 500 francs), sous le prétexte que, pour la preuve de telles conventions, la loi n'exige pas la rédaction d'un écrit (art. 1341; *inf.* n° 202). Mais cette opinion, qui est défendue par de bons auteurs (Huc, t. VIII, n° 256; Barde, t. III, n° 2375), nous paraît inexacte : sans doute, les parties auraient pu se dispenser de dresser un écrit; mais, du moment qu'elles en ont rédigé un, le droit commun de la preuve lui devient applicable. Il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre qu'un acte notarié obéit à des règles différentes selon que les parties étaient ou non dans l'obligation de recourir au ministère du notaire; de même, le statut de l'acte privé est un, sans distinguer selon que sa rédaction s'imposait ou non aux parties.

192. Cas dans lesquels la certitude de la date ne suffit pas à rendre l'acte opposable aux tiers. — Il arrive que la certification de la date d'un acte privé ne suffise pas à rendre cet acte opposable aux tiers ou à certains tiers, la loi ayant organisé un système de publicité particulier dont le fonctionnement vient en quelque sorte masquer, refouler celui du régime institué par l'article 1328 : 1° C'est ainsi que les actes *translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière* ou *constitutifs de droits réels susceptibles d'hypothèque* sont assujettis à la formalité de la *transcription* : entre deux acquéreurs successifs, ayant traité avec le même auteur, la préférence est déterminée, non par l'ordre des dates certaines, mais par celui des transcriptions (*sup.* t. I, n° 1716); 2° Quant aux acquéreurs de meubles corporels, la tradition, reçue de bonne foi, joue un rôle décisif (art. 1141 et 2279); 3° Si c'est une créance qui a été cédée, la loi exige, dans l'article 1690, une notification ou une acceptation qui remplissent, toutes proportions gardées, une fonction comparable à celle qui est dévolue, pour les aliénations de biens mobiliers, à la transcription (*inf.* n° 819).

En pareille occurrence, il n'y a pas, à vrai dire, dérogation à la règle de l'article 1328, puisqu'il demeure acquis que l'acte privé ne fait pas foi de sa date, par lui-même, vis-à-vis des tiers; la preuve en est que la solution à donner serait exactement la même si les parties avaient usé de la forme notariée; même alors, le rayonnement normal de l'acte ne serait assuré qu'au moyen de la transcription, ou de la tradition, ou des formalités de l'article 1690.

N° 3

Les actes authentiques et les actes privés comparés quant à leur utilisation et quant à leur conservation

193. L'acte sous seing privé doit être utilisé dans sa forme originale : une *copie* serait dépourvue de toute force probante puisque, par hypothèse, elle ne serait pas revêtue de la signature des parties ,laquelle donne à l'écrit toute sa vertu probatoire (Req. 16 fév. 1926, *D. P.* 1927, 1, 89, note Savatier); si, d'aventure, cette signature y figurait, l'acte ne serait plus un copie, mais bien un autre original qui ferait foi dans les termes du droit commun : tel est le cas des *actes récognitifs* qui s'opposent au titre primordial, mais qui sont de véritables originaux (*Sup.* n° 163).

Il est facile de comprendre que l'acte privé est exposé à des risques de dépérissement, de disparition, de destruction, qui mettront le créancier dans une situation difficile : titulaire d'un droit, il sera placé peut-être dans l'impossibilité d'en établir l'existence.

194. L'acte authentique présente plus de garanties : rédigé par un officier public, tel un notaire, et conservé dans ses archives, il présente des garanties sérieuses de conservation et de durée; toutefois, encore faut-il distinguer selon la forme dans laquelle il a été établi.

195. Minutes et brevets. — C'est seulement si l'acte a été rédigé en *minute* (*Sup.* n° 169) qu'il reste dans l'étude du notaire rédacteur; rédigé en *brevet*, il est remis aux parties à fin d'utilisation immédiate et il est donc traité, quant à son utilisation et quant à sa conservation, comme un acte privé : notamment, une copie serait sans force probante.

Quant à la minute, dont le notaire ne doit pas, sauf dans des circonstances exceptionnelles, se dessaisir, elle comporte la délivrance de *copies*, lesquelles sont de plusieurs sortes; on distingue la *grosse*, ou première expédition, la seule qui

soit revêtue de la formule exécutoire, et les *simples expéditions*, lesquelles sont dépourvues de la force exécutoire. Toutes ces copies font bien foi, mais *à titre provisoire*, dans la mesure où elles sont conformes à l'original, ce qui revient à dire que celui à qui on les oppose peut toujours réclamer la représentation de l'original, ce qui permettra, grâce à un collationnement, de vérifier la conformité de l'expédition (art. 1334).

196. — Mais tout ceci suppose que l'original existe; s'il n'a pas subsisté, — et la preuve de cette éventualité incombe à la partie qui devait produire l'original — la vertu probatoire des copies se trouve fixée, suivant des distinctions établies dans l'article 1335.

1° La force probante qui était attachée à l'original, appartient et à la grosse et à la copie qui aurait été tirée « *par l'autorité du magistrat, les parties présentes ou dûment appelées* »; elle appartient aussi aux copies, ne réunissant pas ces conditions, mais seulement si elles sont *anciennes*, c'est-à-dire si elles ont *plus de trente ans*;

2° Il est des copies qui peuvent seulement servir de *commencement de preuve par écrit*. Ce sont, notamment, les copies dont il vient d'être question, lorsqu'elles ne sont pas anciennes, c'est-à-dire lorsqu'elles n'ont pas trente ans;

3° Enfin, il existe des copies qui ont une valeur moindre encore : ce sont les *copies des copies* : elles ne valent qu'à titre de *simples renseignements* (art. 1335 *in fine*).

197. Conservation et communication des actes notariés. — La loi du 25 ventôse an XI prévoit la conservation indéfinie des actes dans les études du notaire-rédacteur qui ne doit délivrer d'expédition qu'aux parties et à leurs ayants droit (art. 20 et suiv., 54 et suiv.). Une loi plus récente est venue modifier cette organisation en décidant que « *les minutes et documents de toute nature ayant plus de cent vingt-cinq ans* », conservés dans les études et dans les dépôts organisés par les chambres de notaires, peuvent être déposés par les notaires ou par les chambres de notaires, soit aux *archives nationales*, avec l'autorisation du ministre de l'instruction publique, soit aux *archives départementales*, sur avis favorable du conseil général du département (L. 14 mars 1928, art. 2). De plus, les documents ainsi déposés peuvent être *librement communiqués* par les notaires, les chambres des notaires, les archives de l'Etat ou des départements, étant spécifié que ces derniers devront se conformer

aux lois et règlements qui régissent les archives nationales ou départementales (art. 3).

On a voulu, par ces dispositions, libérer les études des notaires d'une documentation qui, avec le temps, devient singulièrement encombrante, mais aussi et *surtout* assurer les droits de la *libre recherche historique* : les historiens, les archivistes trouveront, dans des documents anciens, une mine précieuse de documentation.

Il fallait cependant sauvegarder les intérêts légitimes des familles qui ne s'accommodent pas toujours de la curiosité des historiens : l'article 5 de la loi réserve aux parties, ainsi qu'à leurs héritiers ou ayants cause, le droit de faire défense, par acte extra-judiciaire, au notaire compétent ou à l'administration préfectorale, de communiquer les actes les concernant, si ce n'est dans les conditions fixées par l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI.

Cette loi, qui, comme il a été dit au cours des travaux préparatoires, ne confère nullement aux notaires le droit de détruire les actes ayant plus de cent vingt-cinq ans, est applicable à l'*Alsace* et à la *Lorraine* (art. 6).

§ II. — *LES PREUVES NON ÉCRITES*

198. Utilité ; énumération ; plan. — Les preuves non écrites, encore que la loi témoigne d'une moindre confiance à leur égard, jouent encore un rôle important; il arrive fréquemment qu'elles soient seules utilisables, non seulement en matière *délictuelle* et alors que la victime du dommage n'a évidemment pas eu le loisir de se ménager une preuve préconstituée, mais aussi dans le domaine des obligations *contractuelles*, car c'est souvent qu'une convention n'a pas été constatée par écrit; et d'ailleurs, il advient parfois que l'écrit qui a été rédigé, ne répondant pas aux conditions de forme requises par la loi, ne suffit pas à faire une preuve complète.

1° Parmi les preuves non écrites, il en est qui tendent à établir l'existence de *faits matériels* par des procédés *directs* : ce sont la *descente sur les lieux*, l'*expertise*, l'*interrogatoire sur faits et articles* : ces procédés probatoires n'intéressent qu'assez exceptionnnellement les obligations contractuelles, et comme, d'autre part, ils ressortissent naturellement à la *procédure civile*, nous nous contenterons de renvoyer aux notions très sommaires qui ont été données à leur sujet, dans l'introduction à ce cours (*Sup.* t. I, n° 173).

2° Il est d'autres modes de preuve qui présentent un carac-

tère tout à fait *exceptionnel*, auxquels la loi ne recourt ou ne permet de recourir que dans des cas limitativement déterminés : c'est la preuve par la *notoriété*, dont nous avons rencontré des applications chemin faisant (V. art. 70, § 2; 71; 72; 340; 444-1°; 503); et c'est aussi la preuve par *la commune renommée* qui fonctionne, le plus souvent, à titre de *sanction* d'une négligence, de l'omission d'une formalité impérative; le coupable, qui a eu le tort de ne pas assurer à ceux que la loi veut protéger la garantie d'une preuve écrite, subira en quelque sorte la loi du talion : il sera mis presque à la discrétion de sa victime qui pourra faire état, devant le tribunal, non pas seulement de témoignages, mais de simples ouï-dire. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1442, § 1, la consistance des biens de la communauté conjugale peut être établie « *tant par titre que par la commune renommée* » lorsque le conjoint survivant a omis de faire inventaire après le décès de son époux; et l'on sait que la même sanction est admise, en l'absence cependant d'un texte la prononçant, contre le tuteur qui aurait négligé de procéder à l'inventaire des biens de son pupille, lors de l'ouverture de la tutelle (*Sup.* t. I, n° 438), ainsi que contre l'usufruitier qui aurait commis la même faute lors de son entrée en jouissance (*Sup.* t. I, n° 1880). Grâce à cette interprétation extensive, la preuve par la commune renommée devient la sanction constante de l'obligation de faire inventaire qui est imposée par la loi, dans l'intérêt du représenté, au représentant, administrateur de la fortune d'autrui.

Commune renommée et notoriété sont des procédés de preuve fort dangereux, qui manquent de pertinence; ce sont des témoignages indirects, des *témoignages d'opinion*; or l'opinion est souvent fugitive ou obscure, ou mal renseignée, ou malveillante; de telle sorte que, pratiquement et à aller au fond des choses, celui qui est admis à recourir à ces modes probatoires exceptionnels bénéficie d'un *déplacement de preuve*, non pas sans doute dans la même mesure que s'il disposait d'une présomption légale, mais dans des proportions encore considérables; le fardeau effectif de la preuve est rejeté sur son adversaire, coupable de n'avoir pas ménagé une preuve préconstituée (Voy. Maurice Picard, *De la commune renommée*, thèse, Paris, 1912).

3° Les véritables modes de preuve, en matière d'obligations, du moins dans le domaine contractuel, sont, subsidiairement à la preuve écrite :

a) La preuve *testimoniale*;

b) Les *présomptions*;

c) L'*aveu*;
d) Le *serment*.

Pour ces deux derniers modes de preuve, nous renvoyons aux indications sommaires de l'introduction (*Sup.* n. I, n° 179).

N° 1

La preuve testimoniale (Preuve résultant d'une enquête)

199. Définitions. — Le *témoignage* est une déclaration faite par une personne sur des faits dont elle a eu connaissance *par elle-même* et non par la notoriété, par la rumeur publique, par ouï-dire; en cela, la preuve testimoniale diffère profondément de la preuve par commune renommée ou par notoriété.

La procédure par laquelle elle s'administre prend le nom d'*enquête*.

200. Evolution. — Dans les sociétés à culture peu développée, où l'instruction est peu répandue, la preuve par témoins figure au premier rang des procédés probatoires; il en fut ainsi dans notre ancienne France où c'était un adage que *témoins passent lettres*. La découverte de l'imprimerie au XV^e^ siècle, puis la diffusion de l'instruction qui en résulta, eurent pour effet de retourner assez rapidement cette situation : les qualités éminentes de la preuve littérale s'affirmèrent bientôt (*sup.* n° 161), tandis que la preuve testimoniale devint suspecte à raison de ses contradictions, de son dépérissement par le temps, de la subornation possible des témoins.

En 1566, l'Ordonnance de Moulins, dans son article 54, prescrit qu'il soit passé acte — c'est-à-dire qu'un écrit soit rédigé — pour « toutes choses excédant la somme ou valeur de *cent livres* pour une fois payer »; faute de quoi, la preuve de l'opération ne pouvait pas être administrée par témoins; si, au contraire, l'écrit avait été dressé, il était interdit de prouver par témoins à l'encontre de ses dispositions, même au-dessous de cent livres. La grande Ordonnance de 1667, sur la procédure, confirma ces dispositions, et notre Code civil prescrit, conformément à la nouvelle tradition, qu'il doit être passé acte « *de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs...* ». (Art. 1341, § 1.) Une loi du 1^er^ avril 1928, modifiant ce texte, a substitué le chiffre de *cinq cents francs* à celui de cent cinquante, mais a laissé

subsister le principe; elle a été complétée, pour ce qui est du contrat de société, par une loi du 21 déc. 1930 (*inf.* n° 1332). De plus, et aux termes du même article 1341 § 1, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, alors même qu'il s'agirait d'une somme inférieure à cinq cents francs : c'est donc bien le renversement de l'ancien adage qui est ainsi réalisé, et il devient vrai de dire que *lettres passent témoins.*

201. Plan. — Nous étudierons d'abord la *double règle* qui est posée dans l'article 1341 § 1; après quoi, il y aura lieu de se préoccuper des *dérogations* qu'elle comporte.

I

Les principes

202. I. Premier principe : nécessité de rédiger un écrit pour toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs. — Le chiffre de *cinq cents francs* a été substitué, par la loi du 1er avril 1928, à celui de cent cinquante francs, afin de tenir compte de la dévaluation monétaire qui s'est produite au lendemain de la guerre; on peut estimer que le relèvement est insuffisant, surtout après les dévaluations subies ultérieurement par notre monnaie : ce n'est pas le coefficient 3,3 qui devrait être à la base de la réforme, mais bien le coefficient 8 ou 10, ce qui conduirait logiquement à adopter le chiffre de quinze cents francs.

203. Sanction et motifs du principe. — Lorsqu'un écrit n'a pas été dressé, bien que l'intérêt en jeu fût supérieur à cinq cents francs, la convention n'en est pas moins valable, mais son existence ne saurait être établie à l'aide de témoignages, tandis qu'on pourra recourir à d'autres modes de preuve, l'aveu et le serment : la sanction consiste donc dans l'*exclusion de la preuve testimoniale*, et, par suite, dans l'exclusion de la preuve par présomptions simples (*inf.* n° 218).

L'exigence de la loi s'explique, et par le danger, l'insuffisance de la preuve testimoniale, et aussi par le désir de tarir, dans leur source même, des contestations possibles en obligeant les parties à se ménager une preuve préconstituée. Ce sont là des considérations qui touchent à l'intérêt général; la prohibition de la preuve par témoins au-dessus de cinq cents francs, à notre avis, est *d'ordre public*, d'où il faudrait conclure : 1° Qu'elle ne saurait être écartée par la

convention des parties; 2° Que le tribunal doit rejeter *d'office* la preuve testimoniale, alors même que la partie intéressée négligerait de se prévaloir de l'article 1341; 3° Que le moyen tiré de la violation de l'article 1341 pourrait être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation. Mais la jurisprudence française s'est fixée en sens contraire; pour elle, l'exclusion de la preuve testimoniale n'intéresse pas l'ordre public et les dispositions légales y relatives ne sauraient être invoquées d'emblée devant la Cour suprême. (Civ. 23 avril 1894, *D. P.* 1894, 1, 327; Req. 1er août 1906, *D. P.* 1909, 1, 398; 27 déc. 1932, *S. 1933*, 1, 108; Civ. 6 janv. 1936, *D. H.* 1936, 115). Au contraire, la doctrine française et la jurisprudence belge s'accordent à reconnaître à la disposition de l'article 1341 un caractère entièrement d'ordre public. (Cass. belge, 3 janv. 1856, Pasic. 1856, 1, 178).

204. Domaine d'application du principe. — L'article 1341 vise la preuve des seuls *actes juridiques* mais de *tous* ces actes : d'une part, il est étranger aux *simples faits*, naturels ou humains — foudre, inondation, construction, récolte, passage sur un fonds, délits ou quasi-délits; d'autre part, il vaut pour toutes les opérations juridiques, contractuelles ou unilatérales : le texte s'en explique formellement et sprécialement pour le *dépôt*, parce qu'on avait conçu des doutes, dans notre ancien droit, au sujet de cette opération.

205. Difficultés d'application. — La détermination de l'intérêt en jeu présente des difficultés, surtout — mais non pas exclusivement — lorsque la dette porte, non sur une somme d'argent, mais sur un corps certain ou sur un genre : comment savoir alors si cet intérêt excède ou non cinq cents francs? Le Code civil trace, à cet égard, une série de règles dans les articles 1342 à 1346.

1° **Principe.** — Pour apprécier l'intérêt en cause, on doit se placer, non au jour du litige, mais à celui où l'acte juridique est intervenu (arg. art. 1341 § 1, aux termes duquel *il doit être passé acte... de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs*).

206. 2° **Applications.** — *a)* La chose, objet de l'obligation, valait quatre cents francs lors du contrat; au moment où le litige est engagé, et où se pose la question de preuve,

elle en vaut six cents. La preuve par témoins est recevable; *b*) Inversement, cette chose valait six cents francs à l'origine, puis sa valeur est tombée à quatre cents francs : la preuve par témoins est exclue; *c*) Un prêt de six cents francs, avait été consenti; l'emprunteur a remboursé trois cents francs, puis des difficultés d'exécution s'élèvent. Bien que l'intérêt en jeu ne soit plus que de trois cents francs, la preuve par témoins n'est pas recevable (art. 1344).

207. 3° **Dérogations.** — *a*) On doit prendre en considération, outre le principal de la dette, les intérêts auxquels elle a pu donner naissance par la suite (art. 1342); *b*) Si, dans la même instance, plusieurs demandes sont jointes qui, isolément envisagées, portent sur des sommes n'excédant pas cinq cents francs, mais qui, additionnées, dépassent cette somme, la preuve testimoniale est exclue, encore que les différentes créances procèdent de causes différentes, à moins cependant qu'elles ne dérivent de personnes différentes et qu'elles n'aient été ensuite réunies sur la même tête, *par succession, donation ou autrement* (art. 1345).

208. II. **Deuxième principe : interdiction de prouver par témoins, contre et outre le contenu aux actes.** — Cette interdiction, déjà admise par le droit romain, abolie au début de notre ancien droit à raison de la faveur dont jouissait la preuve testimoniale, puis retrouvée en 1566, consacre la prééminence de la preuve écrite qui ne saurait être contrebattue par des témoignages; elles est assurément légitime et conforme à l'intention probable des parties qui, en rédigeant un écrit, ont entendu écarter les dangers de contestations ultérieures et s'en tenir à leur volonté réfléchie, telle qu'elle a pris corps dans l'*instrumentum*.

209. Portée de la règle. — 1° Elle est valable pour tous les écrits, *alors même que l'intérêt en jeu serait inférieur à cinq cents francs* (*art.* 1341 § 1, *in fine*).

2° Elle s'oppose aussi bien à ce qu'on prouve par témoins *outre* le contenu de l'acte écrit que *contre* lui; les paroles échangées avant le contrat, ou lors de sa formation, ou ultérieurement, ne peuvent davantage être évoquées au moyen d'une enquête. On ne pourrait donc pas offrir de prouver par témoins que l'emprunteur a reçu deux cents francs seulement au lieu des cinq cents qui sont portés dans l'acte écrit; ni que des intérêts avaient été stipulés alors qu'il n'en a pas été fait mention par écrit; ou encore que l'opé-

ration, présentée comme pure et simple, était affectée en réalité d'une condition suspensive ou résolutoire. (Req. 6 fév. 1928, *S.* 1928, 1, 265, *D. P.* 1928, 1, 148, note GABOLDE).

Il convient cependant de cantonner l'interdiction légale dans des limites raisonnables; en conséquence, il est admis : 1° Qu'elle ne ferait pas obstacle à la preuve par témoins de faits postérieurs qui, tout en se référant à la convention, n'en modifient pas la portée : l'extinction de la dette par une remise ou par un paiement pourrait être prouvée par témoins, du moins jusqu'à concurrence de cinq cents francs; 2° D'autre part, et surtout, la prohibition ne s'adresse qu'aux parties contractantes; *elle ne concerne pas les tiers*, lesquels sont admis à prouver outre et contre le contenu aux actes même si l'intérêt en jeu dépasse cinq cents francs. (Req. 23 mai 1887, *D. P.* 1887, 1, 498, *S.* 1889, 1, 407). Pour les actes *simulés*, V. *inf.* n^os^ 216 et 327 et suiv.; 3° Enfin, même *inter partes*, la règle reçoit exception du moment que la convention est attaquée pour cause de *fraude* ou de *dol*, lesquels font échec à toutes règles de droit (arg. art. 1353; — Req. 5 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 310).

II

Les dérogations

210. Enumération. — La double règle écrite dans l'article 1341 comporte d'importantes et assez nombreuses dérogations qui concernent le *commerce*, l'*impossibilité* de se réserver une preuve écrite, la *perte* du titre, le *commencement* de *preuve* par écrit, enfin la *fraude* et la *simulation*.

211. I. Le commerce. — A cet égard, une réserve est faite par le deuxième alinéa de l'article 1341 § 2 : « *Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce* ».

1° D'une part, les opérations commerciales peuvent être conclues, puis prouvées par tous moyens, même à l'aide de témoignages, *quelle que soit l'importance des intérêts en jeu* (C. com., art. 109) : ainsi que l'exige la célérité qui est de mise en matière commerciale; traditionnellement, le droit commercial est dépouillé de tout formalisme, même en ce qui concerne la preuve. Il n'en va autrement que pour certaines opérations qui exigent absolument la rédaction d'un écrit : vente d'un *navire* (C. com., art. 195); *société* (C.

com., art. 39); Voy. sur ces différents points, LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, nos 758 et suiv.

2° D'autre part, il est admis — et l'article 1341 § 2 semble bien commander cette solution — qu'il est permis de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes écrits qui se réfèrent à des accords commerciaux. (LACOUR et BOUTERON, *op. cit.* n° 762; Req. 10 juin 1860, *S.* 1860, 1, 901, *D. P.* 1860, 1, 271; 25 nov. 1903, *S.* 1904, 1, 356; 29 juin 1922, *S.* 1922, 1, 323; 26 nov. 1928, *S.* 1929, 1, 94).

212. II. **Impossibilité de se réserver une preuve écrite.** — Le créancier s'est trouvé dans l'impossibilité de se réserver une preuve de ce genre : l'obligation est née subitement, par exemple à l'occasion d'un *dépôt nécessaire*, effectué dans un péril pressant : incendie, inondation (art. 1348 — 2° et 3°). La jurisprudence interprète libéralement cette disposition; à son avis, elle vise, non seulement les cas d'impossibilité *physique*, mais aussi ceux d'impossibilité *morale* : les rapports de confiance ou de subordination qui existent entre deux personnes sont de nature à faire obstacle à la rédaction d'un écrit, par exemple entre maître et domestique (Req. 1er mai 1911, *S.* 1913, 1, 305); entre patron et ouvrier (Civ. 17 mars 1938, *D. H.* 1938, 369); entre l'instituteur public d'un village et les parents de ses élèves (Req. 26 juin 1929, *D. H.* 1929, 460); entre un médecin et ses clients (Bordeaux, 14 fév. 1900, *Ref.* XX, 2, 248); entre une femme et son mari ou son beau-père (Req. 8 juill. 1936, *D. H.* 1936, 426) : la preuve testimoniale sera alors recevable sans limitation de sommes.

213. III. **Perte du titre.** — Le créancier était muni d'un titre, mais il l'a perdu. Cette éventualité élimine l'interdiction de recourir à la preuve testimoniale, du moins si le créancier n'a rien à se reprocher, si la perte provient d'un cas de force majeure, d'un fait extérieur, non fautif (art. 1348, *in fine*).

214. IV. **Commencement de preuve par écrit.** (V. H. MAZEAUD, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347*, thèse, Lyon, 1921; MANUEL, *Le commencement de preuve par écrit*, thèse, 1937 — La preuve testimoniale est admissible, sans limitation de somme, lorsque le créancier possède un *commencement de preuve par écrit*. En ce cas, la preuve testimoniale devient moins suspecte, corroborée qu'elle est par une demi-preuve littérale; elle ne jouera qu'un rôle de complément,

d'appoint; les deux modes de preuve se soutiennent l'un l'autre (art. 1347).

Aussi faut-il décider que les deux règles de l'article 1341 sont alors écartées : grâce au commencement de preuve littérale, on pourra, d'abord recourir à la preuve testimoniale sans limitation de somme, mais aussi l'utiliser pour prouver contre ou outre l'écrit qui aurait été rédigé pour constater l'existence de l'acte juridique (arg. art. 1347 : « *Les règles ci-dessus reçoivent exception...* »).

215. Description du commencement de preuve par écrit. — Trois conditions sont exigées pour qu'il y ait commencement de preuve au sens de l'article 1347.

1° *Il faut qu'il y ait un écrit :* des probabilités, des indices ne sauraient être pris en considération. Tout au moins n'est-il pas nécessaire que le document ait été rédigé en vue de servir de preuve : *lettres missives* (Req 27 oct. 1903, *D. P.* 1903, 1, 574); registres et papiers domestiques; mentions inscrites en marge ou au dos d'un acte.

2° *L'écrit doit émaner de la personne à qui on l'oppose* (art. 1347 § 2); le document émané d'un tiers n'est pas pris en considération : il ne peut, suivant les expressions de Pothier, « équipoller qu'à une preuve testimoniale ». Ce qu'on veut, ce qu'on retient, c'est un écrit qui vaille un commencement d'aveu, un *demi-aveu*, de la part de celui à qui on l'oppose.

Toutefois, à la partie elle-même, on assimile : *a*) les personnes dont elle est l'ayant cause, aux droits desquelles elle se trouve : on oppose valablement à un héritier l'écrit émanant de celui à qui il a succédé; *b*) les personnes par qui la partie a été représentée : son tuteur, son mandataire conventionnel, etc. Ainsi l'exigent les principes de la représentation: l'acte du représentant produit ses effets dans la personne du représenté et lui est pleinement opposable; *c*) enfin, il n'est pas indispensable que l'écrit ait été signé par la partie elle-même ou par des auteurs ou son représentant; il suffit qu'il soit l'expression de sa volonté consciente : le procès-verbal d'un *interrogatoire sur faits et articles* vaut commencement de preuve par écrit, encore qu'il émane littéralement du greffier (Req. 14 fév. 1900, *S.* 1901, 1, 11; Civ. 1er fév. 1921, *D. P.* 1923, 1, 57, note Sarrut), et quand bien même la partie aurait refusé d'y apposer sa signature; de même pour les déclarations faites lors d'une *comparution personnelle à l'audience* (Req. 4 nov. 1901, *D. P.* 1901, 1, 528), ou pour l'*acte authentique* que la partie n'a point signé, du moins si elle

s'est trouvée dans l'impossibilité de le faire et si, d'autre part, les formalités requises en pareille éventualité ont été remplies (Req. 3 nov. 1891, *D. P.* 1892, 1, 463). D'une façon plus générale, il suffit que celui à qui l'écrit est opposé, se le soit approprié, expressément ou tacitement, en tant que commencement de preuve (Req 4 mars 1930, *S*, 1930, 1, 224) fût-ce simplement en le dictant à une autre personne ou, à plus forte raison, en apposant sa signature au bas de l'acte rédigé par un tiers; on veut seulement que l'*instrumentum* soit « l'œuvre intellectuelle » de celui à qui on l'oppose (Req. 6 déc. 1933, *S.* 1934, 1, 60, *D. P.* 1935, 1, 61; Civ. 15 mai 1934, *D. H.* 1934, 329).

3° *L'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué* (art. 1347 § 2). — *Vraisemblable* et non pas vrai, non pas démontré, sans quoi on n'aurait que faire de la preuve testimoniale dont l'office serait superflu. Exemple : un acte écrit, nul pour vice de forme; ou inefficace en tant qu'instrument de preuve (engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou une chose appréciable, lorsque le billet ne contient pas le *bon* ou *approuvé; Sup.* n° 179; convention synallagmatique à l'occasion de laquelle la formalité du double n'a pas été observée. *Sup.* n° 175;) la copie d'un acte authentique dans le cas prévu par l'article 1335 — 2° (*Sup.* n° 196); les mentions portées sur les papiers et registres domestiques lorsqu'elles ne remplissent pas les conditions exigées par l'article 1331.

216. V. **Fraude et simulation.** — Il faut distinguer suivant que l'accusation de fraude ou de simulation est portée contre un acte juridique par un tiers ou par l'une des parties.

1° Portée par un tiers, elle peut certainement être étayée par la preuve testimoniale, puisque, nous l'avons noté, la double règle de l'aricle 1341 est faite pour les parties ou pour leurs ayants cause à titre universel (*Sup.* n° 209). Notamment, les créanciers qui attaquent, au moyen de l'action paulienne et comme entaché de fraude, l'acte de leur débiteur, sont admis à recourir à la preuve testimoniale, car ils se présentent en qualité de tiers, n'ayant pas été représentés à l'acte par celui qui a voulu les trahir (*inf.* n° 677); même solution pour l'action en déclaration de simulation (*inf.* n^{os} 328 et 706).

2° Les parties, au contraire, ne pourraient pas établir l'existence d'une simulation en produisant des témoignages; il n'en serait autrement que si la simulation avait été con-

sentie sous l'empire de l'*erreur*, de la *violence* ou du *dol*, ou encore si elle avait été employée en *fraude de la loi*, par exemple pour adresser une libéralité à un incapable ou pour déguiser sous l'apparence d'une opération régulière un engagement illicite (jeu, intérêts usuraires, dissimulation de prix dans une vente d'immeuble, etc.) : la fraude à la loi doit pouvoir être dénoncée par tous les moyens possibles puisqu'elle fait échec à l'ordre public; *fraus omnia corrumpit*.

N° 2

Les présomptions de l'homme

217. Définitions. — Aux termes de l'article 1349, « *les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »; ce sont donc des opérations de l'esprit, des *inductions* effectuées par le juge ou par le législateur. Lorsqu'elles sont l'œuvre du juge, on les qualifie de *présomptions simples* ou encore de *présomptions de l'homme;* lorqu'elles sont inscrites dans un texte de loi, elles prennent le nom de *présomptions légales*.

Entre ces deux catégories, il existe, non seulement une nuance, mais une opposition très nette : seules, les présomptions de l'homme sont un mode de preuve; les présomptions légales ont une tout autre portée et une tout autre signification : elles reviennent à de véritables *dispenses de preuves;* il en sera traité dans un appendice (*inf.* n° 219).

218. Règles applicables aux présomptions de l'homme. — Ces règles sont contenues dans l'article 1353; elles se formulent dans les termes suivants :

1° Les présomptions de l'homme « *sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat...* » Le juge peut donc puiser sa conviction où bon lui semble, pourvu que ce soit dans les limites du prétoire : même des actes étrangers aux parties en cause peuvent éclairer sa religion, comme aussi des indications fournies par une autre instance, civile, correctionnelle ou criminelle.

2° Tout au moins faut-il que les présomptions soient *graves, précises et concordantes*, sans quoi elles n'auraient aucune valeur probatoire : conseil raisonnable donné par le législateur au juge, mais *simple conseil*, dépourvu de sanction effective; l'appréciation de la valeur des présomptions est fonction de la conscience, de la science, de la perspicacité

du juge; la Cour de cassation ne saurait exercer son contrôle sur ce point (Req. 19 oct. 1897, *S.* 1898, 1, 168; 9 nov. 1898, *S.* 1900, 1. 335).

3° *La preuve par présomptions n'est admise que là où la preuve testimoniale l'est également* (art. 1353). Cette limitation s'imposait : sans elle les parties se seraient volontiers abstenues de passer acte de leurs conventions, même au-dessus de cinq cents francs, en escomptant l'utilisation de la preuve par présomption, elle-même si fragile et dont le maniement est tellement délicat. Par application de cette règle, dont la Cour de cassation assure au besoin l'observation, car c'est bien une règle de droit, les présomptions sont admissibles : en matière *commerciale*, toujours (Req. 31 déc. 1928, *S.* 1929, 1, 120); en droit *civil* : *a)* jusqu'à concurrence d'un intérêt de cinq cents francs, toujours; *b)* sans limitation de somme, s'il existe un commencement de preuve par écrit, ou si le créancier a été dans l'impossibilité de se ménager une preuve écrite, ou si cette preuve lui a été enlevée par cas de force majeure, ou enfin au cas de fraude, dans le sens et dans les limites indiquées pour la preuve testimoniale (*Sup.* n° 216).

Appendice à la section III

Les présomptions légales

La présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée

219. Définitions. — Exemples. — D'après l'article 1350, § 1, « *la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits* »; l'article 1349 avait déjà annoncé, en termes plus clairs, qu'elle consiste dans une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Par exemple, de ce fait connu : la maternité d'une femme mariée, la loi conclut à cette conséquence obscure et invérifiable : la paternité du mari (art. 312 § 1) : c'est la présomption de paternité légitime; ou bien encore, de ce fait connu : la possession de bonne foi d'un meuble corporel, la loi conclut à cette conséquence : la propriété du possesseur (art. 2279, § 1); c'est la présomption de propriété incluse dans la maxime : *en fait de meubles, la possession vaut titre.*

220. Raison d'être et utilité des présomptions légales. — Les présomptions légales se justifient par des

considérations variables suivant les cas : 1° il en est qui sont motivées par l'impraticabilité de toute preuve décisive, directe ou indirecte; c'est le cas de la *présomption de paternité*, de la *présomption de survie* instituée, en matière successorale, par les articles 720 à 722 (théorie dite des *comourants*, *inf.* t. III, n° 727), et aussi de la *prescription trentenaire*, de droit commun, de l'usucapion notamment : sans cette institution, et sans la présomption de propriété qu'elle consacre, aucun propriétaire ne pourrait faire la preuve de son droit (*Sup.* t. I, n° 1568) ; 2° parfois, ce n'est pas l'impossibilité, mais seulement la difficulté de la preuve qui a fait édicter la présomption légale : on peut citer comme exemple la *présomption de responsabilité* qui, d'après l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1384 § 1, pèse sur le *gardien d'une chose inanimée* lorsqu'un dommage a été causé par cette chose (*inf.* n° 553) ; grâce à cette présomption, la victime se trouve dans une excellente posture; il lui suffira d'établir que le dommage lui a été causé par la chose; le gardien sera, par cela même, présumé et affirmé responsable; 3° il arrive que la présomption s'explique par le désir d'assurer l'observation d'une disposition impérative que les particuliers seraient tentés de tourner par des procédés plus ou moins ingénieux; à cette fin, certains actes sont frappés de nullité parce que, à raison de leur caractère suspect, la loi présume qu'ils ont été aménagés en vue d'éluder la prohibition édictée et qu'ils sont donc frauduleux. C'est ainsi que, d'après l'article 911 § 2, les libéralités adressées aux père, mère, descendants ou conjoint d'une personne incapable d'être gratifiée par le disposant, sont présumées s'adresser en réalité à cette personne elle-même, par l'intermédiaire du bénéficiaire apparent, et sont donc, à ce titre, frappées de nullité. Dans de telles éventualités, la présomption légale (dans l'espèce une présomption d'*interposition de personne*) prend l'allure d'une *mesure de police juridique*; elle constitue une *sanction* d'un genre particulier (*inf.* t. III, n° 1449) ; 4° enfin, dans certains cas, elle revêt la valeur d'une *nécessité sociale*; elle est indispensable à la vie en société. Il en va ainsi de la présomption de vérité qui est attachée à la *chose jugée* : s'il était possible de remettre indéfiniment en question les litiges qui ont été tranchés par la juridiction compétente, il n'y aurait plus de sécurité dans la vie juridique et la filière judiciaire deviendrait une chaîne sans fin : tout serait toujours à recommencer. On s'explique donc l'appréciation favorable que Montesquieu a portée sur les présomptions légales, comparées aux présomptions de

l'homme : « En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme... Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires; lorsque la loi présume, elle donne au jugement une règle fixe » (*Esprit des Lois*, Livre XXIX, chap. 16).

221. Nature juridique des présomptions légales. — « *La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe* »; ainsi s'exprime l'article 1352, § 1; cette présomption est donc tout autre chose que la présomption de l'homme; à la différence de celle-ci, elle ne constitue pas un mode de preuve, mais bien une *dispense de preuve*; elle réalise un déplacement total du fardeau de la preuve; celui qui en bénéficie n'a rien à prouver, si ce n'est qu'il se trouve bien dans les conditions fixées par la loi et auxquelles elle subordonne le fonctionnement de la présomption; par exemple, l'enfant d'une femme mariée n'a qu'à faire la preuve de sa filiation maternelle; pour ce qui est de sa filiation paternelle, la loi le dispense de toute preuve, en le faisant bénéficier de la présomption établie dans l'article 312. Il faut donc éviter de se laisser induire en erreur par la terminologie : présomptions de l'homme et présomptions légales appartiennent à deux familles juridiques différentes; elles n'ont guère de commun que le nom générique qui leur est appliqué.

222. Différentes présomptions légales. — Les présomptions légales sont fort nombreuses : l'article 1350 en cite quatre catégories, mais l'énumération est purement énonciative, comme il ressort des termes de cette disposition : « *tels sont...* ». Nous renvoyons à la lecture du texte, en signalant l'inadvertance commise dans sa partie finale : l'aveu et le serment, présentés comme des présomptions légales, sont en réalité, non des dispenses de preuve, mais des *modes de preuve*. Il faut se garder de voir des présomptions légales partout, au fond de chaque institution : à ce compte, la preuve par témoins abriterait, elle aussi, une présomption légale, la loi présumant que les allégations produites aux débats sont exactes et leur reconnaissant une force décisive : il ne faut pas oublier que la présomption légale se ramène à une dispense de preuve; du moment qu'une preuve est exigée, il n'y a plus présomption légale.

223. — Il va sans dire que les présomptions légales sont *de droit étroit* : par définition même, elles ne peuvent résul-

ter que d'un texte de loi, et les dispositions qui les établissent comportent l'interprétation purement *restrictive*; l'argumentation par analogie n'est pas de mise en cette matière.

224. Efficacité des présomptions légales. — Le Code civil distingue, dans l'article 1352, § 2, au point de vue de l'autorité qui leur est attribuée, deux catégories de présomptions légales, l'une qui représente le principe, l'autre qui constitue la très importante exception.

1° *Principe.* — Les présomptions légales peuvent être combattues par celui à qui elles sont opposées : elles comportent la preuve contraire; elles sont *juris tantum*. La preuve contraire peut s'administrer par tous les moyens de droit commun, même par témoins et par présomptions simples (Civ. 24 janv. 1846, *D. P.* 1846, 1, 98).

225. — 2° *Exceptions.* — Il est deux séries de présomptions légales qui sont absolues, irréfragables, qui sont établies *juris, et de jure* (art. 1352, § 2) :

a) Ce sont d'abord celles sur le fondement desquelles la loi *annule* certains actes : les articles 911 et 1100 en fournissent des exemples (voir ces deux textes);

b) Ce sont aussi celles sur le fondement desquelles la loi *dénie l'action en justice* : telles la présomption de vérité de la chose jugée, la présomption de propriété attachée à l'usucapion trentenaire (*sup.*, t. I, n° 1567), ou à la possession de bonne foi d'un meuble corporel (*sup.*, t. I, n° 1633).

226. — Cependant, ce caractère invincible de la présomption comporte certaines limites :

a) Les unes, qui existent en toute occurrence : la présomption légale est susceptible d'être renversée par la preuve contraire résultant soit de l'*aveu judiciaire* formulé, dans un *interrogatoire sur faits et articles*, par celui en faveur duquel elle était établie, soit de son refus de prêter le *serment décisoire* qui lui avait été déféré par son adversaire (art. 1352, § 2); ce sont donc seulement les *preuves ordinaires* qui sont exclues, non les preuves exceptionnelles dérivant de l'aveu ou du refus de prêter le serment déféré;

b) D'autres limites à l'absolutisme de la présomption sont apportées par la loi pour des cas particuliers; elles sont ordinairement très resserrées. Par exemple, la présomption de paternité légitime peut être renversée par le désaveu du mari (art. 312 et suiv.); il arrive même que la loi admette

la preuve contraire, sans restriction (Voy. l'art. 1283; *inf.* n° 955).

227. La présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée. — La chose jugée ne doit pas pouvoir être remise en question; il faut en finir une fois pour toutes; il y va de la dignité de la fonction judiciaire; il serait d'ailleurs fâcheux et même scandaleux que le même litige pût faire l'objet de décisions contradictoires; la société est intéressée à ce que la chose jugée soit considérée comme l'expression de la vérité : *res judicata pro veritate habetur*; les décisions judiciaires sont *présumées* exprimer la vérité (art. 1350 - 3°).

228. I. **Force de cette présomption.** — La présomption légale dont elles bénéficient a une force particulière : naturellement, elle est établie *juris et de jure* puisque, sur son fondement, la loi dénie l'action en justice (*sup.* n° 225); elle fait donc obstacle à la reprise du procès. Mais il y a mieux, et la présomption de vérité est spécialement irréfragable : *elle résiste même à l'aveu et au serment* (Req. 19 oct. 1886, *D. P.* 1887, 1, 165); et l'exception destinée à la faire valoir peut être opposée en tout état de cause, et même, pour la première fois, en appel (Paris, 25 oct. 1893, *D. P.* 1894, 2, 524). Toutefois, et par une inconséquence singulière, la jurisprudence estime que cette exception *n'est pas d'ordre public;* son titulaire peut y renoncer, expressément ou implicitement; elle ne peut être suppléée d'office par le juge; enfin, elle ne saurait être produite, pour la première fois, devant la Cour de cassation (Civ. 26 août 1861, *D. P.* 1861, 1, 427; 21 nov. 1893, *D. P.* 1894, 1, 269; Req. 11 déc. 1895, *S.* 1897, 1, 227, *D. P.* 1896, 1, 468; Civ. 22 déc. 1926, *S.* 1927, 1, 108; Req. 7 mai 1928, *S.* 1928, 1, 287). Il semble donc qu'une opposition s'établisse, en jurisprudence, entre la présomption elle-même et le moyen de droit destiné à la réaliser; la première est absolue, mais le deuxième est assez précaire et fragile.

229. II. **Conditions requises pour qu'une décision ait l'autorité de la chose jugée.** — L'autorité de la chose jugée ne s'applique qu'au *dispositif* des décisions *contentieuses* qui sont *définitives*.

1° Seules, les décisions *contentieuses* peuvent prétendre à l'autorité de la chose jugée, à l'exclusion des décisions qui émanent de la jurisprudence *gracieuse*, telles celles qui homologuent un partage ou un avis d'un conseil de famille, qui

consacrent une adoption, qui accordent l'envoi en possession des biens d'un absent ou qui prononcent une adjudication. De telles décisions ne mettent pas fin à un litige; il n'y avait pas de litige; ce sont des actes d'autorité plutôt que des jugements véritables.

En revanche, et du moment qu'il y a jugement contentieux, l'autorité de la chose jugée est acquise sans distinguer la nature de la juridiction dont il émane : tribunaux de droit commun, de première instance ou d'appel, juridictions d'exception; les *sentences arbitrales* elles-mêmes bénéficient de la présomption de vérité, du moins lorsqu'elles ont été rendues exécutoires par une ordonnance du président du tribunal (C. pr., art. 1021; Req. 6 mars 1865, *S.* 1865, 1, 265, *D. P.* 1865, 1, 249; — pour les sentences arbitrales ou surarbitrales intervenues dans les *conflits collectifs du travail*, v. l. 31 déc. 1936, art. 6 et l. 4 mars 1938, art. 15, § 5).

2° Il faut que le jugement soit *définitif*, ce qui exclut les jugements *d'avant dire droit* (préparatoires, provisoires ou interlocutoires) ainsi que les décisions rendues par les *juridictions d'instruction* (pour *l'ordonnance de non-lieu* rendue par les juges d'instruction dans une affaire d'accident de locomotion, Civ. 4 janv. 1935, *D. H.* 1935, 82), mais non pas les décisions susceptibles d'être attaquées par des voies de recours, ordinaires ou extraordinaires : du moment qu'un jugement a statué sur *le fond de l'affaire*, il est considéré comme définitif au point de vue qui nous occupe et il a donc l'autorité de la chose jugée, autorité qui peut n'être que *provisoire*, qui sera peut-être ruinée par l'*exercice* d'une voie de recours ordinaire ou par la cassation prononcée sur pourvoi, mais qui n'en existe pas moins pour le moment.

3° L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au *dispositif* du jugement, à l'exclusion des motifs; encore n'existe-t-elle pas en ce qui concerne les *simples énonciations* (Civ. 2 avril 1895, *D. P.* 1895, 1, 312, *S.* 1899, 1, 307).

Toutefois, les motifs qui sont le *soutien nécessaire* du dispositif bénéficient de l'autorité qui est attachée à celui-ci (Civ. 11 juill. 1935, *S.* 1936, 1, 110).

230. III. **De l'exception de chose jugée.** — L'autorité de la chose jugée est réalisée au moyen d'une exception : *l'exception de chose jugée*, que la loi met à la disposition de celui contre qui une demande nouvelle serait formée au mépris de la règle *res judicata pro veritate habetur*, et qui, on l'a vu, est assez fragile; en outre cette exception est incluse dans les limites étroites qui dérivent du principe de la *rela-*

tivité des jugements et qui sont indiquées dans l'article 1351. D'après ce texte, trois conditions sont exigées pour que l'exception puisse être opposée par le défendeur à une instance nouvelle : 1° *identité d'objet*; 2° *identité de cause*; 3° *identité de personnes*.

231. 1° **Identité d'objet.** — D'après l'article 1351, « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même...* ». L'appréciation de cette première condition suscite de nombreuses et graves difficultés; il n'est pas toujours aisé de savoir si la nouvelle demande est distincte de la contestation initiale, telle qu'elle a été envisagée et dénouée par les premiers juges, ou si elle n'était pas implicitement comprise dans la matière du jugement; bien des systèmes ont été proposés pour résoudre le problème; il ne semble pas qu'aucun d'eux soit absolument sûr. Tout ce qu'on peut dire c'est que, pour apprécier s'il y a identité d'objet, il faut prendre en considération, non pas la demande primitive, laquelle a pu être élargie ou réduite au cours des débats, mais les éléments qui ont été soumis en fin de compte au juge et qui ont servi de matière à sa décision.

a) L'identité d'objet n'existe pas si le jugement a été rendu au *possessoire* et alors que la demande nouvelle intéresse le *pétitoire* : le cumul du possessoire et du pétitoire est interdit (*sup.*, t. I, n° 1428); un jugement rendu au possessoire n'a pas l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le pétitoire (Req., 6 janv. 1891, *S.* 1895, 1, 28, *D. P.* 1891, 1, 479);

Plus généralement, l'exception de chose jugée n'est accueillie que si c'est *le même* droit qui est réclamé sur *la même chose* (Civ. 14 mai 1935, *S.* 1935, 1, 367).

b) Au contraire, le plaideur qui réclamait la restitution d'un capital par lui prétendûment prêté et qui a échoué parce que le tribunal a considéré que la somme n'avait pas été remise par lui à son adversaire, ne saurait ensuite réclamer les intérêts de ladite somme, en se basant sur le prêt dont l'inexistence a été affirmée par les juges.

232. 2° **Identité de cause.** — Il faut... « *que la demande soit fondée sur la même cause...* » (art. 1351). On entend ici par cause, l'acte générateur du droit prétendu, la cause efficiente : prêt, vente, commodat, dépôt. Si je me prétends créancier en vertu d'une vente et que ma demande soit repoussée, rien ne m'empêche d'engager une nouvelle instance en arguant de l'existence d'un prêt, d'un dépôt ou d'un

mandat : le tribunal pourra me donner gain de cause sans pour cela contredire la décision des premiers juges, laquelle était intervenue dans un ordre d'idées différent.

233. — Mais les difficultés apparaissent pour les actions en *nullité* ou en *rescision* : le plaideur qui a demandé la nullité d'un contrat en se basant sur tel vice et qui a perdu son procès, va-t-il pouvoir changer ses batteries et invoquer la nullité à raison d'une autre irrégularité qui a été commise : par exemple, ayant échoué dans la demande en nullité pour cause d'erreur, va-t-il être admis à plaider la nullité *du même contrat* pour cause d'incapacité? Dans l'examen de ce problème, des auteurs se sont égarés en proposant une distinction scolastique entre la cause *immédiate* et la cause *médiate* des deux actions (*causa proxima* et *causa remota*) : l'identité de cause ne serait réalisée qu'autant qu'elle porte sur la cause immédiate; la cause médiate (*causa remota*) ne serait d'aucune considération.

La jurisprudence, fort sagement, suivant en cela l'opinion de Laurent, prend en considération la cause de l'action, sans se préoccuper de son caractère médiat ou immédiat; il n'est pas possible d'interdire à un plaideur de soumettre aux tribunaux une question sur laquelle il n'a pas été statué. Par exemple, si une demande en rescision pour cause de *lésion* a été rejetée, le plaideur débouté peut parfaitement arguer d'une nullité pour *inobservation des formalités prescrites* (Civ., 23 déc. 1851, *D. P.* 1854, 5, 112) ; de même qu'en attaquant un partage pour cause d'*erreur*, on ne s'interdit pas de l'arguer de *lésion* (Chambéry, 31 août 1861, *S.* 1862, 2, 298, *D. P.* 1862, 2, 159) ; de même que la partie qui a succombé dans une demande en nullité de testament, fondée sur la fausseté de l'écriture et sur l'état mental du testateur, peut former une nouvelle demande en nullité, basée tant sur une antidate que sur l'incapacité du testateur, frappé d'interdiction judiciaire (Req., 20 oct. 1885, *D. P.* 1886, 1, 253).

234. — Dès lors, il est curieux que la jurisprudence des cours d'appel traite différemment les demandes fondées, l'une et l'autre, sur des *nullités de forme* : pour elle, la chose jugée à l'égard d'une nullité de forme s'oppose à ce qu'une *autre* nullité de forme soit proposée à l'encontre du même acte; la question de la validité formelle de l'acte aurait été jugée une fois pour toutes (Paris, 10 mai 1850, *D. P.* 1851, 2, 125; Pau, 21 avril 1868, *D. P.* 1870, 1, 124). Cette solu-

tion est contestée par des auteurs qui préfèrent, non sans raison, s'en tenir au principe que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été effectivement jugé (*Sic*, Glasson, Tissier et Morel, *Traité de procédure civile*, 3e éd., t. III, n° 774). La Cour de cassation évite de se prononcer (Comp. Req. 6 avril 1909, *D. P.* 1911, 1, 105).

235. 3° **Identité de personnes.** — Article 1351 : « ... *il faut... que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.* » C'est à ce point de vue surtout qu'apparaît la *relativité de la chose jugée*; comme les contrats (*inf.* n^os^ 250 et suiv.), les jugements ne produisent d'effets qu'à l'égard des parties et non pas vis-à-vis des tiers : comment pourrait-on m'opposer l'autorité dun jugement rendu en conclusion d'une instance à laquelle je suis demeuré étranger? Ou comment, à quel titre serais-je fondé à me réclamer de cette décision qui ne me concerne aucunement? La sagesse des nations l'a proclamé : *res inter alios judicata nec nocere nec prodesse potest* : c'est seulement si la nouvelle demande est formée entre les mêmes plaideurs que l'exception *rei judicatae* pourra jouer (V. Civ. 4 nov. 1931, *D. H.* 1931, 571).

236. — Seulement, pour l'application de ces règles, il faut tenir compte du concept de la *représentation* et prendre en considération, non la personne *physique* des plaideurs, mais bien leur position, leur identité juridique; car il peut arriver et il advient fréquemment qu'un individu, qui n'a pas figuré *personnellement* dans l'instance, soit cependant réputé y avoir été partie, ou du moins soit traité comme s'il y avait été partie.

a) Tel est le cas des *mandants*, lesquels ont été représentés par leurs *mandataires* : le jugement rendu pour ou contre un tuteur, agissant en cette qualité, a l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'incapable, mineur ou interdit, dont les intérêts étaient en cause. De même pour la décision intervenue pour ou contre le mari agissant en tant que représentant de sa femme.

b) Il faut aussi se rappeler que les actes accomplis par un auteur sont opposables à ses ayants cause *à titre universel* : héritiers, légataires universels ou à titre universel, et aussi créanciers chirographaires, sauf, pour ces derniers, le droit d'attaquer, au moyen de la *tierce opposition*, les jugements qui auraient été rendus contre leur débiteur en suite d'une collusion avec l'autre partie : à cet égard encore, la fraude tient en échec les règles de droit.

Quant aux ayants cause *à titre particulier*, ils doivent bien subir le contre-coup des actes que leur auteur a pu passer *avant* le moment où ils ont définitivement acquis de lui leur droit, mais les jugements intervenus *après* cette époque sont sans autorité à leur égard; c'est ainsi que l'acheteur d'un immeuble ne peut se voir opposer le jugement déniant à son vendeur la qualité de propriétaire, si, au moment où la décision a été rendue, la vente avait déjà été transcrite. Mais il est à remarquer que les *créanciers hypothécaires* sont traités différemment par la jurisprudence qui fait produire effet, à leur égard, aux jugements rendus contre ou pour le débiteur, à l'occasion de l'immeuble hypothéqué et même après la constitution et la publication de l'hypothèque (Voy. *inf.* n° 1867).

237. — Bien entendu, l'exception de chose jugée cesse d'être recevable si la même personne a figuré dans les instances *en des qualités différentes* (art. 1351), si, par exemple, ayant agi une première fois comme tuteur, elle intente, contre le même défendeur, une autre action pour son compte personnel : il n'y a plus identité juridique de parties; autre chose est plaider ès qualités, et autre chose défendre en justice ses propres intérêts.

Section IV. — INTERPRÉTATION DES CONTRATS

Code civil, articles 1156 à 1164.

Bibliographie. — Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd. 1919; G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, 1929; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905; Giorgi, *Teoria delle obligazioni*, 7e éd., t. IV; Cesare Grassetti, *L'interpretazione del negotio giuridico*, 1938.

238. Définition; évolution. — Interpréter un contrat, c'est déterminer le sens et la portée des clauses qu'il renferme, mission qui, en cas de désaccord entre les parties, incombe naturellement à l'autorité judiciaire.

Dans les sociétés peu affinées et alors que le droit est formaliste, cette mission est fort réduite; les contractants doivent utiliser certaines formules déterminées, certains clichés; s'ils y ont eu recours, les effets qui y sont attachés sont fixés et connus à l'avance; s'ils les ont négligés, leur volonté est demeurée inopérante. Mais, à mesure que le formalisme s'atténue pour laisser place à l'autonomie des

volontés individuelles, l'interprétation des actes juridiques prend plus d'importance et devient plus difficile en même temps que la tâche du juge gagne en ampleur et en complexité. Les particuliers choisissent librement la formule contractuelle qui est aménagée par eux sur mesure et pour les besoins de la cause; il n'existe plus de clichés officiels donnant des épreuves qui sont repérées et décrites à l'avance, et alors la question se pose de savoir ce que les parties ont voulu dire lorsqu'elles ont employé des clauses élastiques, obscures ou à double sens.

239. Deux méthodes différentes. — Pour réaliser l'interprétation des contrats, deux méthodes se conçoivent qui procèdent d'esprits différents et qui conduisent à des résultats divergents : on peut se préoccuper, d'abord et contre tout, de rechercher la volonté réelle des parties, par tous les moyens possibles; on peut aussi envisager isolément la formule employée, la déclaration de volonté, et l'interpréter à la lueur des usages, des habitudes sociales, du milieu dans lequel elle a été projetée. Le premier système, purement *individualiste* et *subjectif*, est celui de notre Code civil *français;* le deuxième, plus ou moins *social* et *objectif*, est celui du droit allemand.

Le juge français ne voit, dans la formule contractuelle, qu'une base, un point de repère lui permettant de découvrir la pensée véritable des parties, un mode de révélation de leur pensée; mais il n'ignore pas que cette pensée est parfois trahie par la forme qu'elle revêt; il la recherchera par tous les moyens possibles, par tous les procédés d'investigation; tout sera mis en œuvre pour pénétrer jusqu'à « *la commune intention des parties contractantes* » (art. 1156); et le législateur lui-même décide que « *quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter* » (art. 1163). En somme, la formule n'est qu'un des éléments d'appréciation du juge français qui pourra s'inspirer d'autres éléments; l'interprétation du droit français, dont le système s'affirme éclectique, est à la fois *subjective* et *extrinsèque* autant qu'intrinsèque.

Le Code civil *allemand* applique une conception différente; pour lui, la déclaration de volonté a une valeur en soi; elle doit être prise telle qu'elle existe, isolément de la pensée d'où elle est sortie, pour être interprétée à la lueur des *usages admis en affaires* (art. 157 C. civ. allemand);

on recherche quel sens elle doit avoir, eu égard aux habitudes d'esprit, au milieu dans lequel elle est apparue. On ne tient compte de l'intention des parties que dans la mesure où elle s'est concrétisée dans la formule; pour le reste, c'est la volonté sociale qui opère, telle qu'elle est dégagée par le juge : le contrat, phénomène social, est interprété socialement, dans un système *objectif* et *intrinsèque*.

Sans doute, l'opposition entre les points de vue des deux codes civils ne doit pas être exagérée : notre code français se réfère à l'usage en décidant que « *ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans les pays où le contrat est passé* » (art. 1159), et qu'« *on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* » (art. 1160); mais il faut observer que l'usage n'est pris en considération qu'autant qu'il est interprétatif ou supplétif de la volonté des parties, sans pouvoir se dresser contre elle : ce sont bien deux positions antagonistes qui ont été prises par les législateurs français et allemand.

240. Règles d'interprétation. — D'autres règles d'interprétation figurent dans les articles 1156 et suivants, auxquels nous renvoyons le lecteur, en signalant particulièrement les directives inscrites dans l'article 1157, d'après lequel, « *lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun* », et dans l'article 1162, qui veut que « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* », donc contre le créancier et en faveur du débiteur.

Il faut ajouter, et l'observation est essentielle, que le juge n'est pas lié, en ce qui concerne la *qualification* du contrat, par les déclarations des parties qui ont pu employer, sciemment ou non, une terminologie vicieuse; il lui appartient de restituer à l'opération, sous le contrôle de la Cour de cassation, son caractère véritable en décidant, par exemple, que le contrat présente la nature d'une vente et non pas, comme l'ont déclaré les parties, d'un bail assorti d'une promesse de vente (Req. 3 août 1931, *D. H.* 1931, 441; Paris, 31 oct. 1931, *D. H.* 1931, 562), ou encore que tel acte, baptisé vente par les parties, est en réalité une donation (Req. 14 mai 1934, *D. H.* 1934, 330) : c'est la réalité qui importe, et non le masque dont les contractants l'avaient affublée, intentionnellement ou non; le nom dont ils avaient baptisé

l'opération sera modifié s'il ne correspondait pas à la structure de celle-ci; il n'appartient pas aux parties de destituer un acte de sa nature juridique .

Toutes ces règles ne sont d'ailleurs pas spéciales aux contrats; elles valent pour les actes juridiques en général, et, notamment, pour les testaments (*inf.* t. III, n° 1551).

241. Autorité des directives données au juge par le législateur. — Principe — Ces directives, marquées au coin du bon sens et de l'équité, sont de simples recommandations, sans caractère obligatoire pour le juge, pratiquement tout au moins, puisque leur inobservation ne donne certainement pas ouverture à cassation; il appartient au juge du fond d'interpréter souverainement les contrats; s'il se trompe, il viole le contrat, non la loi; or, c'est de la loi uniquement que la Cour de cassation a été constituée la gardienne; c'est la violation de la loi qui, seule, peut servir de base à un pourvoi (Req., 16 fév. 1892, *S.* 1893, 1, 409, *Ref.* XVII, 1, 58, *D. P.* 1892, 1, 248; Civ., 29 janv. 1918, *D. P.* 1918, 1, 9).

Contrats d'adhésion. — Les juges du fond se reconnaissent des pouvoirs particulièrement étendus et dont ils font l'emploi le plus équitable, lorsque c'est un *contrat d'adhésion* qui est intervenu entre les parties, et surtout pour l'interprétation des *clauses imprimées* qui ont été insérées dans l'acte-règlement par son rédacteur (entreprise de transports, compagnie d'assurances, grand magasin, etc.); assez volontiers, les tribunaux admettent que de telles clauses n'ont pas été lues par le client de la compagnie ou de l'administration et qu'elles ne lui sont donc pas opposables (V. pour une clause d'exonération de responsabilité figurant au *verso* d'un bulletin délivré par un teinturier à une de ses clientes, Req. 7 déc. 1936, *D. H.* 1937, 17); sur ce point et en ce sens, leur décision est souveraine (même arrêt).

D'autre part, et toujours pour ce qui est des contrats d'adhésion, la directive de l'article 1162 qui donne la préférence au débiteur sur le créancier, en cas de difficulté d'interprétation, conduirait souvent à sacrifier le client à la compagnie, à l'entreprise avec laquelle il a traité, solution d'autant plus injuste que la formule litigieuse émane de cette compagnie ou de cette entreprise qui doit supporter le risque de son obscurité; la structure même du contrat d'adhésion, différente de celle du contrat paritaire, aménagé par le code civil, commande cette différence d'interprétation (sup. n^os^ 32 et 33).

242. Tempéraments. — Le contrôle de la Cour suprême fait un retour offensif, et à juste titre, dans les deux éventualités suivantes :

1° Le tribunal, après avoir reconnu l'existence de telle convention, d'une vente par exemple, lui assigne une nature et y attache des effets autres que ceux qui lui sont attribués par la loi; sa décision encourt alors la censure de la Cour de cassation; car ce n'est pas seulement la convention qui a été violée, c'est aussi et c'est surtout la loi qui y attachait des effets autres que ceux qui ont été reconnus par les juges du fond; il est inadmissible que ceux-ci puissent « destituer de leurs effets légaux et de leurs conséquences nécessaires, les conventions dont ils ont eux-mêmes constaté l'existence » (Civ., 24 déc. 1888, *D. P.* 1889, 1, 415; 16 mars 1925, *S.* 1925, 1, 166);

2° Pas plus que les parties, les tribunaux ne peuvent, sous prétexte d'interpréter un contrat, le *dénaturer*; si une clause est limpide, ils ne sauraient la méconnaître ou la transformer; ils ne peuvent pas *refaire* l'acte; sinon la Cour suprême interviendra pour assurer le respect de ce grand principe de droit que « *les conventions légalement formées tiennet lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (art. 1134, §1; Civ. 7 nov. 1928, *S.* 1929, 1, 60; 21 juill . 1930, *S.* 1930, 1, 365). C'est par application de cette idée que la Cour de cassation se réserve le droit de contrôler la nature, la dénomination légale des conventions, de les *qualifier*, en décidant, par exemple, que le libellé de telle opération doit s'entendre dans le sens d'une constitution de gage plutôt que dans celui d'une vente affectée de certaines modalités (Civ., 4 juin 1894, *D. P.* 1894, 1, 555; 27 mai 1930, *S.* 1930, 1, 386), ou comme une vente plutôt que comme un bail avec promesse unilatérale de vente (Req. 19 mars 1935, *S.* 1935, 1, 295); elle se reconnaît encore le pouvoir d'apprécier si tel élément d'un contrat présente un caractère essentiel ou seulement accidentel (V. pour l'élément *durée* dans le contrat de bail, *inf.* n° 1188), comme aussi de vérifier la qualité en laquelle une partie figure dans un acte, qualité qui ne peut être transposée arbitrairement par le juge du fond (Civ. 30 nov. 1932, *S.* 1933, 1, 103).

Seulement, la ligne de démarcation à établir entre l'interprétation et la dénaturation est assez malaisée à tracer; ce n'est pas facilement qu'on détermine le point où s'arrête la première notion et où commence la deuxième, si bien que la porte est ouverte par laquelle risque de passer le principe même qui exclut le contrôle de la Cour régulatrice en

ce qui concerne l'interprétation des conventions (Voy. Civ., 23 nov. 1892, *D. P.* 1893, 1, 85; 17 juin 1896, *D. P.* 1899, 1, 159; 26 janv. 1914, *D. P.* 1917, 1, 175; 8 mars 1921, *S.* 1922, 1, 79; 6 mars 1925, précité; 7 nov. 1928, *S.* 1929, 1, 60; Comp. Gabriel Marty, *op. cit.*, pp. 293 et suiv.).

Section V. — LES EFFETS DES CONTRATS

243. Vice de méthode. — Le Code civil, par un vice de méthode évident, traite simultanément, dans un même chapitre, des *effets des contrats* et des *effets des obligations* (livre III, titre III, chap. III, art. 1134 et suiv.). Les deux ordres d'idées sont cependant bien distincts : tandis que les contrats ont pour objectif et pour effet essentiels de produire des obligations, ces dernières ont pour résultat et pour raison d'être de placer le débiteur dans la nécessité juridique d'exécuter la prestation promise. Nous respecterons cette opposition que Pothier établissait soigneusement, et il ne sera question à cette place que des effets qui se rattachent aux contrats eux-mêmes : nous rechercherons dans quelle mesure ils s'acquittent de leur fonction naturelle : *la production des obligations.*

244. Fonction des contrats. L'évolution. — Cette fonction génératrice appelle plusieurs observations :

1° Tout en étant essentielle, elle n'est pas exclusive : on sait que les contrats ne sont pas seulement productifs de rapports obligatoires, mais qu'ils deviennent, aussi et très fréquemment, tranlatifs de propriété et constitutifs de droits réels — usufruit, emphytéose, servitudes, hypothèques, etc. A cet égard, leur efficacité s'est beaucoup accrue depuis le droit romain et même depuis notre ancien droit français (*sup.* t. I, n^os^ 1681 et suiv.);

2° Dans le domaine purement obligationnel lui-même, la fécondité du concept contractuel s'est considérablement accrue, par la volonté du législateur, sans doute, qui fait dériver du contrat de travail l'obligation, pour le chef d'entreprise, d'indemniser l'ouvrier ou l'employé victimes d'accidents (*inf.* n° 1276), mais aussi et surtout grâce à la jurisprudence qui fait découler de certains contrats des obligations autrefois insoupçonnées : c'est ainsi que le contrat de transport de personnes produit, à la charge du voiturier et au profit du voyageur, une obligation de sécurité absolue qui est d'origine vraiment jurisprudentielle (V. *inf.* n° 490) et que nos tribunaux insèrent de vive force dans bien d'autres conventions (*ibid.*); ainsi encore que la cession du droit

de chasse peut entraîner virtuellement, pour le cessionnaire ou le locataire, l'obligation de détruire les lapins dont les dépréciations seraient de nature à engager la responsabilité du propriétaire cèdant (Req. 29 janv. 1936, *S.* 1936, 1, 142) : le plexus obligatoire contractuel devient de plus en plus riche et touffu; il est ce que le législateur et le juge veulent qu'il soit; dans cette direction, le concept contractuel est en plein essor; il est de plus en plus *dirigé* (V. L. Josserand, *L'essor du concept contractuel*, dans les *Mélanges Gény*; *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Rev. trim.* 1937, p. 1);

3° Cet enrichissement du contenu contractuel s'explique surtout par ce standard du droit moderne que toutes les conventions, sauf de rares exceptions (*sup.* n° 19), *sont de bonne foi*; elles doivent donc être exécutées de bonne foi (art. 1134, § 3); et de plus, elles « *...obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » (art 1335). L'équité et les usages, en pénétrant dans le domaine contractuel, lui fournissent de nombreux et nouveaux apports, par exemple l'obligation de sécurité qui s'est infiltrée dans plusieurs ordres de conventions (*inf.* n° 486).

245. Plan. — La force obligatoire des contrats est résumée dans l'article 1165, aux termes duquel « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article* 1121 ».

Il y a donc deux points de vue à distinguer, celui des *parties* et celui des *tiers*, ou, plus exactement, des personnes qui n'ont pas été parties à l'acte. Après quoi, il conviendra de s'occuper de la *simulation* dans les contrats et des *contre-lettres*.

§ I. — *EFFETS DES CONTRATS ENTRE LES PARTIES*

246. Principe. — Il résulte de l'article 1165 que les conventions ont effet entre les parties contractantes, et l'article 1134, appuyant sur cette idée, déclare que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette formule lapidaire fait image; les rédacteurs l'ont empruntée à Domat, à peu près littéralement; elle accuse vigoureusement la force du lien obligatoire issu du contrat : les parties doivent subir la loi du contrat, ainsi qu'elles sont tenues de s'incliner devant la loi

proprement dite. Le rapprochement est suggestif; faut-il le pousser jusqu'à l'assimilation? La loi contractuelle est-elle de même essence et de même portée que la loi tout court? Crtainement non; entre les deux concepts, il existe des points de contact, mais aussi des nuances, parfois même des oppositions.

247. Ressemblances entre la loi contractuelle et la loi véritable. — 1° L'une comme l'autre ont une valeur *obligatoire* : l'accord contractuel lie les parties, comme la loi enchaîne les volontés individuelles;

2° Comme la loi, la convention peut déroger, soit à un *usage*, soit à la *loi*, en principe tout au moins et réserve faite des dispositions d'ordre public; elle est elle-même une loi spéciale; et c'est un principe que *specialia generalibus derogant*;

3° A l'instar d'une loi, la convention ne peut être dissoute que par un procédé inverse de celui qui a servi à la former, c'est-à-dire par l'accord des parties (art. 1134, § 2);

4° La même bonne foi doit présider à l'application de la loi et à l'exécution des conventions : aux termes de l'article 1134, § 3, celles-ci « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

248. Différences. — Elles sont nombreuses et effectives, même en les limitant aux *effets entre les parties*.

1° La loi peut déroger à la loi, sans réserve aucune, et pourvu que la Constitution demeure hors d'atteinte; mais la convention ne saurait déroger aux dispositions législatives ou réglementaires qui sont *d'ordre public* (art. 6), ni aux *usages* auxquels une loi aurait elle-même reconnu ce caractère (Voy. pour le louage de services, la loi du 19 juillet 1928, modifiant l'art, 23 du livre I[er] du Code du travail, et interdisant d'abréger le délai-congé établi par les usages), ni même à une *convention collective* (Voy. pour les *conventions collectives de travail*, le même texte);

2° Quant à la *dissolution* des contrats, laquelle correspond, pour la loi, à l'abrogation, il est des cas où elle est impossible par un simple accord de volontés (mariage, adoption, contrat de mariage), tandis qu'il en est d'autres où, à l'inverse, elle est réalisable par simple volonté unilatérale (*louage de services* à durée indéterminée, art. 1780; *mandat*, art. 2003; *société*, art. 1865 - 5°);

3° Tandis que l'*interprétation* de la loi appartient à la Cour de cassation qui est à même de faire prévaloir son opinion en l'imposant à toutes les juridictions placées sous son

contrôle (*sup.*, t. I, n° 87), cette haute juridiction n'a pas qualité pour interpréter les contrats (*sup.*, n° 241) ; c'est de la loi qu'elle a pour mission d'assurer l'application uniforme, sur toute l'étendue du territoire; les difficultés d'interprétation des contrats sont des difficultés de fait dont le dénouement est confié au juge du fait; du moment qu'une règle de droit n'est pas violée, la Cour suprême, qui doit appuyer ses décisions sur des textes (*sup.*, n° 241), ne saurait intervenir.

249. Détermination des parties contractantes. — Pour effectuer cette détermination, on devra, à l'occasion, tenir compte de la théorie de la *représentation*, d'après laquelle les actes passés par le représentant produisent leurs effets dans le patrimoine du représenté : si, par exemple, c'est un tuteur qui signe un contrat, en cette qualité, ce n'est pas lui qui devient créancier ou débiteur ou propriétaire, mais bien l'incapable, mineur ou interdit, dont il représentait les intérêts et au nom duquel il agissait; personnellement, il n'était point partie à l'acte, ne jouant qu'un rôle d'intermédiaire (*sup.*, t. I, n^{os} 156 et 405). Il faut donc, pour déterminer les véritables parties contractantes, aller jusqu'au fond des choses, ne pas s'arrêter aux apparences et rechercher en quelle qualité les participants ont donné leur consentement.

§ II. — *EFFETS DES CONTRATS À L'ÉGARD DES PERSONNES QUI N'ONT PAS ÉTÉ PARTIES À L'ACTE*

250. Principe. — Du moment que l'on dépasse le cercle contractuel, le spectacle change : aux termes de l'article 1165, les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers; déjà, on disait à Rome : *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, ce qui n'a jamais voulu dire que les conventions n'exercent pas de répercussion sur les tiers, mais seulement qu'elles ne sauraient faire naître un droit à l'encontre ou au profit d'un tiers, qu'*elles sont impuissantes à rendre une tierce personne créancière ou débitrice ou propriétaire* (art. 1119) ; solution parfaitement rationnelle : si le contrat est une loi, il est une loi entre les parties; à la différence du législateur, les contractants, on le suppose, n'avaient aucune qualité pour parler au nom d'autrui, ils n'étaient investis d'aucune délégation; à ce point de vue, le contrat ressemble à un jugement plutôt qu'à une loi; à côté du principe de la *relativité de la chose jugée* (*sup.* n° 230), figure celui de *la relativité des conventions*. Nul ne

saurait devenir contractuellement débiteur ou créancier sans l'avoir voulu.

251. Questions. — Mais il ne suffit pas de poser le principe ainsi que les termes généraux de la distinction : encore faut-il savoir exactement :

1° *Comment* ce principe de la relativité des contrats *s'applique* aux différentes catégories de personnes qui n'ont pas été parties à l'acte;

2° S'il ne comporte pas des *dérogations*.

(V. Demogue, *op. cit.*, t. VII; Lepargneur, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations*, *Rev. trim.* 1924, p. 481; Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, *Rev. trim.* 1934, p. 525.)

N° 1

Applications du principe de la relativité des contrats

252. Difficulté. — A en croire l'article 1165, la règle de la relativité des contrats serait valable pour *tous les tiers*, et le texte semble englober sous cette épihète toutes personnes autres que les parties contractantes qu'il leur oppose. En réalité, la situation n'est pas aussi simple; différentes catégories doivent être distinguées parmi les non-contractants, à savoir : 1° les *successeurs à titre universel;* 2° les *créanciers chirographaires*; 3° les *ayants cause à titre particulier*; 4° les *véritables tiers*, ceux qui sont juridiquement et définitivement étrangers aux parties contractantes et qu'on appelle ordinairement, pour les distinguer des catégories précédentes, les *penitus extranei*.

253. I. Les successeurs à titre universel. — Ce sont les héritiers, les légataires universels ou à titre universel : bien qu'ils n'aient pas été parties au contrat, on ne saurait les considérer comme des tiers par rapport à lui; ayant recueilli ultérieurement le patrimoine de l'un des contractants ou une quote-part de ce patrimoine, ils ont pris ses lieu et place; ils sont devenus créanciers ou débiteurs là où il était lui-même créancier ou débiteur; ils ont pris sa suite; la loi considère qu'il avait stipulé (il faut lire *contracté*) pour eux (art. 1122) : le contrat fait donc la loi en leur faveur comme à leur encontre; ils sont entrés, après coup, rétrospectivement, dans la convention conclue par leur auteur.

254. — Il en serait autrement, cependant, dans deux séries d'éventualités prévues dans l'article 1122 et dans une

troisième qui ressortit au droit successoral; le contrat serait sans effet à l'égard des successeurs à titre universel des parties, notamment à l'égard de leurs héritiers :

1° Si *sa nature même* y faisait obstace : il a été conclu *intuitu personœ*; il a donné naissance à des rapports juridiques strictement personnels, soit du côté des deux parties (tel est le cas du *mandat*, art. 2003, de la *société de personnes*), soit du côté de l'une d'elles seulement (*louage de services, contrat d'entreprise*) : le décès de la partie dont la personnalité avait été prise en considération — mandant, mandataire, architecte, peintre, avocat — met fin à l'opération; l'héritier d'un médecin ou d'un artiste n'est pas tenu de satisfaire aux engagements que son auteur avait assumés en cette qualité et à titre strictement personnel.

2° L'article 1122 suppose que le caractère personnel et viager du contrat lui a été assigné par les parties elles-mêmes : c'est ainsi que, dans un bail, il est parfois stipulé que le contrat sera résilié par le décès du preneur dont les engagements ne lieront donc pas ses héritiers.

La volonté des parties pourrait d'ailleurs s'exprimer, à cet égard, tacitement; le juge la déduit des faits et circonstances de la cause (Req. 15 mai 1934, *D. H.* 1934, 329).

3° Les héritiers qui n'ont accepté la succession que *sous bénéfice d'inventaire*, ne continuent pas le défunt; par rapport à lui, ils ont la qualité de tiers (*inf.* t. III, n^{os} 941 et suiv.).

255. II. **Les créanciers chirographaires.** — Ces créanciers sont pourvus d'un droit de gage général qui porte sur le patrimoine de leur débiteur et qui leur confère, par rapport à ce dernier, la qualité d'ayants cause à titre universel; en conséquence, ils subissent la répercussion, heureuse ou désavantageuse pour eux, des actes accomplis par le débiteur, lequel est demeuré à la tête de ses affaires et gère ses intérêts à sa guise; tout élément de son patrimoine est, en même temps, un élément de leur gage qui se trouve accru par les acquisitions effectuées comme il est diminué par les dettes assumées. C'est dire que le contrat conclu par le débiteur est opposable à ses créanciers qui en subissent le contrecoup; ils n'ont pas été parties à l'acte; mais ils ne sont pas non plus des tiers; ils ont été *représentés* par leur débiteur, dans la mesure et à raison de leur droit de gage général (*inf.* n^{os} 647 et suiv.).

256. — Mais cette règle comporte d'importantes *exceptions*, dont nous signalerons ici les deux principales : :

1° Si le débiteur a agi en *fraude* des droits de ses créanciers, ceux-ci n'ont pas été représentés par lui : on ne représente pas ceux que l'on trahit intentionnellement. Les créanciers trahis peuvent se réclamer de la qualité de tiers et obtenir, à l'aide de l'*action paulienne*, la révocation de l'acte frauduleux, jusqu'à concurrence de leurs intérêts légitimes (*inf.* n^os^ 676 et suiv.).

2° Si le contrat est, non pas sincère, mais *simulé*, son autorité ne s'impose pas nécessairement aux créanciers du simulateur; comme nous le verrons, la loi leur accorde alors une option qui sauvegarde pleinement leurs intérêts; ils peuvent, ou bien s'en tenir à l'apparence, au contrat ostensible, ou bien à l'inverse s'en protéger, en récuser l'autorité en faisant la preuve de la *simulation* (*inf.* n° 328).

257. III. **Les ayants cause à titre particulier.** — A la différence des ayants cause des deux catégories précédentes, ceux-ci ne tiennent, des parties contractantes ou de l'une d'elles, qu'un droit déterminé et non pas un droit intéressant tout ou partie d'un patrimoine : c'est un acheteur, un échangiste, un donataire, un légataire à titre particulier. Il semble que le principe de la relativité des contrats doive recevoir alors son application exacte et intégrale, de tels ayants cause n'ayant pas été représentés aux contrats que leur auteur a pu passer. Cependant, il faut tenir compte d'un autre principe, tout aussi nécessaire, d'après lequel l'ayant cause succède, *quant au bien acquis*, à tous les droits et uniquement aux droits qui appartenaient à son auteur : 1° d'une part, nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a : *nemo plus juris in alienum transferre potest quam ipse habet*. Il en résulte que l'ayant cause à titre particulier n'acquiert la chose que telle qu'elle se comportait dans le patrimoine de son auteur, dans la position juridique qui avait pu lui être assignée par des contrats *antérieurement* passés et *relatifs à elle*. Par exemple, c'est une chose vendue qui avait été *précédemment* grevée, par le futur aliénateur, d'une servitude ou d'une hypothèque : l'acheteur doit subir l'effet des contrats constitutifs de ces droits réels — réserve faite d'une question de publicité (transcription ou inscription); 2° d'autre part et *à l'inverse*, les avantages attachés au bien transmis passent, avec lui, à l'acquéreur : si c'est une créance qui est cédée et si elle comportait des garanties, que nous supposons avoir été établies par convention (cautionnement, gage, hypothèque), ce sera tout profit pour le cessionnaire qui prendra les lieu et place, *pour ce qui est*

du bien par lui acquis, de son auteur, et qui bénéficiera ainsi d'un contrat auquel il n'avait cependant pas été partie : contrat de cautionnement, de gage ou d'hypothèque. Les contrats exercent ainsi, par un procédé indirect, une répercussion sur la situatoin des ayants cause à titre particulier.

258. — Mais il faut bien observer que ce résultat suppose : 1° que le contrat dont s'agit était antérieur à l'acquisition; 2° que les droits qui en sont résultés se référaient au bien ultérieurement acquis, en constituaient une sorte de *modalité*. C'est dans ces limites seulement que l'ayant cause à titre particulier pâtit ou bénéficie des contrats passés par son auteur.

259. IV. **Les tiers véritables, les « penitus extranei ».** — Ce sont les personnes qu'aucun rapport obligatoire n'unit et n'unira aux parties contractantes. C'est pour ces tiers qu'est écrite la règle de l'article 1165, c'est pour eux qu'est institué le principe de la relativité des conventions : le contrat auquel ils n'ont point participé, auquel ils n'ont point été représentés, ne peut les rendre ni créanciers, ni débiteurs, ni titulaires d'un droit réel, pas plus qu'il ne saurait les dépouiller d'une propriété ou d'un droit quelconque : qu'une vente ou qu'un prêt d'argent interviennent entre Primus et Secundus; je n'ai point à m'en soucier; ce n'est pas mon affaire, c'est l'affaire d'autrui; je ne dois donc, en logique et en équité, en ressentir aucun contre-coup, au moins d'ordre juridique.

260. Précision. — Cependant, il n'est pas impossible qu'un contrat fasse sentir ses effets sur des tiers, au sens le plus strict du mot; même dans les limites ainsi précisées, la *relativité* des contrats ne présente elle-même qu'une valeur *relative* :

1° Il est des contrats à grand rayon d'action qui sont destinés à s'imposer au respect de tous :

a) Tel est le *contrat de mariage*, véritable charte matrimoniale dont les dispositions peuvent être opposées, à l'occasion, à toute personne : c'est ainsi que la femme séparée de biens se prévaudra en toute circonstance du pouvoir d'administration que lui confère le régime adopté, ou qu'à l'inverse, la femme dotale sera à même de se prévaloir de la règle de l'inaliénabilité sous l'égide de laquelle se trouve placée sa dot (*Inf.* t. III, n^{os} 385, 396, 579).

b) Les *conventions collectives de travail*, sortes de contrats-

règlements, ont pour but et pour résultat de rayonner au loin en servant de propotypes, de clichés, aux conventions individuelles du travail qui devront se modeler sur elles (*sup.* n° 36; *inf.* n^{os} 264 et 1259).

c) D'autre part, les contrats qui sont translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels produisent des effets qui se réalisent — réserve faite des règles de publicité — à l'égard de tous : il est acquis, *erga omnes*, que tel bien a été aliéné et est donc devenu la propriété de telle personne; le caractère absolu du droit issu du contrat réagit et reflue en quelque sorte jusqu'au contrat qui se trouve avoir lui-même une portée d'application dépassant le cercle contractuel.

261. — 2° Il arrive que des actes produisent *accidentellement* des effets à l'égard de tiers :

a) Le propriétaire *véritable* doit respecter les actes accomplis par l'héritier *apparent*, d'une façon plus générale par le *propriétaire apparent* (*sup.* t. I, n^{os} 1547 et suiv.), de même que le paiement reçu par le possesseur d'une créance est opposable au créancier véritable (art. 1240);

b) Il est de principe que celui qui est en possession des biens d'autrui, peut procéder à des actes d'administration qui seront opposables au propriétaire, quoi qu'il advienne par la suite; la règle est certaine, notamment pour les actes de ce genre qu'un propriétaire sous condition résolutoire aurait accomplis avant l'arrivée de la condition (*sup.*, t. I, n° 1819; art. 1673, § 2) : par exemple, les baux passés par un acheteur à réméré sont opposables au vendeur après l'exercice du réméré (même texte). D'autre part, on sait que les baux passés par l'usufruitier sont opposables au nu propriétaire dans une certaine mesure (*sup*,. t. I, n° 1903).

3° Le tiers qui s'associe sciemment à la violation d'un contrat auquel il est demeuré étranger, voit sa responsabilité engagée aux termes de l'article 1382 : le *débauchage* d'un ouvrier, d'un employé, d'un artiste, constitue un délit civil ou, pour le moins, un quasi-délit. Ici, le tiers doit donc faire état d'un contrat auquel il était demeuré complètement étranger; il était tenu, à son égard, d'un devoir négatif; il devait le respecter (P. Hugueney, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse 1910; Lalou, *1382 contre 1165*, *D. H.* 1928, chron. p. 69; — Civ., 27 mai 1908, *D. P.* 1908, 1, 459; Crim., 22 mars 1928, *D. H.* 1928, 273; Req. 2 juin 1930, *D. H.* 1930, 377).

Spécialement, au cas de rupture abusive d'un contrat de travail de la part d'un salarié, la responsabilité solidaire du nouvel employeur est formellement consacrée, dans trois cas

précis, par l'art. 3 de la loi du 5 février 1932 qui a ajouté, à cet effet, un article 23*a* au livre I du Code de travail.

Pour l'engagement pris par un commerçant de s'approvisionner exclusivement auprès d'un grossiste et pour l'aide donnée à ce commerçant, par un tiers, en connaissance de cause, en vue de la violation de cet engagement, v. Aix 10 mars 1938 (*D. H.* 1938, 379).

262. Caractère approximatif de ces exceptions. — Ces exceptions ne sont pas vraiment effectives, en ce sens que les effets que nous venons d'énumérer et qui se produisent dans la personne de tiers, ou bien ne se réalisent qu'indirectement et par contre-coup (contrat de mariage, contrats réels), ou bien n'ont pas été voulus par les parties contractantes : c'est pour eux-mêmes que traitaient l'héritier apparent, le propriétaire sous condition résolutoire, l'usufruitier, le directeur de théâtre, et non pour ou contre l'héritier véritable, le propriétaire sous condition suspensive, le nu propriétaire, les entrepreneurs de spectacles. Pour que la dérogation à la règle de la relativité des contrats fût intégrale, il faudrait trouver des cas où les parties contractantes fissent naître *volontairement*, de propos délibéré, une créance ou une dette en faveur ou à la charge d'un *penitus extraneus*, spécialement visé par elles : ces cas existent-ils? Dépend-il des parties de rendre un tiers créancier ou débiteur en vertu du contrat qu'elles concluent et auquel il n'a été ni participant ni représenté? Nous arrivons ainsi à préciser les données du problème qu'il nous faut maintenant résoudre.

N° 2

Dérogations effectives au principe de la relativité des contrats

263. Position de la question. — Est-il possible, en contractant, de faire acquérir des droits à autrui ou de faire naître des obligations à la charge d'une tierce personne? Peut-on, de propos délibéré, rendre autrui créancier ou débiteur?

264. La convention collective de travail. — Cette convention, qui règle les conditions du travail (*sup.*, n° 36), engage des personnes qui n'y ont point figuré et qui n'y ont point même été représentées; elle met à la charge des employeurs et des employés tout un réseau d'obligations juridiques comportant des sanctions effectives; son empire a été considérablement développé par la loi du 24 juin 1936.

(prorogée par celle du 18 juill. 1937) et qui autorise le ministre du Travail à la rendre obligatoire pour tous les employeurs et employés des professions et régions comprises dans son champ d'application (V. *sup.* n° 36). C'est qu'elle constitue une convention-règlement; sa raison d'être est de faire la loi, non pas entre les parties contractantes au sens consacré de ces mots, mais aux deux camps opposés, celui des employeurs d'une part, celui des employés ou des ouvriers d'autre part : les parties contractantes déclarent ouvertement gérer les intérêts d'autrui, et leur volonté sort ses effets, elle est sanctionnée juridiquement. Mais ce n'est pas dans un contrat ordinaire qu'elle s'insère; elle prend corps dans un *traité social*, acte-règlement, qui n'en doit pas moins être rangé dans la grande famille des contrats (*sup.* n^{os} 14 et suiv.; 34 à 36).

265. Les contrats du droit civil. — Le principe est posé dans l'article 1119 : « *On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.* » Donc, nous ne pouvons pas, *en notre propre nom*, stipuler pour autrui, ni engager autrui; sans doute, il nous est loisible de faire naître une obligation en faveur ou à la charge d'autrui, à la condition d'agir en tant que représentant, en tant que mandataire; mais alors, ce n'est que dans notre patrimoine que les effets de l'opération se réalisent, c'est dans celui du mandant, du représenté; à vrai dire, nous ne sommes plus partie à l'acte (*sup.* n° 249); agissant en notre nom, il nous est interdit de rendre autrui *débiteur* ou *créancier*; le principe est exact, *passivement* et *activement*.

266. Exception apparente au point de vue passif. Promesse de porte-fort. — Dans l'article 1120, le législateur a pensé consacrer une dérogation à la règle qu'on ne pouvait pas, en contractant, faire naître une *dette* à la charge d'autrui : « *néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.* » Secundus promet à Primus qu'une tierce personne, Tertius, souscrira tel engagement, apposera sa signature au bas de tel acte écrit; il fait ainsi une *promesse de porte-fort*; il se porte fort pour Tertius; on l'appelle *le porte-fort*. Pratiquement, Tertius est un mineur que son incapacité empêche de signer dès maintenant, ou bien une personne non-présente dont on ne peut, sans inconvénient, attendre le retour; quant à l'acte,

ce sera par exemple le partage d'une succession. Grâce au procédé du porte-fort, on évitera les frais qu'eût nécessités un partage judiciaire, et cependant on aboutira sur le champ, au moins éventuellement et sans plus attendre. Quant au résultat définitif, il tient dans le dilemme suivant : ou bien Tertius ratifie l'engagement, faisant ainsi, expressément ou tacitement (Chambéry, 14 déc. 1936, *D. H.* 1937, 169, *S.* 1937, 2, 102), honneur à la signature de Secundus, et alors le contrat est formé *rétroactivement*, au moins entre les parties, dès le jour de cette signature préjudicielle (pour la rétroactivité à l'égard des tiers, voy. la note de M. Garsonnet, *D. P.* 1876, 1, 97) ; ou bien il refuse la ratification escomptée, et en ce cas le contrat n'est pas formé et ne l'a jamais été; seule, la responsabilité de Secundus, le porte-fort, peut entrer en jeu, sous forme d'une condamnation à des dommages-intérêts envers Primus, car l'engagement qui avait été pris envers celui-ci d'obtenir la ratification de Tertius n'a pas été tenu (art. 1120, *in fine*).

267. Erreur du Code civil. — Comme on le voit par cette analyse, le tiers n'a jamais été obligé en vertu de la promesse de porte-fort faite par Secundus; seul ce dernier s'était engagé; il avait assumé une obligation de faire; en définitive, ce n'est pas le fait d'autrui qu'il avait obligatoirement promis, mais bien son propre fait; quant à Tertius, il n'est jamais entré dans le rapport obligatoire et sa liberté de ratification est demeurée intacte, théoriquement tout au moins. De toute façon, il n'y a donc pas dérogation à la règle qu'on ne peut pas rendre un tiers débiteur de par un contrat auquel il n'aurait pas participé.

268. Porte-fort et caution. — On a l'habitude de comparer la situation du porte-fort avec celle de la caution; la distinction est aisée : tandis que la caution répond de la solvabilité du débiteur, le porte-fort s'engage seulement à rapporter la signature du tiers, à faire que celui-ci devienne débiteur de Primus, ce qu'il n'est pas encore, par hypothèse; mais il ne promet pas que Tertius, une fois lié, fera honneur à ses engagements; il ne répond en aucune façon de sa solvabilité. Du moment que le tiers a ratifié, il est lui-même libéré; tandis que, s'il jouait le rôle de caution, c'est alors qu'il entrerait en scène. Rien n'empêche d'ailleurs que la même personne cumule les deux rôles de porte-fort et de caution à l'occasion du même acte et du même tiers; elle les jouera alors *successivement* : au début et jusqu'à la rati-

fication du tiers, elle sera uniquement porte-fort; après cette ratification, elle cessera d'être porte-fort pour devenir caution et répondre, à ce titre, de la solvabilité du tiers transformé en débiteur (Paris, 9 janv. 1933, *S.* 1933, 2, 136).

Sur le porte-fort, v. J. Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*; Savatier, note *D. P.* 1935, 2, 61, et *inf.* t. III, n° 1165.

269. Exception effective au point de vue actif : la stipulation pour autrui. — S'il n'est jamais possible, par un contrat de droit civil, d'infliger une dette à un véritable tiers, il arrive, au contraire, qu'on rende un tiers créancier : si on ne peut pas prendre l'initiative de promettre, en son propre nom, le fait d'autrui, on peut prendre celle de stipuler, *en son nom personnel*, pour autrui; et, dans cette direction, la règle de la relativité des contrats est mise en échec, pour le plus grand rayonnement de ces actes juridiques.

LA STIPULATION POUR AUTRUI

(*Les contrats en faveur de tiers*)

270. Sources. — C. civ. art. 1121, 1973; L. 13 juill. 1930, *relative au contrat d'assurance*, art. 63 et suiv.

Bibliographie. — Thèses Edouard Lambert et Champeau, Paris 1893; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n^{os} 245 et suiv. Eug. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 237 et suiv. — Spécialement en ce qui concerne *l'assurance sur la vie* : Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, p. 517; Dupuich, *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, et les notes citées plus loin, notamment celle de Labbé; G. Pacchioni, *I contratti a favore di terzi*, 1933 (histoire et droit comparé).

271. Exemples. — 1° Un père de famille stipule d'une compagnie d'assurances, moyennant le paiement d'une prime annuelle, qu'elle remettra, lors de son décès, un capital, soit à sa veuve, sinon à ses enfants : cet *assuré* stipule ainsi, en son nom personnel, pour autrui.

2° Primus fait une donation à Secundus en stipulant de lui qu'il servira une rente viagère à Tertius.

3° Un expéditeur remet un colis à une administration de chemins de fer ou à tout autre transporteur, en stipulant

que la marchandise sera livrée, à destination, à une tierce personne, le destinataire : il stipule, en son propre nom, pour ce destinataire, c'est-à-dire pour autrui.

272. Les précédents. — En droit *romain*, le principe, d'abord absolu, était qu'on ne pouvait pas stipuler pour autrui : *alteri stipulari nemo potest*; ce qui signifiait d'abord que le tiers ne devenait pas créancier, car les contrats ne sauraient produire d'effets qu'entre le parties : *res inter alios acta aliis non prodesse potest*; puis que le stipulant n'acquérait aucun droit contre le promettant, car son intention n'avait pas été d'en acquérir lui-même, et d'ailleurs il était sans intérêt personnel pour agir. C'était donc *l'inefficacité intégrale* du contrat en faveur de tiers, commandée par des raisons d'ordre étroitement technique, par le mécanisme même de la *stipulatio* : les paroles sacramentelles ne pouvaient produire effet qu'entre ceux qui les avaient prononcées (G. Cornil, *Explication historique de la règle* alteri stipulari nemo potest, dans les *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, t. IV).

Mais, au cours des siècles, on se relâcha, pour des raisons pratiques impérieuses, de cette rigueur primitive : d'une part, on accorda parfois, *dans des cas exceptionnels*, une action au tiers, notamment à celui en faveur duquel une charge avait été imposée par le donateur au donataire : la donation *sub modo* produit ses pleins effets; elle confère une action au bénéficiaire de la charge; d'autre part, on s'ingénia à découvrir des raisons d'accorder une action au stipulant dans la mesure et pour la protection des intérêts qu'il pouvait avoir dans l'opération : on admit volontiers qu'il avait en réalité stipulé pour lui-même en même temps que pour autrui; mais cette seconde série de correctifs ne touchait pas à la règle qu'on ne pouvait stipuler efficacement pour autrui, règle qui, à l'époque classique et même au temps de Justinien, conserve une autorité considérable et presqe absolue.

Au cours de notre *ancien droit français*, une lutte s'engagea entre la tendance germanique, favorable à la stipulation pour autrui, et le point de vue étroitement logique du droit romain; elle se termina par une sorte de transaction qui prit corps sous la plume des glossateurs et des post-glossateurs; il semble qu'il aient amalgamé la théorie de la stipulation pour autrui avec celle des *contrats innommés* pour arriver à cette conclusion que la première de ces opérations est efficace du moment que le stipulant

aura exécuté une prestation en faveur du promettant ou qu'un engagement aura été pris par l'une des parties envers l'autre : c'est ainsi que Pothier, après avoir posé le principe romain *alteri stipulari nemo potest* (*Traité des obligations*, n^os^ 53 et 70) et l'avoir justifié par le défaut d'intérêt du stipulant, y apporte aussitôt des adoucissements : non seulement la stipulation pour autrui, losrqu'elle est nulle, produit cependant une obligation naturelle au profit du stipulant, parce que, écrit-il, elle est valable « dans le for intérieur » (n° 55), mais encore, ce qui est plus décisif, elle devient efficace *civilement* lorsque l'avantage que l'on veut procurer au tiers se trouve de fonctionner soit comme la *condition* d'une convention que le stipulant fait pour lui-même (il est alors mis *in conditione*), soit comme la *charge* d'une libéralité adressée par le stipulant au promettant (il est alors mis *in modo*).

273. Le Code civil. — Les rédacteurs du Code civil ont suivi Pothier : ils ont commencé par poser le principe de l'inefficacité de la stipulation pour autrui (art. 1119) : « *on ne peut, en général, ... stipuler, en son propre nom, que pour soi-même.* » Après quoi ils ont entamé la règle dans l'art. 1121, par une double dérogation : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre...* »

274. Importance pratique de la stipulation pour autrui. — Il est arrivé que notre jurisprudence, sous la pression de nécessités pratiques impérieuses, a interprété la double dérogation de l'article 1121 dans un esprit aussi libéral, aussi extensif que possible, si bien que le principe romain de l'inefficacité de la stipulation pour autrui a été réduit, à peu près, à l'état de lettre morte; il a été expulsé par les deux tempéraments qu'il comportait; théoriquement, il est toujours vivant (art. 1119); pratiquement, il n'existe à peu près plus, et l'on peut dire que la stipulation pour autrui est efficace et qu'elle rend le tiers créancier, dans tous les cas où elle présente une utilité pratique, où elle offre une signification raisonnable. Elle est devenue un cadre immense dans lequel sont venues trouver place les institutions les plus variées, les plus modernes, qui sont nées, qui ont grandi et prospéré sur les ruines de la règle périmée : *alteri stipulari nemo potest.*

1° Ce sont, d'abord et surtout, les *assurances* qui se sont

abritées sous le couvert de l'article 1121 (*inf.* n^os^ 1380 et suiv.) : *assurance-vie*, au profit d'autrui, comme nous l'avons précédemment indiqué; (L. 13 juill. 1930, art. 63 et suiv.); peut-être aussi l'*assurance de responsabilité* : l'action directe qui appartient, contre l'assureur, à la victime du dommage (*inf.* n^os^ 673, 1380 *u*) peut s'expliquer par une stipulation pour autrui, tacitement incluse dans le contrat d'assurance (Toulouse, 8 oct. 1928; Paris, 26 déc. 1929, *D. P.* 1930, 2, 1, note L. Josserand; Alger, 12 nov. 1930, *D. H.* 1931, 89; Comp. Civ. 14 juin 1926, *D. P.* 1927, 1, 57, notamment, p. 58 col. 2, note L. Josserand; *inf.* n° 1380 *u*); *assurance-incendie* : la police contient fréquemment des clauses conçues en faveur de tiers : locataires, usufruitier, acquéreur subséquent; enfin et surtout *assurance pour le compte de qui il appartiendra*, qui fonctionnera au profit de la personne intéressée au jour de la réalisation du dommage prévu (incendie, perte, etc.) et dont la loi explique formellement le caractère obligatoire par le mécanisme de la stipulation pour autrui (L. 13 juill. 1930, art. 6).

2° C'est aussi le *transport de marchandises* qui recèle une stipulation pour autrui, dans tous les cas où le destinataire est une personne juridiquement distincte de l'expéditeur (Civ., 2 déc, 1891, *D. P.* 1892, 1, 161, *S.* 1892, 1, 92; 31 janv. 1894, *S.* 1894, 1, 246, *D. P.* 1894, 1, 244; 8 mars 1911, *D. P.* 1913, 1, 228; *S.* 1915, 1, 124; 26 janv. 1915, *D. P.* 1916, 1, 47).

3° C'est le *transport de personnes* lui-même : le voyageur est censé stipuler, pour le cas où il serait victime d'un accident de transport, en faveur de son conjoint et de ses enfants (Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, *D. P.* 1933, 1, 137, note L. Josserand; Req. 19 juin 1933, *D. H.* 1933, 429), sans doute aussi au profit de ses ascendants, mais à l'exclusion des parents envers qui il n'était pas tenu d'un devoir alimentaire (Civ. 24 mai 1933, précité).

4° C'est la donation (ou le legs) *avec charges* : le donateur (ou le testateur) stipule du donataire (ou du légataire) qu'il effectuera une prestation au profit d'une tierce personne.

5° C'est la *cession d'un fonds de commerce* : le cédant stipule parfois au profit de son personnel que le cessionnaire s'engage à conserver (Req. 11 juill. 1904, deux arrêts, *D. P.* 1906, 1, 289, *S.* 1909, 1, 563).

6° Ce sont les *marchés de travaux publics ou de fournitures* : les cahiers des charges contiennent fréquemment des

clauses imposant à l'adjudicataire certaines obligations, dans l'intérêt des ouvriers qui exécuteront les travaux (Req. 16 mars 1898, *D. P.* 1898, 1, 311, *S.* 1902, 1, 350).

7° C'est le *remploi* effectué par le mari pour le compte de la femme commune en biens (*inf.* t. III, n°92).

Il n'est pas jusqu'à la *fondation* et jusqu'à la *convention collective du travail* que l'on n'ait tenté de ramener, à notre avis sans succès, au concept de la stipulation pour autrui. (Pour la fondation, v. *inf.* n° 281, et t. III, n° 1903.)

Ce concept nous apparaît donc comme un des plus vivants, des plus féconds de notre droit actuel : il abrite les institutions les plus neuves et les plus généreuses de notre époque; la stipulation pour autrui est un instrument d'entr'aide et d'altruisme; elle se prête à la réalisation des vues sociales, charitables, des idées de prévoyance et de solidarité humaine: son développement est d'origine jurisprudentielle; la stipulation pour autrui, sinon dans son origine, du moins dans son essor, est un des produits les plus caractéristiques et les plus heureux du *droit coutumier*.

275. Plan. — 1° *Eléments constitutifs* de la stipulation pour autrui;

2° Conditions de *validité*;

3° *Nature* de cette opération;

4° *Effets* qu'elle produit.

I

Eléments constitutifs de la stipulation pour autrui

276. Personnes en cause. — Comme on l'a vu par les exemples cités, la stipulation pour autrui met en cause trois personnes : le *stipulant*, Primus; le *promettant*, Secundus; le *tiers bénéficiaire*, Tertius. Par exemple, dans la donation avec charges, le stipulant est représenté par le donateur, le promettant par le donataire, le tiers par le bénéficiaire de la charge; dans le transport de marchandises, ces rôles sont dévolus respectivement à l'expéditeur, au transporteur et au destinataire; dans l'assurance sur la vie, à l'assuré, à l'assureur, au tiers qui doit toucher le capital assuré. Dans toute stipulation pour autrui, opération triangulaire, on trouve cette trinité nécessaire.

277. Conditions requises pour l'existence d'une stipulation pour autrui. — Or, pour qu'il y ait stipula-

tion pour autrui, *valable ou non*, deux conditions sont exigées :

1° Le tiers (Tertius) doit être véritablement, définitivement étranger à la convention passée entre le stipulant (Primus) et le promettant (Secundus) ;

2° Les parties au contrat (Primus et Secundus) doivent avoir eu la volonté de faire naître une créance au profit du tiers (Tertius) et contre le promettant (Secundus).

278. I. **Première condition : il est indispensable que le tiers soit resté véritablement et définitivement étranger à la convention conclue entre les parties.** — Il est évident que si le prétendu tiers a été, dans la réalité juridique, partie à la convention, ou s'il y est entré par la suite, on sort des données du problème : en ce cas, il y a contrat, dans les termes du droit commun, et sans la moindre stipulation pour autrui.

Or, la participation du prétendu tiers à la convention peut se concevoir sous trois formes différentes :

1° Tertius était effectivement présent à l'acte; il a joué ostensiblement le rôle de partie prenante; il ne peut évidemment être considéré comme tiers : il est contractant, tout simplement. Il semble que ce soit là un truisme; toutefois, la pratique montre qu'il est utile de le poser expressément, car des difficultés d'interprétation peuvent surgir dans des cas particuliers (Voy. Caen, 30 déc. 1878, *D. P.* 1880, 2, 1; Bordeaux, 1er avril 1897, *D. P.* 1898, 2, 169, note de Loynes).

279. — 2° Tertius avait été représenté à l'acte par le stipulant Primus; il entre dans l'opération, soit *aussitôt*, soit *par la suite* :

a) Aussitôt : c'est le cas du mandat. Tertius avait donné à Primus le mandat de stipuler en son nom; en ce cas, ce dernier a agi en tant que mandataire; il n'y a que deux parties à l'opération, Tertius et Secundus, chacun agissant pour son propre compte; c'est ainsi que le contrat passé par un tuteur, en cette qualité, produit ses effets dans la personne du mineur ou de l'interdit; le tuteur n'a pas stipulé *pour* autrui, mais, ce qui est très différent, *au nom* d'autrui; or, l'article 1121, comme l'article 1119, visent la stipulation faite par le stipulant *en son propre nom*.

b) *Par la suite*; et l'hypothèse se dédouble : 1° Tertius n'avait donné aucun mandat à Primus au sujet de l'opération intervenue, mais il se présente, ensuite, pour en béné-

ficier, comme étant son héritier, *jure hereditario*. Ici encore, la personnalité du tiers ne se dégage pas : Tertius prend les lieu et place de Primus, son auteur. Il y a simplement un contrat ordinaire dont les effets se pousuivent dans la personne des héritiers de l'une des parties, aujourd'hui décédée : en stipulant pour nous, nous stipulons aussi et naturellement pour nos héritiers (art. 1122).

Parfois, il sera difficle de savoir si le stipulant a entendu conférer un droit direct à ses héritiers, faire d'eux des tiers bénéficiaires; les tribunaux auront à rechercher sa volonté sur ce point, aidés d'ailleurs par le législateur lui-même (le 13 juill. 1930, art. 63; *inf.* n° 292).

280. 2° **Gestion d'affaires.** — Primus a agi en qualité de gérant d'affaires de Tertius; par exemple, alors que celui-ci est éloigné du centre de ses intérêts et que sa maison menace ruine. Primus prend l'initiative de procéder à des réparations urgentes; dans ce but, il s'adresse à un entrepreneur avec qui il passe un traité; en ce faisant, il ne stipule pas pour Tertius, au sens juridique du mot; il ne fait pas naître d'emblée une créance à son profit; le traité dont s'agit vient s'encadrer dans l'opération plus compréhensive de la gestion d'affaires dont l'issue est subordonnée à la ratification du maître. Avant cette ratification, le maître n'est pas encore créancier de Secundus, l'entrepreneur; après elle, il devient bien créancier — et débiteur —, mais c'est parce qu'il se substitue alors au gérant qui devient rétrospectivement *un mandataire* : *ratihabitio mandato œquiparatur*. Tout se passe alors, ou à peu près, comme si Tertius eût donné préalablement un mandat à Primus; en sorte les rapports obligatoires sont plus simples qu'on ne pourrait le croire d'abord : tant que Tertius est un tiers, il n'est pas encore créancier, et quand il devient créancier de Secundus, c'est qu'il a cessé d'être un tiers; il est entré dans le cercle normal du contrat. Ce sont donc les règles de la gestion d'affaires qui s'appliquent, non celles de la stipulation pour autrui.

Ces conclusions ne sont cependant pas acceptées par tous; d'éminents auteurs on tenté de ramener la stipulation pour autrui au concept plus compréhensif de la gestion d'affaires; mais cette opinion a perdu beaucoup de son crédit; nous montrerons qu'elle n'en méritait en aucune façon (*inf.* n° 302).

281. II. Deuxième condition : il faut que les parties contractantes aient eu la volonté de faire naître une créance au profit du tiers et contre le promettant. — Il arrive qu'un contrat soit de nature à profiter à une tierce personne sans que cependant les parties aient entendu obtenir ce résultat par le moyen d'une action directe qu'elles lui auraient concédée; en ce cas, ce tiers intéressé ne deviendra pas créancier et ne pourra donc pas agir directement contre le promettant : il ne recueillera les fruits de l'opération que par répercussion et à l'occasion. Tout dépend ici de l'objectif poursuivi par les parties contractantes; le tiers ne devient créancier qu'autant que telle a bien été leur intention; c'est au tribunal qu'il appartiendra, dans le doute, de rechercher cette intention; comme l'énonce la Cour de cassation, « il y a là matière à une interprétation des conventions, sur lesquelles il appartient aux tribunaux de statuer souverainement » (Req., 20 déc. 1898, *D. P.* 1899, 1, 320; Civ., 20 déc. 1911, *S.* 1914, 1, 297; *D. P.* 1912, 1, 486); si, par exemple, un patron traite avec un médecin en vue de soins à donner au personnel de son établissement, il n'est pas certain qu'en cas de maladie ou d'accident, l'ouvrier devienne directement créancier du médecin; encore faut-il savoir si les parties avaient entendu stipuler pour lui, au sens de l'article 1121, et cette question sera résolue d'après les circonstances : la créance du tiers ne peut pas être un simple effet du contrat; elle doit en être le *but*, sinon elle n'existe pas (Voy. deux arrêts rendus en sens inverse : Pau, 1er mai 1900, *D. P.* 1902, 2, 33; 30 juin 1913, *D. P.* 1915, 2, 49).

Cependant, dans le transport de personnes, la Cour de cassation, en admettant la réalité d'une stipulation tacite au profit du conjoint et des enfants du voyageur, abandonne la directive qui inspirait jusqu'alors ses décisions (*sup.* n° 274).

Le système de la jurisprudence française est formellement consacré par le Code civil *allemand* (art. 328) et par le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 112, § 2).

Aussi ne voyons-nous pas dans la *fondation* une application de la stipulation pour autrui : les bénéficiaires ne sont pas rendus directement créanciers de l'établissement créé et contre lequel ils n'ont pas de revendication à faire valoir; le fondateur n'a pas eu l'intention de leur conférer un droit propre et direct.

II

Conditions de validité de la stipulation pour autrui

282. Plan. — Lorsque les conditions précédemment énumérées se trouvent réunies, il y a stipulation pour autrui; mais il reste à savoir si cette opération est efficace; on comprendrait qu'elle le fût toujours, comme elle l'est en *Allemagne*, en *Suisse*, en *Pologne* (C. des Obligations, art. 92; — comp. l'art. 45 du projet de code *franco-italien* des obligations); mais tel n'est pas, nominalement du moins, le système français qui, héritier du droit romain, a pour point de départ la règle *alteri stipulari nemo potest* (art. 1119); il est vrai que, grâce à la jurisprudence, cette règle a subi une compression extrêmement rigoureuse; mais elle reste debout et il est encore des cas où les contrats en faveur de tiers demeurent inopérants: d'où la nécessité de s'inquiéter des *conditions de validité* de la stipulation pour autrui.

Ces conditions ont trait :

1° A la *structure* de l'opération;

2° A la *forme*;

3° A la *personne du tiers bénéficiaire*.

283. I. Structure de l'opération. — Les exigences de l'article 1121. — L'article 1121 sauve de la nullité de principe édictée par l'article 1119 deux combinaisons qu'il déclare licites et efficaces; la stipulation pour autrui sort ses effets :

1° Lorsqu'elle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même;

2° Lorsqu'elle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre.

Cette dernière application est d'une grande simplicité; la combinaison prévue n'est autre que la *donation avec charges*, l'antique donation *sub modo* du droit romain. Il y a seulement lieu d'observer que le mot « condition » est impropre; il est pris ici dans le sens de « charge »; les précédents ne laissent aucun doute à cet égard; les rédacteurs ont reproduit un passage de Pothier qui prévoyait le cas où la stipulation pour autrui se trouvait *in modo* (*Traité des obligations*, n° 71).

284. Interprétation extensive de la jurisprudence. — La première des hypothèses prévues par l'article 1121

mérite plus d'attention, à raison de l'interprétation extensive dont elle a été l'objet de la part de la jurisprudence et qui atteint les proportions d'une véritable déformation. Nos tribunaux, opérant sous le contrôle et avec l'approbation de la Cour de cassation, admettent la validité de l'opération :

1° Sans distinguer selon le caractère unilatéral ou synallagmatique de la convention dans laquelle vient s'encadrer la stipulation pour autrui : « *la stipulation que l'on fait pour soi-même* », n'est pas du tout la stipulation du droit romain; elle peut être un contrat quelconque, vente, assurance, transport, etc.;

2° Sans distinguer non plus suivant le rôle que le stipulant joue dans la combinaison : créancier ou débiteur, peu importe. On va plus loin encore, et on valide la stipulation pour autrui encore que la prétendue « stipulation que l'on fait pour soi-même » ne rende le stipulant ni créancier ni débiteur de l'autre partie contractante, comme si Primus prête une somme d'argent à Secundus en stipulant que celui-ci la restituera, non à lui-même, mais à Tertius : celui-ci devient créancier, bien que Primus ne soit constitué ni créancier ni débiteur;

3° Enfin, sans distinguer davantage selon que l'opération présente, pour le stipulant, un intérêt appréciable en argent ou bien un *simple intérêt moral*; l'opinion, soutenue par Aubry et Rau (4e *éd.*, t. IV, pp. 308 et 309) et par Barde (*Traité des obligations*, t. I, nos 148 à 151), et d'après laquelle le stipulant devrait justifier d'un intérêt pécunaire, peut être considérée comme condamnée : du moment que l'intérêt moral du stipulant suffit à valider la stipulation pour autrui dans sa deuxième application (donation avec charges), il doit avoir la même vertu au regard de la première, et d'autant mieux que cette stipulation abrite des institutions de bienfaisance, qu'elle constitue une catégorie juridique d'ordre altruiste dont l'emploi trouve sa justification aussi bien, sinon mieux, dans un intérêt moral que dans des préoccupations d'ordre matériel. Comme l'a proclamé la Cour de cassation : « ... en stipulant pour soi, on peut stipuler en même temps pour un tiers, lorsqu'on a un intérêt direct et immédiat, *fût-il même purement moral*, à cette stipulation ». (Req. 30 avril 1888, *D. P.* 1888, 1, 291; — Comp. le projet de code des obligations *franco-italien*, art. 45, § 1).

285. Ce qui reste de la prohibition de la stipulation pour autrui. — Etant donné cette large interprétation jurisprudentielle, il reste fort peu de chose de la règle *alteri stipulari nemo potest* : seule, demeure inefficace la stipulation pour autrui qui intervient *à l'état isolé*, qui ne vient pas se greffer sur une autre opération juridique : si Primus fait promettre à Secundus qu'il donnera telle somme ou telle chose à Tertius, la stipulation est inefficace, ce qu'il n'y a pas lieu de trop regretter, car elle est alors à peu près incompréhensible, et, par suite, inutile : ce qui rend la stipulation utile et bienfaisante, c'est qu'elle vient se greffer sur un contrat; or, cela suffit précisément pour qu'elle soit validée.

286. Adjonction d'une clause pénale. — Encore a-t-on voulu sauver la stipulation isolée au moyen de l'adjonction d'une *clause pénale* : le promettant s'engagerait à payer au stipulant telle somme s'il n'exécute pas la prestation dont doit bénéficier Tertius; mais ce sauvetage est fort sujet à caution. En effet, la clause pénale joue, par rapport à l'obligation assumée par le débiteur, un rôle accessoire; elle ne saurait donc lui insuffler la vie. On comprend bien que le principal (le contrat entre Primus et Secundus) ait la vertu de valider l'accessoire (la clause pénale), mais la réciproque serait inexplicable; d'ailleurs, l'article 1227, § 2, décide, très logiquement, que « *la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale* ». Si la combinaison était nulle, c'est parce qu'elle se manifestait à l'état isolé, et ce n'est pas l'adjonction d'une clause pénale qui peut faire cesser cet isolement, qui peut jouer le rôle de soutien, elle qui n'est qu'un accessoire et qui ne vit que d'emprunt.

287. II. Conditions de forme. — Ces conditions se déduisent du caractère *accessoire* de la stipulation pour autrui : encadrée dans une opération plus vaste d'où elle tire sa force obligatoire, elle ne comporte pas d'autres conditions de forme que celles qui sont requises pour la validité de ladite opération, laquelle peut être une vente, un prêt, un contrat d'assurance, une cession de fonds de commerce, etc.; suivant une formule très exacte qu'on trouve dans un arrêt, elle « n'est assujettie qu'à l'accomplissement des formalités du contrat dont elle est l'accessoire » (Bordeaux, 1er avril 1897, *D. P.* 1898, 2, 169).

288. Immunité particulière. — Il résulte de ce principe une immunité particulière dont la stipulation pour

autrui bénéficie dans les cas où elle confère au tiers bénéficiaire un avantage purement gratuit et où elle s'analyse donc, en ce qui le concerne, en un *libéralité entre vifs*. Cette libéralité, si on l'envisageait à l'état isolé et si on lui faisait application du droit commun en matière de donation, devrait alors être consentie dans la *forme notariée*, laquelle serait requise tant pour l'opération elle-même que pour l'acceptation du tiers (art. 931 et 932). Une telle exigence constituerait une sérieuse entrave; elle eût fait obstacle au libre essor de l'institution; mais le caractère accessoire de la stipulation pour autrui a permis de l'écarter en considérant que cette stipulation faisait corps avec une opération plus vaste dont elle empruntait les formes. D'ailleurs, cette vue est autorisée par un texte du Code civil, l'article 1973, qui, prévoyant le cas où une rente viagère est constituée au profit d'un tiers et avec l'argent du stipulant — c'est-à-dire un cas de stipulation pour autrui — décide que l'opération, quoique présentant alors les caractères d'une libéralité, « *n'est point assujettie aux formes requises pour les donations...* ». Or, il n'y a pas de raison pour traiter différemment les autres variétés de stipulation pour autrui; la généralisation de la solution contenue dans l'article 1973 s'impose et n'est mise en doute par personne (Civ. 26 mars 1884, *motifs*, *D. P.* 1884, 1, 275; Bordeaux, arrêt précité).

289. — Mais il est bien entendu que si l'opération intervenue entre le stipulant et le promettant est elle-même soumise à la forme notariée, la stipulation pour autrui qui y accède ne peut plus se réclamer de l'immunité que lui confère l'article 1973 : la donation avec charges est sujette à l'application des articles 931 et 932, dans son intégralité, dans toutes les parties dont elle se compose; elle est indivisible dans la forme.

290. III. La personne du tiers bénéficiaire. — La stipulation pour autrui implique, par définition, l'existence d'un tiers bénéficiaire : ce tiers, quel peut-il être? A quelles conditions doit-il répondre?

Principe. — Certainement, on n'exigera pas de lui la *capacité d'exercice* : il n'est pas partie au contrat, il n'a pas, en vue de l'acquisition de son droit, de volonté à manifester : peu importe qu'il soit mineur ou interdit; de tels incapables peuvent devenir créanciers en vertu d'un contrat passé entre deux autres personnes, de même qu'ils

peuvent acquérir par donation, par testament ou par succession. Les seules incapacités dont on soit amené à faire état sont les *incapacités de jouissance*, celles qui enlèvent l'aptitude, non seulement à exercer des droits, mais à les posséder, à en être titulaire (*sup.* t. I, n° 303) ; et le problème doit être examiné, dans cette direction ainsi précisée, tant pour les *personnes indéterminées* (*personæ incertæ*), que pour les *personnes futures*.

291. Personnes indéterminées (*personæ incertæ*). — A cet égard, une distinction doit être établie entre les personnes *indéterminables* et les personnes simplement *indéterminées*, mais déterminables.

1° Une stipulation en faveur de personnes *indéterminables* ne saurait être efficace, puisqu'on ne voit pas alors qui serait créancier : on ne saurait stipuler au profit d'une commune, d'un département, d'un pauvre [1], sans autre précision; une telle opération présenterait un caractère abstrait qui lui enlèverait toute signification possible;

2° Mais il en va autrement pour les personnes qui, indéterminées lors de la stipulation, sont cependant déterminables par la suite : pourvu que la détermination ne soit pas laissée à la discrétion du stipulant — car il aurait alors, en réalité, stipulé pour lui-même, ce qui est la négation de la stipulation pour autrui — la combinaison ne se heurte à aucune objection valable. C'est, par exemple, une stipulation en faveur de la commune la plus endettée ou du département le moins peuplé; l'opération contient en elle-même les éléments d'une détermination qui permettra de lui faire produire effet.

292. — C'est fréquemment que notre jurisprudence ou même le législateur reconnaissent l'efficacité d'une stipulation en faveur d'une personne indéterminee mais déterminable : soit qu'il s'agisse de clauses insérées, au profit des ouvriers, dans le *cahier des charges* d'une adjudication (*sup.* n° 274), ou d'une assurance contractée *pour le compte de qui il appartiendra* (l. 13 juill. 1930, art. 6 § 2 et 3, qui se réfère expressément à la stipulation pour autrui; – Civ. 5 mars 1888, *S.* 1888, 1, 313, *D. P.* 1888, 1, 365), ou d'une *fondation* si l'on y voit, contrairement à ntore opinion, une variété

[1] Il en serait autrement de la stipulation faite au profit des pauvres d'une commune déterminée : le bénéficiaire serait alors le *bureau de bienfaisance* de ladite commune, lequel a qualité pour représenter les indigents et sauvegarder leurs intérêts.

de stipulation pour autrui, laquelle est susceptible de bénéficier à des personnes dont le fondateur ne s'est pas fait une idée précise, au moins quant à leur individualité. Cependant, des difficultés s'étaient élevées pour *l'assurance sur la vie*, lorsqu'un père de famille stipule pour *les enfants qu'il laissera à son décès*, ou pour *ses héritiers, ses ayants droit*, sans s'expliquer davantage; des arrêts ont argué de l'indétermination des tiers bénéficiaires pour leur refuser tout droit propre au capital assuré; sans doute, ils pourront le recueillir en tant qu'héritiers, *jure hereditario*, mais non directement, *jure proprio*, en tant que tiers bénéficiaires, et nous verrons que cette constatation présente de très gros intérêts, juridiques et pratiques (*inf.* n^os^ 298 et suiv.). La Cour de cassation avait rendu, jadis, en ce sens, des arrêts inquiétants (Civ. 7 fév. 1872, *D. P.* 1872, 1, 209; 15 déc. 1873, *S.* 1874, 1, 199, *D. P.* 1874, 1, 113; Req. 15 juill. 1875, *S.* 1877, 1, 26, *D. P.* 1876, 1, 232). Cette jurisprudence n'a plus guère qu'un intérêt historique, depuis que la loi du 13 juillet 1930 a considéré « *comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle le contractant attribue le bénéfice de l'assurance, soit à sa femme sans indication de nom, soit à ses enfants et descendants nés ou à naître, soit à ses héritiers, sans qu'il soit nécessaire d'inscrire leurs noms dans la police ou dans tout autre acte ultérieur contenant attribution du capital assuré* » (art. 63, § 2 de ladite loi). Les enfants, descendants ou héritiers, ainsi globalement désignés, ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires (art. 63 § 4), mais non pas en tant qu'héritiers, et sont investis à cet effet d'une action directe contre l'assureur, ce qui leur permet de conserver tous leurs droits, même s'ils renoncent à la succession de leur auteur (art. 63, § 4).

Toutefois, il importe de remarquer que la loi de 1930 ne fait sortir effet aux stipulations ci-dessus indiquées que parce qu'elle les considère, par une sorte de fiction, comme faites « *au profit de bénéficiaires déterminés* » (v. le texte ci-dessus rapporté), et après avoir posé le principe que le bénéficiaire doit être déterminé (art. 63, § 1); ce principe est donc maintenu, mais il est d'autant moins gênant qu'en l'absence de la désignation, dans la police, d'un bénéficiaire déterminé, la loi assure au souscripteur la possibilité de combler cette lacune par la suite (art. 63, § 5); et c'est seulement en cas d'absence définitive d'un tel bénéficiaire que le capital assuré fait partie intégrante de la succession du contractant (art. 66). En réalité, la loi de 1930 se contente donc d'une

possibilité de détermination au jour du décès et il était difficile de se montrer moins exigeant.

293. Personnes futures. — Il faut entendre par là les personnes qui, au jour de la stipulation, ne sont ni nées, ni même conçues, car la règle *infans conceptus pro nato habetur* postule nécessairement l'efficacité de la stipulation faite au profit d'un enfant simplement conçu : de telles personnes peuvent-elles bénéficier d'une stipulation pour autrui?

Objection. — On a pensé tirer objection des dispositions contenues dans l'article 906, d'après lesquelles on ne peut recevoir une *donation entre vifs* qu'à la condition d'être conçu lors de la donation (§ 1) ni recevoir par *testament* que si l'on est conçu lors du décès du testateur (§ 2); ces solutions ne seraient que des applications d'un principe général d'après lequel aucun droit ne saurait naître au profit d'une personne future. Mais la déduction est injustifiée : l'article 906 vise des opérations dans lesquelles le gratifié joue le rôle de partie prenante, directement, principalement; et surtout, la donation entre vifs est un contrat conclu entre donateur et donataire; or, pour figurer dans un contrat, pour être partie contractante, la première condition de toutes est d'exister; on n'imagine pas que l'enfant qui naîtra l'an prochain puisse être considéré comme ayant conclu un contrat qui est signé aujourd'hui : de là la disposition de l'article 906, § 1. Bien différente est la sitation du tiers bénéficiaire : il n'est pas partie au contrat, lequel est conclu entre le stipulant et le promettant; l'opération est pratiquée en dehors de sa volonté, voire à son insu; dès lors, on n'a que faire de son existence actuelle; ce n'est qu'indirectement qu'il recueille le bénéfice de la combinaison et non pas de première main; on pourra attendre sa naissance ou sa conception.

294. Jurisprudence. — Notre jurisprudence accepte-t-elle ces données logiques? Elle devrait d'autant mieux les consacrer que notre ancien droit admettait la validité de la charge au profit d'une personne future et que, de nos jours, certaines opérations issues de la stipulation pour autrui ne peuvent rendre tous les services qu'on attend qui si on admet l'institution de personnes futures : il en est ainsi, nous allons le voir, de l'assurance sur la vie.

Cependant, notre jurisprudence ne se montrait pas aussi

hardie, ni aussi cohérente; elle distinguait entre telles ou telles applications de la stipulation pour autrui :

1° En thèse générale, elle admet, conformément à la tradition, à la logique et aux besoins de la pratique, qu'une personne future puisse bénéficier d'une stipulation faite en sa faveur; elle traite avec ce libéralisme :

a) *La donation avec charges* : comme notre ancien droit, elle se contente de l'existence actuelle du donateur et du donataire sans exiger celle du tiers bénéficiaire;

b) La *fondation*, dans laquelle certains auteurs voient une variété de stipulation pour autrui : les prix Monthyon sont décernés de nos jours à des personnes qui n'étaient point conçues lors de leur création; un hospice, un refuge, un sanatorium abritent des malades ou des voyageurs qui étaient, pour le fondateur, des personnes futures;

c) Il semble certain qu'une *assurance-accident* soit susceptible de profiter à des personnes non encore conçues au moment de la signature de la police.

295. — 2° Mais, en ce qui concerne *l'assurance sur la vie*, c'est une toute autre solution que donnait ou que paraissait donner la jurisprudence : pour elle, cette opération ne pouvait intervenir qu'au profit de personnes existant présentement; elle ne saurait être étendue aux *enfants à venir*, mais elle devrait être limitée aux *enfants déjà conçus* (Civ. 7 fév. 1877, *S.* 1877, 1, 393, *D. P.* 1877, 1, 337; Req. 7 mars 1893, *S.* 1894, 1, 161, note Labbé, *D. P.* 1894, 1, 77; Besançon, 23 déc. 1891, *D. P.* 1892, 2, 111; Rennes, 5 déc. 1899, *S.* 1902, 1, 165, *D. P.* 1903, 2, 377, note Dupuich).

Seulement, à consulter attentivement ces décisions, on s'aperçoit que, si elles refusaient à l'enfant non conçu la qualité de tiers bénéficiaire, c'était moins parce qu'il est une personne future, que *parce qu'il est une personne indéterminée* : le stipulant n'a pas été à même de se faire de lui une idée suffisamment précise; pour la jurisprudence, le caractère futur n'était retenu que comme élément constitutif de l'indétermination, de l'incertitude, et il est probable que cette position sera maintenue en tant que position de principe.

296. — Mais, comme on vient de le voir (*sup.* n° 292), la loi du 13 juillet 1930 admet que l'assurance soit stipulée au profit des enfants ou descendants à naître, aussi bien qu'en faveur de ceux qui sont déjà nés, et, de même, le contrat peut jouer au profit des héritiers quels qu'ils doivent être, ou de

la femme que le souscripteur épousera par la suite, et alors même que ces héritiers ou cette femme ne seraient pas nés lors de la signature de la police (art. 63, §§ 2 et 3). Dans ces conditions, il devient à peu près sans intérêt pratique de rechercher si, *en thèse générale*, une personne non conçue peut bénéficier d'une assurance sur la vie, puisque l'affirmative est législativement consacrée dans les cas où la question est susceptible de se poser pratiquement, c'est-à-dire pour les enfants, descendants et héritiers quelconques, ainsi que pour la femme (et, sans doute, bien que le texte ne s'en explique pas, pour le mari).

III

Nature de la stipulation pour autrui

297. Position du problème. — Le rayonnement exceptionnel de la stipulation pour autrui, *bilatérale* dans sa formation, *triangulaire* dans ses effets, demande à être expliqué juridiquement : à quel concept est-il possible de rattacher cette incursion de la volonté contractuelle dans le domaine extra-contractuel? Comment envisager cette atteinte portée à la règle de la relativité des conventions, posée dans l'article 1165?

Diverses explications ont été proposées dont nous ne retiendrons que les trois principales : 1° celle de l'*offre*; 2° cele de la *gestion d'affaires*; 3° celle du *droit direct*.

298. I. Théorie dite de l'offre. — Dans cette théorie, le stipulant, par exemple le souscripteur d'une police d'assurance sur la vie, stipulerait d'abord pour lui-même; c'est envers lui seul que le promettant, en l'espèce l'assureur, s'engagerait; c'est dans son patrimoine que naîtraient les droits issus de l'opération, par exemple le droit au capital assuré. Après quoi, le stipulant offrirait au tiers de lui transmettre ce droit, de lui faire passer le bénéfice de l'opération. Si cette offre est acceptée, un second contrat interviendrait, celui-là entre Primus et Tertius et qui aurait pour effet de tranférer le bénéfice du premier contrat de l'un à l'autre, de transporter le droit de créance du stipulant sur la tête du tiers, partie à la seconde convention.

299. — Cette explication a eu jadis un certain crédit, soit en doctrine — elle a été préconisée par Laurent — soit aussi en jurisprudence (Req. 2 mars 1881, *D. P.* 1881, 1, 401;

Rouen, 29 mai 1897, *D. P.* 1898, 2, 289, note Dupuich; Besançon, 11 nov. 1898, *S.* 1902, 2, 41, note Wahl, *D. P.* 1899, 2, 81) : elle est aujourd'hui bien délaissée, et à juste titre; elle se réfute par les conséquences auxquelles elle conduit :

1° Avec elle, le droit du tiers ne naîtrait que par l'acceptation de l'offre qui lui est adressée : jusque-là, on serait en présence d'une simple pollicitation. Or, une offre est fragile; elle est rendue caduque, de droit, par le décès du pollicitant, comme par celui du destinataire (*sup.* n° 47). Cette perspective serait redoutable surtout en ce qui concerne l'assurance sur la vie, car l'acceptation du tiers (femme, enfant) n'intervient ordinairement qu'après le décès du stipulant dont l'offre se trouverait ainsi de tomber au moment même où se poserait la question de son acceptation par le destinataire. Une telle éventualité serait dérisoire et inadmissible;

2° Avec la théorie de l'offre, la créance du tiers passe dans le patrimoine du stipulant avant d'entrer dans le sien; or, cet itinéraire détourné peut lui être fatal : *a*) le stipulant est-il au-dessous de ses affaires? Ses *créanciers* émettront la prétention de se payer sur la créance née de la stipulation, c'est-à-dire sur le capital assuré; sans doute, le tiers est lui-même créancier, mais sans cause de préférence; il devra subir la loi du dividende; *b*) le stipulant vient-il à décéder? Ses héritiers mettront en œuvre *le droit successoral*; il exigeront que le capital assuré soit considéré comme un élément de la succession du défunt, pour être sujet, en tant que libéralité, au *rapport* et même, à l'occasion, à la *réduction*. Si bien que le but poursuivi par le souscripteur de l'assurance ne sera pas atteint; il avait voulu que le tiers touchât le capital assuré quoi qu'il advînt; et voilà que ce capital devient, au moins pour partie, la proie de ses créanciers ou de ses héritiers.

A quoi il faut ajouter que la théorie de l'offre est controuvée par les articles 1121 et 1165 : ces textes supposent évidemment que le droit du tiers naît du contrat même qui a été conclu entre Primus et Secundus; s'il en était autrement, la stipulation pour autrui ne mettrait nullement en échec, comme le suppose le législateur, la règle de la relativité des contrats, puisqu'il y aurait deux contrats successifs et distincts, opérant chacun dans son domaine réervé, le premier dans les rapports de Primus et de Secundus, le deuxième entre Primus et Tertius. De toute façon, le système de l'offre ne résitait pas à l'examen.

300. II. Théorie de la gestion d'affaires. — Des auteurs éminents (LABBÉ, DEMOLOMBE, PLANIOL) ont voulu ramener la stipulation pour autrui au concept plus compréhensif de la gestion d'affaires : à leurs yeux, Primus le stipulant gère l'affaire de Tertius; c'est pour le compte de celui-ci qu'il agit lorsqu'il traite avec Secundus, ce sont les intérêts d'autrui qu'il prend en main et non les siens propres. Quant à la prétendue acceptation du tiers, telle qu'elle est prévue par l'article 1121, elle n'est autre chose que la *ratification* d'un maître dont les intérêts ont été utilement défendus par le gérant. et c'est pourquoi elle doit rétroagir jusqu'au jour de l'acte de gestion, c'est-à-dire du contrat intervenu entre Primus et Secundus; après cette acceptation ratificative, le tiers est censé avoir traité avec le promettant Secundus, car c'est un principe que la ratification transforme la gestion d'affaires en mandat : *ratihabitio mandato æquiparatur* (Voy. les notes LABBÉ, *S.* 1887, 1, 393; 1885, 1, 5 et *Ref.* XIV, 1, 446; 1888, 2, 49; 1889, 1, 97 et 353; PLANIOL et RIPERT, t. II n^{os} 1222 et suiv.).

301. Avantages de cette explication. — Avec cette explication, l'opération perd le caractère de précarité que lui infligeait la théorie de l'offre : d'une part, une gestion peut être ratifiée même après le décès du maître ou celui du gérant; d'autre part, les droits issus du contrat ne traversent pas le patrimoine du stipulant mais se fixent aussitôt dans celui du tiers; ils ne sont donc pas exposés aux mésaventures qui les guettent dans le système de l'offre.

302. Insuccès et critique. — Cependant, les idées de M. Labbé n'ont pas réussi à pénétrer dans la pratique; elles n'ont pour ainsi dire, jamais été consacrées par nos juridictions. C'est que les deux opérations qu'elles prétendent identifier sont en réalité irréductibles l'une par rapport à l'autre. La personnalité du stipulant est autrement dominante que celle du gérant : tandis que celui-ci n'est qu'un intermédiaire, un représentant, le stipulant agit *en son propre nom* (art. 1119); il stipule pour *lui-même* (art. 1121), et c'est pourquoi il reste le maître de l'opération, du moins aussi longtemps que la déclaration du tiers n'est pas survenue; il lui est notamment loisible de se repentir et de s'appliquer à lui-même le bénéfice du contrat ,par exemple de l'assurance sur la vie : il a un droit de révocation (art, 1121 *in fine*; *inf.* n° 311); d'autre part, et même après la déclaration du tiers, son rôle n'est point nécessaire-

ment terminé : dans l'assurance sur la vie, il continue à payer les primes dont il reste tenu envers l'assureur. A l'inverse, et par une juste contre-partie, la personnalité du tiers est plus effacée que celle du maître : à la différence de ce dernier, il ne saurait exiger des comptes de la part du stipulant; celui-ci n'est pas lié envers lui, alors qu'au contraire c'est tout un réseau obligatoire qui s'établit entre le gérant d'affaires et le maître. Et puis surtout, si la stipulation pour autrui se ramenait à une application de la gestion d'affaires, on ne comprendrait pas que le législateur la déclarât inopérante en principe (art. 1119); elle devrait être valable et efficiente en thèse générale, comme la gestion d'affaires elle-même.

En réalité, ce n'est pas une identité qu'il convient de relever entre ces deux catégories juridiques, mais bien une incompatibilité : comme nous l'avons noté, il n'y a place pour la stipulation pour autrui que là où il n'y a pas gestion d'affaires (*sup.* n° 280); les deux opérations sont imprégnées d'un esprit différent : le gérant d'affaires agit uniquement dans l'intérêt du maître, comme représentant, animé du seul esprit de représentation, au lieu que la stipulant ne fait qu'accessoirement l'affaire du tiers; *il stipule d'abord pour lui* : il est partie principale à l'opération, *en son propre nom.*

303. III. **Théorie du droit direct.** — La doctrine la plus simple et la plus sûre est cele qui reconnaît franchement à la convention le pouvoir de déborder le cercle contractuel pour atteindre le tiers, abstraction faite de toute gestion d'affaires. C'est l'explication historique; Pothier considérait déjà que le promettant « contracte envers le tiers, sans que ce tiers intervienne à l'acte, un engagement d'accomplir la charge dans son temps » (*Traité des obligations*, n° 73) : l'article 1121 tient en échec, ouvertement, la règle de la relativité des conventions. C'est en ce sens que se prononcent de nombreux auteurs (Ed. Lambert, *op. cit.*; Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 131) et que paraît s'orienter la jurisprudence (Civ. 8 avril 1895, *D. P.* 1895, 1, 441, note Dupuich; 19 nov. 1907, *D. P.* 1908, 1, 129, note Dupuich).

304. Additif. — Cependant, cette explication n'est pas tout à fait suffisante; elle n'est pas complète; comme nous le verrons (*inf.* n° 307), le tiers ne peut pas être assimilé à un contractant; sa situation n'est pas telle qu'elle serait

s'il avait été partie au contrat; en réalité, et si l'on va jusqu'au fond des choses, *sa créance est d'origine unilatérale* : le promettant s'est engagé envers lui; cette déclaration unilatérale de volonté, inopérante par elle-même, produit effet à raison de cette circonstance qu'elle vient s'appuyer, se greffer sur le contrat conclu entre Primus et Secundus; elle se développe dans un terrain contractuel qui en assure la vitalité. La stipulation pour autrui est une des rares applications de la déclaration unilatérale de volonté dans notre droit français; le tiers bénéficiaire est créancier en vertu d'un acte juridique unilatéral, situé dans un cadre contractuel qui lui donne la vie et qui lui assure l'efficacité (*Sic*, COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, *loc. cit.*).

IV

Effets de la stipulation pour autrui

305. Directives essentielles. — Telles qu'elles sont données par la loi et surtout par la jurisprudence, ces directives s'affirment ainsi :

1° Le tiers est personnellement investi, à l'encontre du promettant, d'un droit *immédiat*, *privatif* et *direct*.

2° Ce droit peut lui être enlevé par le stipulant aussi longtemps que la déclaration n'est pas intervenue : jusqu'à cette déclaration de la part du tiers, le stipulant dispose d'un droit de *révocation*; après cette déclaration, le bénéfice de l'opération est définitivement assuré au tiers.

306. — Nous ferons application de ces principes : 1° aux rapports du tiers avec le promettant; 2° à ceux du tiers avec les ayants cause du stipulant; 3° à ceux du tiers avec le stipulant; 4° enfin, à ceux du stipulant avec le promettant.

I. **Rapports du tiers avec le promettant.** — Le tiers est aussitôt constitué le créancier du promettant Secundus, en vertu de la déclaration unilatérale de volonté, incluse dans le contrat intervenu entre Primus et Secundus; bénéficiaire d'une assurance sur la vie ou d'une charge afférente à une donation ou d'un contrat de transport de marchandises, c'est sur-le-champ qu'il pourra, s'il y a lieu, exiger l'exécution de la promesse. Son droit remonte « à l'origine du contrat », même à son insu (Civ. 19 nov. 1907, précité). Ici intervient donc la notion du *droit immédiat*.

307. — Toutefois, ce n'est pas à dire que le tiers soit dans la même situation que s'il avait été partie au contrat : s'il peut exiger l'exécution de la promesse unilatérale dont il bénéficie, il ne saurait exiger celle du contrat auquel il n'a pas participé; notamment, à supposer que ce contrat soit synallagmatique, il ne serait pas qualifié pour en poursuivre la résolution pour inexécution des obligations de la part du promettant Secundus; une pareille prétention serait incompréhensible de sa part. Plus spécialement, bénéficiaire d'une charge afférente à une donation, il n'a pas qualité pour demander la révocation de ladite donation pour cause d'inexécution des charges (*inf.* t. III, n° 1610). A l'inverse, l'opération peut être sauvée de la nullité, précisément parce que le tiers bénéficiaire n'est point un contractant : la prohibition des *pactes sur succession future* n'intervient pas en ce qui le concerne, car il n'est point partie à l'opération (H. Capitant, notes *D. P.* 1929, 2, 108, col. 2, et 1933, 1, 10, col. 1).

308. II. **Rapports du tiers avec les ayants cause du stipulant.** — C'est ici qu'intervient la notion du *droit direct*, à laquelle se réfèrent constamment les arrêts : du moment que le tiers est constitué *directement* le créancier du promettant, il n'a rien à craindre des ayants cause du stipulant; si, par exemple, c'est une assurance sur la vie qui a été souscrite à son profit, la créance contre l'assureur et, par conséquent, le capital assuré, ne traversent pas le patrimoine du stipulant, mais naissent et tombent directement dans son propre patrimoine : *le tiers n'est pas l'ayant cause du stipulant* (au moins pour le capital assuré), *mais seulement celui du promettant*. En conséquence :

1° Il n'a rien à craindre des *créanciers* du stipulant, lesquels n'ont jamais eu de prise sur le capital assuré, puisque ce capital n'a pénétré à aucun moment dans le patrimoine de leur débiteur; sur ce capital, il a plus qu'un privilège, il a *un droit propre* et *exclusif* (Civ. 22 fév. et 27 mars 1888, *D. P.* 1888, 1, 193; 19 nov. 1907, précité; 28 fév. 1927, *S.* 1927, 1, 353, note P. Esmein). La loi du 13 juill. 1930 enregistre ce résultat pour l'*assurance sur la vie* au profit d'autrui en proclamant, dans son art. 69, que « *le capital assuré au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut être réclamé par les créanciers de l'assuré* (inf. n° 1380 s.).

2° A supposer que la stipulation lui procure un avantage gratuit, le tiers n'a rien à craindre des *héritiers* du stipulant : héritier lui-même, on ne saurait le contraindre à

rapporter à la succession le capital assuré, puisque ce capital ne doit pas faire partie de ladite succession, puisque ce n'est pas d'elle qu'il est sorti; d'autre part, héritier ou non, il échappe, pour la même raison, à la *réduction*, laquelle ne peut porter que sur les libéralités faites par le défunt; or celui-ci n'a pas donné le capital au tiers bénéficiaire qui le tient directement de l'assureur (Civ. 29 juin 1896, *S.* 1896, 1, 361, *D. P.* 1897, 1, 73; 2 août 1909, *D. P.* 1910, 1, 328). V. pour l'*assurance sur la vie*, l'art. 68 de la loi du 13 juill. 1930, et *inf.* t. III nos 1112 et 1694.

3° Enfin, au cas d'une *assurance sur la vie contractée par un conjoint commun en biens au profit de son conjoint*, les sommes assurées n'entrent point en communauté, mais elles constitueront, pour le bénéficiaire, un *propre* lui appartenant personnellement et exclusivement (*inf. t. III*, n° 39*bis*).

Le bénéfice du tiers échappe donc et au gage des créanciers du stipulant, et à l'empire du droit successoral, et — dans un cas particulier tout au moins — à celle du droit communautaire.

309. — Ainsi, *ce bénéfice — et par exemple le capital assuré — s'est formé en dehors du patrimoine du stipulant* qui est considéré juridiquement comme n'ayant fait aucun sacrifice en faveur du tiers, si ce n'est en ce qui concerne les *primes* par lui versées à l'assureur; c'est seulement dans cette mesure limitée que les questions de rapport et de réduction pourront être posées à l'occasion, et, pour l'*assurance sur la vie*, la loi du 13 juill. 1930, les résout, dans son art. 68 § 2, dans le sens d'une exemption complète, sauf dans le cas où les primes auraient été « *manifestement exagérées eu égard aux facultés* » du souscripteur : c'est alors seulement que le droit successoral jouerait par rapport à elles, jusqu'à concurrence du dépassement dont elles seraient ainsi entachées, relativement aux ressources du stipulant (*inf.* t. III. nos 1125 et 1696).

Comme on le voit, le tiers bénéficiaire obtient toute *sécurité* à raison du caractère immédiat, direct et privatif de son droit : le capital assuré représente une véritable création juridique; il pénètre d'emblée dans le patrimoine auquel il est destiné, sans effectuer, pour y arriver, le moindre détour. La stipulation pour autrui constitue, pour le tiers, un *mode d'acquisition direct* et un point dérivé : c'est un droit tout neuf, qui entre dans son patrimoine.

310. III. **Rapports du tiers avec le stipulant.** — A ce point de vue encore, nous allons constater que le tiers n'est point dans la situation qu'il occuperait s'il avait été partie au contrat; car, dans cette dernière éventualité, il aurait aussitôt un droit acquis et *définitif* au bénéfice de l'opération, au lieu que, simple tiers, il peut se le voir enlever par la volonté du stipulant, aussi longtemps du moins qu'il n'a pas donné son adhésion (art. 1121 *in fine*).

311. Droit de révocation du stipulant. — Aux termes de l'article 1121 « *celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ». Donc, aussi longtemps que le tiers n'a pas fait cette déclaration, le stipulant peut user du droit de révocation que lui confère ainsi la loi. (Comp. pour les *assurances sur la vie au profit d'un tiers*, l'art. 64 de la loi du 13 juill. 1930).

312. — 1° *Exercice* de ce droit de révocation. — Le stipulant l'exerce à volonté, *ad nutum*, à moins cependant qu'il n'en soit empêché par les obligations dont il est tenu, d'autre part, envers le tiers : par exemple, il est évident que l'expéditeur de marchandises par lui vendues au destinataire, engage sa responsabilité envers celui-ci s'il rétracte l'ordre de livraison d'abord donné au chemin de fer. Mais, réserve faite de tels rapports obligatoires, le droit de révocation du stipulant peut être exercé librement et impunément.

La révocation n'est soumise à aucune règle de forme : elle peut intervenir soit expressément, soit tacitement; elle résulte de tout acte révélant clairement la volonté du stipulant de revenir sur la stipulation.

313. — En principe, le droit de révocation doit être considéré comme *personnel* : il ne saurait être exercé ni par les *créanciers* du stipulant auxquels la loi refuse l'exercice des droits exclusivement attachés à la personne de leur débiteur (art. 1166 *in fine*; L. 13 juill. 1930, art. 64 § 2; — Rouen, 6 avril 1895, *D. P.* 1895, 2, 545, note Dupuich; Paris, 10 mars 1896, *D. P.* 1896, 2, 465, note Dupuich); ni par ses *héritiers*. En effet, il n'est pas admissible que ceux-ci se trouvent placés systématiquement entre leur devoir, qui serait de respecter la volonté du défunt, et leur intérêt, qui les conduirait à user du droit de révocation. D'ailleurs, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à refuser aux héritiers le droit de poursuivre la révocation des donations

entre époux (*inf.* t. III, n° 1816), lesquelles sont, elles aussi, révocables *ad nutum* (art. 1096, § 1) ; et cette solution fournit un argument d'analogie puissant. Cependant, la jurisprudence paraît fixée en sens contraire et accorde aux héritiers du stipulant le droit de révocation qui appartenait à leur auteur (Req. 22 juin 1859, *motifs*, *D. P.* 1859, 1, 385; *S.* 1861, 1, 151; 27 fév. 1884, *motifs*, *D. P.* 1884, 1, 389; *S.* 1886, 1, 422; Douai, 10 déc. 1895, *motifs*, *D. P.* 1896, 2, 417, note Dupuich; Bordeaux, 1er avril 1897, *D. P.* 1898, 2, 169, note De Loynes) ; cette interprétation a reçu une confirmation du fait du législateur de 1930 qui, dans l'*assurance sur la vie*, autorise les héritiers du stipulant à révoquer la stipulation (art. 64 § 3 de la loi du 13 juill. 1930), mais en conditionnant étroitement ce droit de révocation; il peut être exercé seulement « *après l'exigibilité de la somme assurée et au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure, par acte extra-judiciaire, d'avoir à déclarer s'il l'accepte* ». De cette façon, la révocation par surprise devient bien difficile, et les inconvénients du principe sont fortement atténués par les modalités de son application. En somme, il dépend du tiers de conjurer la révocation par les héritiers du stipulant; mais il n'en reste pas moins que ce texte présuppose l'existence, pour les héritiers du stipulant, du droit de révocation, en principe et sauf des modalités particulières pour le cas d'assurance sur la vie.

314. — 2° *Effets* de la révocation. — Ils varient suivant les cas et d'après la volonté du stipulant qui se rétracte; il est possible que toute l'opération tombe; mais il arrive aussi qu'elle soit simplement aiguillée dans une autre direction : l'assurance sur la vie profitera à un autre tiers, ou même le stipulant la prendra pour lui; il s'en appliquera le bénéfice; l'expédition de marchandises sera dirigée sur une autre destination.

315. — 3° *Comment le droit de révocation prend fin.* — **Déclaration du tiers.** — Le stipulant ne peut plus révoquer la stipulation lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter (art. 1121 *in fine*). Il ne s'agit pas là d'une véritable acceptation, encore que la loi du 13 juill. 1930 emploie, dans son art. 64, cette terminologie fâcheuse : car, ce qu'on accepte, c'est une offre; or, ce n'est pas seulement une offre qui a été adressée au tiers, c'est un droit qui lui a été conféré, un droit direct et privatif, mais qui pouvait lui être retiré; la prétendue acceptation n'est pas une condi-

tion mise à l'acquisition du droit, mais un obstacle définitif apporté à sa révocation; elle transforme un droit jusque-là révocable en un droit irrévocable (Req. 30 avril 1888, *D. P.* 1888, 1, 291).

316. Formes de la déclaration. — La déclaration du tiers peut revêtir une forme quelconque; elle est parfois tacite, elle peut se déduire par simples présomptions (Civ. 8 avril 1895, *D. P.* 1892, 2, 441, note Dupuich; L. 13 juill. 1930, art. 64 § 1).

317. A quel moment elle peut intervenir. — Elle peut être donnée à tout moment, précisément parce qu'elle ne consiste pas dans l'acceptation d'une offre mais qu'elle correspond à un droit acquis, donc, même après le *décès* du stipulant, sauf, pour l'assurance sur la vie, les limitations établies par l'article 64 de la loi de 1930 (Civ. 8 fév. 1888, *D. P.* 1888, 1, 193; Req. 22 juin 1891, *D. P.* 1892, 1, 205; Agen, 25 mai 1894, *D. P.* 1895, 1, 53) ou après sa faillite (Civ. 8 avril 1895, précité; Rouen, 6 avril 1895, *D. P.* 1895, 1, 545); et aussi, quoi qu'on en ait douté, après le décès du tiers bénéficiaire : ses héritiers succèdent au droit qui lui appartenait de fixer l'opération intervenue en sa faveur (8 fév. 1888, précité).

318. IV. **Rapports du stipulant avec le promettant.** — Le stipulant, comme nous l'avons noté (*sup.* n° 302), n'est pas expulsé de l'opération par la déclaration du tiers; il reste sur la scène juridique, et parfois au premier plan.

1° Il a qualité pour exiger les prestations que le promettant a pu s'engager à lui fournir; par exemple, dans le contrat de transport de marchandises, il veillera à l'exécution exacte de l'opération; s'il est vendeur, il demandera à l'acheteur le paiement du prix qui lui est dû;

2° Il a également qualité pour veiller à l'exécution de la prestation qu'il a stipulée au profit du tiers; il pourra, soit en poursuivre l'exécution, soit demander la résolution du contrat (ce que ne pourrait pas faire le tiers; *sup.* n° 307); par exemple, il poursuivra la résolution de la vente pour inexécution des obligations de l'acheteur (art. 1654), ou bien il demandera la révocation de la donation pour inexécution des charges (art. 953 et 954).

3° A l'inverse, il peut être tenu lui-même à certaines prestations : paiement des primes dans l'assurance sur la vie,

et alors même que le tiers aurait déclaré, dès l'origine, vouloir profiter de l'opération.

§ III. — *DE LA SIMULATION DANS LES CONTRATS*

LES CONTRE-LETTRES

319. Bibliographie. — Planiol et Ripert, t. II, nos 1185 et suiv.; Demogue, *Traité des obligations*, t. I, nos 159 et suiv.; L. Josserand, *Les mobiles*, nos 192 et suiv.; Thèses de MM. Bartin, 1885; Fourcade, 1887; P. Glasson, 1897; Lerebours-Pigeonnière, 1898; Beleza dos Santos, *A simulaçâo em direito civil*; Acuña Anzorena, *La simulacion de los actos juridicos*, Buenos-Aires.

320. Position de la question. — Dans l'étude que nous venons de consacrer aux *effets des contrats*, nous avons toujours supposé qu'on avait affaire à un contrat *sincère, véritable*; nous avons envisagé exclusivement le cas normal. Mais il peut arriver que des contrats soient *simulés*, qu'ils revêtent un caractère *fictif* : dans la pensée des parties, qui ont voulu donner le change, ils ne sont pas destinés à recevoir exécution, au moins dans les termes où ils se présentent ostensiblement. L'efficacité en est paralysée, totalement ou en partie, par un accord clandestin, par une *contre-lettre*, en sorte que la réalité ne correspond pas à l'apparence : « *aliud simulatur, aliud agitur* ». On se trouve alors en présence de deux conventions qui sont *contemporaines* l'une de l'autre : l'une qui est ostensible mais mensongère; l'autre qui est sincère mais secrète: Il est aisé de comprendre que ces deux accords superposés échapperont, en quelque mesure, à l'application du droit commun, notamment à la règle de l'article 1165; leurs effets doivent être examinés de près.

321. Diverses variétés de simulation dans les contrats. — Le mensonge commis par les parties peut revêtir une ampleur et une gravité très variables :

A. — 1° L'acte peut être *complètement simulé* : une prétendue *vente* est absolument neutralisée par une contre-lettre; le pseudo-vendeur se proposait sans doute de soustraire le bien prétendûment aliéné au gage de ses créanciers; ou bien une *société* est purement fictive; elle n'est qu'une « façade mensongère destinée à masquer certaines fraudes à la loi, par exemple en vue de distraire du gage des créanciers

tout ou partie de l'actif d'une société véritable (P. Pic, *De la simulation dans les actes de société*, *D. H.* 1935, Chr. p. 33);

2° La simulation peut affecter la *nature* d'une opération : c'est une donation qui est présentée sous le masque d'une vente;

3° La simulation tend à cacher les participants ou les bénéficiaires véritables dont l'identité est masquée par le jeu d'une *interposition de personnes*;

4° La dissimulation ne porte que sur les conditions et clauses du contrat; une partie du prix de la vente est escamotée. Le prix avoué est de 100.000 francs; mais, lors de la signature, l'acheteur a versé 50.000 francs dont il n'est pas fait mention dans l'acte ostensible; ou bien, par un traité secret, il s'est engagé à verser ces 50.000 francs supplémentaires. Le prix réel est donc de 150.000.

322. — B. — A un autre point de vue, on peut cataloguer les simulations d'après le mobile qui les a dictées aux parties et qui sera tantôt criminel, tantôt répréhensible (on a voulu frauder le fisc), ou bien indifférent, amoral, parfois même digne d'éloges, comme si un bienfaiteur a voulu conserver l'anonymat.

Il y a donc simulation et simulation : les conséquences juridiques n'en seront-elles pas influencées à raison de l'incidence, de la gravité, du but du mensonge auquel on a eu recours?

323. I. **Principe.** — Il est admis sans conteste que la simulation n'est pas, en elle-même, une cause de nullité de l'acte qui en est l'objet ou l'occasion; cette solution est consacrée assez nettement par l'article 1321 aux termes duquel « *les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers* » : du moment que l'acte secret produit effet entre ceux qui l'ont conclu, c'est évidemment que la loi le considère comme valable; il fait la loi des parties, conformément à l'article 1134 (Req. 9 nov. 1891, rapport Rivière, *D. P.* 1892, 1, 151), solution qui cadre parfaitement avec le principe de l'autonomie des volontés et avec le souci de faire produire effet au vouloir véritable des parties; au contaire, dans un système dont la déclaration de volonté constituerait l'armature, l'acte secret ne serait, en bonne logique, d'aucune considération et l'on devrait s'en tenir fermement à l'acte

ostensible; et telle est bien la solution qui a cours dans les *Etats-Unis* (MADRAY, *op. cit.*, n° 116).

324. II. Précisions. Autorité des contre-lettres. — Cependant, il faut faire deux observations qui dégageront l'exacte signification du principe :

A. — L'acte simulé ne peut pas avoir plus de force que s'il avait été fait ostensiblement : si le mensonge n'est pas une cause de nullité, il ne saurait devenir, au moins en thèse générale, une source d'avantages [1]. Si donc la convention secrète présente un vice indépendant de la simulation commise à son occasion, elle doit être considérée comme nulle; ainsi en adviendrait-il si elle émanait d'un incapable ou si elle allait à l'encontre d'une règle d'ordre public; on peut bien faire clandestinement ce que la loi permet de faire ouvertement, mais rien de plus (arrêt précité du 9 nov. 1891); de même si l'obligation était dénuée de cause (Civ. 11 avril 1927, *D. P.* 1929, 1, 25, note P. PIC), ou si la cause était fausse, si c'est sur elle qu'a porté la simulation (Req. 28 juin 1932, *D. P.* 1933, 1, 43, note MADRAY); en pareil cas, on applique l'article 1131 qui décide que l'obligation sans cause ou dont la cause est fausse ne saurait produire aucun effet (*sup.* n° 132); le juge a alors le pouvoir de dégager la cause véritable; en ce faisant, loin de dénaturer l'opération, il lui assigne sa physionomie véritable.

325. — B. — La simulation, en *matière contractuelle*, implique la coexistence de deux conventions contradictoires, l'une ostensible, l'autre secrète, lesquelles ne peuvent pas faire loi et recevoir exécution toutes deux : entre elles il faut choisir; comment le choix sera-t-il fait par le juge, en cas de contestation?

On distingue, avec l'article 1321, suivant que le conflit surgit *inter partes* ou bien qu'il intéresse un *tiers*.

326. 1° Entre les parties. — La situation est fixée par l'article 1321 : *inter partes*, c'est la contre-lettre qui fait la loi contractuelle; l'acte apparent est sans valeur, soit à

[1] Il arrive cependant que la simulation soit bienfaisante et qu'elle sauve un acte de la nullité qui le guettait: c'est ainsi qu'une donation entre vifs, qui serait radicalement nulle (ou même inexistante) si elle était faite ouvertement par acte privé (art. 931), devient valable et produit tous ses effets du moment qu'elle se dissimule sous l'apparence d'une opération pour laquelle la forme notariée n'est point exigée, d'une vente fictive par exemple; la *donation déguisée* franchit l'obstacle qui eût arrêté une *donation ostensible* (*inf.*, t. III, n^{os} 1321 et s.).

l'égard des parties contractantes qui ont voulu qu'il en fût ainsi, soit à l'égard de leurs héritiers qui, prenant leurs lieu et place, succèdent à leurs obligations et à leurs droits.

Seulement, encore faut-il que la simulation soit établie, que le caractère fictif de l'acte ostensible soit prouvé. Or, une telle preuve ne peut pas, entre les parties, s'administrer par tous les moyens possibles; de deux choses l'une :

a) Ou bien la convention ostensible a été elle-même passée par écrit, et alors l'article 1341 s'oppose à ce que l'accord secret soit lui-même prouvé par témoins (*sup.* n^{os} 208 et 209; Req. 10 juill. 1899, *D. P.* 1899, 1, 368; Civ. 31 janvier 1900, *D. P.* 1900, 1, 80), à moins cependant que la simulation ne cache une fraude à la loi, auquel cas elle pourrait être prouvée, même *inter partes*, par tous moyens (*sup.* n° 216; décisions précitées, *motifs*, et Req. 2 mars 1904, *S.* 1904 1, 260);

b) Ou bien un écrit n'a pas été rédigé en vue de la convention apparente, et alors l'article 1341 ne s'oppose plus à la production de la preuve testimoniale qui sera recevable dans les termes du droit commun, soit jusqu'à concurrence de 500 francs, et au delà s'il existe un commencement de preuve par écrit.

Les parties feront donc sagement en rédigeant la contre-lettre par écrit.

327. 2° **A l'égard des tiers.** — Il faut entendre sous cette rubrique toutes les personnes autres que les parties contractantes et leurs héritiers, donc :

a) Les *ayants cause à titre particulier* : un acheteur, un donataire, un créancier hypothécaire;

b) Les *créanciers chirographaires*. En thèse générale, les actes du débiteur leur sont opposables, à eux qui rentrent dans la catégorie des ayants cause à titre universel (*inf.* n^{os} 647 et suiv.); exceptionnellement, ils sont transformés en *tiers*, d'abord par rapport aux actes accomplis en *fraude de leurs droits* (*inf.* n^{os} 675 et suiv.), puis dans le système de la transcription du Code civil (*Sup.* t. I, n° 1742), enfin au regard des actes *simulés, même non frauduleux* (Civ. 8 mars 1893, *D. P.* 1893, 1, 243).

328. Situation des tiers.— L'article 1321, visant ces catégories, déclare que les contre-lettres *n'ont point d'effet* contre elles. Il semble donc que la convention qui leur sera opposable soit invariablement et de toute façon l'accord ostensible et que, pour les tiers, la contre-lettre n'existe pas.

Mais cette solution simpliste préjudicierait parfois à de légitimes intérêts; car il peut arriver que ce soit précisément l'acte ostensible qui gêne les tiers, tandis que la contre-lettre leur serait secourable; ils ont alors intérêt à prouver le caractère fictif du premier, à dénoncer la comédie qui est jouée par les parties; il en est ainsi d'une vente fictive; les créanciers du prétendu vendeur sont intéressés à en prouver le caractère mensonger, afin de pouvoir saisir un bien qui, dans la réalité, n'est point sorti du patrimoine de leur débiteur et continue donc à faire partie de leur gage général. Dans ce but, ils intenteront *l'action en déclaration de simulation*; ils établiront ainsi *par tous les moyens possibles* (car l'art. 1341 qui prohibe la preuve par témoins contre le contenu des actes écrits, ne les concerne pas; *sup.* n° 209), que l'acte n'était qu'un vain simulacre. L'article 1321 ne s'oppose nullement à cette procédure; car tout ce qu'il décide, c'est que la contre-lettre ne produit pas d'effet *contre* les tiers; il ne décrète nullement qu'elle n'en produit pas *en leur faveur*.

Par conséquent, la simulation a cette vertu singulière que les tiers, tels que nous les avons définis, ont le choix entre les deux actes contradictoires : au gré de leurs intérêts, ils s'en tiennent à l'acte ostensible, en se réclamant de l'article 1321, ou bien ils se placent sous l'égide de la contre-lettre en exerçant l'action en déclaration de simulation.

329. Remarque. — En fait, les tiers useront plus volontiers de l'action en déclaration de simulation qu'ils n'utiliseront l'article 1321; car, pour repousser l'autorité de la contre-lettre, si tant est qu'elle les gêne, ils auront souvent à leur disposition d'autres moyens que celui qu'ils peuvent puiser dans l'article 1321; en matière immobilière, ils pourront invoquer le défaut de transcription, du moins s'ils rentrent dans la catégorie des ayants cause à titre particulier; en matière mobilière, l'article 2279 leur sera fréquemment secourable. Tandis que, s'ils veulent échapper à l'application de l'acte ostensible, l'action en déclaration de simulation constitue, le plus souvent, leur ressource exclusive.

330. III. Dérogations : cas dans lesquels la simulation est dirimante. — Il advient parfois que la simulation, par dérogation au droit commun, soit une cause de nullité de l'opération à l'occasion de laquelle elle a été pratiquée.

A. Aux termes de l'article 1099 § 2, toute *donation entre époux* qui est *déguisée* ou faite à personnes interposées, est nulle. (*Inf.* t. III, n° 1853.)

B. Une jurisprudence bien établie permet aux créanciers de poursuivre la *nullité* du *partage* auquel leur débiteur aurait procédé fictivement. (Civ. 27 déc. 1926, *S.* 1927. 1. 111; *inf.* t. III, n° 1239.)

331. — C. Toute une réglementation est intervenue pour frapper sévèrement les *dissimulations de prix* dont certaines opérations juridiques sont fréquemment l'occasion. Déjà, une jurisprudence qui remonte à près d'un siècle, avait décidé que les contre-lettres signées à l'occasion de la cession d'un office ministériel et réalisant une majoration du prix indiqué dans l'acte ostensible, étaient radicalement nulles, comme plaçant l'administration dans l'impossibilité d'exercer le contrôle que la loi du 28 avril 1816 lui avait réservé et comme n'ayant pas reçu l'approbation du gouvernement (Civ. 30 juill. 1844, *S.* 1844, 1, 582; Req. 18 mars 1895, *S.* 1896, 1, 11, *D. P.* 1895, 1, 346). Beaucoup plus tard, une loi fiscale, la loi de finances du 27 fév. 1912, est venue, en confirmant cette solution, l'étendre à toute une série d'actes juridiques ressortissant à la catégorie des aliénations ou des cessions à titre onéreux (art. 6 et 7): *vente d'immeubles; cession d'un fonds de commerce ou d'une clientèle; échange ou partage avec soulte*, du moins lorsque ces opérations portent elles-mêmes sur des immeubles, des fonds de commerce ou une clientèle. Toute *dissimulation de prix ou de soulte*, commise à l'occasion de ces actes comporte : 1° Une sanction *fiscale* affectant la forme d'une *amende*; 2° Une sanction *civile* consistant dans la *nullité* de la contre-lettre, nullité radicale, d'ordre public, qui permet à l'acquéreur ou au cessionnaire, et suivant les cas, de se refuser à payer la différence, ou, l'ayant payée, de la répéter. (V. sur le caractère d'ordre public de la nullité, Civ. 25 juill. 1928, *S.* 1928, 1, 351; Req. 10 déc. 1930, *D. H.* 1931, 17).

332. — Ces dispositions appellent les réflexions suivantes :

a) Elles font partie d'un ensemble de mesures destinées à prévenir les fraudes en instituant un véritable régime de terreur fiscale; on peut en rapprocher la disposition de l'article 44 de la loi budgétaire du 13 juillet 1925 qui frappe d'une amende énorme (double droit en sus), *mais sans pro-*

noncer la nullité, la dissimulation d'un acte sous l'apparence d'un autre acte donnant ouverture à des droits moins élevés;

b) Aussi le législateur de 1912 spécifie-t-il que la dissimulation du prix peut être établie conformément à l'article 13 de la loi du 23 août 1871, c'est-à-dire par *tous les modes de preuve*, notamment à l'aide de simples présomptions (Req. 16 mai 1933, *S.* 1934, 1, 294), sauf cependant par le serment décisoire;

c) C'est par une disposition contenue dans une *loi de finances* que l'on a modifié les principes du *droit civil* : le législateur a pris cette fâcheuse habitude qui témoigne d'un singulier désordre, d'une absence de méthode manifeste. Le droit civil devrait demeurer maître chez lui;

d) La réglementation de 1912 ne vise pas toutes les simulations, mais une simulation d'une espèce particulière, celle qui porte sur *le prix* de l'opération. Pour les autres variétés de simulation, et parce qu'elles n'intéressent pas le fisc, les principes du droit civil continuent à s'appliquer;

e) Cette réglementation touche à *l'ordre public*; le juge doit reconnaître la nullité quels que soient les accords intervenus entre les parties et même si l'une d'elles (dans l'espèce, l'acheteur) avait précédemment affirmé, sous la foi du serment, n'avoir rien payé au-delà du prix indiqué dans l'acte (Req. 21 juin 1935, *D. H.* 1935, 491);

f) La sanction établie par la loi de 1912 n'atteint que la contre-lettre; mais la convention principale, par exemple la vente d'un immeuble, reste debout, en principe tout au moins, et le débiteur demeure assujetti aux obligations qu'elle lui imposait (Civ. 25 mars 1931, *S.* 1931, 1, 267; *D. H.* 1931, 283).

Section VI. — DISSOLUTION DES CONTRATS

333. Précision du sujet. — Au seuil de cette étude de la dissolution des contrats, deux éliminations doivent être annoncées :

1° Il ne sera pas question, sous cette rubrique, des contrats *inexistants*; ils ne s'étaient point formés; ils n'ont donc pas à se dissoudre; on ne dissout pas le néant; — ni des contrats atteints de nullité absolue qui, enfreignant l'ordre public, n'ont pas davantage à être dissous (*sup.* t. I, n° 150);

2° Il ne faut pas voir des modes de dissolution des contrats dans les modes d'extinction des obligations : lorsque

les obligations issues d'un contrat sont exécutées de part et d'autre, on ne peut pas dire que le contrat soit dissous; il a produit sa plénitude d'effets, sans doute, mais il existe toujours; il constitue toujours le titre en vertu duquel l'acheteur, par exemple, détient la chose acquise.

334. Classification. — Il existe deux grandes catégories de causes de dissolution, en prenant ce mot dans son sens le plus large.

1° Il en est qui sont *contemporaines du contrat*; celui-ci porte en lui le germe de sa destruction; il est né *annulable* ou *rescindable*;

2° Il est d'autres causes de dissolution qui n'apparaissent que par la suite : le contrat était parfaitement bien constitué; il était né viable, mais une circonstance ultérieure en détermine l'anéantissement.

Nous étudierons successivement ces deux catégories de modes de dissolution.

§ I. — *CAUSES DE DISSOLUTION CONTEMPORAINES DU CONTRAT*

(CONTRATS ANNULABLES OU RESCINDABLES)

335. Hypothèse. — Les contrats de cette première catégorie portaient en eux-mêmes, dès le jour de leur formation, le mal qui devait en déterminer la destruction; ils étaient atteints d'un *vice originel*; ils étaient nés *annulables* ou *rescindables*; ils n'étaient donc pas viables.

336. Contrats annulables et contrats rescindables. — *Historiquement*, c'est là une distinction essentielle : l'*action en nullité* et l'*action en rescision* procédaient de sources différentes; tandis que la première sanctionnait les règles établies par les ordonnances ou par la coutume, c'est-à-dire par le droit national, la deuxième s'attaquait à des contrats, parfaitement valables pour le droit français, mais contre lesquels le droit romain admettait la *restitutio in integrum*, par exemple pour cause de dol, de violence, d'erreur, de lésion.

Or, le droit romain n'avait pas, dans nos pays de coutume, force de loi; en principe, il n'y jouissait que d'une autorité morale (*sup.* t. I, n° 22). D'où cette conséquence que le plaideur ne pouvait pas demander d'emblée au juge la rescision d'un contrat; il devait obtenir au préalable des *lettres*

royaux, des *lettres de rescision* qui lui étaient délivrées, au nom du roi, par les chancelleries des Parlements et des autres cours souveraines. Ces lettres donnaient en quelque sorte force de loi au droit romain, mais seulement pour le litige en vue duquel elles étaient délivrées; elles ne l'étaient d'ailleurs qu'à beaux deniers comptants; les plaideurs devaient acheter l'autorité de la « raison écrite » qui payait ainsi des droits d'entrée dans notre ancienne France. C'est en ce sens qu'on disait que « voies de nullité n'ont point de lieu en France ». (LOYSEL, *Institutes coutumières*, liv. II, titre IV, règle 3). Si l'on ajoute que l'action en nullité se prescrivait généralement par *trente ans*, tandis que l'action en rescision était soumise à la prescription de *dix ans*, on comprendra tout l'intérêt d'une distinction dont les origines historiques remontaient très haut dans le passé, puisqu'elle se rattachait à la dualité du droit romain et du droit français.

337. Droit moderne. — Mais la Révolution devait naturellement tendre à l'unification sur ce point comme sur tant d'autres : la loi des 7-11 sept. 1790, qui supprima les chancelleries en même temps que les Parlements, effaça par cela même un des intérêts que présentait la distinction, et comme, d'autre part, la grande codification napoléonienne allait mettre fin au dualisme du droit coutumier et du droit écrit, du droit national et du droit romain, en les fondant dans un corps de lois unique, comme, d'autre part, le Code civil soumet les actions en nullité et en rescision à la même prescription *décennale* (art. 1304), il semble que la distinction elle-même ait vécu et que nullité et rescision ne fassent qu'un désormais.

338. Le Code civil. — Cependant, si l'on parcourt attentivement le Code civil, on remarque que l'ancienne terminologie n'a point été abolie, car les expressions « action en nullité », « action en rescision » n'y sont point employées indifféremment l'une pour l'autre. Lorsqu'un contrat est atteint du vice de *lésion*, c'est de *rescision* qu'il est question, non de nullité. (Voy. art. 887 § 2, 888, 891, 892, 1305, 1674, 1681, 1682, 1683, 1684). On doit en conclure que l'ancienne distinction n'est pas morte, mais qu'elle a été simplement *transposée*; le législateur de 1804 a conservé l'ancienne terminologie, en lui donnant une signification nouvelle; les *contrats rescindables* sont ceux qui sont atteints de ce vice spécial, la *lésion*, et c'est contre de tels contrats que l'*action en rescision* est dirigée.

339. Intérêt actuel de la distinction. — Cette transposition des termes de la distinction lui a enlevé beaucoup de son importance; ce n'est pas à dire cependant qu'elle soit dénuée de toute signification pratique. La lésion, vice du consentement, implique, par définition, l'existence d'un préjudice; sans préjudice, pas de lésion, donc pas d'action en rescision. Mais le demandeur d'une action en nullité n'a pas à faire la preuve d'un préjudice spécial qui lui aurait été causé par le contrat dont il poursuit l'annulation; du moment que le vice existe, cette annulation lui est due. Aussi le défendeur à une action en rescision peut-il échapper au danger en offrant au demandeur une somme d'argent qui fera disparaître la lésion (art. 891 et 1681; comp. l. 29 juin 1935, *relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce*, art. 7), au lieu que cette ressource n'appartiendrait pas au défendeur à une action en nullité.

340. Domaines des actions en nullité et en rescision. — A. L'action en *nullité* est dirigée contre les contrats *annulables*, et principalement :

1° Contre ceux qui sont entachés d'erreur, de violence ou de dol;

2° Contre les contrats conclus par un *incapable de contracter* : interdit; aliéné interné, mais non interdit; prodigue ou faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire; mineur, mais seulement lorsque l'acte incriminé n'aurait pas pu être accompli sans l'observation d'une formalité particulière (autorisation du conseil de famille, etc.);

3° Contre les contrats nuls pour *vice de forme*, dans les cas assez rares où ce vice, n'intéressant pas l'ordre public, n'a pas déterminé la nullité absolue de l'opération : inobservation de la formalité du *double* pour les contrats synallagmatiques (*sup.* n° 175); ou du *bon pour* dans les contrats unilatéraux (*sup.* n° 179; comp. Civ. 2 août 1898, *D. P.* 1898, 1, 553, note Glasson).

B. Quant à l'action en *rescision*, elle peut être dirigée :

1° Contre tous contrats qu'un *mineur* a passés seul, irrégulièrement, mais alors que l'intervention du tuteur ou du curateur eût été à la fois nécessaire et suffisante (*sup.* t. I, n^{os} 320 et 501); en ce qui concerne de tels actes, le mineur est seulement incapable de se léser.

2° Contre *certains contrats* passés par des *majeurs*, et seulement lorsque la lésion atteint une proportion déterminée (plus des sept douzièmes pour la vente d'immeubles, plus du quart pour le partage, etc.; *sup.* n° 105).

Quant à l'action en *résolution* de l'article 1184, elle ne ressortit pas à l'article 1304, et c'est seulement par *trente* années qu'elle se prescrit, conformément au droit commun de l'article 2262.

341. Plan. — Ayant ainsi différencié les actions en nullité et les actions en rescision, nous pouvons, sans inconvénient, les étudier simultanément, dans les règles qui leur sont également applicables.

1° *Qui* peut les exercer?
2° A quelles conditions et *pendant combien de temps*?
3° A quels *résultats aboutissent-elles*?

I

Qui peut exercer les actions en nullité ou en rescision

342. Principe commun. — Les actions en *nullité* ne peuvent être exercées que par celui ou par ceux en faveur desquels la nullité fut édictée, car cette nullité est *relative*; nul autre ne saurait s'en réclamer, quelque intérêt qu'il eût à le faire, ni un tiers, ni surtout le cocontractant. L'article 1125 § 2 consacre cette règle pour les contrats conclus par un mineur, un interdit ou, jadis, une femme mariée (pour celle-ci, voy. aussi l'ancien art.225 qui accordait également l'action au mari); et il n'est pas douteux qu'elle ne soit valable tout aussi bien pour les conventions entachées d'erreur, de violence ou de dol : dans toutes ces éventualités, la nullité constitue une mesure de protection pour l'incapable ou la victime, à l'exclusion de toutes autres personnes.

L'action en *rescision* pour cause de lésion ne comporte pas un traitement différent : la lésion est elle-même un vice du consentement (arg. art. 1118), elle n'intéresse pas l'ordre public; et d'ailleurs, l'article 1125 § 2, lorsqu'il réserve l'action au mineur, ne distingue évidemment pas selon que l'acte était annulable pour cause d'incapacité ou simplement rescindable pour cause de lésion (*sup.* n° 111).

II

A quelles conditions et pendant combien de temps les actions en nullité et en rescision peuvent être exercées

(Confirmation et Prescription)

343. Droit commun. — En thèse générale, toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par *trente ans* (art. 2262) : le délai court à dater du jour où l'ac-

tion est née, et il se continue sans arrêt, réserve faite des causes d'interruption et de suspension, mais réserve faite aussi, en notre matière, de la *confirmation* possible de l'acte sujet à annulation ou à rescision.

344. La confirmation ; idée générale. — La *confirmation*, dont il est traité dans les articles 1338 et suivants, au chapitre des *Preuves*, ce qui est un vice de méthode évident, est un acte par lequel une personne renonce, expressément ou tacitement, à arguer de la nullité ou de la rescision dont une opération juridique était entachée; elle s'analyse en une *renonciation à l'action en nullité ou en rescision*; elle a pour effet de purger l'acte confirmé du vice dont il était infecté.

345. Confirmation et ratification. — Il importe de distinguer ces deux notions juridiques : la *ratification* est l'approbation donnée par une personne à un acte auquel elle n'avait point participé, qui avait été accompli par un tiers; c'est ainsi que le maître ratifie les actes accomplis par le gérant d'affaires et que le tiers ratifie la promesse du porte-fort (*sup.* n° 266) ; l'approbation ainsi donnée ne tend nullement à faire disparaître le vice dont un acte serait entaché; elle s'analyse en un *acte d'appropriation*, non en un acte de renonciation à une action quelconque. Il importe d'autant plus d'assurer cette distinction et cette opposition que le législateur ne s'y conforme pas toujours et qu'il emploie parfois une terminologie inexacte que nous relèverons à l'occasion.

346. Plan. — Il y a lieu d'étudier :

1° Les *formes* de la confirmation et les différents aspects sous lesquels elle se présente;

2° Les autres *conditions requises* pour qu'elle s'opère;

3° Les *effets* qu'elle produit.

347. I. Formes de la confirmation ; ses différents aspects. — Il faut distinguer la confirmation *expresse*, la confirmation *tacite*, et aussi la confirmation *présumée* de l'article 1304 qui n'est d'ailleurs qu'une variété de la précédente.

A. La confirmation *expresse* doit être donnée *par écrit* (art. 1338) et la loi veut que cet écrit réunisse diverses conditions; on doit y trouver :

1° La *substance* de l'obligation, c'est-à-dire de la conven-

tion qu'il s'agit de valider; on doit entendre par substance, sinon la teneur littérale de cette convention, du moins les clauses essentielles qui la caractérisent;

2° La *mention du motif* de l'action en nullité ou en rescision, c'est-à-dire l'indication du vice dont la convention était atteinte et dont on se propose de la purger;

3° L'*intention de réparer* ce vice, la volonté de confirmation.

Il n'est pas nécessaire que les deux parties concourent à l'acte qui peut parfaitement émaner du seul titulaire de l'action en nullité ou en rescision et qui n'a donc rien de spécifiquement conventionnel.

Sanction des conditions requises. — Si les conditions requises ne sont pas réunies, l'acte confirmatif sera, non pas nul comme semble le décider l'article 1338 § 1, mais insuffisant à faire, par lui-même, la preuve de la confirmation; tout au moins jouera-t-il, à l'occasion, le rôle de commencement de preuve par écrit et rendra-t-il donc recevable la preuve testimoniale, sans limitation de chiffre.

348. B. **Confirmation tacite.** — Elle s'induit de toutes circonstances dénotant, chez le titulaire de l'action en nullité ou en rescision, la volonté d'y renoncer; notamment, elle résulte de l'exécution de la convention, du moins lorsqu'elle n'est pas elle-même entachée du vice qui infectait le contrat : si la victime d'une erreur exécute ses obligations à un moment où la vérité lui est apparue, donc en pleine connaissance de cause, elle confirme par cela même tacitement le contrat qui était jusque là annulable (art. 1338 § 2). V. pour le vice de *minorité*, Req. 12 fév. 1935 (*S.* 1935, 1, 229).

349. C. **Confirmation présumée; prescription décennale de l'article 1304.** — La confirmation tacite peut revêtir une forme particulière; elle s'induit de l'action du temps, elle résulte de l'expiration d'un certain délai qui a été fixé à *dix ans*; si, par exemple, un mineur a passé un acte de sa propre autorité, l'action en nullité ou en rescision lui échappe lorsqu'il a laissé s'écouler dix années, depuis le jour de sa majorité, sans agir : son silence prolongé et conscient, en période de pleine capacité, s'interprète dans le sens d'une confirmation tacite. Article 1304 § 1 : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une con-*

vention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. »

Que cette *prescription décennale* de l'article 1304 repose sur l'idée de confirmation, c'est ce qui résulte : 1°de l'article 1115 qui prévoit qu'un contrat soit *approuvé*, c'est-à-dire confirmé « *soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi* », faisant ainsi allusion, sans aucun doute, à la prescription décennale de l'article 1304; 2° de ce dernier texte lui-même : en différant le point de départ de la prescription jusqu'au jour où le titulaire de l'action a su qu'elle lui appartenait, l'article 1304 prend délibérément pour base l'idée de confirmation; c'est seulement lorsque cette confirmation est plausible, lorsqu'elle est en marche, que le législateur déclenche le mécanisme de la prescription.

C'est donc bien une *prescription à base de confirmation* que celle qui est instituée dans l'article 1304; la jurisprudence admet formellement ce point de vue. (Civ. 8 avril 1891, *D. P.* 1891, 1, 454). Seulement, il faut comprendre qu'il ne s'agit là que d'une *confirmation présumée* et non d'une confirmation effective; nous aurons à faire état de cette particularité.

350. II. Conditions requises pour que la confirmation s'opère. — C'est surtout pour la *confirmation présumée* de l'article 1304 que la question va être examinée.

1° L'article 1304 ne vise que les *conventions*, à l'exclusion des actes unilatéraux tels que les testaments (Req. 22 janv. 1872, *D. P.* 1872, 1, 321).

2° Ce texte ne s'occupe que des actions en *nullité* et en *rescision*; il est donc inapplicable :

a) Aux contrats qui sont *inexistants* ou *radicalement nuls*; dans le premier cas, il n'y a certainement pas d'action en nullité; dans le deuxième, *à supposer qu'il y en ait une*, contrairement à notre sentiment (*sup.* t. I, n° 150), elle ne se prescrit certainement pas par dix ans, mais seulement par trente ans, conformément au droit commun de l'article 2262. Ce sont uniquement les contrats *annulables* ou *rescindables* qui tombent sous l'application de l'article 1304 (*Sic*, Civ. 16 nov. 1932, *D. H.* 1933, 4); l'opinion contraire, consacrée par la cour d'Alger (29 avril 1929, *D. P.* 1930, 2, 29, note Lalou) est certainement erronée;

b) Ce texte est inapplicable aux actions qui ne rentrent pas exactement dans la catégorie des actions en annulation

ou en rescision : telle l'action paulienne (*inf.* n° 705) ou l'action en résolution pour inexécution des obligations.

Du moins n'est-il pas nécessaire que l'action en nullité sanctionne un vice du consentement ou une incapacité : celle qui dérive d'un *vice de forme* tombe sous le coup de l'article 1304, à supposer que l'acte irrégulier soit, non pas inexistant, mais simplement atteint de nullité relative (*sup.* n° 340; Civ. 2 août 1898, *D. P.* 1898, 1, 553, note Glasson).

3° La confirmation, quelle qu'elle soit, suppose que le vice, dont il s'agit de purger la convention, a disparu; jusque là, on n'imagine pas une consolidation possible, car l'acte confirmatif serait atteint du même vice que l'acte à confirmer. Par exemple, il serait inconcevable qu'un mineur pût, étant encore en état de minorité, confirmer le contrat par lui irrégulièrement passé : il devra, pour régulariser la situation, attendre sa majorité.

351. Application de ce principe à la confirmation présumée de l'article 1304. — En partant du principe que nous venons d'énoncer, nous arrivons à cette conclusion que la prescription décennale ne court, pour l'acte passé par un *mineur*, que du jour de sa *majorité* ou de son *décès*; pour l'acte d'un *interdit*, que du jour de la *main-levée* de l'interdiction ou du décès; pour l'acte d'une *femme mariée* (à l'époque où celle-ci était frappée d'une incapacité générale), du jour de la *dissolution du mariage*, ou, peut-être et sauf controverse, de la *séparation* de corps; pour l'acte entaché de *violence*, du jour où elle a cessé; pour le contrat conclu sous l'emprise de l'*erreur* ou du *dol*, du jour où ils ont été découverts.

Et ce sont bien là, en effet, des solutions données par l'article 1304 §§ 2 et 3.

352. Difficulté. — Mais ces solutions n'épuisent pas la liste des possibilités; des cas se présentent qui ne rentrent pas dans les prévisions de la loi : comment, à l'aide de quelle directive les résoudre? Quel est ici le droit commun, applicable en l'absence d'une disposition spéciale?

On a pensé le découvrir dans la règle que les actions se prescrivent aussitôt qu'elles sont nées; ce serait donc, en principe, dès le jour du contrat que la prescription de l'article 1304 courrait; les solutions données par l'article 1304, §§ 2 et 3, représenteraient autant de dérogations à cette règle et répugneraient donc à toute argumentation par analogie

(*Sic*, PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 1283; COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II n° 167).

A notre avis, cette opinion va à l'encontre de la nature même, de l'essence intime de la prescription décennale, laquelle est à base de confirmation; les solutions données dans les paragraphes 2 et 3 sont assez nombreuses pour devenir constitutives d'un droit commun approprié à la matière d'un droit commun spécial; qu'on interprète *a contrario* une solution isolée, rien de mieux; mais lorsqu'on a affaire à tout un corps de décisions, ce procédé d'argumentation cesse d'être justifié. Une institution doit être aménagée en fonction de son esprit, non en contemplation d'un droit commun général auquel elle répugne; sinon on s'expose à commettre de véritables contre-sens juridiques. L'article 1304 se suffit à lui-même et c'est par son contenu qu'il doit être compris et commenté; or, dans le système qui s'y trouve institué et tel qu'il se dégage des alinéas 2 et 3, les actions en nullité ou en rescision ne se prescrivent qu'à dater du moment où le vice a disparu. Nous concluons de là que si l'acte émane d'un individu pourvu d'un *conseil judiciaire*, la prescription court seulement à dater de la main-levée (Civ., arrêt précité du 8 avril 1891) : comme le dit la Cour suprême dans cette décision, du moment que la prescription décennale repose sur une présomption de confirmation, le délai ne peut courir « que du jour où la partie a été légalement capable de consentir une ratification » (il faut lire *confirmation*).

353. Cas particulier. — A ce principe directeur une seule dérogation doit être apportée, pour les actes passés irrégulièrement par les *départements*, les *communes* et les *établissements publics* : si l'on attendait, pour faire courir le délai de la prescription, la cessation de l'incapacité, on risquerait d'attendre bien longtemps; autant vaudrait dire que l'action en nullité est alors imprescriptible. Aussi décide-t-on que le délai court à dater du contrat vicié. (Req. 23 fév. 1887, *D. P.* 1887, 1, 177).

354. Actes lésionnaires passés par les majeurs. — La même solution est applicable aux actes passés par des majeurs, lorsqu'ils sont exceptionnellement rescindables pour cause de lésion; mais elle n'est ici que l'application du droit commun spécial, tel que nous l'entendons : la lésion n'est pas un état d'incapacité permanent qui se prolonge après le contrat; elle ne saurait constituer un obstacle

à la confirmation; tous les auteurs tombent d'accord sur ce point que le délai de la prescription court immédiatement.

355. — 4° Une quatrième condition est requise, rationnellement : la confirmation implique, chez son auteur, la connaissance effective du vice qu'il s'agit de purger et qui, par hypothèse, a disparu.

Cette quatrième condition est indispensable pour la confirmation expresse et pour la confirmation tacite ordinaire; elle ne l'est pas, en principe du moins, pour la confirmation présumée de l'article 1304; dans le système institué par ce texte, la prescription court du moment que la confirmation est *présumable*, c'est-à-dire aussitôt que le vice a cessé et quand bien même la volonté de confirmation ne serait pas effective. C'est ainsi qu'un *interdit* se verra enlever son action en nullité à raison d'un acte passé dans un moment de folie et dont il a perdu tout souvenir : du moment que la main-levée est intervenue, la prescription fait son œuvre. Une observation du même genre doit être faite pour les *héritiers* de l'incapable contre qui la prescription court et qui ont pu ignorer l'existence de l'acte passé par leur auteur.

356. Individu interné sans être interdit. — Il est à noter que, pour les actes passés par un individu *interné sans* être interdit, un régime équitable et rationnel a été introduit par la loi du 30 juin 1838, dont l'article 39 décide que la prescription décennale ne court qu'à dater du jour où l'aliéné a eu effectivement connaissance, après sa sortie de l'établissement, de l'acte par lui passé au cours de l'internement.

357. III. **Effets de la confirmation.** — Nous allons voir la confirmation présumée de l'article 1304 s'éloigner, à différents égards, de la confirmation effective, expresse ou tacite.

A. **Effets de la confirmation effective.** — Les effets de la confirmation *effective*, expresse ou tacite, se ramènent aux deux directives suivantes :

1° *Entre les parties*, l'acte confirmé devient pleinement valable; le vice dont il était atteint est couvert; la nullité ne peut plus être alléguée ni sous forme d'action, ni sous forme d'exception. A ce point de vue, les effets produits par la confirmation rendent le maximum (art. 1338, § 3).

358. — 2° *A l'égard des tiers*, le même texte fait au contraire une réserve, dans sa disposition finale : « *Sans préjudice néanmoins du droit des tiers* ». A quel droit est-il fait allusion ? Comment une confirmation peut-elle nuire à des tiers ?

Supposons que Primus, mineur, ait vendu sa maison à Secundus; la vente est annulable; devenu majeur, Primus vend à nouveau le même immeuble à Tertius, après quoi il confirme la première vente. Cette confirmation, si elle est opposable à Tertius, va lui causer un grave préjudice; en consolidant la première vente, elle met le second acheteur dans la situation d'un acquéreur *a non domino*; résultat contraire à l'équité, à la loyauté des conventions. Tertius n'a peut-être acheté que parce qu'il savait que la première vente était nulle; sans quoi il n'aurait pas consenti à traiter; il aurait fait un marché de dupe, son éviction étant assurée; il a traité en considération de l'action en nullité qui appartenait à un vendeur et qu'il pouvait considérer comme lui ayant été tacitement cédée, dans la mesure où elle lui était nécessaire pour l'emporter sur Secundus. Il ne faut pas que son attente soit trompée; la confirmation donnée par Primus ne lui sera pas opposable; elle ne lui enlèvera pas un droit qui lui était acquis.

On voit par là que les tiers dont il est question dans la partie finale de l'article 1338, ce sont les *ayant cause à titre particulier*, à l'exclusion des ayants cause à titre universel, héritiers ou créanciers, lesquels sont traditionnellement assimilés aux parties contractantes et partagent leur destin. Cependant, si la confirmation présentait un caractère *frauduleux* par rapport aux créanciers de son auteur, ceux-ci pourraient en poursuivre la révocation au moyen de l'action *paulienne* (*inf.* n^os^ 675 et suiv.).

Ainsi, la confirmation effective est pleinement efficiente entre les parties, mais elle respecte les droits acquis des ayants cause à titre particulier.

359. B. **Confirmation présumée de l'article 1304; prescription décennale.** — D'après notre droit positif jurisprudentiel, il convient de prendre le contre-pied des propositions précédentes.

1° D'abord, et cette solution ne fait aucun doute, la confirmation présumée de l'article 1304 a un effet absolu, en ce sens qu'elle opère *erga omnes*; devant elle, il n'existe point de droits acquis : l'idée de prescription l'emporte, à ce point de vue, sur celle de confirmation. Si l'on suppose

que Primus, mineur, a vendu un immeuble à Secundus et le lui a livré, puis qu'une fois majeur il ait revendu le même bien à Tertius et enfin que dix années s'écoulent depuis sa majorité sans qu'il ait agi en nullité, la première vente se trouve confirmée, en vertu de l'article 1304, même à l'encontre de Tertius.

Il en serait autrement si Secundus n'avait pas été mis en possession; car, en ce cas, il lui faudrait obtenir la délivrance; or, Primus serait en droit de la lui refuser en invoquant la nullité qui, d'après la jurisprudence, continue à pouvoir être réalisée sous forme d'exception.

360. — 2° En effet, une jurisprudence constante décide que la prescription décennale n'a qu'un effet incomplet, en ce sens qu'elle ne purge pas l'acte du vice dont il était et dont il demeure entaché; ce qui est éteint, c'est *l'action en nullité*, sans plus; mais la nullité subsiste et elle peut être proposée, à l'occasion, *par voie d'exception* : *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, ce qui revient à distinguer selon que l'acte nul ou rescindable a été ou non suivi d'exécution : a-t-il été exécuté? Par exemple, la chose vendue a-t-elle été livrée? En ce cas, après dix années, l'action en nullité étant éteinte par la prescription; son ancien titulaire n'a plus la possibilité de réaliser pratiquement la nullité du contrat, encore que cette nullité existe toujours : tout est consommé. Si, au contraire, l'acte n'a pas été suivi d'exécution, et si cette exécution vient à lui être demandée, fût-ce après l'expiration du délai fatal, il pourra, encore que la prescription ait fait son œuvre, réaliser la nullité sous forme d'exception; il *l'objectera* à l'acheteur dont la demande en délivrance sera donc repoussée.

Ainsi décide et distingue une jurisprudence fameuse dont nous avons précédemment signalé l'existence (*sup.* t. I, n° 150; Civ. 1858, 1, 416; Req. 21 juin 1880, *S.* 1881, 1, 297, *D. P.* 1881, 1, 108). Elle s'explique, en quelque mesure, par le désir de mettre l'ancien titulaire de l'action en nullité à l'abri d'une réclamation tardive de la part du cocontractant qui aurait le machiavélisme d'attendre la prescription de l'action en nullité pour exiger l'exécution de l'acte nul ou rescindable. Mais elle est contradictoire et illogique : la conception d'une nullité sans action en nullité sent fâcheusement le byzantinisme; un acte qui demeure nul sans cependant pouvoir être attaqué constitue une notion contradictoire et purement scolastique; elle se concevait en droit romain, d'abord parce qu'autre chose était alors le

droit et autre chose l'*action* qui le sanctionnait; celui-là pouvait exister sans celle-ci; et aussi parce que, en matière de dol, l'action *de dolo* avait un caractère subsidiaire à tous autres moyens; du moment que la victime avait à sa disposition l'exception de dol elle ne pouvait pas exercer cette action; cette particularité conférait à l'exception de dol une importance particulière, et c'est pourquoi cette exception était perpétuelle; grâce à sa pérennité, la victime du dol pouvait, à tout moment, repousser la demande par laquelle son adversaire aurait poursuivi l'exécution du contrat; le caractère indestructible de l'exception de dol se justifiait par la subsidiarité de l'action *de dolo*. Mais, dans notre droit français, d'une part l'action ne se distingue plus guère du droit, elle est le droit en action, et on ne comprend donc plus que ce droit soit maintenu alors qu'elle a disparu par l'effet de la prescription; d'autre part, l'action en nullité n'est jamais subsidiaire, même lorsqu'elle est fondée sur le dol; la victime ou l'incapable peuvent toujours prendre l'initiative de la destruction du contrat. Dans ces conditions, la survie de la maxime *quae temporalia sunt ad agendum*, dont la Cour de cassation affirme qu'elle « est en vigueur dans notre législation actuelle » (arrêt précité du 21 juin 1880) constitue un anachronisme. Notre jurisprudence continue à faire du droit romain; il serait temps qu'elle fît, en pareille matière, du droit français, exclusivement, et l'on s'explique la résistance de certaines juridictions (Besançon, 24 nov. 1886, *S.* 1887, 2, 225; Paris, 24 juill. 1923, *S.* 1925, 2, 7): l'importance que la Cour de cassation attache à la forme sous laquelle la nullité est proposée ne cadre plus avec notre législation dénuée de formalisme; elle ne se comprend plus.

III

Effets de la nullité ou de la rescision prononcée

361. Effet rétroactif. — Traditionnellement, le jugement d'annulation ou de rescision rétroagit au jour du contrat; celui-ci disparaît, même dans le passé, solution rationnelle puisqu'il était atteint d'un vice originel. (Voy. art. 1681 et 2125).

Cette rétroactivité se produit soit dans les rapports des parties entre elles, soit vis-à-vis des tiers.

1° *Entre les parties.* — Si le contrat avait été exécuté, on reviendra sur les prestations effectuées; par exemple, si c'est

une vente qui a été annulée ou rescindée, le vendeur restituera le prix et l'acheteur la chose (art. 1681). Si le contrat n'avait pas été exécuté, les parties se trouvent libérées de leur engagements respectifs.

362. Dérogation. — Il est cependant un cas où le principe est mis en échec, au moins partiellement : c'est celui où la décision intervient en faveur d'un incapable, mineur, interdit, et, avant la loi du 18 février 1938, femme mariée. Ces personnes ne sont pas assujetties à restituer intégralement la prestation reçue; c'est assez qu'elles tiennent compte à leur adversaire du profit qui leur en reste, du montant de leur enrichissement. Si, par exemple, un mineur a vendu un bien pour 10.000 francs et s'il obtient plus tard l'annulation du contrat après avoir dissipé la moitié du prix, on le tiendra quitte s'il restitue 5.000 francs. Encore n'est-ce pas à lui qu'il appartient de prouver cette dissipation; mais il échoit à son contradicteur d'établir que cet incapable s'est enrichi, ainsi que le montant de cet enrichissement (art. 1312). La solution est équitable; sans elle, les incapables ne seraient pas protégés contre leur inexpérience; ils risqueraient d'être constitués en perte par les opérations auxquelles ils se seraient livrés; mieux vaut que la perte incombe à la personne qui, pleinement capable et maîtresse de ses droits, on le suppose, a commis la faute de traiter avec eux dans des conditions irrégulières. Il est vrai que l'on peut supposer l'incapacité des deux parties, par exemple de deux mineurs qui ont traité ensemble; il est certain que, même alors, les dispositions de l'article 1312 recevront une application exacte et distributive, alors que, cependant, les deux contractants ont également besoin de protection; mais c'est un principe général que les incapables sont engagés dans la mesure de leur enrichissement (*inf.* n^{os} 565 et 578).

363. 2° A l'égard des tiers. — Les tiers seront atteints par la nullité ou par la rescision qui va rejaillir sur eux : les droits réels constitués, dans l'intervalle, par l'acquéreur dont le droit est anéanti, disparaissent eux-mêmes rétroactivement : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (art. 2125).

Tout au moins le législateur se préoccupe-t-il de porter à la connaissance du public l'annulation ou la rescision du contrat, en matière immobilière; *mention* doit être faite, en marge de la transcription, du jugement de nullité ou de rescision qui est soumis, en outre, au moins dans l'opinion

dominante, à la formalité de la transcription (*sup.* t. I, nos 1731 et 1732).

§ II. — *CAUSES DE DISSOLUTION POSTÉRIEURES A LA FORMATION DU CONTRAT*

364. Généralités. — Distinction. — Il arrive qu'un contrat, né parfaitement sain, soit cependant dissous à raison d'un événement qui en brise prématurément le cours.

Il semble que ces causes de dissolution subséquentes ne devraient jamais agir que pour l'avenir, sans retentir sur le passé; cependant, il est des événements d'une prévisibilité, d'une possibilité, d'une virtualité telles que les parties ont dû les envisager lors de leur accord pour en faire dépendre sa destinée; s'ils viennent à se réaliser, ou, suivant les cas, à défaillir, le contrat doit disparaître *ex tunc*, car il a perdu sa raison d'être; la réalisation ou la défaillance de l'éventualité envisagée fonctionne comme une condition résolutoire, et c'est le propre de telles conditions que de s'accomplir rétroactivement (art. 1179), que de remettre les choses en état où elles seraient si le contrat n'avait jamais existé (art. 1183). Ce sont là les causes de *résolution* et de *révocation* des contrats.

Tandis qu'il est d'autres éventualités qui n'ont pas dû être prévues par les parties ou auxquelles elles n'ont pas dû attacher une importance aussi décisive : celles-là ne joueront pas le rôle de conditions; elles n'agiront que pour l'avenir; elles ne dissoudront le contrat que *ex nunc* : ce sont les causes de *résiliation*.

N° 1. — *Causes de résolution des contrats*

(*Dissolution* ex tunc)

365. Détermination du sujet. — Distinction. — Il est possible que les parties aient affecté le contrat d'une condition résolutoire expresse qui produira ses effets habituels : ce n'est pas cette éventualité particulière qui est envisagée ici. Nous supposons que les parties n'ont introduit dans leur accord aucune condition résolutoire expresse et nous recherchons si, en pareille occurrence, le contrat échappe nécessairement à toute cause de résolution.

Oui, si c'est un contrat *unilatéral*, réserve faite cependant pour les donations, lesquelles sont soumises à des causes de *révocation* particulières (art. 953 et suiv.; *inf.* t. III, n° 1588); mais *non* s'il s'agit d'un contrat *synallagmatique*.

Les conventions de cet ordre sont presque toutes exposées à un risque de dissolution rétroactive qui présente une grande importance théorique et pratique, et provenant de l'*inexécution*, par l'une des parties, des obligations issues du contrat.

Cette inexécution soulève le problème du maintien ou de la résolution de la convention; problème qui se présente sous des aspects différents selon que l'inexécution est *imputable au débiteur* ou qu'elle provient d'une *circonstance étrangère*, d'un *cas de force majeure*. Cette distinction n'est pas faite par la jurisprudence qui se présente, sur ce point, à l'état confus : il n'en est que plus important d'établir les véritables principes en distinguant et en étudiant successivement les deux éventualités que nous venons d'opposer. Nous commencerons par la deuxième, c'est-à-dire par la théorie des *risques*.

I

Inexécution provenant d'une cause étrangère au débiteur

Théorie des risques

366. Position de la question. — La question des *risques* a une réputation d'obscurtié qu'elle ne mérite aucunement; les difficultés dont elle a été l'occasion proviennent de confusions et de malentendus.

Cette question se rattache étroitement à une cause d'extinction des obligations : *l'impossibilité d'exécution*. Lorsqu'une obligation contractuelle ne peut plus être exécutée, et cela *à raison d'une circonstance étrangère à la volonté du débiteur*, par suite d'un cas de force majeure, elle est éteinte; le débiteur se trouve libéré par impossibilité d'exécution : *à l'impossible nul n'est tenu* (art. 1302: *inf.* n° 959).

Si cette obligation était issue d'un contrat unilatéral, les choses en restent là et la situation est très simple; mais elle se complique si l'obligation découlait d'une opération synallagmatique, dans laquelle chacune des parties jouait donc le double rôle de créancier et de débiteur : alors se pose la question de savoir ce qu'il advient de l'obligation qui servait de contre-partie à l'obligation éteinte par l'impossibilité d'exécution : survit-elle, ou bien disparaît-elle, elle aussi, par une loi de symétrie contractuelle? Voilà, par exemple, une agence de voyages qui organise une croisière; au dernier moment, un obstacle surgit qui s'oppose à l'exécution

du contrat : guerre, invasion, épidémie; l'agence est libérée de ses engagements par impossibilité d'exécution; que décider pour les obligations assumées par ses clients? Ceux-ci doivent-ils acquitter le prix convenu? A supposer qu'ils l'aient précédemment versé, pourront-ils le répéter? Le problème se présente dans les mêmes termes lorsqu'une représentation, pour laquelle des spectateurs ont acquitté le prix de leurs places, doit être décommandée pour une cause étrangère à la volonté de l'entrepreneur de spectacles : ordre de l'autorité, maladie ou mort d'un artiste.

Or, ce problème n'est autre que celui des *risques* : il s'agit de savoir quelle est, des deux parties en présence, celle qui doit supporter, en définitive et sans indemnité, les conséquences dommageables de l'impossibilité d'exécution : ce sera le *débiteur* de la prestation devenue impossible — agence de voyages, impresario — si l'on décide qu'il n'est pas fondé à poursuivre l'exécution de l'obligation correspondante; ce sera le *créancier* de cette même prestation— touriste, spectateur — si on l'oblige à exécuter encore qu'il ne reçoive rien en échange. Et ce problème ne représente lui-même qu'un des aspects d'un problème plus général, déjà signalé, et qui est de savoir jusqu'à quel point les obligations issues d'un même contrat synallagmatique sont interdépendantes : elles se sont servi de cause réciproque lors de la formation du contrat : continuent-elles à s'épauler l'une l'autre, une fois le contrat formé, en sorte que, l'une d'elles venant à disparaître, sa réplique s'effondre également?

367. Solution du problème. — La solution ne fait aucun doute, pas plus en logique qu'en équité : elle est fournie par *l'intention* des parties qui ne se sont obligées respectivement qu'en considération des droits que l'opération leur assurait; dans les espèces choisies à titre d'exemples, les voyageurs ne se sont engagés à payer le prix qui leur était demandé que parce que l'agence de voyages s'engageait, de son côté, à leur faire accomplir une croisière dans les conditions déterminées, de même que les spectateurs ne se sont engagés à acquitter et n'ont acquitté le prix des places qu'en considération de l'obligation qui incombait au directeur de théâtre de leur servir un spectacle dans les conditions annoncées par l'affiche; jamais il n'est venu à l'idée de ces débiteurs de *payer pour rien;* ce n'est pas un cadeau qu'ils ont entendu faire à l'agence ou au directeur; c'est un marché qu'ils ont voulu conclure; dans ce marché, tout se tient; les différentes pièces de la

combinaison sont solidaires les unes des autres; les différentes obligations qui en sont issues continuent à s'étayer l'une l'autre, à se servir de cause; si elles tombent d'un côté, c'est toute l'opération qui s'effondre; en d'autres termes, les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue impossible, pour l'agence, pour le directeur, qui, sans doute, sont libérés de leurs engagements, mais qui ne peuvent rien demander aux personnes avec lesquelles elles ont contracté; les ennuis, les démarches et les frais de la combinaison avortée sont pour eux; leur contre-partie a fait une opération blanche, tout simplement. *Res perit debitori.*

368. Droit positif. — Nulle part, notre Code civil ne formule, dans des termes généraux, la solution que nous venons d'indiquer; mais il donne, pour tel ou tel contrat, des solutions particulières qui postulent que l'impossibilité d'exécution, par cela même qu'elle éteint les obligations incombant à l'une des parties, détermine la chute des obligations correspondantes et du contrat lui-même.

1° Dans le *louage de choses*, si la chose vient à périr par cas de force majeure, le contrat est dissous; le bail est résilié *de plein droit*, et sans dédommagement de part et d'autre (art. 1722);

2° Même solution pour le *louage d'ouvrage* : si je remets un objet à un ouvrier en vue d'un travail à façon, par exemple une étoffe en vue de la confection d'un vêtement, et si cet objet périt par cas de force majeure, entre les mains de l'ouvrier et indépendamment de son fait, celui-ci est libéré de la double obligation qui lui incombait d'exécuter le travail et de restituer la chose au *maître*, mais de mon côté, je n'ai pas à payer le salaire convenu (art. 1790), ce qui revient à dire que toutes les obligations disparaissent et que le contrat lui-même est dissous;

3° En matière de *société*, si l'un des associés devrait effectuer un apport et si la chose promise périt entre ses mains, par cas de force majeure, il se trouve bien libéré, par impossibilité d'exécution, mais les obligations assumées par les autres associés disparaissent également : la société est dissoute (art. 1867).

369. — Ces diverses solutions présupposent l'existence d'un principe général d'après lequel, les obligations issues d'un même contrat synallagmatique se servant de cause prolongée, la disparition d'un faisceau entraîne celle du faisceau

correspondant, en sorte que le contrat est dissous et que les risques incombent au débiteur de la prestation devenue impossible (*Sic.* C. civ. *allemand*, art. 323; C. civ. *chinois*, art. 267). La jurisprudence est fixée en ce sens : voyez, pour la force majeure représentée par l'invasion du phylloxéra, Civ., 14 avril 1891 (*D. P.* 1891, 1, 329, note PLANIOL, *S.* 1894, 1, 391) et pour l'impossibilité d'exécution tenant à la dissolution des congrégations, Civ., 13 mars et 4 juin 1907 (*D. P.* 1907, 1, 281, note PLANIOL, *S.* 1907, 1, 321, note CHAVEGRIN). A vrai dire, ces décisions font intervenir l'idée de résolution du contrat pour inexécution des obligations, commettant ainsi une confusion déjà signalée et sur laquelle nous insisterons (*inf.* nos 380, 381, 390) : mais elles consacrent le point essentiel, c'est-à-dire l'interdépendance des obligations nées d'un même contrat synallagmatique, qui a pour résultat de faire supporter les risques de l'opération au débiteur de la prestation insusceptible d'exécution.

370. Prétendue dérogation pour les contrats productifs d'une obligation de livrer un corps certain. — Aux termes de l'article 1138, § 2, l'obligation de livrer un corps certain « *rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite...* »; dès le jour du contrat (sauf en matière de société, art. 1867); par exemple dès le jour de la *vente* d'un *corps certain*, l'acquéreur devient propriétaire de la chose qui est désormais à ses risques; si donc elle périt accidentellement, entre les mains du débiteur, le vendeur, et par un fait étranger à sa volonté, ce débiteur est bien libéré de son obligation de délivrance, mais l'acheteur reste tenu de payer le prix; la dette de l'acheteur subsiste alors que celle du vendeur est éteinte; l'acheteur paie et ne reçoit rien, ce qui est la négation, semble-t-il, de l'interdépendance des obligations issues de la vente et ce qui consacre la mise des risques à la charge du *créancier* de la prestation dont l'exécution est devenue impossible. La dérogation au principe semble flagrante : il faut dire, en pareille occurence : *res perit creditori*, et non pas *res perit debitori*. Tandis que, dans les obligations de faire, les risques incombent au débiteur, dans les obligations de donner (*dare*), ils paraissent être mis à la charge du créancier.

Il est, en effet, des auteurs qui présentent sous cet aspect la disposition de l'article 1138 § 2, à laquelle ils reconnaissent un caractère dérogatoire au droit commun : mais ce n'est là qu'une illusion.

371. La prétendue dérogation n'existe pas : *res perit domino.* — Si l'article 1138 met les risques à la charge du créancier de l'obligation de livrer un corps certain, et par exemple de l'acheteur, c'est parce que ce créancier est aussi *un propriétaire et qu'il a été rendu tel par le contrat lui-même.* C'est, en effet, un principe que, dans notre droit, les contrats qui tendent à transférer la propriété d'un corps certain opèrent par eux-mêmes le déplacement de propriété (*sup.*, t. I, n° 1691) ; dès le jour et en vertu de la vente, l'acheteur était devenu propriétaire de la chose; ce qui revient à dire que le vendeur avait exécuté la première et la plus importante des obligations qui lui incombaient, celle qui tendait au transfert de propriété; désormais, et encore qu'il n'eût pas effectué la livraison, les choses ne sont plus entières; la perte est, non pas antérieure, mais consécutive à l'exécution de l'obligation; l'une des parties, ayant exécuté l'essentiel de ses devoirs, on comprend que les engagements de l'autre partie subsistent, malgré la perte de la chose; cette perte est supportée tout naturellement par le propriétaire (*res perit domino*) en cette qualité, et non pas en tant que créancier. A vrai dire, la question des risques ne se pose pas alors, du moins sous l'angle contractuel; lorsqu'une chose périt, c'est pour le compte de son propriétaire qui, en l'occurrence, se trouve être l'acheteur. En d'autres termes, l'*interdépendance des obligations issues d'un même contrat synallagmatique ne survit pas à leur exécution.*

Que tel soit bien le point de vue de notre législateur, c'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence de la teneur du second alinéa de l'article 1138 : ce texte lie indissolublement les deux questions du transfert de la propriété et de l'attribution des risques, en soulignant ainsi que la deuxième est sous la dépendance de la première : les risques passent à l'acheteur parce que propriétaire.

372. Intérêt de cette explication. — Il n'est pas sans intérêt d'admettre que la disposition de l'article 1138, § 2, est, non dérogatoire, mais conforme au droit commun et que, si les risques incombent à l'acheteur d'un corps certain, c'est parce que le vendeur avait exécuté automatiquement l'obligation essentielle qui découlait pour lui du contrat : il faut, en effet, conclure de ces prémisses, que cette disposition cessera de s'appliquer si, au moment de la perte, l'acheteur n'avait pas encore été rendu propriétaire.

1° Le contrat, par exemple la vente, avait été affecté d'une *condition suspensive*; la chose périt avant l'arrivée de la condition; les risques sont alors pour le débiteur, pour le vendeur qui ne peut pas exiger, la condition venant ensuite à se réaliser, le paiement du prix. Ainsi le décide l'article 1182, très logiquement, puisque la perte est survenue à un moment où, la propriété étant restée au vendeur, celui-ci n'avait pas exécuté son obligation essentielle. Vainement objecterait-on la règle de la rétroactivité de la condition; pour que la condition puisse *rétroagir*, il faut d'abord qu'elle puisse *agir*; or, elle ne le peut à un moment où l'un des éléments essentiels de l'opération, l'objet de l'obligation du vendeur, a disparu. Ici encore, c'est la règle *res perit domino* qui s'applique, mais le maître, c'était le vendeur : c'est donc lui qui sera sacrifié;

2° Les parties ont décidé que la vente, bien que portant sur un corps certain, ne serait pas, par elle-même, translative de propriété; le transfert de propriété a été affecté d'un *terme* suspensif. En ce cas, nous pensons que les risques restent à la charge du vendeur qui, par hypothèse, ne s'était pas encore aqcuitté, lors de la perte, de son obligation essentielle. Ici encore, *res perit domino*. Il faudrait appliquer cette directive si des produits, fabriqués sur commande par un industriel, venaient à être détruits accidentellement dans les magasins du fabricant et avant toute livraison : l'obligation du fabricant serait bien éteinte par impossibilité d'exécution (car son objet avait été spécialisé), mais, par contre-coup, l'acheteur serait libéré de l'obligation de payer le prix, car il n'avait pas été rendu propriétaire; les risques seraient pour le vendeur.

Il faut d'ailleurs observer, pour l'application de cette règle, qu'une *vente à livrer* peut, d'après l'intention des parties, constituer une vente pure et simple, avec transfert immédiat de propriété; elle comporte alors, en matière de risques, l'application de l'article 1138 (Comp. Civ., 31 oct. 1928, *D. P.* 1928, 591).

373. Conclusion. — Dans tous les contrats synallagmatiques, les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue impossible, mais c'est à condition que cette prestation n'ait pas été effectuée; or, lorsque le contrat tend au transfert de la propriété d'un corps certain, il opère de lui-même le déplacement de la propriété, en sorte que l'aliénateur exécute *de plano* son obligation essentielle; les choses ne sont plus entières; la perte est consécutive à l'exécution

du contrat par l'aliénateur, et il est juste qu'elle soit laissée au compte de l'acquéreur devenu propriétaire en vertu du contrat : son cocontractant avait acquitté sa dette; il devra acquitter la sienne, c'est-à-dire, s'il est acheteur, qu'il devra payer le prix.

II

Inexécution imputable au débiteur

RÉSOLUTION DES CONTRATS POUR INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS

374. Bibliographie. — H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, nos 68 et suiv., 147 et suiv., RIPERT, *La règle morale*, nos 76 et suiv., CASSIN, *De l'exception d'inexécution* thèse, 1913; MAURY, *La notion d'équivalence*, thèse, 1920; M. PICARD et PRUDHOMME, *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, *Rev. trim.*, 1912, p. 61; Eug. LAPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, 1934.

375. Précédents. — A *Rome*, les contrats, synallagmatiques ou non, n'étaient point sujets, en principe et d'eux-mêmes, à la résolution pour inexécution des obligations; mais la pratique apparut et se développa d'introduire dans certaines conventions synallagmatiques, notamment dans la vente à crédit, une clause dite *lex commissoria*, en vertu de laquelle le contrat serait résolu de plein droit faute de paiement du prix à l'échéance.

Dans notre *ancien droit français*, cette pratique se généralisa au point que la clause commissoire devint de style et que le droit coutumier finit par la sous-entendre dans tous les contrats synallagmatiques : alors même que les parties ne s'en étaient pas expliqué, l'inexécution de la part de l'une d'elles entraînait la résolution du contrat; d'*expresse* qu'elle devrait être à Rome, la condition résolutoire était devenue *tacite*; on la sous-entendait. Mais ce changement fut assorti d'un tempérament : à la différence de la *lex commissoria* expresse qui opérait de plein droit, ainsi qu'une condition résolutioire ordinaire, la *lex commissoria* tacite ne se réalisait que par la voie judiciaire : c'était par décision du juge que la résolution de la vente était prononcée (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 672; *Traité de la vente*, n° 459).

376. Code civil. — Le système de nos anciennes coutumes a passé dans le Code civil dont les rédacteurs ont suivi, en cette matière, leur guide habituel, Pothier. L'article 1184, § 1, décide que « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement* »; à quoi le texte ajoute, dans son deuxième alinéa : « *Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit...* », et, dans son troisième paragraphe : « *La résolution doit être demandée en justice...* ». En conséquence, si, dans une vente, l'acheteur ne verse pas le prix à l'époque convenue, le vendeur a le choix entre deux partis : ou bien poursuivre l'exécution de la convention par tous moyens légaux, notamment en saisissant les biens du débiteur, ou bien demander au tribunal la résolution du contrat : l'article 1184, § 2, lui confère expressément cette option. La résolution sous-entendue ne peut être que judiciaire.

377. Caractère juridique du droit de résolution. — Les auteurs ont présenté, sur le caractère juridique de la résolution des contrats par inexécution des obligations, un grand nombre d'explications divergentes. Un point toutefois est certain : cette résolution s'explique par *l'interdépendance* des obligations issues d'un même contrat synallagmatique; il serait contraire à la logique et à l'équité que l'une des parties fût remplie de ses droits alors que l'autre subirait une carence; que l'on fasse intervenir l'idée de *cause*, comme M. Capitant (*op. cit.*, n^os^ 147 et suiv.) [1], ou celle d'*équivalence*, comme M. Maury (*op. cit.*, t. I, pp. 264 et suiv.), ou qu'on fasse appel à l'*intention probable* des parties, on en revient toujours à cette conclusion essentielle que l'une des parties ne doit pas pouvoir bénéficier de l'opération alors que l'autre serait sacrifiée; du moment que l'une d'elles manque à la loi contractuelle, l'autre doit pouvoir s'en évader à son tour.

378. Précisions. — Si l'on examine le problème de plus

[1] Pour M. Capitant, la résolution du contrat synallagmatique s'expliquerait par cette idée que, les obligations de l'une des parties demeurant inexécutées, celles de l'autre partie sont par là-même dépourvues de cause. Mais une obligation ne s'éteint pas du fait de son inexécution, sinon, il dépendrait de chacun des contractants de détruire à volonté la cause des obligations de l'autre et de déterminer ainsi la résolution du contrat ; bien que l'acheteur ne paie pas le prix, il n'en demeure pas moins tenu de le payer et les obligations du vendeur conservent donc leur cause.

près, on découvre, au fond de la théorie, deux idées maîtresses, deux *standards* qui sont féconds en conséquences :

1° D'une part, elle revêt le caractère et elle prend la signification d'une véritable *sanction* des engagements contractuels.

2° D'autre part, la résolution du contrat intervient en fonction de la volonté présumée des parties; elle est *interprétative*;

C'est autour de ces deux idées que nous grouperons, après en avoir démontré l'exactitude, toutes les règles applicables à la matière.

379. I. **Première directive : caractère de sanction.** — La résolution du contrat constitue la sanction, une des sanctions des engagements contractuels; elle est une arme donnée au créancier contre un débiteur qui ne fait pas honneur à sa signature.

A. **Exactitude de ce point de vue.** — Cette exactitude ressort de la tradition, de la teneur même de l'article 1184 et du caractère judiciaire de la résolution.

1° De la *tradition*. Pothier écrivait : « Comme le plus souvent, on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs, on a été obligé de se départir, dans les tribunaux, de la rigueur de ces principes (ceux du droit romain); et l'on admet un vendeur à demander la résolution du contrat de vente pour cause de défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire. » (Pothier, *Traité de la vente*, n° 475.) La demande en résolution est ainsi rapprochée de la demande tendant à obtenir le paiement du prix : le vendeur choisit entre ces deux alternativs, entre ces deux sanctions;

2° *La teneur de l'article 1184* : ce texte, comme le faisait déjà Pothier, mais plus clairement encore, confond dans une même formule les deux alternatives qui sont placées par lui sur le même plan, dans la même catégorie.

3° Et d'ailleurs, le caractère *judiciaire* de la résolution cadre parfaitement avec cette conception : cette mesure constitue une sorte de *voie d'exécution à rebours;* plutôt que de poursuivre l'exécution du contrat, le créancier demande le rétablissement du *statu quo ante*.

380. B. **Conséquences de cette directive.**

1° *La résolution n'est encourue qu'autant que l'inexécution est imputable au débiteur* : si cette inexécution tient à

une *cause étrangère* [1], à un *cas de force majeure*, la théorie de la *lex commissoria* demeure sans application possible. Sans doute, le contrat est alors dissous, mais il l'est par le jeu de *l'impossibilité d'exécution* et de la *théorie des risques;* il l'est *de plano*, car on ne conçoit pas que, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties demeure tenue alors que l'autre a cessé de l'être (*sup.* n° 23); le créancier n'a rien à demander à la justice; si celle-ci intervient, ce sera pour constater, pour enregistrer la dissolution du contrat par suite de la rupture de son économie, mais non pour prononcer cette dissolution; son arrêt sera *déclaratif*, non instaurateur d'une situation juridique nouvelle.

381. Jurisprudence. — Malheureusement, notre jurisprudence ne fait pas la distinction que nous venons d'établir; elle fait intervenir l'article 1184 alors même que l'inexécution ne serait aucunement imputable au débiteur; elle étend ainsi abusivement le domaine de la *lex commissoria;* elle mêle deux théories profondément distinctes, celle des *risques* et celle de la *résolution* pour inexécution des obligations (Civ. 14 avril 1891, *D. P.* 1891, 1, 329 ,note Planiol; *S.* 1894, 1, 391; Req. 2 mai 1892, *D. P.* 1893, 1, 501; 19 oct. 1897, *S.* 1901, 1, 503; civ. 5 mai 1920, *S.* 1921, 1, 298). Dans l'arrêt du 19 oct. 1897, la Chambre des requêtes déclare que « ... l'action en résolution d'un contrat pour défaut d'exécution est recevable, quel que soit le motif qui a empêché l'autre partie de remplir ses engagements, et alors même qu'elle se serait trouvée dans un cas de force majeure ».

La doctrine n'a pas toujours réagi contre cette jurisprudence qui consacre une confusion volontaire entre deux théories distinctes (Voyez Labbé, *Nouvelle Revue historique*, 1888, p. 377; Capitant, *De la cause des obligations*, n° 155); cependant, et comme l'a montré M. Planiol (note précitée), cette confusion est sans excuse.

a) Elle est contraire à la tradition : comme les jurisconsultes de Rome, nos anciens auteurs supposaient invariablement que l'inexécution était imputable au débiteur (Pothier, *op. cit., loc. cit.*);

b) Elle va à l'encontre de la lettre de l'art. 1184, § 1, qui suppose que le débiteur n'a point *satisfait* à son engagement,

[1] V. pour le cas où l'inexécution tient au fait du créancier, *Req.* 30 juill. 1928, *D. P. 1929*, 1, 136 ; 12 juin 1929 (*D. H.* 1929, 445).

ce qui paraît bien exclure le cas d'une impossibilité d'exécution;

c) Elle est doublement inconciliable avec l'alinéa 2 qui, d'une part, accorde au créancier le choix entre l'exécution et la résolution du contrat (comment pourrait-il poursuivre l'exécution d'une prestation devenue impossible?), et qui, d'autre part, accorde au plaignant le droit de poursuivre la résolution *avec dommages et intérêts*, ce qui ne se concevrait pas dans l'hypothèse d'une impossibilité d'exécution;

d) Elle ne s'accommode pas davantage de la solution du 3e alinéa qui confère au tribunal le droit de refuser la résolution et d'accorder au débiteur un délai pour se libérer, un terme de grâce : solution évidemment impraticable au cas d'impossibilité définitive d'exécution.

Aucun doute n'est donc possible sur l'inexactitude d'une jurisprudence qui mêle deux institutions distinctes; il serait à désirer que notre législateur intervînt pour séparer ce qui n'eût jamais dû être confondu et pour réglementer séparément l'inexécution pour impossibilité d'exécution et l'inexécution imputable au débiteur, comme l'ont fait les codifications récentes (C. civ. *allemand*, art. 323 et 324; C. *polonais* des obligations, art. 250 et s; C. civil de la République de *Chine*, art. 266; C. *libanais* des obligations, art. 241; pour la jurisprudence *néerlandaise*, v. Longchamps de Bérier, *Mémoires de l'Académie internat. de droit comp.*, t. II, p. 516.

382. — 2° *La résolution est judiciaire.* Ayant le caractère d'une mesure d'exécution, d'une voie de droit, elle ne se produit que sur intervention du juge à qui le créancier doit la demander : on ne se fait pas justice à soi-même (art. 1184, § 3), et cela même si la condition résolutoire avait été expressément prévue par les parties, dans le contrat (Req. 3 mai 1937, *D. H.* 1937, 364).

En cela, la condition résolutoire de l'art. 1184 diffère de la condition résolutoire ordinaire, laquelle opère *de plano*, automatiquement, parce qu'elle n'a pas le caractère d'une voie de droit.

Le tribunal à qui la résolution du contrat est demandée, peut soit la refuser, notamment si le demandeur ne satisfait pas à ses propres engagements (Req. 30 juill. 1928, *D. H.* 1928, 493), soit la différer en accordant au débiteur « *un délai selon les circonstances* » (art. 1184, § 3); le débiteur malheureux, de bonne foi, obtiendra ainsi un moratoire, un terme de grâce; c'est seulement s'il ne se libère pas à

l'expiration du délai que le contrat sera résolu; en fait, la résolution est prononcée d'avance et éventuellement par le tribunal, en prévision de cette éventualité; on évite ainsi au créancier les ennuis et les frais d'une nouvelle instance. Mais il est essentiel de noter que la disposition de l'article 1184, § 3, encore qu'elle n'ait point été remaniée, se trouve, indirectement, mais nécessairement influencée par les modifications apportées, en 1936, à l'article 1244 qui prévoit l'octroi de délais, par le tribunal et aussi par le juge des référés, au débiteur qui se trouve hors d'état d'exécuter ses engagements (*inf.* n° 722) ; plus facilement de tels délais sont accordés au débiteur et plus souvent se trouve conjurée la résolution du contrat qui a la valeur d'une sanction des engagements contractuels, sanction devenue inapplicable, au moins provisoirement, à raison des termes de grâce accordés, plus libéralement que par le passé, au débiteur.

Si la résolution est, en principe, judiciaire, du moins n'est-il pas nécessaire qu'elle soit précédée d'une mise en demeure ou, si l'on veut, cette mise en demeure résulte suffisamment de l'exploit introductif d'instance, indépendamment de toute sommation ou commandement préalable (Req. 10 mai 1922, *D. P.* 1923, 1, 22; Civ. 19 oct. 1931, *D. H.* 1931, 537; — v. cependant Req. 21 juin 1933, *D. H.* 1933, 412, solution contraire implicite) ; de plus, et surtout, ce caractère n'est pas d'ordre public; une clause peut avoir été insérée dans le contrat en vue d'éviter l'intervention du tribunal et de faire l'économie d'un procès : cette clause sort ses effets à raison et en conformité de la deuxième directive.

3° Le créancier qui a opté pour la rupture du contrat s'est enlevé par là même les droits d'en poursuivre l'exécution; il a choisi officiellement, définitivement; ici, il faut dire : *electa una via non datur recursus ad alteram* (Req. 5 fév. 1935, *S.* 1935, 1, 147).

383. II. Deuxième directive : caractère interprétatif de la résolution. — La résolution du contrat, bien que constituant une sanciton attachée à la loi contractuelle, n'est nullement d'ordre public (Req. 24 mars 1931, *Rev. trim.* 1931, p. 889), mais est interprétative de la volonté des parties.

A. **Exactitude de ce point de vue.** — Elle ressort des précédents et de la rédaction même de l'art. 1184.

1° Des *précédents*. A Rome, comme dans notre ancien droit, la *lex commissoria* trouvait son fondement dans la

volonté des parties; la preuve en est qu'à Rome elle devrait être expressément stipulée; d'autre part, Pothier rattache la *lex commissoria* tacite de l'ancien droit à la clause expresse du droit romain (*op. cit., loc. cit.*).

2° De la *rédaction* même de l'art. 1184, aux termes duquel « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques...* »; cette formule rattache ainsi le pacte commissaire à une entente tacite, allant de soi, des parties.

384. B. **Conséquences de cette directive.** — 1° Ce n'est pas une inexécution quelconque qui ouvre au créancier le droit de poursuivre la résolution du contrat; encore faut-il que le manquement soit suffisamment grave pour que, dans la pensée des parties, il dût jouer le rôle de condition résolutoire. L'*inexécution partielle* ne sera donc pas toujours prise en considération; sans doute, théoriquement, la résolution est concevable, si minime que soit le manquement et quand bien même il ne correspondrait qu'à la centième partie de la prestation totale (Req. 23 déc. 1912, *D. P.* 1913, I, 47); mais, pratiquement, plus faible sera la somme restant due et plus difficilement il sera fait droit à la requête du créancier; le tribunal recherchera souverainement la volonté probable des parties, lors du contrat; son appréciation, de pur fait, échappe au contrôle de la Cour suprême (Civ. 14 avril 1891, précité; Req. 15 fév. 1904, *D. P.* 1904, 1, 335; 21 oct. 1913, *S.* 1914, 1, 182; Civ. 11 avril 1918, *D. P.* 1921, 1, 224; 5 mai 1920, *S.* 1921, 1, 298; Req. 21 déc. 1927, *D. H.* 1928, 82).

385. — 2° Ce n'est pas dans tous les contrats que la *lex commissoria* est sous-entendue, mais seulement dans ceux où existe une interdépendance entre les obligations qui en résultent, c'est-à-dire dans les contrats *synallagmatiques*, dans *tous* les contrats synallagmatiques (art. 1184 § 1; voy. pour la *vente*, l'art. 1654, et *inf.* n^os^ 1137 et suiv.).

Il faut se demander si la règle ne comporte pas des exceptions dans les deux sens, si certains contrats synallagmatiques n'échappent pas à l'art. 1184, tandis que, d'autre part, certains contrats unilatéraux en seraient tributaires.

a) Sur le premier point, la réalité des dérogations est certaine.

1. Le contrat constitutif d'une rente *viagère* échappe à la résolution quand bien même il se présenterait sous l'aspect d'une opération bilatérale, par exemple d'une vente dont

le prix affecte la forme d'une rente de ce genre. A supposer que l'acheteur ne paie pas les arrérages, le vendeur ne peut pas demander la résolution du contrat, qui lui est refusée par l'art. 1978; ce texte ne lui reconnaît d'autre ressource que de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire affecter le produit de cette vente au service des arrérages. C'est que le résultat auquel doit aboutir la résolution, à savoir le rétablissement du *statu quo ante*, est ici irréalisable, étant donné le caractère *aléatoire* de l'opération; on ne peut pas faire que les parties n'aient pas couru une chance; l'irréparable s'est accompli.

2. Il est admis que le *partage* n'est point résoluble pour inexécution des obligations mises à la charge des copartageants : l'opération est trop complexe, elle touche à trop d'intérêts pour que la défaillance d'un seul puisse la mettre en pièces : les répercussions de la réalisation se feraient sentir au loin, et, pour ce qui est du partage d'une succession, dans une famille entière. (Req. 29 déc. 1829, *D. P.* 1830, 1, 107; 9 mars 1832, *S.* 1832 1, 367; Civ. 14 mai 1833, *S.* 1833, 1, 381).

3. Pour les contrats à *exécution successive*, il ne devrait pas être question de résolution proprement dite, mais seulement de *résiliation* : le contrat est bien sujet à dissolution pour cause d'inexécution des obligations, dans le plan de la *lex commissoria* de l'art. 1184, mais seulement pour l'avenir, *ex nunc* (*sup.* n° 33*bis*; *inf.* n°s 393*bis*, 394 et 1238); seulement, la jurisprudence n'est pas très ferme sur cette position qui devrait, cependant, être solidement tenue (*ibid.*).

386. — *b.* A l'inverse, il existe, chez certains auteurs, une tendance à étendre le domaine de la *lex commissoria* jusqu'aux contrats unilatéraux, au moins à ceux qui se forment *re*, en ce sens que, d'après eux, l'auteur de la prestation serait en droit d'en réclamer la restitution du moment que le débiteur, c'est-à-dire l'*accipiens*, n'exécute pas ses obligations; par exemple, un bailleur de fonds pourrait exiger par anticipation la restitution du capital prêté, si l'emprunteur n'acquittait pas exactement les intérêts stipulés (*Sic*, Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 157; Capitant, *De la cause des obligations*, n° 156; P. Esmein, n° 421; R. Houin, thèse, 1937; — Comp. Paris, 29 juin 1893, *D. P.* 1894, 2, 437; trib. civ. Seine, 17 oct. 1928, *D. P.* 1929, 2, 141). Mais cette opinion se heurte et à la tradition qui lui est contraire, et au texte de l'art. 1184, § 1, qui limite le domaine de la résolution aux contrats synallagmatiques (il est vrai que cer-

tains veulent découvrir dans le prêt à intérêt les éléments et le mécanisme d'une opération bilatérale; v. HOUIN, thèse précitée), et enfin à cette constatation que la loi d'interdépendance contractuelle, qui est au fond de la théorie du pacte commissoire, est étrangère aux contrats unilatéraux, puisque ces actes ne produisent d'obligations que d'un seul côté (*Sic*, BARDE, t. II, n° 904).

387. 3° Parce que la résolution du contrat est interprétative de la volonté des parties, elle opère *rétroactivement*, à l'instar d'une condition résolutoire ordinaire (art. 1183). Cet effet rétroactif se produit tant vis-à-vis des tiers que dans les rapports des parties entre elles.

a) *Inter partes* : le contrat disparaît dans le passé comme pour l'avenir; il y a donc lieu de revenir sur les prestations effectuées; par exemple, l'acheteur doit restituer au vendeur la chose qui lui avait été livrée et qu'il détient désormais sans cause juridique. C'est le *statu quo ante* qui doit être rétabli; et, s'il le faut, le tribunal, pour atteindre pleinement ce résultat, peut condamner le débiteur défaillant à des *dommages-intérêts* envers le demandeur (art. 1184, § 2; Comp. Civ. 4 mai 1898, *D. P.* 1898, 1, 457, note PLANIOL).

b) *A l'égard des tiers* : les droits réels consentis dans l'intervalle par l'acquéreur sont eux-mêmes résolus : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; la résolution acquiert ainsi, dans notre droit français, un large rayonnement. Il en résulte, pour les tiers, une dangereuse insécurité dont le législateur s'est efforcé d'atténuer les inconvénients, du moins *en matière immobilière*, par diverses mesures de publicité, l'une qui est destinée à mettre le public en garde contre l'éventualité d'une résolution, mais qui est spéciale à la *vente d'immeuble* : elle consiste dans la solidarisation, quant à la publicité et à l'opposabilité aux tiers, de l'action en résolution avec le privilège du vendeur, la première ne pouvant être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du second et profitant ainsi du régime de publicité particulier, institué pour celui-ci (*inf.* n^{os} 1793, 1817) (L. 23 mars 1855, art. 7, *inf.* n° 1148) ; les autres, qui sont la *mention en marge*, laquelle a pour but de faire connaître que le contrat a été résolu (L. 23 mars 1855, art. 4, *sup.* t. I, n^{os} 1732, 1733), et peut-être aussi la transcription du jugement (*sup.* t. I, n° 1731).

388. — 4° Du moment que le pacte commissoire n'existe qu'en fonction de la volonté présumée des parties, il dépend de celles-ci soit de l'écarter totalement par une clause qui peut

intervenir à un moment quelconque, dans le contrat lui-même ou par la suite (Req. 21 mars 1931, *Rev. trim.* 1931, p. 889), soit d'en modifier la portée à l'aide d'une clause expresse; le pacte commissoire tacite s'efface alors devant le *pacte commissoire exprès.*

Différentes variétés de pactes commissoires exprès. a) La substitution d'une clause expresse à la *lex commissoria* tacite est sans intérêt si les parties se sont contentées de reproduire les termes de l'art. 1184 en stipulant formellement la résolution pour le cas d'inexécution. La clause est alors inutile et inopérante; notamment, l'intervention du tribunal n'en demeure pas moins indispensable (Req. 3 mai 1937, *S.* 1937, 1, 371).

389. — *b)* Mais, dans la pratique, les parties ne se bornent pas à une référence aux dispositions de la loi; il est spécifié qu'au cas d'inexécution, par l'une des parties, de ses engagements, le contrat sera résolu *de plein droit.* Cette clause a pour le moins deux effets, et peut-être trois.

1. Elle a pour but et pour résultat essentiels de rendre inutile l'intervention judiciaire. Le créancier n'aura pas à demander la résolution au tribunal; on évitera ainsi les frais, les longueurs, les ennuis d'une intance. C'est là l'*effet capital*, l'intérêt primordial d'une telle clause qui substitue la résolution *de plano* à la résolution judiciaire.

2. Et puisque le tribunal n'interviendra pas, il ne sera pas question d'octroyer au débiteur un délai de grâce; toute idée de moratoire se trouve écartée.

3. Enfin, on se demande si le créancier n'est pas dispensé, en vertu de la clause que nous étudions, d'adresser, sous une forme quelconque, une *mise en demeure* au débiteur, et c'est dans le sens de l'affirmative qu'incline la Cour de cassation; à son avis, la résolution est consécutive à l'inexécution qui la déclenche automatiquement (*Sic.* Req., 29 nov. 1886, *D. P.* 1887, 1, 388, *S.* 1887, 1, 63). Mais la plupart des auteurs sont en sens contraire et nous pensons qu'ils ont raison : 1. Parce que l'art 1656 exige une mise en demeure pour la *vente d'immeubles;* or, il n'y a pas de raison pour soumettre cette opération à un traitement particulier : le texte doit être interprété, non pas *a contrario*, mais *a simili;* la solution qu'il donne vaut pour tous les contrats; 2. Parce que le système de la Cour de cassation dépasse l'objectif des parties qui ont voulu simplement, par la formule « *de plein droit* », écarter l'intervention judiciaire, mais qui, vraisemblablement, n'ont pas entendu enlever au créancier l'option

que l'art. 1184, § 2 lui confère entre l'exécution du contrat et sa résolution; or, dans l'interprétation que nous critiquons, et c'est là son point le plus faible, cette option disparaît, l'inexécution anéantissant le contrat sans même que le créancier ait à intervenir; à force de vouloir protéger le créancier, on le sacrifie en lui enlevant toute faculté de détermination.

Dans tous les cas, il est bien entendu que cette question n'est qu'une question de fait, d'interprétation de volonté; elle ne se pose que dans le silence de la convention et, pour ainsi dire, en désespoir de cause.

c) Les parties ont pu, en effet, stipuler que la convention serait, en cas d'inexécution de la part de l'une d'elles, résolue *de plein droit et sans sommation* : cette clause est licite et produit tous ses effets, sauf cependant dans le contrat d'assurance et pour le cas de non paiement des primes (L. 13 juill. 1930, art. 16 *in fine*; *inf.* n° 1380*h*).

390. Différences qui séparent les deux théories des risques et de la résolution des contrats pour cause d'extinction des obligations. — Ces deux théories ont ceci de commun qu'elles supposent l'une et l'autre que les parties ont conclu un contrat synallagmatique et que l'une d'elles n'exécute pas ses obligations; mais elles diffèrent grandement sur les points suivants :

1° La question des risques ne s'élève que si l'exécution du contrat est devenue impossible à raison d'une cause étrangère au débiteur; la résolution ne peut intervenir que si l'inexécution lui est imputable : les deux théories ont ainsi des domaines distincts, d'une séparation tranchée;

2° Il résulte de cette première différence que des *dommages-intérêts* ne sont concevables qu'en cas de résolution : par hypothèse, lorsque s'élève la question des risques, le débiteur n'a rien à se reprocher; il a subi l'inévitable. A l'impossible nul n'est tenu;

3° Lorsque la prestation est devenue d'une exécution impossible, c'est de *plein droit*, contrairement à ce que décide la jurisprudence, que le débiteur est libéré et que le contrat est dissous; mais la résolution de l'art. 1184 suppose, à moins d'une clause contraire, l'intervention du tribunal; elle est, en principe, *judiciaire*;

4° D'où cette dernière différence, qu'au cas d'impossibilité d'exécution, les résultats que nous venons de rappeler se produisent *inévitablement*, au lieu que, si l'inexécution est imputable au débiteur, la résolution du contrat peut être évitée : *a*) Par le créancier lui-même qui préfère poursuivre

l'exécution et qui conserve ce droit même après avoir conclu à la résolution (Civ. 6 janv. 1932, *D. H.* 1932, 114); *b*) Par le juge qui repousse la demande en résolution ou qui accorde au débiteur un délai de grâce.

Dans ces conditions, la jurisprudence qui ramène la théorie des risques à celle de la *lex commissoria* doit être jugée sévèrement; elle confond deux institutions qui ont chacune son individualité propre.

N° 2. — Causes de résiliation des contrats

(Contrats à exécution successive)

391. Généralités. — Les événements que nous envisageons maintenant opèrent sans effet rétroactif; à la différence des précédents, ils ne touchent pas au passé, mais n'exercent leur influence qu'au jour et à partir du jour où ils se produisent, *ex nunc* : c'est que, ni la volonté des parties, ni celle du législateur n'ont fait, de leur résiliation ou de leur défaillance, une condition même du contrat. Celui-ci n'est ni vicié, ni affecté d'une condition résolutoire, expresse ou tacite; il peut seulement arriver qu'il soit dissous purement et simplement, qu'il cesse de produire désormais des effets, lesquels se déroulaient *successivement*, que le cours en soit arrêté par un des événements que nous visons ici.

392. — Cette dissolution au jour le jour peut tenir à la volonté des parties ou de l'une d'elles, ou bien au décès de l'une d'elle, enfin, à l'inexécution du contrat.

1° **Dissolution par la volonté des parties ou de l'une d'elles.** — En général, il dépend des parties de dissoudre le contrat par un accord de volontés qui intervient en sens inverse du premier, par le *mutuus dissensus*; elles conviennent de dissoudre la vente, le louage, le prêt; il dépend d'elles de résilier l'opération comme de la modifier, et leur volonté, sur ce point, peut s'exprimer tacitement par le silence prolongé (Civ. 24 mars 1937, *S.* 1937, 1, 152; Paris, 23 mars 1934, *Rev. trim.* 1934, p. 841).

Mais il faut observer :

a) Que, parfois, leur volonté est impuissante à atteindre ces résultats : le *contrat de mariage* est immuable pendant toute la durée du mariage (art. 1395);

b) Qu'à l'inverse, il advient qu'une volonté *unilatérale* suffise à résilier le contrat, soit que la loi en décide ainsi, tantôt en faveur de l'une comme de l'autre des parties (voy.

pour le *mandat*, l'art. 2003, *inf.* n° 1422; pour le *louage de services* à durée indéterminée, art. 1780 et *inf.* n^{os} 1279 et suiv.), et parfois au profit de l'une des parties seulement (pour le contrat d'*entreprise*, à prix fait, art. 1794; *inf.* n° 1309; pour les *assurances sur la vie*, l. 13 juill. 1930, art. 75, *inf.* n° 1380*r*), soit que les parties aient inséré à cet effet une clause dans leur accord : il est spécifié que chacune d'elles ou que l'une d'elles pourra mettre fin à l'opération dans des conditions déterminées ou même à volonté. C'est ainsi que le contrat de bail est fréquemment conclu pour une période de neuf années, avec faculté, pour les parties ou pour l'une d'elles, de le résilier à l'expiration de la troisième et de la sixième années.

393. 2° Dissolution par le décès de l'une des parties. — Nous avons déjà noté qu'exceptionnellement certains contrats prennent fin avec le décès de l'un de ceux qui les avaient signés : conclus *intuitu personae*, ils ne s'accommodent pas d'un changement de partie prenante : tels le *mandat* (art. 2003), la *société de personnes* (art. 1865-3°), le *louage d'ouvrage*, le *contrat d'entreprise*, lesquels prennent fin par le décès de l'ouvrier, de l'employé, de l'architecte ou de l'entrepreneur (art. 1795).

393*bis*. 3° Dissolution judiciaire pour inexécution des obligations. — Cette éventualité est spéciale aux contrats synallagmatiques à exécution successive. V. pour le *bail*, *inf.* n° 1238.

394. Règles communes. — 1° Dans tous les cas, la résiliation opère sans rétroactivité, *ex nunc*, en sorte que les tiers ne sont aucunement atteints; les droits qui leur avaient été concédés régulièrement subsistent dans leur intégralité : c'est ainsi que la révocation d'un mandataire ne touche pas aux contrats qu'il avait passés dans la limite de ses pouvoirs et que la dissolution d'une société laisse subsister les aliénations qui avaient été effectuées ou les droits réels qui avaient été constitués antérieurement.

En ce qui concerne le *bail d'immeubles*, contrat à exécution successive, la Cour de cassation ne s'est pas toujours conformée à cette directive, au moins pour le cas de résiliation judiciaire; elle en a même pris exactement le contrepied en proclamant que : « la règle d'après laquelle la résiliation d'un contrat remet les parties au même état que si la convention n'avait jamais existé, est applicable au contrat de louage, bien que comportant une exécution successive »;

il est vrai qu'on ajoute aussitôt ce tempérament : « dans la mesure où l'application de ladite règle peut être faite sans méconnaître des faits acquis antérieurement à la résolution » (Civ. 16 fév. 1932, *S.* 1932, 1, 163), ce qui revient à laisser au juge du fond le soin de fixer à son gré la date à laquelle se produira la résiliation, et sans que la Cour de cassation puisse contrôler sur ce point sa décision (Req. 26 oct. 1925, *S.* 1925, 1, 242). Mais, plus récemment, la Chambre civile a été mieux inspirée en affirmant qu' « en cas de résiliation d'un contrat à prestations successives, l'extinction des obligations respectives des contractants s'opère uniquement pour l'avenir... » (Civ. 2 mars 1938, *D. H.* 1938, 178); il faut souhaiter que la jurisprudence adopte définitivement et sans défaillance cette directive qui a le double mérite de tenir compte du caractère successif de la convention et de conjurer l'arbitraire du puge du fond;

2° La dissolution du contrat par voie de résiliation se produit généralement en dehors de toute intervention judiciaire et du moment qu'un des événements ci-dessus relatés vient à se produire; cependant, l'intervention du tribunal devient nécessaire dans la troisième catégorie d'éventualités que nous avons distinguée. (V. pour le *bail*, *inf.* n° 1238);

3° La résiliation trouve son emploi, non seulement dans les opérations synallagmatiques, mais aussi et parfois dans les contrats unilatéraux ou synallagmatiques imparfaits.

Sur ces trois points, la résiliation s'oppose franchement à la résolution du contrat.

Section VII. — DES ACTES JURIDIQUES A FORMATION UNILATÉRALE

395. Bibliographie. — Saleilles, *La Déclaration de volonté*; R. Worms, *De la volonté unilatérale*, thèse; Demogue, *Traité des obligations*, t. I, p. 51 et suiv.; Hauriou, *La déclaration de volonté en droit administratif*, *Rev. trim.* 1903, p. 543; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. I, nos 30 et suiv.; Chabas, *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, 1931.

396. Principe. — C'est un principe, dans notre droit positif français, qu'il ne dépend pas d'une volonté unique de créer des obligations; pour atteindre ce but, elle doit se lier à une autre volonté, ce qui revient à dire que la source des obligations volontaires est essentiellement de nature contractuelle.

397. Dérogations. — Mais il advient qu'exceptionnellement une volonté isolée revêt une force obligatoire : une personne devient débitrice, parfois même créancière, de par sa manifestation unilatérale de volonté; ce qui ne doit point trop nous surprendre, puisque nous savons que la propriété elle-même est susceptible de s'acquérir au moyen de cette manifestation unilatérale de volonté que représente la prise de possession consciente d'un meuble, à savoir l'*occupation* : du moment que nous pouvons devenir propriétaires en dehors de tout accord, il ne faut pas s'étonner s'il nous arrive parfois de devenir débiteurs, voire même créanciers, par décision spontanée et *proprio motu*. Les contrats ne sont pas tous les actes juridiques; au-dessous d'eux, existent des actes à formation unilatérale qui, comme eux, tendent à la création de rapports obligatoires et qui, comme eux aussi, réalisent effectivement cet objectif.

398. Terminologie. — Ces actes sont appelés parfois *actes unilatéraux*; mais cette terminologie prête à l'équivoque; elle risque de provoquer une confusion entre les actes qu'elle concerne et les contrats unilatéraux, alors que cependant ces derniers sont bien de véritables contrats et ne sont unilatéraux que dans leurs effets, non dans leur mode de formation : c'est pourquoi nous préférons parler d'*actes juridiques à formation unilatérale*, ou encore d'*actes juridiques non contractuels*.

399. Les principaux types d'actes juridiques à formation unilatérale. — Chemin faisant, nous avons rencontré, et nous retrouverons plusieurs manifestations de la volonté unilatérale obligatoire.

1° Les *offres*, lorsqu'elles sont accompagnées d'un délai, exprès ou tacite, lient leur auteur en ce sens qu'il est tenu de les maintenir, au moins pendant un certain temps : sa volonté s'est donc liée elle-même (*sup.* n° 49);

2° Dans la *stipulation pour autrui*, la créance du tiers naît d'une promesse unilatérale greffée sur un contrat; elle naît et elle est acquise au tiers sans que celui-ci ait uni sa volonté à celle du promettant et alors qu'il n'a peut-être pas même eu connaissance du contrat conclu entre le stipulant et le promettant (*sup.* n° 304);

3° Dans les *titres à ordre et au porteur*, le souscripteur s'engage par sa volonté unilatérale envers une personne dont l'identification ne sera établie qu'ultérieurement : dernier endossataire ou dernier porteur du titre;

4° Dans la *gestion d'affaires*, le gérant assume des obligations de par sa seule initiative et envers le maître qui, par hypothèse, n'a pas provoqué et ignore son intervention : obligation de continuer la gestion commencée (art. 1372 § 1), de se comporter comme un administrateur diligent, en bon père de famille (art. 1374 § 1) ; d'autre part, diverses obligations incombent au maître, qui naissent en dehors de sa volonté et à son insu ; il doit notamment, à supposer que la gestion lui ait été *utile*, remplir les engagements que le gérant a assumés pour son compte et lui rembourser ses dépenses (art. 1375). Ce n'est donc plus seulement une volonté qui se lie elle-même, c'est aussi une volonté qui lie autrui envers elle : l'acte juridique *à formation unilatérale* se présente, quant à ses effets, sous une *forme synallagmatique*, au moins imparfaite (*inf.* n° 1448) ;

5° Les actes *confirmatifs* peuvent être d'origine unilatérale (*sup.* n° 347).

400. Les contrats d'adhésion. — A cette liste, on a voulu ajouter les contrats dits d'*adhésion* qui, pour certains, n'auraient pas un caractère véritablement contractuel, car les parties ne traitent pas à égalité et c'est en réalité l'une d'elles qui impose sa volonté à l'autre en lui soumettant une sorte de règlement auquel celle-ci se contente d'adhérer sans avoir pu en discuter les clauses, à peu près, dit-on, comme le chef de l'Etat promulgue les lois élaborées par le Parlement : de même que ces lois sont, dans la réalité, l'œuvre exclusive des Chambres, de même le contrat d'adhésion est l'œuvre du seul pollicitant qui a émis une volonté réglementaire, subie passivement par l'adhérent. Il est le résultat d'une manifestation unilatérale de volonté.

Nous nous sommes déjà expliqué (*sup.* n° 32) sur cette théorie qui est d'origine publiciste : les spécialistes du droit public cèdent volontiers au désir de faire pénétrer dans le droit privé des notions spéciales au droit public et, par exemple dans l'espèce, celle de l'acte réglementaire : l'adhésion est tout autre chose que l'acte de promulgation d'une loi, puisque le chef de l'Etat n'est pas partie à la loi, au lieu que l'adhérent figure à ce titre dans l'opération. Il est bien vrai que le pollicitant joue, dans la tractation, un rôle prépondérant et qu'il occupe une situation dominante ; mais le législateur n'exige nulle part une égalité dans la collaboration des parties à un contrat ; la liberté économique n'est pas une condition de validité des conventions (*sup.* n° 32).

401. Droit comparé. — La théorie de la manifestation

unilatérale de volonté, en tant que source des obligations, est plus développée en droit *allemand* qu'elle ne l'est dans notre droit français : c'est ainsi que la *promesse de récompense* a, par elle-même, une valeur obligatoire encore qu'elle soit ignorée du bénéficiaire éventuel; celui qui promet une récompense, par exemple à qui lui rapportera un objet égaré ou à qui lui procurera un appartement, est lié envers la personne qui lui rend le service attendu, bien que celle-ci n'ait pas eu connaissance de l'engagement impersonnel pris à cette occasion et alors que les volontés concurrentes ne se sont pas rencontrées; d'autre part et surtout le *fondateur*, d'un hospice, par exemple, s'engage, par simple manifestation de volonté, envers l'être moral auquel il donne la vie juridique : du même coup, il crée la personne morale et il devient son débiteur (C. civ. *allemand*, art. 80 et suiv.).

Des observations du même genre sont suggérées par le code *polonais* des obligations, par le code *libanais* des obligations, par le droit *musulman* malékite (Surdon, *Précis élémentaire du droit musulman*, n^os^ 89, 152 et suiv.).

Section VIII. — L'INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS DANS LA FORMATION ET DANS LA VIE DES ACTES JURIDIQUES

Le dirigisme contractuel

402. Bibliographie. — G. Morin, *La révolte des faits contre le code*, 1920; *La loi et le contrat*, 1927; G. Ripert, *La règle morale*, n^os^ 75 et suiv.; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*; L. Josserand, *Le contrat dirigé*, *D. H.* 1933, Chr. p. 89; *L'essor moderne du concept contractuel*, dans le *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, t. III, p. 333; *La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français*, dans le *Livre-souvenir des Journées du droit civil français de Montréal*, 1934; *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Rev. trim.*, 1937, p. 1; *Un ordre juridique nouveau*, *D. H.* 1937, Chr. p. 41; *La « publicisation » du contrat*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938, t. III, p. 143; M^lle^ de Gaudin de Lagrange, *La crise du contrat et le rôle du juge*, thèse, Paris 1935, avec une préface de G. Marty; André Barrayre, *L'évolution et la crise du contrat*, 1937.

403. Evolution. — Le développement du *dirigisme contractuel* constitue l'un des phénomènes majeurs du droit con-

temporain; dû à des causes politiques et économiques profondes — primauté du « social» sur « l'individuel »; accumulation des capitaux et concentration des entreprises; inégalité de puissance entre les contractants; nécessité de protéger les individus contre la tyrannie des groupements, des compagnies, des sociétés — il n'est pas particulier à la France, mais il s'affirme dans tous les pays, sans distinction entre les régimes politiques libéraux et les organisations totalitaires; il est fonction de phénomènes qui touchent à la structure même de la société; à une organisation sociale nouvelle et à des contractants nouveaux, qui ont changé de physionomie et presque de personnalité, il faut un régime contractuel nouveau; le côté social du contrat se développe aux dépens du côté individuel; l'interventionnisme des pouvoirs publics fait reculer les libertés des particuliers; de plus en plus, le contrat est manipulé comme une simple monnaie; de plus en plus, il est *dirigé*.

Il l'est dès sa naissance, dès son élaboration (*sup.* n° 15*bis*); il continue à l'être au cours de son existence et pour ce qui est de son exécution. Sans doute, la règle demeure que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »; aucun décret-loi, jusqu'à présent, n'a biffé cette clause de sauvegarde suprême: mais, de plus en plus, il arrive que la loi du contrat soit vaincue, refoulée tout au moins par une sorte de « superlégalité », par ce qu'on a appelé les « principes constitutionnels du commerce juridique » (M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, *Rev. trim.* 1926, p. 309): l'équité, mais surtout les faits économiques, réagissent contre le droit conventionnel strict, contre la loi du contrat; et cette réaction se réalise tant par l'office du juge que par l'intervention du législateur : à côté, au-dessus du *dirigisme jurisprudentiel*, s'affirme le *dirigisme législatif*.

404. Dirigisme jurisprudentiel. — La Cour de cassation rappelle toujours volontiers ce principe fondamental qu' « il n'est pas permis aux juges de modifier, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties, et licite » (Civ. 8 mai 1933, *D. H.* 1933, 395; 18 juill. 1934, *S.* 1935, 1, 45), et elle n'hésite pas à déclarer que cette règle est valable même pour les contrats successifs, dont l'exécution s'échelonne dans le temps (Civ. 15 nov. 1933, *S.* 1934, 1, 13) [1]; mais, ayant ainsi libéré sa

[1] On trouve — et c'est fort heureux — une affirmation du même genre dans la circulaire adressée par le président du conseil à ses

conscience par une déclaration solennelle, cette haute juridiction entre volontiers dans la voie des accommodements, dont certains échappent d'ailleurs à toutes critiques, dont quelques autres sont sujets à caution.

1. Dans la première catégorie, il convient de situer : *a*) le droit que se reconnaît le juge de restituer à un acte juridique son véritable caractère, qui avait été dissimulé, faussé par les parties : il n'appartient pas aux particuliers de dénaturer un contrat en lui donnant un faux nom, un faux état civil; le problème de la *qualification* des contrats est, très légitimement, du ressort, non seulement du juge du fond, mais aussi de la Cour de cassation (Req. 19 mars 1935, *S.* 1935, 1, 295). *b*) D'autre part, il est désirable que le concept de l'*abus des droits* exerce son contrôle, en matière contractuelle comme au regard des prérogatives extra-contractuelles ou même extra-patrimoniales (*inf.* n° 433). *c*)Enfin, il y a lieu de considérer comme bienfaisante la jurisprudence qui autorise le juge à reviser la convention des parties dans le sens d'une réduction des honoraires du mandataire, de l'architecte, du médecin, du chirurgien, etc.; l'économie du contrat est alors modifiée, d'autorité, par les soins du tribunal qui sauve le client de la lésion dont il était menacé de la part du professionnel (V. *sup.* n° 105; *inf.* n° 1414).

2. Beaucoup plus discutables sont d'autres manifestations du dirigisme jurisprudentiel en matière de contrats : 1° et par exemple la politique d'amplification du contenu obligatoire qui est pratiquée de plus en plus largement par la Cour de cassation; le juge fait sortir de la convention des obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé, auxquelles l'une d'elles tout au moins n'aurait pas consenti, par exemple l'obligation de sécurité absolue qui, depuis 1911, est reconnue à la charge du transporteur de personnes (*inf.* n° 490), et surtout la stipulation tacite pour autrui que la Cour de cassation admet au profit de la femme et des enfants du voyageur, greffant alors une stipulation imaginaire sur un engagement divinatoire du transporteur (*sup.* n^{os} 274 et 281). Ainsi les tribunaux parfont de leurs mains le contrat qui n'est plus tel que les parties avaient voulu qu'il fût, mais tel qu'il devait être, et qui, voué à une inflation inattendue,

collègues du gouvernement, à la date du 18 mai 1938 et relativement à la revision des marchés publics; on y lit, sous le n° 3, que « les contrats font la loi des parties, et le droit de chacun des contractants se limite à l'exécution stricte des clauses contractuelles. Ce principe fondamental ne saurait en aucun cas être perdu de vue ». Cependant, ce document envisage et organise, dans sa troisième partie, *la revision des contrats*.

devient toujours plus dirigé. 2° Mais surtout est contestable la thèse dite de l'*imprévision* qui reconnaît au juge le pouvoir de tenir compte, dans le fonctionnement de la convention, des événements imprévisibles — ou imprévus — qui sont survenus au cours de son exécution et qui, véritables « circonstances extra-contractuelles », ont rompu l'équilibre de l'opération; le débiteur, le fournisseur, atteint par ce coup du destin, va pouvoir exiger de la contre-partie, sinon la résiliation, au moins la revision de la charte contractuelle qui sera ainsi remise en équilibre. Sans doute, cette théorie de l'imprévision, qui revient à sous-entendre, dans la convention, la clause *rebus sic stantibus*, n'a pas obtenu les suffrages de notre jurisprudence judiciaire (Req. 25 janv. 1922, *D. P.* 1922, 1, 71; Civ. 16 mai 1922, 3 arrêts, *D. P.* 1922, 1, 130; comp. *D. P.* 1920, 2, 33, note Ripert), mais elle a été consacrée par le Conseil d'Etat (V. C. d'Et. 30 mars 1916, *S.* 1916, 3, 17, note Hauriou). Tandis que la thèse judiciaire de la responsabilité contractuelle agrandit le contrat dont elle enfle le contenu, la théorie administrative de l'imprévision le rétrécit en définitive pour l'adapter au goût du jour; l'une comme l'autre sont à base de manipulation et de dirigisme de la convention des parties.

405. Dirigisme législatif. — C'est au cours des dernières années que le législateur s'est distingué dans cette œuvre d'assouplissement du contrat; sans cesse il s'immisce dans la vie de la convention, et toujours pour venir au secours du débiteur, par lui considéré comme le plus faible, le plus digne d'intérêt. Ce travail de manipulation du contrat affecte des formes et des incidences très variées.

1. La pratique des *termes de grâce* judiciairement accordés au débiteur a été développée et favorisée par maintes dispositions législatives récentes, soit au regard de certains contrats (louage d'immeuble, prêts hypothécaires, vente de fonds de commerce; L. 29 juin 1935, 9 janv. 1936, 17 juill. 1937, d.-l. 25 août 1937), ou de certains débiteurs (L. 12 juill. 1937, pour les *producteurs agricoles*), soit en thèse générale (l. du 25 mars et du 20 août 1936, modifiant, dans un sens extensif, l'art. 1244; — *inf.* n° 722); le *moratoire* tend à devenir une institution régulière, un procédé de démantèlement du régime contractuel; née pendant la guerre, elle s'est maintenue et développée pendant la paix.

2. Il arrive que le législateur suspende lui-même et de plein droit, toutes poursuites et voies d'exécution pour certaines catégories de dettes ou au profit de certains débiteurs (L. 21 août 1936).

3. De nombreuses lois ont imposé à l'une des parties la continuation ou le renouvellement de la situation juridique qui avait été établie contractuellement (Législation spéciale des loyers, *inf.* n^os^ 1257*bis* et suiv.; pseudo-propriété commerciale, *inf.* n^os^ 1224, 1234) : le contrat originaire, librement consenti, est prolongé dans le temps par un contrat obligatoire ou quasi-obligatoire.

4. A l'inverse, il advient que le législateur favorise la résiliation d'un contrat, par anticipation et avant l'expiration de la période sur laquelle il devait, suivant la volonté des parties, développer ses effets (D.-l. du 16 juill. 1935 décidant que toute dette, civile ou commerciale, antérieurement contractée, peut être acquittée par anticipation; — v. aussi la loi du 18 août 1936, art. 7, pour les baux des fonctionnaires ou employés civils atteints par une mise à la retraite anticipée).

5. Volontiers, le législateur bouleverse l'économie des contrats en modifiant, non plus la durée, mais l'équilibre établi entre les prestations des parties; une revision sera effectuée en vue de diminuer, ou, exceptionnellement, d'élever le taux du loyer ou du fermage et de réaliser ainsi un ajustement des prix (V. l. 6 juill. 1925; 12 juill. 1933, d.-l. 8 août 1935, d.-l. 25 août 1937); parfois même, c'est la résiliation ou la résolution du contrat qui est admise par le législateur (L. Failliot du 21 janv. 1918; d.-l. précité du 25 août 1937).

6. Exceptionnellement, c'est le texte législatif qui procède à cet ajustement (D.-l. 16 juillet et 8 août 1935, portant réduction de 10 % des loyers, des fermages, des intérêts des dettes hypothécaires).

7. Enfin, on sait que le législateur contemporain est enclin à prendre en considération la lésion subie par l'une des parties et à la sanctionner par une réduction des engagements assumés (*sup.* n^os^ 101 et suiv.)

La politique de dirigisme contractuel substitue ainsi à l'ancien dogme de la *rigidité* du contrat, le nouveau standard de sa *flexibilité*.

405*bis*. **Appréciation.** — Cette politique n'est pas condamnable en thèse générale et indistinctement; tout dépend du but qu'elle poursuit et des applications qu'elle reçoit : bienfaisante dans la mesure où elle tend à l'*organisation* rationnelle et équitable du contrat, elle devient néfaste lorsqu'elle aboutit à la *désorganisation*, à l'anarchie et à l'insécurité.

Que les pouvoirs publics se préoccupent d'*organiser* le con-

trat, phénomène social et non pas seulement individuel, rien de mieux; notamment, il est désirable que le juge et le législateur s'efforcent de protéger le plus faible contre le plus fort et d'assurer, par des mesures préventives ou répressives, l'*équilibre de l'opération* (interdiction des clauses léonines; prévention ou répression de la lésion; V. Ch. DE SLADITS, *Les tendances modernes du droit des obligations*, *Bull. Soc. lég. comp.* 1937, p. 119).

En revanche, il convient de critiquer, de flétrir les mesures qui ont pour effet de *désorganiser* le contrat en permettant au débiteur, dit trop facilement « de bonne foi », de se soustraire aisément à l'exécution des engagements qu'il avait régulièrement, librement assumés, et à bouleverser l'économie d'une opération jusque là considérée comme à peu près intangible; le changement même des conditions économiques ne devrait pas, en thèse générale, justifier le manquement à la parole donnée; en contractant, les parties ont pu, ont dû prévoir la possibilité d'un tel changement, et c'est précisément pour se garantir contre une telle éventualité, qu'elles ont pris des engagements l'une envers l'autre; la destruction du contrat est aussi celle de la confiance et de la sécurité juridique; si elle se généralisait, si, sous le complaisant prétexte d'ouvrir des soupapes de sûreté afin de sauvegarder la paix sociale, on la faisait entrer dans nos mœurs, elle entraînerait le retour à ce régime non-contractuel qui, au dire de Sumner-Maine, était celui des sociétés primitives; elle nous ramènerait ainsi à l'âge des cavernes; à quoi bon contracter lorsque l'on sait que les *engagements pris n'engagent pas?* Organisation et socialisation du contrat, oui; désorganisation et anarchie contractuelle, non.

CHAPITRE II

Deuxième source d'obligations
Les actes illicites

DÉLITS ET QUASI-DÉLITS

La responsabilité délictuelle

406. Sources. — Art. 1382 à 1386; L. 9 avril 1898 et lois subséquentes relatives aux *accidents* du travail; L. 20 juill. 1899; L. 3 mai 1921; L. 7 nov. 1922; L. 31 mai 1924 sur *la navigation aérienne*, notamment art. 53.

Bibliographie. — Ihering, *De la faute en droit privé*, trad. de *Meulenaere*; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 2 vol., 6e édit.; Lalou, *La responsabilité civile*, 1928; Demogue, *Des obligations en général*, t. III, IV et V; *De la réparation civile des délits*, 1898; P. Esmein, *Obligations*, t. VI, nos 475 et suiv. dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert; Planiol, *Du fondement de la responsabilité*, *Rev. crit.* 1905 et 1906; Willems, *Essai sur la responsabilité*, *Rev. gén. de droit*, 1895; J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, nos 145 et suiv.; Emm. Lévy, *La vision socialiste du droit*; Ripert, *La règle morale*, 2e éd.; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*; *Bull. Soc. d'ét. légis.* 1905, p. 525; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2e éd., t. VIII et IX, avec la collaboration de G. Lagarde; Barde, dans le traité de Baudry-Lacantinerie, *Des obligations*, t. III, 2e partie, nos 2854 et suiv. H. et L. Mazeaud, *op. cit. sup.* n° 1; Gardenat et Ricci, *De la responsabilité civile;* L. Josserand, *L'évolution de la responsabilité*, dans *Evolutions et actualités*, p. 29; *La transformation du droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, *sup.* n° 402; M. Chauveau, *Examen synthétique des questions de responsabilité civile*, *Rev. crit.* 1933; P. Joatton, *Essai critique sur la théorie générale de la responsabilité civile*, thèse, Lyon, 1933.

Chironi, *Colpa extra-contrattuale*, 2 vol.; Giorgi, *op. cit.*, *sup.* n° 1; Pollock, *The law of torts*, 13e éd. 1929; Wigmore, *Responsability for tortious acts*; G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, 1937; F. P. Walton, *Delictual responsability in the modern civil law*, dans la *Law Quarterly Review*, 1933, p. 70; *La responsabilité délictuelle dans le droit civil moderne*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. II, p. 48; J. Chabas, *De la responsabilité civile et délictuelle en droit comparé franco-japonais*, dans le *Bull. de la Maison franco-japonaise*, t. V, n° 3; Emile Tyan, *Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman*, thèse, Lyon, 19; Fabre-Surveyer, *Les principes généraux de la responsabilité délictuelle dans les différents systèmes juridiques*, dans les mémoires de l'*Académie internationale de droit comparé*, t. II, p. 358.

407. Plan. — 1° *Généralités; évolution* de la responsabilité délictuelle;

2° *La responsabilité délictuelle de droit commun*;

3° *La responsabilité délictuelle sans faute prouvée* (responsabilité plus ou moins objective, plus ou moins libérée de l'idée de faute).

Section I. — GÉNÉRALITÉS; ÉVOLUTION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

408. Définitions. — Un individu cause à un tiers, directement ou indirectement, par son fait actif ou par sa négligence, un dommage qui ne se ramène pas à l'inexécution d'une obligation contractuelle préexistante : à quelles conditions, dans quels cas et dans quelle mesure la responsabilité sera-t-elle engagée envers la victime? Un chauffeur renverse un piéton; une maison s'écroule en tuant ou en blessant des passants; un chasseur blesse son voisin; un écrivain, un orateur portent atteinte à la considération, à l'honneur, aux intérêts de leur prochain : si l'auteur du dommage doit le réparer, c'est que sa *responsabilité délictuelle* est engagée, c'est qu'il a commis un *délit* ou un *quasi-délit*.

1° Un *délit*, si c'est *intentionnellement* qu'il a causé le dommage, s'il s'est proposé de nuire à autrui, s'il a agi ou s'il s'est abstenu *animo nocendi*;

2° Un *quasi-délit* s'il n'avait pas l'intention de nuire si son acte ou son abstention s'expliquent par la négligence, l'incurie, l'impéritie, l'imprudence.

La deuxième éventualité est infiniment plus fréquente que la première; dans l'immense majorité des cas, l'auteur responsable du dommage n'avait pas voulu cela; pratiquement, la responsabilité, dite délictuelle, est surtout une responsabilité quasi-délictuelle.

Mais, dans une hypothèse comme dans l'autre, la faute commise, intentionnelle ou non, peut consister soit dans un fait actif (art. 1382) : automobiliste qui renverse un piéton, chasseur qui blesse une personne ou un animal; soit, bien que plus rarement, dans une abstention (art. 1383) : maison qui s'effondre faute de réparations d'entretien; ascenseur qui cause un accident parce qu'il n'était pas muni d'un dispositif de sécurité; gibier qui pullule sur un domaine et que le propriétaire a négligé de détruire ou de traquer.

409. Délits et quasi-délits. — Ces diverses distinctions ont peu d'importance, surtout la dernière : la faute *active* et la faute *passive* obéissent au même statut. Mais, entre le délit et le quasi-délit, l'opposition n'est point aussi purement théorique qu'on le prétend parfois : la réparation d'une faute intentionnelle est moralement et socialement plus nécessaire que celle d'une faute simple : 1° en fait, le

juge aura une tendance à alourdir ou à alléger la condamnation suivant que l'auteur du dommage avait agi intentionnellement ou non; 2° plus spécialement, lorsqu'il y a faute de l'auteur du dommage et faute aussi du côté de la victime, le tribunal dans le *partage de responsabilité* auquel il procède alors, sera incité à accorder plus d'importance à la faute intentionnelle qu'à la faute simple, au délit qu'au quasi-délit (*inf.* n^{os} 427 et 450); 3° de plus, la loi du 9 avril 1898 refuse toute indemnité à l'ouvrier victime d'un accident dû à sa faute intentionnelle, donc à son délit (art. 20, § 1); 4° il n'est pas admis qu'on puisse, à l'aide d'une *assurance*, conjurer les effets de la faute intentionnelle (l. 13 juill. 1930, art. 12); 5° d'autre part, il ne saurait être question de s'en décharger à l'avance au moyen d'une clause de non-responsabilité, au lieu que c'est une question de savoir si la responsabilité des fautes simples ne cède pas devant une clause de ce genre (*inf.* n° 473); 6° enfin, sous le régime dotal, la dot de la femme est soumise plus constamment à l'action des créanciers délictuels qu'à celle des victimes d'une simple faute commise involontairement par la femme (*inf.* t. III, n° 635).

410. Délit civil et délit pénal. — Entre ces deux notions, l'opposition est nettement tranchée.

1° Le délit *pénal* (*lato sensu*) met en présence le coupable et la société, tandis que le délit *civil* place l'un en face de l'autre l'auteur du dommage et sa victime;

2° Aussi les *sanctions* sont-elles différentes : d'une part des mesures d'ordre *répressif* (incarcération, amende, etc.); d'autre part des mesures d'ordre *indemnitaire* (dommages-intérêts);

3° Il peut y avoir délit pénal sans qu'il y ait délit civil; car le délit et le quasi-délit civils impliquent l'existence d'un dommage privé, subi par telle personne; or, il est des infractions à la loi pénale qui ne causent de dommage à aucun particulier (certaines contraventions; tentatives qui manquent leur effet);

4° A l'inverse, et *bien plus souvent*, il arrive que les délits civils ne tombent pas sous le coup de la loi pénale : il en est ainsi de la plupart des simples imprudences;

5° On comprend donc que la chose jugée au civil ne fasse pas toujours autorité au criminel, ni inversement : un automobiliste qui, d'abord poursuivi devant le tribunal correctionnel pour homicide par imprudence ou pour blessures involontaires, a été l'objet d'un acquittement, peut cepen-

dant, dans certains cas, être recherché en responsabilité par la victime devant le tribunal civil (Civ. 17 et 18 mars 1930, *D. H.* 1930, 283; Req. 18 fév. 1935, *D. H.* 1935, 164; Hébraud, thèse, 1929; *inf.* n° 546).

410*bis*. Délits nommés ou innommés. — Stellionat. — Comme il existe des contrats nommés et des contrats innommés, ainsi on peut opposer à la multitude des délits dépourvus de noms appropriés certains faits illicites, à configuration plus précise et pour lesquels un vocable a été créé. En général, ces délits nommés appartiennent au droit pénal en même temps qu'au droit civil : vol, abus de confiance, escroquerie, délit de fuite; mais il en est quelques-uns qui ressortissent au droit civil exclusivement, tels la *fraude paulienne*, le *détournement d'effets héréditaires* et le *stellionat*.

Ce dernier délit était défini et sanctionné par le Code civil dans l'article 2059, abrogé par la loi du 22 juillet 1867; aux termes de ce texte, il y a stellionat : 1° lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire; 2° lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés.

La fraude ainsi prévue était sévèrement réprimée : le *stellionataire* encourait la *contrainte par corps* (art. 2059). Cette rigueur s'expliquait par le danger que faisait alors courir aux acquéreurs et aux créanciers hypothécaires la clandestinité des transmissions immobilières; avec le régime de publicité institué par la loi du 23 mars 1855 et élargi par un décret-loi du 30 octobre 1935, le stellionat est devenu moins à craindre, puisque celui qui se propose d'acquérir un immeuble ou une hypothèque peut se renseigner sur la situation juridique de l'immeuble qui l'intéresse; il n'en est plus réduit à faire crédit à la bonne foi de son auteur. Aussi, la loi du 22 juillet 1867, en abrogeant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, a-t-elle pu sans inconvénient, laisser le stellionat sous l'empire du droit commun; il constitue bien toujours un délit civil, mais un délit comme un autre. Il faut cependant noter que, d'après l'article 540 C. com., le *failli* qui est stellionataire, ne peut pas être déclaré *excusable* dans les termes de l'article 538 du même code.

411. Importance du problème de la responsabilité délictuelle. — Ce problème est un des plus pressants et

des plus graves de ceux qui s'imposent au législateur : il s'agit, pour les pouvoirs publics, de faire à chacun sa place dans la communauté sociale, de fixer les limites dans lesquelles chaque individu pourra exercer impunément son activité : c'est la concurrence vitale qui est à ordonner, la vie en communauté qui est à aménager; en ce sens, on a pu dire, sans exagération (DEMOLOMBE), que les articles 1382 et suivants contiennent le code de la sociabilité humaine; Stuart Mill a écrit (*Liberty and other Essays*) que « le seul but en vue duquel un pouvoir puisse s'exercer à bon droit sur un membre d'une communauté civilisée, contre sa volonté, est pour l'empêcher de nuire aux autres » : les articles 1382 et suivants sont la mise en application, la formulation législative de cette directive politique et sociale.

412. Evolution. — Les solutions à donner à ce problème ont toujours divisé et divisent de plus en plus les esprits. Une double évolution s'est produite, depuis les origines du droit romain jusqu'à nos jours, qui se ramène à un mouvement de va-et-vient; après s'être éloignée du point de départ, la théorie de la responsabilité tend à s'en rapprocher; double évolution qui gravite autour de ces deux notions cardinales : la *faute* et le *risque;* avec la première, la responsabilité est *subjective*; sous l'influence de la deuxième, elle *s'objective*.

A. Dans *l'ancien droit romain, la responsabilité* était *objective*; elle était engagée indépendamment de toute idée de faute; elle se présentait comme une réaction de la victime contre la cause apparente du dommage; de même qu'un enfant s'en prend à l'objet qui l'a blessé, ainsi l'homme peu cultivé exige réparation de toute atteinte à sa personne ou à ses siens; il rend coup pour coup, sans se préoccuper de la question d'imputabilité et eût-il en face de lui un enfant, un animal, un objet inanimé; ainsi s'explique le jeu des actions noxales tendant à l'abandon, au pouvoir de la victime, de l'agent du dommage, esclave, animal, chose inanimée : la responsabilité était l'expression juridique de la *vindicte privée*. (Pour la *civilisation chinoise*, v. J. ESCARRA, *Le droit chinois*, p. 78.)

413. — B. Plus tard, les esprits et les mœurs s'affinent; la réflexion prend la place du réflexe, et la responsabilité devient tributaire de *l'imputabilité*; c'est seulement s'il y a *culpabilité* qu'il y aura responsabilité; la *faute* est à la base de la théorie transformée qui, d'objective qu'elle était jadis,

est devenue subjective; la *faute aquilienne* est une sorte de péché juridique; qui ne l'a point commis n'est point responsable, et c'est au demandeur, à la victime qu'il appartient d'établir la faute de son adversaire : *pas de responsabilité sans faute prouvée.*

Cette conception devait se perpétuer au cours des siècles : favorisée par le christianisme, recueillie par notre ancien droit, elle a passé dans notre Code civil, dont les articles 1382 et 1383 en sont la consécration renouvelée.

414. — C. Mais elle est vivement attaquée, surtout depuis un tiers de siècle.

1° Elle réalise la confusion du point de vue *pénal* et du point de vue *civil*; elle se comprenait à une époque où la sanction du délit se présentait avec l'allure d'une *peine privée*; elle est devenue singulièrement archaïque à un stade de civilisation où la séparation du droit pénal et du droit privé est complète, où l'aménagement de la responsabilité n'est plus uniquement un problème de conscience mais aussi un problème d'ordre économique; où il ne s'agit plus de châtier, mais de réparer, d'indemniser, de rétablir un équilibre économique rompu par le fait illicite : la séparation du point de vue civil d'avec le point de vue pénal aurait dû, logiquement, entraîner comme corollaire l'affranchissement de la responsabilité civile de son vasselage séculaire vis-à-vis de la faute; en réalité, ici comme ailleurs, nous continuons à faire du droit romain (G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, n° 58); cependant, les événements politiques, économiques et sociaux nous convient à n'en plus faire.

2° La conception subjective pouvait suffire à une société dans laquelle les rapports commerciaux et industriels étaient peu développés, à un peuple d'agriculteurs et de guerriers; elle n'est plus à la taille de notre société moderne, plus complexe, plus agissante, dans laquelle les relations juridiques s'intensifient, où les risques se multiplient et revêtent le formes les plus variées. Dans bien des cas, on n'arrive pas, avec l'idée de faute, à donner satisfaction à une victime, cependant intéressante : un ouvrier est blessé au cours de son travail; un piéton est renversé par une automobile; si l'on subordonne la responsabilité du patron ou de l'automobiliste à la commission d'une faute et si l'on impose la preuve de cette faute à la victime, on fait à celle-ci une situation sans issue et imméritée; on réduit la responsabilité délictuelle à l'état théorique, en imposant au demandeur une preuve ardue, souvent impossible.

415. — 3° Car, il faut le noter dès maintenant, la *preuve* de la faute, qui fut toujours difficile comme portant sur une notion élastique et fuyante, est devenue plus ardue encore de nos jours avec les transformations qui se sont produites dans l'industrie et avec les progrès de la science.

a) D'une part, la victime trouve en face d'elle, dans nombre de cas, une société puissamment constituée qui, dotée d'un contentieux bien organisé, ayant en main des renseignements, des données techniques qui font défaut à son adversaire, le dominera nettement : la lutte n'est pas égale entre la victime d'un accident de locomotion et une compagnie, ou la Société nationale de chemins de fer.

b) D'autre part, avec les progrès de la science, avec le machinisme, la cause des accidents est devenue plus obscure; souvent, l'accident est *anonyme*, parce que l'homme utilise des forces dont il ne connaît pas toujours le pouvoir et la nature : il est dérisoire de demander au chauffeur, victime de l'explosion d'une chaudière, la preuve d'une faute commise par son patron; au piéton blessé par une automobile ou par un avion, celle de la faute de l'automobiliste ou de l'aviateur.

Cette double transformation industrielle et scientifique place la victime d'un délit, sur le terrain judiciaire, dans une situation très défavorable quant à la preuve, dans ce que les Allemands ont dénommé énergiquement *Beweisnotstand*, l'état de nécessité quant à la preuve; le système subjectif ne lui est point secourable, parce qu'il manque de *praticabilité*.

416. — 4° A supposer même qu'aucune faute n'ait été commise, il peut être juste d'accorder une indemnité à la victime : celui qui met en action des forces redoutables, dans son intérêt, à son profit, doit assumer les conséquences de son initiative; entre le patient, sujet passif, et l'opérateur, la lutte n'est pas égale; l'ouvrier victime d'un accident survenu au cours de son travail, le passant renversé par une automobile, le voyageur blessé dans un accident ferroviaire ont droit à une réparation, réserve faite de la faute qu'ils ont pu commettre; lorsqu'on crée un *risque*, on doit, si ce risque vient à se réaliser, en subir les coups. Car il faut bien comprendre, encore qu'on ait voulu le nier [1], que *si l'auteur du dommage n'est pas responsable, c'est la victime qui le devient*, au sens large et humain du mot, et sans recours possible, elle qui a supporté passivement le

[1] V. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. Ier, n° 4.

choc déterminé par l'initiative d'autrui (L. Josserand, *La responsabilité envers soi-même*, *D. H.* 1934, Chr. p. 73) ; solution manifestement injuste, au point de vue économique comme au point de vue juridique : le pouvoir, le profit, la direction appellent la responsabilité; l'incidence des coups du destin ne doit pas être définitive et irréparable, sans quoi ce serait la faillite du droit, qui se bornerait à marquer les coups; il lui appartient de modifier, de rectifier cette incidence, conformément à toute justice et à toute équité.

417. Procédés employés pour rendre la responsabilité délictuelle plus effective, pour en élargir la base. — La théorie traditionnelle de la responsabilité reposait donc sur des bases trop étroites; de plus en plus, elle devenait périmée; le besoin se faisait sentir d'introduire dans cette partie du droit, plus d'équité et plus de praticabilité.

Le problème fut abordé, par le législateur, par la jurisprudence et par la doctrine, de différents côtés; de toutes parts, l'assaut fut donné à la thèse subjective; les procédés employés à cette occasion et dans ce but ressortissent à quatre catégories :

1° On eut l'idée de refouler la responsabilité délictuelle, si peu secourable à la victime, au moyen de la responsabilité contractuelle qui place le créancier dans une situation meilleure; une théorie, dite *théorie de la responsabilité contractuelle*, fut élaborée et présentée en ce sens par des jurisconsultes, notamment en Belgique par M. Sainctelette et en France par M. Marc Sauzet; elle consiste à faire produire aux contrats, à certains d'entre eux du moins, une *obligation de sécurité* sous l'égide de laquelle on plaçait les droits de la victime. C'est ainsi que, de nos jours, lorsqu'un voyageur est victime d'un accident, la responsabilité du transporteur est engagée, non pas délictuellement, mais contractuellement; il a manqué à son obligation de sécurité, l'accident le démontre; le voyageur n'a pas à prouver la faute de son adversaire; le fardeau de la preuve se trouve en réalité déplacé (Voy. sur cette théorie, *inf.* n° 490) ;

2° On a élargi et développé la notion de faute en admettant qu'elle pouvait coïncider avec l'exercice d'un droit; c'est commettre une faute, et, par suite, un délit, que d'exercer son droit d'une certaine façon, incorrectement dans un certain but, que d'en abuser : la théorie de *l'abus des droits*, en se développant, a accru le domaine de la responsabilité délictuelle (V. *inf.* n^{os} 428 et suiv.) ;

3° On a facilité à la victime la preuve de la faute en venant à son secours au moyen de *présomptions, légales* ou *judiciaires*, qui aboutissent, comme d'ordinaire, à une *dispense de preuve*. Certaines de ces présomptions sont inscrites, plus ou moins clairement, dans les articles 1384, 1385 et 1386, où les auteurs et les tribunaux les lisent couramment. Par exemple, la victime d'une ruade, d'une morsure, n'a pas à prouver la faute du propriétaire, du gardien de l'animal; la loi présume, dit-on, que cette faute existe; elle établit une présomption de faute, ou même une présomption de responsabilité (art. 1385; *inf.* n° 515). Le caractère judiciaire apparaît plus nettement dans la présomption d'après laquelle, pour l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les *accidents du travail*, toute lésion survenue au lieu et au temps du travail est présumée due à un accident du travail (Civ. 25 juill. 1935 et 25 mai 1936, *D. P.* 1936, 1, 137, note Rouast). Grâce à ce subterfuge, la victime est aussi bien traitée, en fait, que si la responsabilité était libérée de toute idée de faute. La faute est conservée pour le principe, par respect pour la tradition, pour le droit romain; mais elle cesse d'être gênante; on se passe de sa réalité pour se contenter de sa fiction. C'est un procédé conservateur qui donne de bons résultats et qui satisfait tout le monde; il ménage des préjugés séculaires envers lesquels on prend, d'ailleurs, des libertés toujours plus grandes.

418. — 4° Car parfois on va plus loin, on fonce ouvertement sur l'adversaire; on élimine la faute de la notion de responsabilité délictuelle; on établit une *responsabilité sans faute* ou *causale*, une responsabilité franchement objective (*strict liability* du droit *anglo-saxon*), en la faisant reposer sur l'idée du *risque*, telle celle qui incombe au patron à raison des accidents survenus à son personnel au cours du travail (*inf.* n° 556. — Pour la description de ce mouvement juridique, V. G. Ripert, *Le régime démocratique*, n^os^ 168 et suiv. : « *De la responsabilité à la réparation* »).

Sans doute, la responsabilité objective ne détrônera jamais complètement la responsabilité subjective; il n'est pas désirable que la notion de risque évince sans merci celle de faute; il est même remarquable que la thèse de l'abus des droits ait fourni à la responsabilité subjective un élément nouveau et lui ait permis de se développer dans cette direction (Voy. Eug. Gaudemet, *Une évolution nouvelle dans la théorie de la responsabilité civile*, *Rev. trim.* 1927, p. 893). Mais la tendance actuelle est particulièrement favorable à la

responsabilité objective : sans doute, des deux pôles d'attraction, la faute et le risque, c'est le premier qui continue à exercer la plus forte attirance sur la doctrine et sur la jurisprudence, mais le deuxième se fait sentir avec une force sans cesse accrue, et dans tous les pays. (V. l'article de G. MARTON, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, *Rev. trim.* 1935, p. 499, notamment p. 531 et s.; l'auteur vise le « vice intrinsèque et incurable de la doctrine de la faute subjective »; en ce qui concerne les *Etats-Unis*, V. l'article du doyen Rufus C. HARRIS, *Liability without Fault*, dans la *Tulane Law Review*, 1932, p. 337).

Les deux courants ne sont d'ailleurs nullement inconciliables et se complètent fort bien; subjective ou objective, toute thèse de responsabilité tend à ce but, toujours poursuivi, jamais complètement atteint : *l'équilibre parfait, encore qu'instable, des intérêts et des droits.*

418*bis*. Tendance à la « collectivisation » de la responsabilité. — Les mesures que nous venons d'envisager tendent à *l'objectivation* de la responsabilité; il en est d'autres, nettement distinctes, qui, plus révolutionnaires, ont pour résultat de faire passer la responsabilité du plan individuel sur le plan collectif, à la « *collectiviser* » en la faisant remonter de l'auteur immédiat du dommage à l'organisme auquel il ressortit : c'est ainsi que la responsabilité des membres de l'enseignement public est en quelque sorte prise en charge par l'Etat (*inf.* n° 461), et que certains dommages causés par un notaire, en cette qualité, à ses clients, deviennent imputables au corps notarial qui, dans son ensemble, répondra des défaillances de ses membres (*inf.* n° 557); si l'on ajoute que, par le mécanisme de l'assurance, la réparation de très nombreux dommages, notamment des accidents de locomotion, incombe, en dernière analyse, à des compagnies qui jouent le rôle de garantes, on comprendra que la responsabilité tend de plus en plus à dépasser le patrimoine de l'auteur du délit pour remonter en dernière analyse jusqu'à un patrimoine collectif dans lequel elle vient se déverser et se diluer : sa collectivisation marche de pair avec celle du contrat, quoique par d'autres voies et à l'aide de techniques différentes.

SECTION II. — LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DE DROIT COMMUN

419. Précision. — Nous entendons par responsabilité délictuelle de droit commun, non pas précisément celle du Code civil, mais uniquement celle qui, fondée sur la tradition, est à la base du système de ce Code et qui trouve sa consécration dans les articles 1382 et 1383; c'est-à-dire la responsablilté *subjective*, liée indissolublement à l'idée de *faute prouvée*.

420. Plan. — 1° *Conditions* de la responsabilité délictuelle;
2° Le *procès en responsabilité*;
3° Les *clauses de non-responsabilité*;
4° Responsabilité *délictuelle* et responsabilité *contractuelle*.

§ I. — *CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE*

421. Rappel. — Plan. — La responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle a sa base dans un fait ou une abstention, une commission (art. 1382) ou une omission, une négligence (art. 1383) : nous rappelons que cette distinction est sans grand intérêt.

Ce point de départ admis, l'article 1382, qui est le texte fondamental et l'un des plus importants du Code civil, décide que : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

Cette disposition met en relief deux éléments essentiels de la responsabilité délictuelle : la *faute* et le *dommage*. Il y a lieu d'exiger encore un *rapport de causalité* entre ces deux éléments et, chez l'auteur du dommage, une certaine *capacité*, la *capacité délictuelle*. C'est à ces conditions seulement que l'acte ou l'abstention deviennent *illicites* et qu'il y a délit ou quasi-délit, donc responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Nous étudierons successivement :
1° La notion de la *faute délictuelle*;
2° Celle du *dommage*;
3° Le *rapport de causalité* qui doit unir celui-ci à celle-là;
4° La *capacité délictuelle*.

I. *La notion de faute délictuelle*

Bibliographie. — H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I, nos 368 et suiv.; P. Esmein, *op. cit.* nos 505 et suiv.

422. Impossibilité d'une analyse précise. — En évoquant la notion de *faute*, le législateur s'est référé à une des notions les plus vagues, les plus fuyantes qui existent dans l'ordre juridique; c'est à dessein qu'il est demeuré dans l'imprécision : il s'est contenté de poser un principe et il s'en est remis au juge du soin d'en assurer l'application, lui confiant ainsi une des missions les plus délicates et les plus redoutables qui soient. Cette mission, on a voulu la préciser, la conditionner en définissant la faute « un manquement à une obligation préexistante » et en dressant une liste des obligations dont la violation constitue une faute et, par suite, un délit ou un quasi-délit (Planiol et Ripert, t. II, nos 863 et suiv.; comp. H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, *Rev. trim.*, 1936, p. 1). Mais la tâche entreprise dans ce but est irréalisable, tellement variées sont les obligations incombant aux particuliers et tellement se diversifient les manquements dont elles sont susceptibles : jamais on n'arrivera à dresser un catalogue complet, ni même satisfaisant, des devoirs qui nous incombent et des transgressions dont ils peuvent être l'occasion. Et surtout, c'est un procédé artificiel que celui qui consiste à tisser d'abord à loisir un réseau obligatoire préconstitué, puis à présenter les délits comme des manquements aux prétendus commandements du législateur; c'est vouloir à tort modeler la responsabilité délictuelle sur la responsabilité contractuelle qui suppose *effectivement* la violation d'une obligation issue de la convention; c'est inverser l'ordre des facteurs juridiques, car la responsabilité délictuelle naît, non pas de prétendus devoirs préexistants, mais bien de la faute même qui a été commise à leur occasion; c'est le délit qui est générateur de la responsabilité (Lyon, 27 mars 1935, *D. H.*, 1935, 343); c'est lui qui, conformément à la terminologie consacrée, est une *source des obligations; il est une cause plus qu'une résultante.* Sans doute, il est fonction d'une situation puridique antérieure; mais cette situation ne se présente pas ainsi qu'une harmonie préétablie; elle ne revêt par l'aspect d'un immense réseau obligatoire dans lequel nous serions tous enserrés; ce ne sont pas de véritables obligations *juridiques* que celles qui incombent à tous envers tous, qui constituent le droit

commun social; qui dit « obligation » dit « *vinculum juris* », donc dérogation à ce droit commun, limitation à la liberté normale des hommes (V. H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n° 392; H. CAPITANT, *Faute contractuelle, faute délictuelle*, dans les *Pandectes roumaines*, 1931, p. 12); pour dégager les éléments de la responsabilité délictuelle, il faut faire appel à deux grandes idées à l'aide desquelles on peut serrer le problème de plus près sans réaliser la pulvérisation des devoirs juridiques qui nous incombent et tout en laissant au délit sa position de source de la responsabilité délictuelle.

423. Analyse approximative. — La faute délictuelle est constituée par des éléments dont les uns concernent la victime, donc le créancier délictuel, dont les autres existent dans la personne de l'auteur du fait ou de l'abstention, donc du débiteur.

1° La prétendue victime doit se réclamer de la *lésion d'un droit*, en prenant ce dernier mot dans son sens le plus compréhensif, en l'appliquant, non seulement aux droits nommés et définis, mais aussi aux droits les plus vagues et les plus génériques, qui sont d'ailleurs souvent les plus impérieux : droit à l'intégrité physique, à la considération, à la liberté, à l'honneur.

424. La lésion d'un intérêt ne suffit pas. — Il ne suffirait pas au demandeur d'alléguer que l'acte ou l'omission dont il se plaint ont lésé ses *intérêts*; si respectables que soient ceux-ci, ils ne sont pris en considération qu'autant qu'ils sont *juridiquement protégés* (C. d'Etat, 11 mai 1928, *D. P.* 1929, 3, 6, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement ANDRIEUX; *S.* 1928, 3, 97, note HAURIOU; Civ. 27 juill. 1937, cité *infra* : « ... le demandeur d'une indemnité délictuelle ou quasi-délictuelle doit justifier, non d'un dommage quelconque, mais de *la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé...* »). En effet, dans notre système moderne, les actions ne sont plus guère que des droits produits en justice, des *droits en action*. Vainement un commerçant allèguerait-il que l'ouverture ou le développement d'un établissement similaire lui ont causé un préjudice; ce qu'il ferait valoir alors, ce serait la lésion d'un simple intérêt, non celle d'un droit; sa requête devrait être repoussée (Voy. sur le principe, Civ. 10 nov. 1925, *S.* 1926, 1, 172; Crim. 21 nov. 1931, *motifs*, *S*, 1933, 1, 233; C. d'Etat, 11 mai 1928, précité).

Par application de ce principe, nous déciderons qu'une *concubine* ne saurait réclamer des dommages-intérêts à l'auteur responsable d'un accident dans lequel son compagnon a trouvé la mort; sans doute, cet événement lui a causé un préjudice, surtout si elle vivait des subsides que lui fournissait régulièrement la victime; mais elle ne saurait alléguer, à l'appui de sa demande, l'existence d'aucun lien juridique, la violation d'aucun droit lui appartenant. Sinon, il faudrait permettre également aux fournisseurs de la victime de réclamer une indemnité à raison de la perte d'un client, solution extrême qui ne trouverait sans doute pas de défenseur. Cependant, si le Conseil d'Etat refuse toute indemnité à la concubine (arrêt précité du 11 mai 1928), la jurisprudence judiciaire paraissait s'orienter en sens contraire; elle accordait volontiers une réparation, tout au moins à raison et jusqu'à concurrence du préjudice *matériel* éprouvé par la plaignante (Crim. 26 nov. 1926, *S.* 1927, 1, 273, note J.-A. Roux, *D. P.* 1927, 1, 73, note Lalou; 28 fév. 1930, *S.* 1931, 1, 145, note G. Marty, *D. P.* 1930, 1, 49, note Voirin; Rennes, 8 juill. 1931, *D. H.* 1931; 503; Lyon, 31 mars 1930, *D. P.* 1930, 2, 64). Ces décisions s'appuyaient sur la communauté d'existence qui existait entre les concubins, avec les liens d'affection réciproque et l'association d'intérêts qu'elle comporte (V. les arrêts de Rennes et de Lyon) : c'était la consécration du concubinage élevé, par la jurisprudence, au rang d'une institution régulière, d'une sorte de *concubinat* ayant, à l'occasion, plus d'efficacité que le mariage lui-même, (L. Josserand, *L'avènement du concubinat*. D. H. 1932, *Chron.* p. 45), car il advenait qu'après un accident mortel, le tribunal refusât à la veuve, pour défaut de préjudice subi, l'indemnité qu'il allouait à la concubine (trib. cor. Seine, 12 fév. 1931, *D. H.* 1931, 2, 57, note Voirin) ; ou encore que plusieurs concubines obtinssent cette consécration posthume de leurs bonnes relations avec le défunt (Paris, 19 nov. 1932, *Rev. gén. Ass. terr.* 1933, 169).

Cette jurisprudence, qui introduisait le vaudeville dans le droit et qui était vivement critiquée par les auteurs (V. outre les références ci-dessus, les notes de MM. Marty, *S.* 1931, 1, 145; Voirin, *D. P.* 1932, 2, 88; et Lalou, *D. P.* 1924, 2, 33; 1927, 1, 73; 1929, 1, 23; 1930, 2, 133, ainsi que la brochure de M. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, p. 122 et s.), n'appartient plus qu'à l'histoire; la Chambre criminelle, d'abord favorable aux prétentions de la concubine, a évolué prudemment par trois décisions datées du même jour, et

la Chambre civile a rendu un arrêt de principe par lequel elle proclame que « le concubinage demeure, en toute occurrence, quelles que soient ses modalités et sa durée, une situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers... les relations établies par le concubinage ne peuvent, à raison de leur irrégularité même, présenter la valeur d'intérêts légitimes, juridiquement protégés...; susceptibles de créer des obligations à la charge des concubins, elles sont impuissantes à leur conférer des droits à l'encontre d'autrui, et notamment contre l'auteur responsable de l'accident survenu à l'un d'eux ». (V. trois arrêts de la Ch. crim., en date du 13 fév. 1937, et l'arrêt de la Ch. civ. du 27 juill. 1937, *D. P.* 1938, 1, 5, note SAVATIER).

425. — 2° Il ne suffit pas que le demandeur allègue et prouve qu'il a été lésé dans son droit; encore faut-il que son adversaire ne puisse pas lui opposer *un droit plus fort*, positif ou négatif : il arrive, en effet, que nous ayons le droit de léser le droit d'autrui par une initiative ou par une abstention : ainsi, le droit de la personne à la considération est puissant; cependant, il cède devant les exigences de la publication des décisions judiciaires (L. 29 juillet 1881, art. 41) ou de la vérité historique (art. 34, § 1 de la même loi) : un journal peut reproduire impunément des débats judiciaires; un historien peut rappeler et flétrir la conduite infamante d'une personne aujourd'hui décédée. L'auteur d'une lettre confidentielle a droit à ce que le contenu en demeure secret; toutefois, on admet qu'elle puisse être produite au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps (sup. t. I, n° 939) : le droit au secret cède devant les intérêts supérieurs de la justice. C'est un droit pour le pupille, que son tuteur n'achète pas ses biens (art. 450, § 3); mais il arrive que ce doit soit neutralisé, surclassé par le droit plus fort du tuteur, créancier hypothécaire ou copropriétaire (*sup.* t. I, n° 431). C'est un droit pour un propriétaire que d'utiliser sa chose; mais ce droit peut être comprimé par des droits égaux ou inférieurs (*inf.* n° 433). C'est un droit pour l'auteur d'un guide que de donner son appréciation sur les hôtels, mais qui n'abolit pas le droit, pour les hôteliers, d'exercer normalement, utilement leur profession, étant entendu que le public a, de son côté, le droit d'être exactement renseigné (trib. com. Seine, 31 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 221).

426. — La notion de la faute, plus généralement du fait générateur de la responsabilité délictuelle, nous apparaît ainsi comme *très relative*; elle est le point de rencontre de deux droits opposés, dont le plus fort a raison du plus faible; la vie juridique est une lutte constante au cours de laquelle intérêts et droits s'affrontent sans cesse; *commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent*, donc, sans pouvoir invoquer un *motif légitime*. C'est alors seulement que l'acte devient illicite et qu'il engage la responsabilité de son auteur, parce qu'alors seulement il y a une rupture de cet équilibre juridique que la condamnation à des dommages-intérêts viendra rétablir. Toute la théorie de la responsabilité n'est qu'une vaste entreprise d'équilibre de droits rivaux, sans cesse en conflit et qu'il importe de maintenir à leur place, de localiser, de comprimer dans leur expansion : les articles 1382 et suivants permettent au juge de conduire et de dénouer la lutte des intérêts en présence.

427. Degré de gravité des fautes. — La faute commise peut être plus ou moins grave; l'équilibre des droits en présence peut avoir été rompu plus ou moins violemment. Peu importe, en principe : il est de tradition qu'en matière délictuelle la faute la plus légère est génératrice de responsabilité : *in lege Aqulia et culpa levissima venit*. Notre jurisprudence a recueilli et consacre ce principe traditionnel.

Toutefois, il est souvent intéressant de préciser le degré de gravité de la faute commise :

1° *En fait*, le juge se montrera plus sévère et accordera plus volontiers une large indemnité à la victime, si le dommage a sa source dans une faute lourde et surtout dans une faute intentionnelle;

2° *En droit*, la faute intentionnelle est traitée plus sévèrement que la faute involontaire, à différents points de vue (*sup.* n° 409);

3° Lorsque les deux adversaires ont commis chacun une faute, — par exemple si une collision se produit entre deux automobiles dont l'une tenait sa gauche alors que l'autre n'était pas éclairée et marchait à une allure excessive — le degré de gravité des fautes respectives prend une importance exceptionnelle. Suivant les cas et d'après les manquements commis, la responsabilité sera partagée dans des proportions différentes : un quart d'un côté par exemple, et trois quarts de l'autre; il peut même arriver que l'une des fautes soit tellement énorme qu'elle fasse endosser la responsabi-

lité intégrale à celui qui l'a commise, absorbant ainsi en elle, pour ainsi dire, la faute concurrente, beaucoup plus légère (*inf.* n° 450) ; pour le cas d'*abordage*, c'est la loi elle-même qui invite le juge à s'inspirer de la gravité proportionnelle des fautes commises de part et d'autre (Pour la navigation maritime, C. com. art. 407 § 4; pour la navigation intérieure, l. 5 juill. 1934, art. 4 et 5) ;

4° Il est des responsabilités *professionnelles* que la jurisprudence ne réalise qu'autant que la faute commise présente un caractère d'exceptionnelle gravité. C'est qu'en effet, nos tribunaux se servent d'instruments différents pour apprécier la responsabilité encourue dans l'exercice des diverses professions : alors qu'un *notaire* ou un *avoué* sont déclarés responsables de toutes leurs fautes professionnelles, même légères, et sans distinguer selon qu'elles causent préjudice à un client (responsabilité contractuelle) ou bien à un tiers (responsabilité délictuelle; Req. 28 déc. 1910, *D. P.* 1911, 1, 451; Civ. 29 oct. 1928, *D. H.* 1928, 574; Req. 12 fév. 1935, *S.* 1935, 1, 229; — F. Dubas, *La responsabilité notariale*, thèse, Paris, 1937, préface de L. Josserand), le *médecin* ou le *chirurgien* ne répondent pratiquement, du moins sur le terrain de la science médicale, que de leur faute caractérisée, patente, insolite; le défaut de perspicacité, les erreurs de diagnostic, ne suffisent point, en principe, à engager leur responsabilité qui n'entre en jeu que si une faute grave, personnelle et se détachant pour ainsi dire de la fonction, a été relevée à leur passif. Sans doute, cette atténuation de la responsabilité médicale ne trouve sa base dans aucun texte de la loi, et l'on pourrait fort bien soutenir que le praticien répond de ses fautes même légères, conformément au droit commun; mais la jurisprudence est bien établie dans le sens que nous avons indiqué tant à cause des nécessités de la recherche scientifique que du désir de ne pas entraver l'action, l'initiative de l'homme de l'art, en suspendant sur sa tête la menace des responsabilités trop lourdes, à cause aussi de la difficulté, pour des non initiés, même éclairés par un rapport d'experts, de juger de la valeur d'un traitement médical ou chirurgical; ce sont ces trois considérations qui, pensons-nous, expliquent la prudence des tribunaux dans l'appréciation des fautes commises par le médecin : il ne faut pas que les intérêts de la science et des malades en général risquent d'être compromis par une protection trop stricte accordée à un malade déterminé (Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, t. I, n^os^ 676 et suiv.; Léon Denisse, note *D. P.* 1920, 1, 30, et les références qui y sont indiquées; Civ. 11 janv. 1932, *D. H.*

1932, 131; et surtout, Civ. 20 mai 1936, *D. P.* 1936, 1, 88, avec les conclusions du procureur général Paul MATTER, rapport L. JOSSERAND, note E. P.; *inf.* n° 486; Comp. Req. 15 juin et 1er juill. 1937, *S.* 1938, 1, 5; 18 oct. 1937, D. H. 1937, 549).

428. La faute dans l'exercice d'un droit : THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS [1]. On croit volontiers que l'exercice d'un droit ne saurait être l'occasion d'une responsabilité délictuelle; qui use d'une prérogative juridique ne s'expose point à commettre un délit; l'utilisation d'une voie de droit ne saurait être fautive, semble-t-il; ce qui est licite, par définition même, ne peut pas tendre au délit, c'est-à-dire à l'illicite. Si donc je cause un dommage à autrui alors que j'exerce un droit, ma responsablilité n'est point engagée; je puis dire « *Feci sed jure feci* »; la responsabilité délictuelle est attachée aux seuls actes accomplis sans droit : *neminem lœdit qui jure suo utitur.*

Or, c'est là plus qu'une erreur, mais une contre-vérité; lorsqu'on raisonne ainsi, on admet, consciemment ou non, le postulat de *l'absolutisme des droits*; mais ce postulat est juridiquement et socialement inadmissible.

Les droits subjectifs, valeurs sociales, produits sociaux, concédés par la société, ne nous sont pas attribués abstraitement et pour que nous en usions discrétionnairement, *ad nutum*; chacun d'eux a sa raison d'être, sa mission à accomplir; chacun d'eux est animé d'un certain esprit qu'il n'ap-

[1] Voy. : L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927; *De l'abus des droits*, 1905; SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, 2e éd., p. 370; *La déclaration de volonté*, p. 251 et suiv. ; Rapport présenté à la première sous-commission de révision du Code civil (*Bull. soc. d'ét. légis.*, 1905); DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, nos 634 et suiv.; RIPERT, *La règle morale*, nos 89 et suiv. ; *Le régime démocratique*, nos 117 et s.; H. et L. MAZEAUD, t. I, nos 547 et suiv.; PERROCHET, *Essai sur la théorie de l'abus des droits*; G. CORNIL, *Le droit privé*, p. 90 et suiv. ; *Le juge et l'équité*, 1932 ; CAMPION, *La théorie de l'abus des droits*; MARIO ROTONDI, *L'Abuso del diritto* (*Æmulatio*, 1934) ; N. SARDEGNA, *L'abuso del diritto*; BUTTIN, thèse Grenoble, 1904; Mlle MARSON, *L'abus du droit en matière de contrat*, thèse, Paris, 1935; G. MORIN, *L'abus du droit*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1929; *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du droit*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. II, p. 467; BONNARD, note *S.* 1930, 3, 17; Emilio NOVOA, *El derecho de los debiles* (*Le droit des faibles*), Madrid, 1930; GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, dans *The Cambridge Law Journal*, 1933, p. 22; F. P. WALTON, *Responsability for breach of duty to neighbours in making use of an immoveable*, 1928; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, thèse, Lyon, 1936; B. TABBAH, *Du heurt à l'harmonie des droits*, préface de L. JOSSERAND, 1936.

partient pas à son titulaire de méconnaître ou de travestir; lorsque nous les exerçons, nous devons nous conformer à cet esprit et demeurer dans la ligne de l'institution; sans quoi, nous détournerions le droit de sa destination, nous en mésuserions, nous en *abuserions*, nous commettrions une faute de nature à engager notre responsabilité. Ainsi se dégage la théorie de l'*abus des droits* qui s'apparente manifestement à la théorie publiciste du *détournement de pouvoir*, et qui n'est que l'expression concrète du grand principe de la *relativité des droits*. Elle est constamment admise par la doctrine [1] et consacrée par la jurisprudence. M. Ripert lui-même constate, peut-être avec quelque regret, qu'« aujourd'hui tous les auteurs ont cédé, et tous se plaisent à exalter l'œuvre créatrice de la jurisprudence ». (G. Ripert, *Le régime démocratique*, pp. 226 et 227).

429. — Ce principe ne constitue d'ailleurs pas précisément une nouveauté; à Rome déjà, la maxime *summum jus summa injuria* en consacrait l'existence et l'on peut estimer que le droit prétorien, dans son harmonieux essor, en constitue la plus brillante illustration et comme le développement triomphal. Nos anciens auteurs lui demeurèrent fidèles, ainsi que les œuvres de Guy Coquille, de Basnage, de Domat en portent le témoignage; et si le droit révolutionnaire lui fut hostile, s'il consacra le triomphe de l'individualisme juridique et s'il considéra l'homme ainsi qu'une fin en soi, portant en lui-même sa propre raison suffisante, du moins cette éclipse des idées traditionnelles fut-elle de courte durée. Bientôt, notre jurisprudence, sous la pression de nécessités pratiques inéluctables, retrouvait le postulat de la relativité des droits et, avec lui, la théorie de l'abus; elle reconnaissait que les droits nous sont concédés sans garantie du gouvernement; qu'ils se réalisent, non dans le vide absolu, mais dans le milieu social et qu'ils doivent donc être exercés socialement, conformément à l'esprit et dans le plan de l'institution, *civiliter*; et, après Guy Coquille, elle estimait que le droit, dans son ensemble, n'est point « une officine de subtilité et de rigueur », mais qu'il doit toujours être défini, comme du temps de Celse, « *ars boni et œqui* ». Depuis un quart de siècle surtout, le mouvement a pris une très grande ampleur; le concept de la valeur relative des droits a envahi, ou peu s'en faut, toutes les parties de notre législation et a donné naissance à une sorte de déontologie juridique; par-

[1] V. cependant les deux articles du doyen G. Morin, cités *supra*, en note.

tout, ou presque, il fait sentir son influence bienfaisante et il assure l'assouplissement, l'adaptation, la moralisation, l'humanisation du droit (Emilio Novoa, *op. cit.*, p. 21; B. Talbah, *op. cit. passim*); avec lui, la justice cesse d'être purement théorique et formelle, de se confiner dans les mots et dans les formules, pour devenir effective et fonctionnelle, pour descendre et pour se réaliser jusque dans les faits, dans les décisions de justice; ce qu'il y a de nouveau, de moderne, dans cette théorie, ce n'est pas son existence, laquelle est de tous les temps, mais l'essor prodigieux dont elle a bénéficié dans ces dernières années et aussi les indices, les critères auxquels on a eu recours pour diagnostiquer l'acte abusif et pour l'identifier.

430. L'élément constitutif et le critère de l'abus. — Il semble que le droit romain ait identifié tout simplement l'abus des droits avec l'intention de nuire et qu'il se soit contenté, en pareille matière, de faire application des maximes : « *malitiis non est indulgendum* », et « *fraus omnia corrumpit* ». L'acte abusif était celui qui était commis avec l'intention de nuire; ce n'est pas pour causer un dommage à autrui que les pouvoirs publics nous investissent de prérogatives; ce dommage peut bien être un *résultat* de nos actes; il ne saurait constituer un *but* licite; comme le proclame le nouvau code civil de la *Chine*, « *l'exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui* » (art. 148).

De nos jours encore, ce critérium a cours et il se place, *pratiquement*, au premier rang; en fait et dans l'immense majorité des cas, l'abus est dénoncé, est constitué par l'intention de nuire, par exemple en matière de propriété. Mais, théoriquement, c'est à un critère plus large que l'opinion juridique tend à recourir, à l'idée de *détournement du droit de sa fonction*; au critère purement *intentionnel*, on incline à substituer un critère *fonctionnel*, tiré de l'esprit du droit, de la fonction qui lui est dévolue; suivant la formule de Louis Hugueney (note *S.* 1937, 1, 217, col. 2), la jurisprudence « en arrive à noyer la notion d'abus de droit dans celle plus large de *la relativité des droits...* ». Or, les droits sont pourvus de fonctions très différentes qu'ils ont à remplir plus ou moins exactement; tandis que certains droits sont organisés, *au moins apparemment*, dans l'intérêt du titulaire, il en est d'autres qui sont ouvertement conçus et envisagés dans l'intérêt d'une autre personne ou bien encore dans l'intérêt général : le droit de propriété individuelle rentre

dans la première catégorie, la puissance paternelle dans la deuxième, le droit de critique dans la troisième. En conséquence, on demande à un propriétaire foncier d'agir dans son intérêt égoïste; au père de famille de considérer l'intérêt de ses enfants, non le sien propre; au critique, à l'historien, au journaliste, de se faire les champions de la vérité, de renseigner exactement leurs lecteurs; et tandis que le propriétaire restera dans l'esprit de son droit en faisant systématiquement œuvre égoïste, le père de famille commettra un abus de droit s'il met sa puissance au service de ses intérêts propres et non à celui des intérêts dont il a la garde; il détourne alors cette puissance de sa destination, il sort de l'esprit de l'institution; il commet un acte illicite qui est susceptible d'engager sa responsabilité, comme serait engagée celle du journal qui mènerait, contre certains spectacles, une campagne inspirée par un esprit de lucre (Rennes, 4 juin 1931, *motifs*, S. 1932, 2, 298) : chaque droit a ainsi sa nature, son ressort, son « climat » dans lequel son titulaire est tenu de le réaliser.

431. Le motif légitime. — Il s'agit donc, en définitive, de rechercher le *mobile* auquel le titulaire du droit a obéi en l'occurence, la *fin* qu'il s'est proposé d'atteindre, et de confronter ce mobile et cette fin avec l'esprit, la fonction du droit en cause; s'il y a concordance, le droit a été exercé normalement, donc impunément; s'il y a discordance, l'usage se révèle abusif et la responsabilité de l'agent est susceptible d'entrer en jeu. Telle est bien la pratique jurisprudentielle qui fait intervenir ici le *motif légitime*, expression concrète et véritable figuration du critère de l'abus : l'acte est normal ou abusif selon qu'il s'explique ou non par un motif légitime (c'est-à-dire cadrant avec l'esprit, la fonction du droit), motif qui constitue ainsi la pierre angulaire de tout le système. Constamment, les décisions judiciaires se réfèrent à cette notion du *motif légitime* (outre les décisions précitées, v. Amiens, 7 fév. 1934, *D. P.* 1934, 2, 57), ou de l'*intérêt légitime* (Civ. 7 avril 1936, *S.* 1936, 1, 250; 6 mai 1936, *S.* 1937, 1, 217, note L. Hugueney; Crim 10 mars 1938, *D. H.* 1938, 341), ou de la *cause légitime* ou du *juste motif* ou du *mobile légitime*; et le législateur lui-même emploie parfois ce langage (Voy. art. 343 et 1871; Code Trav. livre I, art. 23 et 26; l. 1er avril 1926, art. 4-8°; l. 30 juin 1926, art. 3, § 8, art. 4, § 1 et art. 9, § 1).

432. Les motifs illégitimes. — Ils varient avec les droits, avec l'esprit qui les anime, la fonction qui leur est

dévolue. C'est d'abord la *collusion*, le *concert frauduleux*, le complot dirigé contre les tiers, mobile dont la force est irrésistible et qui destitue même la transcription de ses effets légaux (*sup.* t. I, n° 1722) ; puis la *fraude à la loi*, la volonté de tourner une disposition impérative de notre droit; l'*intention de nuire*, dont nous avons noté déjà l'intérêt pratique en tant que critère, qu'élément constitutif de l'abus; la *mauvaise foi* (art. 1153, § 4) ; et enfin, tout à fait au bas de l'échelle, les *simples* fautes se résumant dans une utilisation anormale du droit, non adéquate à son esprit; négligence, imprudence, faute dans la conception ou dans l'exécution se traduisant par une déviation du droit par rapport à sa destination régulière. (V. pour le droit administratif, C. d'Et., 22 nov. 1929, *S.* 1930, 3, 17 note Bonnard). Ainsi se révèle une gamme de motifs, légitimes ou illégitimes, extrêmement riche et dont les éléments sont soumis à l'appréciation du juge.

433. Les applications de la théorie de l'abus des droits. — Ces applications sont innombrables; nous nous bornons à en citer quelques-unes :

1° *Le droit de propriété individuelle.* — Ce droit est institué, en apparence du moins, pour son titulaire à qui on demande seulement de le faire servir à *la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime*. L'abus existera donc : *a*) D'abord s'il y a *intention de nuire* (*sup.* t. I, n° 1475) ; *b*) Puis, s'il y a *défaut d'intérêt légitime*, abstraction faite de l'intention nocive; (v. pour la mitoyenneté, Dijon, 28 mai 1930, *D. H.* 1930, 387) ; notamment, on n'admet pas qu'un propriétaire, ayant à choisir entre plusieurs manières d'exercer son droit, opte, sans profit personnel, pour celle qui sera de nature à causer à un tiers le plus grave préjudice (Trib. civ. Draguignan, 6 juin 1910, *D. P.* 1911, 2, 133; Cass. belge, 12 juill. 1917, Pasic. 1917, 1, 65; Bruxelles, 11 juill. 1936, *Rev. belge assur. et resp.* 1937, n° 2333; pour le trouble apporté au fonctionnement d'appareils radiophoniques, Douai, 1er déc. 1930, *D. H.* 1931, Somm, p. 44; Amiens, 21 déc. 1932, *D. H.* 1933, 123 et Civ. 29 mai 1937, 2 arrêts, *D. H.* 1937, 393 et 394; — v. *sup.* t. I, nos 1474 et s.).

En résumé, on demande au propriétaire, notamment au propriétaire foncier, de faire acte d'égoïsme socialement compris, au besoin de faire preuve d'initiative, voire de modernisme, en dotant sa chose, son appareil, des dispositifs qui en rendront l'utilisation aussi peu nocive que possible à l'égard des tiers; pour lui, mais en songeant aux intérêts

légitimes d'autrui, telle doit être sa devise; en se conformant à cette consigne, il reste dans le plan de l'institution et il n'engage donc pas sa responsabilité (Comp., pour la propriété littéraire ou artistique et le *droit moral* d'un auteur sur son œuvre. Civ. 25 juin 1902, *S.* 1902, 1, 305);

2° *Exercice des voies de droit.* — Le droit de recourir aux voies légales, en exerçant une action en justice, en répondant à une telle action, en exerçant une voie de recours, en déposant une plainte, en recourant aux voies d'exécution, ce droit semble être absolu et particulièrement sacré. En réalité, il est relatif et susceptible d'abus; il doit être exercé honnêtement et prudemment, à bon escient. Sinon, il expose le coupable à une condamnation à des dommages-intérêts. Conformément à une tradition lointaine (le droit romain connaissait déjà les *pœnæ temere litigantium*), la Cour de cassation admet la responsabilité délictuelle de celui qui a recours aux voies judiciaires « abusivement, par malice ou par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière équivalente au dol » (Req. 11 juin 1890, *D. P.* 1891, 1, 193; 26 déc. 1893, *D. P.* 1895, 1, 529; 7 mai 1924, *S.* 1925, 1, 217, note Brèthe; Civ. 8 juin 1926, *S.* 1926, 1, 252). Les abus commis dans la *défense* sont également sanctionnés; une « résistance opiniâtre et injustifiée » motive une condamnation à des dommages-intérêts (Req. 5 juin 1926, *S.* 1926, 1, 202; Civ. 30 juill. 1930 *D. H.* 1930, 539; 22 mai 1935, *motifs*, *S.* 1935, 1, 383), comme les abus dans les *moyens et les incidents de procédure* (Req. 10 janvier 1910, *S.* 1912, 1, 158; 4 déc. 1923, *D. H.* 1924, 105; Civ. 27 juill. 1931, *D. H.* 1931, 507), comme aussi ceux qui se manifestent à l'occasion des *voies de recours*, ordinaires ou extraordinaires (*appel* vexatoire, malveillant, frustatoire, moratoire ou simplement *téméraire*; Req. 27 mai 1884, *D. P.* 1884, 1, 437; 15 avril 1908, *D. P.* 1908, 1, 423; 27 janv. 1931, *D. P.* 1931, 1, 165; Civ. 8 juin 1931, *S.* 1931, 1, 332; 16 nov. 1936, *S.* 1937, 1, 67; *opposition* abusive, Req. 10 mai 1937, *S.* 1938, 1, 20; pour la *requête civile*, Req. 17 janv. 1933. D. H. 1933, 116), ou dans l'exercice des *voies d'exécution* (Req. 26 déc. 1893, *D. P.* 1895, 1, 529; Civ. 5 juill. 1911, *D. P.* 1912, 1, 513, note de Loynes; Req. 20 mars 1929, *S.* 1930, 1, 45; 14 janv. 1930, *D. H.* 1930, 114; 23 juin 1930, *D. H.* 1930, 442 (pour la *saisie-contrefaçon*); Civ. 3 nov. 1931, *D. H.* 1931, 556; Paris, 26 juill. 1919, *D. P.* 1920, 2, 104; Montpellier, 18 mars 1930, *S.* 1930, 2, 105, note Hémard, *D. P.* 1930, 2, 145, note Percerou), comme dans celui des *saisies conservatoires* (Req. 20 mai 1885, *D. P.* 1886, 1, 82; Civ. 19 juin 1893, *D. P.* 1894,

1, 215; Alger, 10 fév. 1937, *D. P.* 1938, 2, 6); ou dans une *demande en déclaration de faillite* (trib. com. Lyon, 3 fév. 1937, *D. H.* 1938, *Somm.* p. 12, col. 2); ou dans les *plaintes* et les *constitutions de partie civile* (L. 2 juill. 1931, modifiant l'art. 7C. d'instr. crim.; Crim. 23 mars 1933, *S.* 1934, 1, 358). Le système que notre jurisprudence et le législateur ont ainsi aménagé a une ampleur considérable; ce sont toutes les voies de droit, y compris le *droit de rétention* (trib. civ. Seine, 20 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 44; trib. cim. Bruxelles, 6 juin 1933, *Rev.* belge *ass. et respons.* 1936, n° 2203), dont l'utilisation doit avoir lieu de bonne foi et prudemment et dont on ne saurait mésuser sans engager sa responsabilité au délictuel;

3° Les *puissance, familiales ou autres.* — Nous avons eu l'occasion de constater que la *puissance paternelle*, jadis conçue dans l'intérêt du père de famille, est actuellement causée dans celui de l'enfant; ce sont tous ses attributs qui subissent, à l'occasion, l'épreuve de la théorie de l'abus; droit de *correction* (*sup.* t. I, n° 1095), droits de *garde*, de *surveillance* et d'*éducation* (t. I, n° 1012), droit de procéder à l'*émancipation de l'enfant* (t. I, n° 339 *bis*), de rétracter le consentement donné à son *mariage*, lorsqu'il est mineur (t. I, n° 738), d'administrer son patrimoine (Lyon, 5 fév. 1909, *Gaz. trib.*, 17 avril, *Rev. trim.* 1909, p. 672). La *puissance maritale*, aujourd'hui abolie en principe (l. 18 fév. 1938), appelait des observations similaires (t. I, n° 879; Req. 5 fév. 1900, *S.* 1901, 1, 17, note Naquet; 6 août 1907, *S.* 1908, 1, 165); il n'était pas jusqu'au droit, pour le mari, de demander l'annulation des actes que sa femme avait passés sans autorisation, qui ne comportât des frontières subjectives, tirées de la fonction de ce droit et du mobile qui inspirait le demandeur (Paris, 5 janv. 1904, sous Cass. 8 nov. 1905, *D. P.* 1905, 2, 249; *S.* 1907, 1, 145, note Hémard); sur le droit, pour le *directeur d'un asile d'aliénés*, de retenir les lettres écrites par un pensionnaire de l'établissement, v. Civ. 6 mai 1936 (*S.* 1937, 1, 217, note L. Hugueney).

4° *Les libertés individuelles et corporatives* trouvent, elles aussi, des limites dans le concept de l'abus : liberté de la *pensée*, liberté du *commerce* (v. M. Nast, *La conception française de la concurrence déloyale ou illicite*; de la Morandière, *De la concurrence déloyale en droit français*, 1936), droit de *coalition* : le droit de *grève* n'est point absolu; il ne peut être mis qu'au service d'intérêts professionnels qui en constituent le motif légitime; les ouvriers qui se coaliseraient dans un but de pure malignité, ou pour des raisons d'ordre politique, ou pour contrarier la défense nationale, engage-

raient leur responsabilité (Grenoble, 19 nov. 1920, *Gaz. Pal.* 21 janv. 1921; Comp. Civ. 22 juin 1892, *D. P.* 1892, 1, 449, conclusions du procureur général Ronjat); de même, des tiers ne peuvent intervenir légitimement au cours d'une grève que s'ils sont mus par les mobiles et s'ils poursuivent les buts permis aux intéressés eux-mêmes (Voy. les décisions *D. P.* 1897, 1, 537, note Dupuich). L'emploi du *titre d'avocat* est lui-même susceptible d'abus (Req. 29 juill. 1929, *D. H.* 1929, 441); comme le droit, pour un Conseil de l'Ordre, de refuser l'admission au stage d'un avocat (Dijon, 6 fév. 1934, *D. P.* 1934, 2, 17, note J. Appleton).

5° *Le droit des contrats* est également tributaire du concept de l'abus, et dans toute son étendue : qu'il s'agisse de la formation de la convention (v. *sup.* n° 49) ou de son exécution (V. pour le *bail d'immeubles*, *inf.* n^os^ 1230 et 1231; pour le contrat de *transport*, Civ. 7 mai 1902, *D. P.* 1904, 1, 276; pour certaines clauses de style insérées dans les polices d'assurance, Req. 12 juill. 1932, *S.* 1933, 1, 107) ou de sa dissolution (V. pour le *louage de services à durée déterminée*, Trib. civ. Seine, 23 fév. 1929, *D. H.* 1929, 295; pour le droit de repentir du propriétaire, en matière de *propriété commerciale* et pour le refus de renouvellement de bail, Rennes, 1^er^ juill. 1929, *S.* 1930, 2, 43), la notion du *motif légitime* fait son apparition. Notamment, le droit de *résiliation unilatérale* du louage de services à durée indéterminée engage la responsabilité de celui qui l'exerce sans justification, de façon malveillante ou téméraire (art. 1780, modifié par une loi du 27 déc. 1890 et modifié à nouveau, indirectement, par la loi du 19 juill. 1928). Il n'est pas jusqu'à l'*imputation des paiements* qui ne subisse le contrôle du concept de l'abus (*inf.* n° 875); et même le droit au silence comporte des limites subjectives : on peut commettre une faute en s'abstenant de parler ou d'écrire (R. Popesco-Ramniceano, *Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit*, *Rev. trim.* 1930, p. 999; et *sup.* n° 45).

Sur l'application de la théorie de l'abus au droit des *sociétés* : V. P. Pic, *Des sociétés commerciales*, Suppl. p. 42 et s; note *D. P.* 1936, 2, 121; Copper-Royer, *De la notion juridique d'abus du droit et de son application possible en matière de sociétés*, *Rev. spéc. des sociétés*, 1937, p. 1; J. Kreher, *La défense des obligataires*, 1938, n^os^ 137 et 218.

434. — Ce concept a donc une portée très large et quasi-universelle : en toute matière, notre législateur et la jurisprudence se refusent à admettre que, par un retournement

de la vérité, *les moyens puissent justifier la fin*; il ne suffit pas de se réclamer d'un droit pour prétendre, par cela même, à l'impunité et à l'irresponsabilité : le pavillon ne couvre pas la marchandise; les droits que nous confèrent les pouvoirs publics, c'est à nos risques que nous les exerçons (Civ. 23 juin 1930, *D. H.* 1930, 442), et sans garantie des pouvoirs publics; c'est sous notre responsabilité que nous les utilisons, responsabilité qui est mise en œuvre, à l'occasion, en vertu des articles 1382 et 1383.

435. Dérogations; droits absolus non causés. — Il existe, cependant, des droits absolus, abstraits de toute finalité, au moins en apparence, et non causés; leurs titulaires sont admis à les exercer en toute occasion, dans n'importe quel but, à tort et à travers, même malicieusement; on ne leur demande pas, on ne peut pas leur demander compte de leurs actes. Ce sont, en général, des droits soigneusement, étroitement réglementés : la précision des limites réglementaires rend moins dangereux l'absolutisme de telles prérogatives. Rentrent dans cette catégorie, le droit, pour les ascendants, de faire opposition au mariage de leurs descendants (art. 179, § 1); le droit, pour les femmes, de décliner la charge de la tutelle (art. 428, § 2); la faculté reconnue au propriétaire foncier de couper les branches et de trancher lui-même les racines des arbres du voisin qui avanceraient sur son propre fonds (art. 673); le droit, pour un copropriétaire, de demander le partage (art. 815, § 1). De tels droits — et l'énumération précédente est purement énonciative (V. pour une autorisation donnée contractuellement à titre précaire, par pure tolérance, Réq. 1er déc. 1936, *D. P.* 1937, 1, 47, rapport Castets) — sont des droits souverains, des droits amoraux qui, pour des raisons particulières et variables, sont détachés de toute cause apparente et peuvent être exercés impunément à toutes fins quelconques. Ils ne constituent qu'une catégorie tout à fait exceptionnelle.

Parfois, on est embarrassé pour ranger tel droit dans la catégorie des droits relatifs ou dans celle des droits absolus; la question s'est posée, par exemple, pour le droit d'acquérir *la mitoyenneté d'un mur* (Civ. 11 mai 1925, S. 1926, 1, 22) et pour le *droit de réponse* en matière de presse (Civ. 21 mai 1924, *D. P.* 1924, 1, 97, note L. Josserand; Crim. 2 fév. 1938, *D. H.* 1938, 245; 10 mars 1938, *D. H.* 1938, 341), dont la Cour de cassation a reconnu, par ces décisions, le caractère absolu. (V. cependant pour le droit de réponse, Crim. 28

avril 1932, *S.* 1932, 1, 234; 15 déc. 1934, *D. H.* 1935, 1, 27, note M. Nast; dans la première de ces décisions, la Chambre criminelle admet la possibilité d'un abus auquel elle se réfère formellement).

436. Objections adressées à la théorie de l'abus des droits. — Cette théorie a soulevé de nombreuses critiques, lors de son regain d'actualité et de son nouvel essor, voilà un tiers de siècle environ. On lui a reproché de reposer sur une contradiction et de prêter à l'arbitraire.

1° Sur le premier point, M. Planiol a fait entendre des objections pressantes : à son avis, ces deux mots « droit » et « abus » jurent d'être accouplés : « le droit cesse où l'abus commence et il ne peut pas y avoir *usage abusif* d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit* et *contraire au droit* » (Planiol et Ripert, t. II, n° 871); en conséquence, la formule « usage abusif des droits » constituerait une « logomachie ».

Cependant, cette contradiction et cette logomachie n'existent point; pour les faire se dissiper il suffit de se rappeler que le mot « droit » a deux sens très différents; tantôt il désigne l'ensemble de la règle sociale, la « juricité », et tantôt il s'applique à un droit subjectif, isolément envisagé. C'est dans cette seconde acception seulement, qu'il peut être question d'abus. Il y a Droit et droit; l'acte abusif est celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au Droit envisagé dans son ensemble; on peut avoir pour soi un droit déterminé, tel le droit de propriété, et avoir cependant contre soi *le Droit* tout entier; c'est à cette situation que correspondent l'adage *summum jus summa injuria* et la théorie de l'abus;

2° Il est vrai que cette théorie confère au juge des pouvoirs redoutables; on lui reproche de s'ériger en censeur. Mais la recherche des mobiles et de l'intention constitue la monnaie courante des débats et des décisions judiciaires; c'est constamment que le juge doit faire état de la bonne ou de la mauvaise foi, de la fraude, du dol; et d'ailleurs, pour l'application de l'article 1382, n'a-t-il pas à rechercher si une *faute* a été commise? Il ne fait pas autre chose lorsqu'il tranche le problème de l'abus d'un droit, puisque c'est en tant que faute délictuelle, tombant sous le coup des articles 1382 et 1383, que cet abus est retenu. La théorie de l'abus des droits n'est qu'une portion de la théorie bien plus ample de la responsabilité délictuelle, et c'est à celle-ci

que vont en réalité les objections qu'on lui adresse, ce qui revient à dire que ces objections ne prouvent rien parce qu'elles prouveraient beaucoup trop et jusqu'à l'absurde.

437. Droit comparé. — La théorie de l'abus a trouvé place dans tous les codes et projets de codes civils récents qui, afin d'en proclamer la suprématie, l'inscrivent généralement sur leur fronton. Aux termes de l'article 2 du Code civil *suisse* : « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi* »; et des auteurs proposent d'utiliser ce texte très général pour arriver à frapper de nullité les *mariages fictifs*, c'est-à-dire les unions qui ont été contractées dans un but contraire à l'esprit de l'institution et en fraude de la loi (V. Albert Richard, *Les mariages fictifs*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1937, p. 337). Dans la République des *Soviets*, le Code civil de 1923 s'ouvre par cette déclaration de principe : « *Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale* »; le Code des obligations du *Liban*, adopté en février 1932, donne, dans son article 124, une formule analogue (V. l'article de Choucri Cardahi, *Bull. Soc. lég. comp.* 1931, p. 629); comme le Code *polonais* des obligations qui s'en réfère également au but social des droits; aux termes de l'art. 135, le titulaire est responsable, non seulement s'il a agi méchamment ou maladroitement, mais encore s'il a « *excédé les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré* ». Comp. l'art. 94 du Code *marocain* des obligations et des contrats. Le Code civil de la République de *Chine* n'est pas moins catégorique lorsque, dans son article 148, il proclame que « *l'exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui* »; tandis que le Code civil *allemand* se réfère à la notion de l'abus dans les articles 138, 226 et 826; notamment, l'article 226 décide que « *l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui* ».

Le droit *musulman* est tout imprégné du concept de l'abus (Mahmoud Faty, *La théorie musulmane de l'abus des droits*, thèse, Lyon, 1913) qui a été accueillie dans les *Pays-Bas* (Paul Scholten, *L'influence du droit civil français sur le droit civil hollandais*, *Ann. de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, p. 177); quant au projet *franco-italien* d'un code des obligations, il comprend un article 74 qui, après avoir déclaré que toute faute qui cause un dom-

mage à autrui oblige celui qui l'a commise à le réparer, ajoute : « *doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré* ».

Seul, peut-être, le droit *anglais* est réfractaire à la notion de l'abus, à laquelle il a cependant dû faire d'importantes concessions (MARKOVITCH, *op. cit., sup.* n° 428, en note; WALTON, *op. cit., ibid.*).

438. Remarque sur la faute en général; contrôle de la Cour de cassation. — La question de savoir si une faute a été commise semble bien être une *question de fait* par excellence; cependant, lorsque cette faute consiste dans la transgression d'une obligation précise imposée par un règlement, le fait se mélange de droit et l'on comprend donc que la décision des juges du fond subisse alors le contrôle de la Cour de cassation. Mais cette haute juridiction ne s'en tient pas à cette formule et, depuis une vingtaine d'années, elle se reconnaît, en thèse générale, le pouvoir de contrôler si les faits de la cause, tels qu'ils ont été retenus par le juge, présentent bien les caractères juridiques de la faute délictuelle; sans doute, la *constatation* des faits matériels appartient toujours exclusivement au juge du fond, mais l'*appréciation*, l'*interprétation*, la *qualification* de ces faits sont susceptibles d'être revisées par la Cour suprême; on a signalé, dans sa jurisprudence, et fort exactement, un changement d'orientation qui s'est produit dans ce sens extensif de sa compétence (Civ. 13 janv. 1908, *S.* 1911, 1, 217, note APPERT; 21 avril 1913, *S.* 1914, 1, 5, note LYON-CAEN; 15 janv. 1929, *D. H.* 1929, 204; 17 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 339; 24 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 346; 17 nov. 1935, *S.* 1937, 1, 53. — V. Gabriel MARTY, *La distinction du fait et du droit*, 1929, p. 242). Le changement est d'autant plus important que la Cour de cassation se réserve de qualifier non seulement les faits mais aussi la faute qui s'en dégage et dont elle détermine la nature (faute *inexcusable* de l'art. 20 de la loi du 9 avril 1898; faute *lourde*, Civ. 16 mars 1936, *S.* 1936, 1, 205).

II. — *Le dommage*

H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, n^os^ 208 et suiv.; DEMOGUE, *op. cit.*, t. IV; Lucienne RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933.

439. Principes. — Pour que la responsabilité délictuelle

soit engagée, il faut qu'un dommage ait été causé, et que ce dommage soit *certain*.

1° Il faut qu'un dommage ait été causé, sinon il peut bien y avoir faute, mais il n'y a pas délit ou quasi-délit, il n'y a pas fait illicite : *sans intérêt pas d'action*. Cette première condition est énoncée par l'article 1382 dans sa partie liminaire; elle est rappelée par la Cour de cassation à toute occasion (Civ. 10 avril 1866, *D. P.* 1866, 1, 342; Req. 6 fév. 1894, *S.* 1894, 1, 309, *D. P.* 1894, 1, 192); *a*) elle l'a conduite à refuser à l'Etat, au cas d'accident mortel survenu, par la faute d'un tiers, à un fonctionnaire qui aurait eu droit à une pension de retraite, tout droit à indemnité à la charge de ce tiers, car la pension allouée à la veuve, si elle s'ouvre prématurément, est moins élevée que celle à laquelle la victime aurait pu prétendre normalement : ceci compense cela et l'Etat ne peut faire la preuve d'un dommage réellement subi (Civ. 10 nov. 1931, *D. P.* 1932, 1, 153, note H. Capitant, *S.* 1933, 1, 205; 29 juill. 1936, *motifs*, *D. H.* 1936, 490; 19 janv. 1937, *motifs*, *D. H.* 1937, 129).

b) Il résulte encore de là que l'*abus d'un droit* n'engage la responsabilité de celui qui le commet qu'autant qu'il en est résulté un dommage pour autrui : par exemple, le seul fait, pour un propriétaire foncier, de pratiquer des fouilles dans son terrain en vue de tarir la source d'autrui, demeure sans effet juridique aussi longtemps que le résultat cherché n'a pas été obtenu : la simple tentative n'est nullement assimilée à l'exécution. A cet égard, l'acte abusif s'oppose à l'acte accompli sans droit (acte illégal), lequel comporte des sanctions immédiates comme ayant rompu par lui-même l'équilibre juridique.

c) Si le dommage ne se produit que postérieurement à la faute commise, le droit à une réparation ne naît qu'au jour de la réalisation du préjudice (*inf.* n° 485);

d) La compétence territoriale du tribunal est déterminée, non par le lieu où la faute a été commise, mais par le lieu de la réalisation du dommage (*inf.* n° 465).

2° Il faut encore que le dommage soit *certain* : un préjudice *purement* éventuel ou hypothétique n'est pas pris en considération, par exemple le prétendu préjudice résultant, pour une personne, de la disparition accidentelle d'un bienfaiteur qui lui faisait de menus cadeaux, susceptibles d'être interrompus d'un jour à l'autre (Req. 2 fév. 1931, *D. H.* 1931, 113), ou encore le tort prétendu qui peut résulter, dans l'esprit d'acquéreurs ou de locataires éventuels d'une maison, de telle circonstance déterminée, par exemple du

stationnement de voitures de forains (Civ. 1er juin 1934, *D. H.* 1934, 377, *S.* 1935, 1, 88). Mais du moins n'est-il pas nécessaire que le préjudice soit actuel; le tribunal peut parfaitement prendre en considération un dommage *futur* dont la réalisation est certaine, à raison du développement d'une situation dès maintenant existante : dégâts causés à des récoltes en voie de maturité (Req. 19 mars 1883, *D. P.* 1884, 1, 56); affaissement d'un terrain qui doit s'accentuer et imposer, par la suite, la reconstruction d'une maison (Req. 29 mai 1850, cité par Sourdat, t. I, n° 683); dommage susceptible de se prolonger : il ne peut être question d'obliger la victime à se présenter périodiquement devant les tribunaux pour y formuler une demande en indemnisation du préjudice successivement réalisé (Req. 17 avril 1872, *D. P.* 1872, 1, 352; 5 juin 1882, *D. P.* 1883, 1, 291, *Ref.* XIII, 1, 748); dommage résultant de la disparition d'une personne qui faisait au demandeur des libéralités de nature à se renouveler constamment (Crim. 10 janv. 1929, *D. H.* 1929, 117); préjudice causé à des propriétaires fonciers par les travaux d'une entreprise de distribution ou de transport d'énergie électrique (Req. 1er juin 1932, *D. P.* 1932, 1, 102, rapport Pilon, *S.* 1933, 1, 49, note H. Mazeaud); trouble causé aux habitants d'une maison par le fonctionnement d'une scierie mécanique (Montpellier, 24 juill. 1933, *D. H.* 1933, 566). L'avenir est ainsi pris en considération dans la mesure où il est contenu en puissance dans le présent qui le postule fatalement.

440. Dommage direct et dommage indirect. — Il est de tradition et de jurisprudence civile constantes que le dommage appelle une réparation quand bien même il ne se rattacherait pas directement au fait fautif dont il ne serait qu'une répercussion plus ou moins lointaine pourvu que cette dernière soit établie; l'article 1382 ne permet pas de distinguer entre ces deux formes de préjudice (*Contra*, Lucienne Ripert, *op. cit.* n° 164); c'est ainsi que l'Etat, tenu de servir une pension à un militaire ou de faire face aux frais de traitement et de remplacement d'un agent accidenté, est fondé à se retourner contre l'auteur responsable de l'accident pour obtenir de lui la réparation du préjudice indirectement subi et représenté, au cas de service d'une pension, par la substitution d'une dette immédiatement exigible à une obligation simplement conditionnelle ou éventuelle (Civ. 7 mars 1911, *S.* 1911, 1, 545, note Ch. Lyon-Caen; 14 janv. 1924, *S.* 1924, 1, 160; 14 mars 1934, *D. P.*

1934, 1, 59, conclusions SENS-OLIVE, note SAVATIER; Req. 2 juill. 1935, *D. H.* 1935, 443. Comp. Paris, 16 mai 1928; 16 mai 1928, *S.* 1930, 2, 17, note P. ESMEIN), à supposer du moins que ce préjudice existe véritablement (V. Civ. 10 nov. 1931, précité, au n° 439); la même solution est donnée, dans des conditions analogues, pour les *communes* (Civ. 29 juill. 1936, *D. H.* 1936, 490; 19 janv. 1937, *D. H.* 1937, 129), pour une *Compagnie du gaz*, dont l'employé, blessé accidentellement, a dû être admis prématurément à la retraite (Civ. 22 juin 1936, *S.* 1936, 1, 333); de même, il appartient à une administration de chemins de fer d'intervenir dans l'instance engagée par un de ses employés, victime d'un accident, afin de se faire rembourser par l'auteur responsable du dommage les sommes qu'elle a dû verser à la victime en vertu du statut du personnel (Civ. 3 mai 1935, *D. H.* 1935, 443; comp. Civ. 23 déc. 1936, *S.* 1937, 1, 102); c'est ainsi encore que les propriétaires voisins d'un établissement renfermant un important dépôt d'essence de pétrole, peuvent réclamer à l'exploitant le remboursement des surprimes d'assurances motivées par ce voisinage indésirable et par l'absence des précautions qui auraient dû être prises (Req. 27 janv. 1931, *D. H.* 1931, 114); mais encore faut-il que le rapport de causalité entre le fait fautif et le dommage soit clairement établi (*inf.* n° 449).

Toutefois, sur cet important problème, un conflit existe entre les Chambres civiles, dont l'opinion vient d'être rapportée, et d'autre part la Chambre criminelle qui exclut la réparation du préjudice indirect (Crim. 26 nov. 1931, *D. P.* 1932, 1, 153, note H. CAPITANT; 4 mai 1933, *D. H.* 1933, 352; 30 oct. 1933, *D. H.* 1933, 589; 28 juill. 1933, *D. P.* 1934, 1, 50, note WALINE; 13 mars 1937, *D. H.* 1937, 336); sans doute la Chambre criminelle est-elle influencée par la thèse de *l'unité de la responsabilité* dont nous démontrons plus loin le mal-fondé (*inf.* n^{os} 484 et 485) et qui l'incline à appliquer à la responsabilité délictuelle la règle de l'indemnisation limitée au dommage direct que l'article 1151 formule pour la responsabilité issue des contrats (*inf.* n° 630); mais il est évident que, de toute façon, les deux statuts ne sauraient coïncider, et que l'acte illicite comporte d'autres sanctions que celles qui sont attachées à l'acte juridique, issu de la volonté concertée des parties (V. art. 1150 notamment), lesquelles peuvent être considérées comme ayant fixé tacitement les limites de leur responsabilité éventuelle au cas d'inexécution de leurs engagements; il est évident que cette considération serait hors de mise lorsqu'il s'agit de fixer l'étendue de la réparation due à un *tiers* par l'auteur d'un

acte *illicite*; une atténuation de la responsabilité par voie d'élimination de certains dommages, serait alors inexplicable; elle ne trouverait aucun point d'appui en logique comme en équité.

441. Dommage matériel et dommage moral. — Le dommage causé à la victime peut être de nature variable : on distingue le dommage *matériel* et le dommage *moral*, et chacune de ces catégories comporte elle-même une classification :

1° Le dommage *matériel* peut atteindre la victime : *a*) Dans son *patrimoine* : fouilles pratiquées en vue de tarir la source du voisin; dégradation, destruction d'immeubles ou d'objets mobiliers; *b*) dans sa *personne physique* : accident de locomotion, faute commise par un médecin ou par un chirurgien (Civ. 29 nov. 1920, *S.* 1921, 1, 119) ou par un pharmacien; communication d'une maladie contagieuse, notamment une maladie vénérienne (Rouen, 25 nov. 1905, *S.* 1906, 2, 31, *D. P.* 1906, 2, 55; Paris, 12 janv. 1904, *D. P.* 1904, 2, 157, note Leloir);

2° Le dommage *moral* [1] peut revêtir, lui aussi, deux aspects différents : une personne peut être atteinte soit dans son honneur, sa réputation, sa considération, en un mot dans son *patrimoine moral*, soit dans ses affections, comme si son conjoint ou son proche parent vient à périr dans un accident de locomotion. On s'accorde à reconnaître que l'intérêt ressortissant à la première catégorie, *l'intérêt moral*, est juridiquement protégé : la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, qui prévoit et qui réprime l'injure et la diffamation, ne permet point d'en douter. Mais des auteurs nient que le simple *intérêt d'affection* justifie une réparation d'ordre pécuniaire : la traduction en une somme d'argent du chagrin ressenti leur paraît irréalisable et paradoxal, faute d'une commune mesure entre les deux termes en présence; le *pretium doloris* ne saurait être fixé qu'arbitrairement et ne présenterait jamais un caractère vraiment *compensatoire*.

442. — Cependant, notre jurisprudence est bien établie en sens contraire : elle estime que l'intérêt d'affection,

[1] Sur le dommage moral, voy. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*; Ripert, *La règle morale*, nos 181 et suiv.; Ganot, *La réparation du préjudice moral*, thèse, Paris, 1924; Maurice Dubois, *Pretium doloris*, thèse, Lyon, 1935; L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 906 et suiv.; G. Marty, note *S.* 1931, 1, 145.

comme l'intérêt moral proprement dit, peut revêtir l'aspect d'un droit et justifier une réparation pécuniaire (V. le rapport de M. le conseiller Pilon, cité *infra* et les thèses précitées de Dorville et Maurice Dubois) : les articles 1382 et 1383 sont conçus très largement; ils ne distinguent pas selon la nature du dommage causé à autrui; si les dommages-intérêts réclamés par les proches de la victime d'un accident ne sont pas l'exacte représentation du préjudice souffert, du moins ils en sont la contre-partie approchée : s'ils ne sont pas compensatoires, ils sont *satisfactoires*, ils représentent le prix de la douleur, *Schmerzengeld* (Crim. 15 déc. 1923, *D. P.* 1924, 1, 69; Aix, 6 mai 1872, *D. P.* 1873, 2, 57; Alger, 23 mai 1892, *S.* 1894, 2, 62; Nancy, 21 mars 1896, *S.* 1896, 2, 235; Trib. civ. Toulouse, 17 avril 1902, *S.* 1905, 2, 81, note P. Lacoste), ou, si l'on veut et pour employer la formule du Conseil d'Etat, « le trouble causé dans la famille » (C. d'Et. 19 janv. 1934, *S.* 1934, 3, 24); on n'exige même pas que le plaignant soit un parent en ligne directe de la victime; un collatéral, une fiancée, un fiancé (Colmar, 8 déc. 1934, *S.* 1935, 2, 172), voire une filleule, pourront obtenir des dommages-intérêts à raison de la douleur causée par la disparition accidentelle et prématurée de la victime (Crim. arrêt précité, 15 déc. 1923; Douai, 2 mars 1926; *Rec. Somm.* 1926, n° 2262; C. d'assises de la Dordogne, 24 mai 1930, *D. P.* 1930, 2, 133, *S.* 1931, 2, 71; Paris, 10 fév. 1933, *D. H.* 933, 290; Caen, 4 juill. 1935, *D. H.* 1935, 514), ou par les blessures qu'elle a reçues (Colmar, arrêt précité).

Du moins exige-t-on que l'intérêt d'affection se justifie par un lien de parenté, d'alliance, de fiançailles ou de parrainage; entre personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre, par exemple entre une fille naturelle et la mère du père de celle-ci, il n'existe pas de lien motivant le « *pretium doloris* » (Req. 2 fév. 1931, *D. P.* 1931, 1, 38, avec le rapport de M. Pilon; V. cependant Crim. 8 juill. 1936, *D. H.* 1936, 525) : il ne faut pas laisser « sans raison et sans limite, monnayer la douleur » (rapport précité) ; et c'est seulement « dans le cadre de la famille que la jurisprudence a traité l'intérêt d'affection comme conférant un droit » (même rapport). Aussi la *concubine* n'est-elle pas fondée à réclamer la réparation du préjudice, moral ou matériel, que lui a causé la mort de l'homme avec qui elle vivait maritalement (*sup.* n° 424).

443. — Il est à remarquer que, lorsqu'une personne entreprend sur le droit d'une autre, elle porte parfois atteinte à

sa *personnalité* même dont l'un des attributs se trouve entamé; en conséquence, la responsabilité de l'agent est engagée, indépendamment de tout dommage matériel établi : si un individu fait acte de maître sur le sol qui m'appartient, s'il y élève des constructions ou des plantations ou s'il y fait passer des voitures, je puis utiliser l'article 1382, encore que l'acte en cause ne m'ait nullement préjudicié; cet acte est illicite en lui-même, intrinsèquement; il est accompli sans droit; sa gravité dépasse celle de l'acte simplement abusif qui est intervenu en vertu d'un droit; une simple « atteinte au droit de possession » suffit à justifier une condamnation à des dommages-intérêts (Req. 6 mars 1934, *D. H.* 1934, 202).

444. Question du cumul. — Il arrive que la victime d'un dommage se fût assurée contre sa réalisation : c'est, par exemple, la victime d'une accident d'automobile qui bénéficie d'une assurance contractée par elle-même ou par l'auteur responsable de l'accident : va-t-elle pouvoir cumuler et l'indemnité de responsabilité prévue par les articles 1382 et 1383 et l'indemnité d'assurance basée sur la police? Un problème du même genre se pose lorsque la victime était un fonctionnaire, civil ou militaire : va-t-elle pouvoir cumuler l'indemnité délictuelle avec la pension que lui sert ou qui est servie à ses ayants droit par l'Etat, le département ou la commune?

On voit l'objection que soulève un tel cumul : l'article 1382 exige qu'un dommage ait été subi; or, si la victime a déjà été indemnisée par l'assureur ou par l'Etat, le dommage a disparu; la responsabilité délictuelle n'a donc plus de fondement; il ne faut pas que la victime touche des deux mains : *non bis in idem*.

Seulement, cette objection ne porte que si la victime a été complètement indemnisée par l'assureur ou par l'Etat : dans le cas contraire, elle conserve certainement le droit, que tout le monde lui reconnaît, d'agir pour le solde contre l'auteur de l'accident.

Supposons donc que l'indemnité versée par l'assureur ou par l'Etat ait suffi à couvrir complètement la victime du dommage éprouvé : c'est alors seulement que se pose vraiment la question et qu'intervient l'objection tirée de la disparition du dommage; sans dommage, pas de dommages-intérêts; le fonctionnement de l'assurance a suffi à rétablir la situation.

Cependant, il faut bien observer que les indemnités d'assurance et les indemnités de responsabilité ne font nullement

double emploi et qu'elles diffèrent tant par leur origine (l'une étant contractuelle, alors que l'autre est délictuelle), que par leur objectif (ici, couverture d'un risque réalisé, là réparation d'un préjudice subi). Les principes généraux du droit laissent subsister l'incertitude (V. pour la *Belgique*, l'article de M. J. Goedseels, *Du cumul des indemnités-accident et des indemnités-assurances*, dans la *Rev. gén. des Ass. et des Respons.* 1931, p. 850).

445. — Mais, dans notre droit positif français, et d'après la loi du 13 juill. 1930 sur le contrat d'assurance, les solutions suivantes sont à considérer comme à peu près certaines.

1° Au cas *d'assurance*, il faut distinguer entre l'assurance de choses et l'assurance de personnes;

a) S'il s'agit d'une *assurance de choses*, l'assureur qui a versé à son client l'indemnité d'assurance est subrogé légalement, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers responsable (l. 13 juill. 1930, art. 36 § 1; *inf.* n° 1380*o*): il en résulte que la question du cumul se résout contre la victime qui, dépouillée de ses actions contre l'auteur responsable, se trouve désarmée;

b) Dans l'*assurance de personnes*, il en va autrement : la subrogation ne se réalise pas et ne peut pas se réaliser au profit de l'assureur (art. 55 de la loi; *inf.* n° 1380*p*). La victime conserve donc ses actions contre l'assuré (à moins qu'elle n'y ait renoncé à l'avance par une clause de cession d'actions insérée dans la police), et le cumul ne rencontre donc pas d'obstacle, ce qui se comprend d'autant mieux que l'assurance de personnes, à la différence de l'assurance de choses, n'est pas un contrat d'indemnité (*inf.* n° 1380*p*).

2° Quant aux *pensions* servies par l'Etat, les départements et les communes, la jurisprudence n'admet pas leur cumul avec une indemnité de responsabilité (Civ. 14 mai 1923, Req. 6 nov. 1923, *S.* 1925, 1, 9, note M. Hauriou, *D. P.* 1923, 1, 127; Civ. 2 et 7 janv. 1924, *D. H.* 1924, 106).

446. Question du recours. — Lorsqu'un assureur a dû fournir à son client, victime d'un dommage, l'indemnité stipulée, on se demande s'il lui est loisible d'exercer un recours contre l'auteur responsable de ce dommage, et par exemple d'un accident, en basant à son tour sa demande sur les articles 1382 et 1383; n'a-t-il pas, en effet, subi à son tour un dommage, indirect sans doute et par voie de répercussion, mais très réel? Et la même question se pose pour

l'Etat ou l'administration qui a dû servir à son fonctionnaire une indemnité sous une forme quelconque.

Ici encore, des distinctions sont à établir :

1° *Au cas d'assurance*, on distingue à nouveau entre les deux types de contrat :

a) Dans l'*assurance de choses*, l'assureur qui a versé l'indemnité d'assurance est particulièrement bien traité. 1. D'une part, il bénéficie de la subrogation légale de tous les droits de la victime contre l'auteur responsable du dommage (L. 13 juill. 1930, art. 36, § 1) au moins jusqu'à concurrence de ses débours (*inf.* n° 1380*o*); 2. D'autre part, la jurisprudence lui a toujours reconnu une action directe basée sur les art. 1382 et 1383 C. civ. (Civ. 22 déc. 1852, *D. P.* 1853, 1, 93; Paris, 10 juill. 1893, *D. P.* 1894, 2, 105);

b) Dans l'*assurance de personnes*, la loi de 1930 (art. 55), exclut toute possibilité de subrogation; et, d'autre part, conformément à une jurisprudence qui s'était formée antérieurement et qui se maintiendra sans doute, l'assureur est dépourvu de toute action personnelle contre le tiers responsable (Civ. 6 janv. 1914, *D. P.* 1818, 1, 57, note Duguich; Amiens, 4 déc. 1902, *D. P.* 1903, 2, 313, note Hittier; Montpellier, 9 janv. 1905, *D. P.* 1906, 2, 185);

2° Quant à l'*Etat*, aux *départements*, aux *communes*, aux *administrations de chemins de fer*, aux *compagnies concessionnaires d'un service public*, tenus à servir une pension au fonctionnaire ou à l'employé, victime d'un accident, la jurisprudence leur permet de recourir directement contre l'auteur responsable, dans la mesure du préjudice que l'accident leur a causé *en rendant plus onéreuses pour eux les obligations mises à leur charge par les règlements qui régissent leurs rapports avec leur personnel* (Civ. 23 déc. 1936, *S.* 1937, 1, 102; *sup.* n^{os} 439 et 440).

447. Remarque. — La question de savoir si un dommage a été ou non causé, qui appelle une réparation, est une question de *pur fait*, qui est tranchée souverainement par les juges du fond et qui échappe entièrement au contrôle de la Cour de cassation. (Crim. 28 fév. 1930, *S.* 1931, 1, 145, note Marty).

III

Rapport de causalité entre la faute et le dommage

448. Principe. — Il ne suffit pas que le tribunal relève l'existence d'une faute et celle d'un dommage; il doit encore

affirmer que celui-ci est le résultat de celle-là; en l'absence de cette constatation, sa décision encourt la censure de la Cour de cassation (Civ. 14 mars 1892, *S.* 1892, 1, 523, *D. P.* 1892, 1, 343; 6 fév. 1894, *S.* 1894, 1, 309; 28 fév. 1912, *S.* 1913, 1, 129, et la note; Req. 29 oct. 1929, *S.* 1929, 1, 384; Paris, 5 déc. 1925, *S.* 1926, 2, 30) qui se reconnaît même parfois le pouvoir de contrôler l'appréciation des juges du fond sur ce point, et par exemple de discerner un rapport de causalité là où ceux-ci n'en avaient point trouvé (Civ. 7 août 1895, *S.* 1896, 1, 127; *contra*, Req. 10 janv. 1899, *S.* 1899, 1, 412; 15 avril 1908, *S.* 1910, 1, 97, note CHARMONT).

449. Conséquences de cette exigence. — 1° *Restriction du domaine de la responsabilité.* — Cette première conséquence ne saurait mieux être mise en lumière que par des exemples : un chirurgien a commis une faute certaine en pratiquant une opération sans l'assistance d'un aide; cependant, sa responsabilité n'entre pas en jeu s'il est établi que cette faute n'a joué aucun rôle dans l'accident survenu à l'opéré (Req. 31 oct. 1933, *S.* 1934, 1, 11); une collision s'étant produite entre deux bateaux, alors que l'un d'eux se trouvait en rupture de règlement, la responsabilité du contrevenant ne sera pas par là-même engagée s'il est prouvé que l'accident n'est pas imputable à la contravention commise (Req. 9 nov. 1936, *S.* 1936, 1, 376).

2° *Limitation pratique de la règle d'après laquelle le dommage indirect est lui-même pris en considération.* — La nécessité d'un rapport de cause à effet entre la faute et le dommage vient limiter la portée de la règle qui veut qu'il soit fait état, en matière délictuelle, des dommages même indirects (*sup.* n° 440) : plus le dommage est éloigné du fait fautif et plus il est malaisé de le rattacher à lui; le moment arrive assez vite où on doit s'arrêter dans cette recherche des conséquences dommageables dont la cause première devient impossible à discerner avec certitude; et alors s'arrête cette cascade de responsabilités qui ne saurait, sans arbitraire et sans injustice, se prolonger à l'infini; c'est ainsi qu'un père dont le fils a été victime d'un accident mortel, ne saurait faire état, dans le calcul de l'indemnité à laquelle il prétend, des dépenses qu'il avait exposées pour la nourriture, l'entretien et l'éducation de cet enfant, en exécution d'obligations légales ou naturelles (Paris, 26 janv. 1934, *D. H.* 1934, 186).

3° Mais surtout, l'exigence du rapport de causalité conduit à écarter la responsabilité délictuelle lorsque le dommage est imputable soit à la *victime*, soit à un cas de *force*

majeure y compris le *fait d'un tiers*, en un mot s'il a une *cause étrangère au débiteur*. (V. Soliman Morcos, *Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile*, préface de L. Mazeaud, Le Caire, 1936; Deschizeaux, *De l'influence du fait de la victime sur la responsabilité civile délictuelle*, thèse, Grenoble, 1934.)

450. La faute de la victime. — Il arrive que le défendeur au procès en indemnité délictuelle soit à même de prouver que le dommage provient, totalement ou en partie, de la faute de son adversaire, la victime : alors disparaît, complètement ou partiellement, le rapport de causalité, en sorte que la responsabilité du défendeur est écartée ou atténuée :

1° Elle est *écartée* dans l'éventualité assez rare où la faute de la victime est telle qu'elle absorbe pour ainsi dire celle de son adversaire (Req. 16 janv. 1928, *S.* 1928, 1, 180; Amiens, 20 juin 1933, *D. H.* 1933, 563; Besançon, 29 oct. 1934, *S.* 1935, 2, 48);

2° Mais elle est simplement atténuée si, comme il advient fréquemment, les deux fautes ont coucouru à la production du dommage; le juge procède alors à un *partage de responsabilité* sous la forme d'une modération des dommages-intérêts alloués à la victime. L'opinion d'après laquelle la moindre faute de celle-ci suffirait à éliminer la responsabilité de son contradicteur, opinion qui a parfois été consacrée judiciairement (Douai, 14 déc. 1846, *S.* 1848, 2, 542; Lyon, 17 janv. 1844, *S.* 1844, 2, 410), est complètement abandonnée : l'effet ne doit pas dépasser la cause et la concurrence des fautes détermine non un déplacement de la responsabilité, mais seulement sa modération; à chacun selon la part prise dans le dommage. (*Sic*, Req. 11 nov. 1896, *D. P.* 1897, 1, 315; Civ. 22 avril 1902, *D. P.* 1904, 1, 358; 31 juill. 1912, *S.* 1913, 1, 16; Crim. 22 oct. 1925, *D. H.* 1925, 591; 10 mars 1933, *D. H.* 1933, 238; Civ. 16 juin 1936, *D. H.* 1936, 427, *S.* 1936, 1, 321).

Ce partage de responsabilité a, pour les juges du fond, un caractère obligatoire; un tribunal ne pourrait pas, ayant constaté que des fautes, commises de part et d'autre, ont contribué à la réalisation du dommage, faire supporter la responsabilité intégrale à l'un des plaideurs, pas plus qu'il ne lui serait loisible de refuser en ce cas toute indemnité à la victime (Civ. 24 juill. 1918, *S.* 1920, 1, 359; 11 mai 1936, *S.* 1936, 1, 244).

3° La responsabilité du défendeur subsiste tout entière

si la faute de la victime n'est pour rien dans la survenance du dommage (*sup.* n° 449).

451. Le cas de force majeure. — La responsabilité de l'auteur apparent du dommage est encore écartée — et non plus seulement atténuée — lorsque le dommage est en réalité imputable à un *fait étranger à la personne du défendeur*, c'est-à-dire à un *cas de force majeure*. Car il faut entendre par là la cause extérieure au prétendu responsable, par exemple à telle entreprise; la force qui a fait irruption du dehors dans le cercle des deux adversaires, aujourd'hui demandeur et défendeur au procès. Par ce caractère d'extériorité, le cas de force majeure s'oppose, non seulement, ce qui est de toute évidence, à la faute, mais aussi au *cas fortuit*, c'est-à-dire à l'événement anonyme qui se produit à l'intérieur de l'entreprise, d'une façon plus générale, à l'intérieur du cercle obligatoire, et notamment il s'oppose à l'accident professionnel. La force majeure sera constituée par la tempête, la brume (Paris, 27 mars 1934, *D. H.* 1934, 289), l'inondation, une trombe d'eau, des pluies diluviennes et persistantes (Req. 28 nov. 1935, *S.* 1935, 1, 105), l'état de guerre, l'invasion, le brigandage, la révolution, l'émeute, le *fait du prince* (c'est-à-dire l'ordre de l'autorité légitime), et aussi le *fait des tiers*, comme si un véhicule se jette sur un autre et blesse ou tue les occupants de celui-ci (Paris, 2 mars 1894, *D. P.* 1897, 2, 515; Civ. 31 juill. 1905, *S.* 1909, 1, 143; 9 janv. 1929, *D. H.* 1929, 114; Req. 1er août 1929, *D. P.* 1930, 1, 25, note L. Josserand; 24 juill. 1930, *D. H.* 1930, 508, *S.* 1930, 1, 368).

Au contraire, constitueront des *cas fortuits* et n'auront donc pas de valeur exonératoire : l'incendie (Req. 6 janv. 1892, *S.* 1892, 1, 316, *D. P.* 1892, 1, 356; 9 juill. 1934, *S.* 1934, 1, 351); l'éclatement d'une chaudière, la rupture d'une bielle et, d'une façon plus générale les avaries de matériel; la rupture d'un bandage pneumatique (Chambéry, 26 oct. 1926, *D. H.* 1927, 26; Limoges, 23 nov. 1927, *Rec. Somm.* 1928, n° 586; Paris, 18 juill. 1930, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, p. 67); le gel (Req. 26 juill. 1934, *D. H.* 1934, 458); la menace, pour le conducteur d'une automobile, d'une piqûre de guêpe (Crim. 27 mars 1936, *D. H.* 1936, 253); le dérapage (Req. 2 mars 1927, *D. P.* 1927, 1, 121, note L. Mazeaud; Angers, 29 mars 1927, *D. H.* 1927, 310; Paris, 14 mars 1930, *D. P.* 1930, 2, 115, note A. Besson). Ce sont là autant de cas douteux, d'événements anonymes qui ne sont pas par eux-mêmes exonératoires.

452. Précisions. — L'opposition établie entre le cas de force majeure et le cas fortuit, entre l'événement de provenance externe et l'événement interne, et qui est parfois d'une application fort délicate (pour le *vol d'une automobile*, auquel la Chambre civile a dénié, l'envisageant en lui-même et abstraction faite « d'autres circonstances », le caractère d'un cas de force majeure libératoire pour le propriétaire, v. *inf.* n° 547), ne doit d'ailleurs pas être exagérée :

1° D'une part, le cas de force majeure peut être mélangé de faute et il perd alors sa valeur exonératoire; la responsabilité revit (Req. 25 fév. 1929, *S.* 1930, 1, 8); c'est seulement si l'événement survenu a constitué un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation, que l'inexécution cesse d'engager la responsabilité du débiteur; cette responsabilité subsiste lorsque l'exécution eût été possible, fût-ce à des conditions plus onéreuses, pour le débiteur, que celles qui avaient pu être envisagées lors de la conclusion du contrat; la thèse de *l'imprévision* n'est point admise par la jurisprudence judiciaire (*sup.* n° 404; v. pour le fait du prince, Req. 27 déc. 1937, *S.* 1938, 1, 52); mais la preuve de la faute incombe à celui qui en invoque l'existence;

2° D'autre part, le cas fortuit devient cas de force majeure si le défendeur est en mesure de prouver qu'il a été déterminé par un événement extérieur, par exemple que l'incendie a été allumé par le feu du ciel ou par une main criminelle dont il n'a pas à répondre.

453. Justification de la distinction du cas de force majeure et du cas fortuit. — La confusion de ces deux notions est couramment commise ou admise par nombre d'auteurs et dans quantité de décisions judiciaires où les deux formules « cas de force majeure » et « cas fortuits » sont prises indifféremment l'une pour l'autre et considérées comme interchangeables, en sorte que leur accouplement, qui est devenu de style, constitue un simple pléonasme. Cependant, on trouve dans les textes législatifs les éléments d'une terminologie plus rigoureuse : dans l'article 1773 qui oppose les « cas fortuits ordinaires » aux cas « fortuits extraordinaires », tels que les ravages de la guerre ou une inondation exceptionnelle; dans l'article 1954 qui fait cesser la responsabilité de l'hôtelier, lorsque le vol commis dans son établissement est fait « avec force armée ou *autre force majeure* »; dans la loi du 4 juin 1859 qui dispose, dans son article 3, que l'Administration des Postes est responsable des valeurs déclarées « sauf le cas de perte par force ma-

jeure... », alors qu'il résulte des travaux préparatoires que l'on a voulu viser par ces mots les vols pratiqués à main armée, à l'exclusion des vols ordinaires, simples cas fortuits. Enfin, il est à remarquer que la loi du 19 juillet 1928, qui a modifié l'article 23 du livre I du Code du travail et de la prévoyance sociale, ne vise comme étant de nature à libérer l'entrepreneur de l'observation du délai-congé, que la cessation de l'entreprise par cas de *force majeure*, sans faire allusion aux événements d'ordre professionnel, se produisant à l'intérieur de l'entreprise; tandis que la loi du 13 juill. 1930, *relative au contrat d'assurance*, ne laisse à la charge de l'assureur que les cas fortuits (et aussi les fautes de l'assuré ou des personnes dont il doit répondre), à l'exclusion des cas de force majeure : guerre, étrangère ou civile, émeutes, éruptions volcaniques, séismes, etc. (art. 12, 34 § 1, 45; *inf.* n° 1380*g*). La législation récente est donc favorable à la différenciation du cas fortuit d'avec le cas de force majeure. (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd. nos 568 et suiv.; *Cas de force majeure et cas fortuit*, *Rev.* belge *des assurances et des responsabilités*, 1930, n° 542; M. Chauveau, *Examen synthétique des questions de responsabilité civile*, n° 30, *Rev. crit.* 1933; Bourgoin, thèse, Lyon, 1902).

454. Cas exceptionnel : locomotion aérienne. — Il est une responsabilité tellement impérieuse qu'elle résiste à la force majeure elle-même : aux termes de l'article 53 de la loi du 31 mai 1924, l'exploitant d'un *aéronef* est responsable *de plein droit* des dommages causés à la *surface* (personnes ou choses), et cette responsabilité ne disparaît que devant la preuve de la *faute* de la victime; le texte ne mentionne pas la force majeure comme circonstance exonératoire, et il ressort des travaux préparatoires qu'on a entendu la laisser à la charge du navigateur.

IV

La capacité délictuelle [1]

455. Généralités. — La capacité délictuelle est plus ample que la capacité contractuelle; il y a de cela deux raisons :

1° Il n'est pas besoin d'un développement complet des facultés intellectuelles pour discerner le bien du mal, l'acte

[1] V. H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. I, nos 446 et suiv. ; Néagu, *La responsabilité civile extra-contractuelle de l'aliéné*, thèse, Paris, 1927.

injustement dommageable de l'acte licite, tandis que la pratique de la vie juridique, des « affaires », exige une parfaite maturité d'esprit. Tel individu serait incapable de prendre part à l'élaboration d'un acte de société, de partage, de vente d'immeuble, qui sait pertinemment qu'il n'est pas permis de briser les glaces du voisin ou de le lapider;

2° L'incapacité délictuelle a ceci de grave qu'elle prive, en général, la victime de toute indemnisation; car le concept de la représentation est ici souvent inutilisable; si une personne ne répond pas de ses délits, nul, en *thèse générale*, n'en répondra pour elle. La victime sera donc sacrifiée, et cette solution est d'autant plus dure que cette victime n'a pas choisi son contradicteur et qu'il n'a pas dépendu d'elle que le dommage ne fût pas causé, par exemple que sa voiture ne fût pas accrochée par celle d'autrui : *on choisit ses débiteurs contractuels, non ses débiteurs délictuels.*

456. Principe. — Aussi la loi se contente-t-elle, en matière de responsabilité délictuelle, du *discernement* chez l'auteur du fait dommageable; du moment qu'il a pu discerner le sens et la portée de son acte, il répond des conséquences de cet acte, encore qu'il ne soit pas investi de la capacité de droit commun, qu'il ne soit pas majeur et maître de ses droits. Ainsi faut-il décider pour le *mineur, même non émancipé* (art. 1310), que la loi déclare *non restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit*; pour la *femme dotale* et au regard de sa dot (*inf.* t. III, n° 634); pour l'*aliéné*, dans ses moments de lucidité, alors même qu'il serait en état d'*interdiction* (l'article 502 qui frappe de nullité les « actes » de l'interdit, ne vise évidemment que les actes juridiques); pour le *prodigue*; pour le condamné en état d'*interdiction légale* : autant de personnes qui, dépourvues, complètement ou en partie, de la capacité contractuelle, possèdent, non dans leur intérêt mais dans celui des tiers, de la société, la pleine capacité délictuelle.

457. Personnes privées de discernement. — Du moins, cette capacité est-elle refusée aux personnes qui, dépourvues de discernement, ne sont pas à même de comprendre le sens et la portée de leurs actes; ceux-ci ne sont pas, à vrai dire, les produits de leur volonté; or, la volonté est à la base de toutes les obligations non légales, fussent-elles d'origine délictuelle ou quasi-délictuelle. En conséquence, les *enfants*, les *aliénés* alors qu'ils sont sous le coup de la démence (la démence survenue postérieurement à

l'acte ne détruit nullement la responsabilité de son auteur : Montpellier, 29 déc. 1927, *Gaz. Pal.* 1928, 1, 437), bénéficient, en droit civil comme devant la loi pénale, d'une complète irresponsabilité : nul engagement ne peut résulter, à leur passif, des actes dommageables qu'ils auraient commis. (V. pour les *aliénés*, Req. 14 mai 1866, *D. H.* 1867, 1, 296; 21 oct. 1901, *S.* 1902, 1, 32, *D. P.* 1901, 1, 524, rapport Letellier; Lyon, 31 déc. 1904, sous cass. *D. P.* 1907, 1, 315; pour les *mineurs* dépourvus de discernement, Aix, 19 juin 1877, *D. P.* 1879, 5, 365; Nancy, 26 mai 1888, *motifs*, sous cass. *D. P.* 1890, 1, 145; *Ref.* XVI, 1, 291, note Labbé, notamment p. 292, col. 2).

L'opinion contraire, soutenue par MM. H. et L. Mazeaud, qui sont cependant des tenants convaincus de la faute et de la conception subjective de la responsabilité (*op. cit.* t. I, nos 447 et suiv.; Comp. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, t. II, n° 878 et Néagu, *La responsabilité civile extra-contractuelle de l'aliéné*, thèse, Paris, 1927) et d'après laquelle les individus complètement privés de raison répondraient néanmoins des dommages causés aux tiers par leurs délits ou leurs quasi-délits, se fonde notamment sur la généralité des termes de l'article 1310 qui ne subordonne pas la capacité délictuelle du mineur à une condition d'âge, de discernement, et aussi sur cette remarque que la faute civile s'apprécie, non pas de façon concrète, individuelle, mais bien *in abstracto*; on s'accorde à faire supporter à un individu les conséquences de sa maladresse : dès lors, pourquoi ne pas lui faire endosser celles de sa démence, de son gâtisme? Cette argumentation nous paraît assez faible : que l'article 1310 ne vise que le mineur doué de discernement, c'est ce qui ressort de toutes les dispositions qui l'encadrent et qui visent soit le mineur commerçant (art. 1308), soit le mineur qui s'est marié (art. 1309), soit le mineur qui avait souscrit un engagement (art. 1311); tous ces textes se réfèrent à la condition juridique du mineur qui n'est plus un enfant et qui est doué de raison; il doit en aller de même de l'article 1310 qui fait partie intégrante de la série et qui se meut évidemment dans le même climat. Quant à la considération tirée de l'appréciation *in abstracto* de la faute civile, elle ne résiste pas à cette constatation que notre système français de la responsabilité est basé, en principe, sur les idées de faute et d'imputabilité et qu'il présente ainsi un caractère subjectif très accusé; or, si l'on conçoit qu'on puisse faire grief à un maladroit de ne pas se défier de sa maladresse, de négliger de prendre des précautions pour sauve-

garder les intérêts des tiers, on ne saurait reprocher à un fou d'agir follement, ni à un enfant de se comporter puérilement. Au reste, la tradition en ce sens est certaine; Pothier affirmait catégoriquement, après avoir défini les délits et les quasi-délits, « qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage de la raison, qui en soient capables; car celles qui ne sont pas raisonnables, telles que sont les enfants et les insensés, ne sont capables ni de malignité, ni d'imprudence » (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 118; t. II, p. 57, dans l'édition BUGNET): il n'est pas croyable que les rédacteurs du code civil aient entendu *tacitement* et en dehors de toute disposition nouvelle, condamner une tradition aussi certaine. Dans ces conditions, on comprend que l'unanimité se soit faite en jurisprudence dans le sens de l'incapacité délictuelle et quasi-délictuelle des êtres privés de raison, et que cette solution reçoive l'approbation de la majorité des auteurs.

457*bis*. Tempéraments. — Le danger que fait courir aux tiers l'incapacité délictuelle des enfants et des fous n'est pas aussi pressant qu'on pourrait le penser; d'une part, il est fréquent que la responsabilité d'une autre personne vienne alors se substituer à celle de l'auteur du dommage, telle la responsabilité civile des père et mère de l'enfant mineur (*inf.* n^os^ 494 et suiv.), laquelle joue de plein droit, aux termes de l'article 1384; la Cour de cassation a même admis que le père d'un enfant *majeur* pouvait être déclaré responsable de ses actes lorsqu'il avait négligé de prendre les mesures que nécessitait son état (Req. 30 juill. 1906, *D. P.* 1907, 1, 315); d'autre part et surtout, la thèse jurisprudentielle de l'irresponsabilité de l'être privé de raison comporte une série de tempéraments et de mises au point.

1° Elle ne joue que pour la responsabilité d'ordre subjectif, basée sur l'idée de faute (art. 1382 et 1383); elle demeure étrangère aux formes de responsabilité objective et indirecte des articles 1384, 1385 et 1386 : par exemple, le propriétaire d'une maison sera responsable, en vertu de l'article 1386, des dommages causés par la ruine du bâtiment, encore qu'il fût un enfant ou un aliéné, de même qu'il endossera la responsabilité, en tant que commettant et aux termes de l'article 1384 § 5, des actes dommageables commis par le concierge de la maison, son préposé;

2° Les tribunaux se montrent assez sévères lorsqu'il s'agit de décider si l'auteur du dommage était ou non doué de discernement; la moindre lueur d'intelligence suffira à faire

trancher la question contre lui; c'est seulement s'il a accompli un acte purement machinal qu'il échappera à toute condamnation (Montpellier, 29 déc. 1927, *Gaz. Pal.* 1928, 1, 436; Demogue, *Obligations*, t. IV, n° 305; H. et L. Mazeaud, *op. cit.* t. I, n° 470);

3° Enfin, la jurisprudence admet que la responsabilité de l'insensé est engagée si la privation de ses facultés intellectuelles est le résultat d'une faute qu'il a commise, par exemple en se livrant à des excès de boissons; en principe, l'ivrogne répond des actes dommageables qu'il commet soit pendant l'état d'ivresse, soit durant une crise de folie provoquée par ses habitudes d'intempérance (H. et L. Mazeaud, t. I, n° 472; Rouen, 17 mars 1874, *D. P.* 1874, 2, 190; Aix, 1er mars 1899, *motifs*, sous Req. 21 oct. 1901, *D. P.* 1901, 1, 524, *S.* 1902, 1, 32; Caen, 9 nov. 1880, *D. P.* 1882, 2, 23; *Ref.* XIII, 2, 128; Paris, 14 mars 1935, *D. H.* 1935, 241).

458. Tendance législative contemporaine. — Comme nous l'avons noté, l'exclusion de la responsabilité délictuelle pour les individus dépourvus de raison s'explique surtout par le caractère *subjectif* de notre système de responsabilité en général; du moment que le délit s'analyse en une *faute dommageable*, en une sorte de péché juridique, il ne saurait être commis que par les personnes ayant la notion du bien et du mal; la responsabilité subjective est à base d'*imputabilité*; or, cette imputabilité n'existe pas chez l'enfant et chez l'aliéné.

A l'étranger, le mouvement législatif accuse une tendance différente et même opposée : contre la conception subjective se dresse la conception purement *objective*; à l'idée d'imputabilité s'oppose celle de *causalité*. On estime qu'autre chose est le point de vue pénal, qui doit être nécessairement subjectif, autre chose le point de vue civil qui tend à donner satisfaction à l'équité, à rétablir l'équilibre injustement rompu par un fait dommageable. Or, cet objectif ne permet pas de distinguer, d'après l'état mental, la personnalité de l'auteur du fait; il s'affirme et il doit être atteint en toute occurrence. Le commerçant dont la vitrine a été brisée par une pierre jetée, intentionnellement ou non, contre son magasin, a droit à une réparation dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'assaillant était ou non doué de discernement : sans doute, il ne pourra pas s'en prendre à la personne même de celui-ci, mais il s'adressera à ses biens, à son patrimoine; la créance délictuelle occupera, dans le patrimoine de la victime, la place du bien qui en était

sorti sans juste cause. Et ainsi tend à s'objectiver la théorie de la responsabilité délictuelle.

459. Droit comparé. — En *Allemagne*, l'article 829 du Code civil décide que l'incapable, qui vient à causer un préjudice injuste à autrui, doit réparer le dommage, au moins lorsque la réparation ne peut être obtenue d'un tiers chargé de la surveillance de l'incapable, et pourvu que cette sanction ne prive pas celui qu'elle atteint, des ressources nécessaires à son entretien. En *Suisse*, l'article 54 du Code des obligations décide que « si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne, même incapable de discernement, à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé »; et le Code civil des *Soviets*, dans son article 406, stipule que, « dans les cas où, d'après les articles 403-405, celui qui a causé le dommage n'est pas tenu à réparation, le tribunal peut cependant l'obliger à réparer ce dommage en tenant compte de sa situation de fortune et de celle de sa victime ». On trouve une disposition analogue dans le Code *polonais* des obligations de 1934 qui, après avoir posé le principe de l'incapacité de l'*infans* et du dément, admet cependant que l'auteur du dommage soit condamné à une réparation si personne n'est responsable pour lui et « s'il résulte des circonstances et surtout de l'état de fortune de la victime et de l'auteur du dommage qu'une telle réparation correspond aux exigences de l'équité » (art. 143). Cette notion de l'équité est également évoquée par le Code *libanais* des obligations (art. 122) et par la loi *belge* du 16 avril 1935 qui a ajouté à notre code civil un article 1386*bis* tendant à assurer la réparation des dommages causés par des fous ou des anormaux; le juge statuera en équité, en tenant compte des circonstances et de la situation des parties. C'est aussi le système que consacrerait le Code unifié des obligations *franco-italien* (art. 76) comme le projet de code *hongrois* (Ch. de Szladits, *Bull. Soc. lég. comp.* 1937, pp. 119 et s.); il s'affirme donc comme celui de l'avenir; s'il ne représente pas, en France, la *lex lata*, il annonce, dès maintenant, la *lex ferenda*.

460. Projets de réforme en France. — Une proposition de loi a été déposée tendant à modifier l'article 1382 qui comporterait un paragraphe complémentaire ainsi conçu : « Le dément sera responsable civilement du préjudice par lui causé »; cette proposition, adoptée par la Chambre des députés dans sa séance du 19 février 1902, n'a pas abouti.

461. Une nouvelle catégorie d'incapables de s'engager par leurs délits purement civils : *l'immunité conférée, vis-à-vis des tiers, aux membres de l'enseignement public.* — Une loi du 5 avril 1937 — loi d'exception — modifiant gravement l'économie de l'article 1384, décide que les membres de *l'enseignement public « ne pourront jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants »*, à l'occasion d'un fait dommageable commis soit par les élèves confiés à leur surveillance, soit au détriment de ces élèves : d'une part, la responsabilité de l'Etat est ici formellement substituée à celle de l'instituteur; d'autre part, celui-ci devient, au regard de la victime ou de ses représentants, intangible, inattaquable devant les tribunaux civils, irresponsable : c'est donc bien une véritable immunité dont bénéficient, depuis 1937, les membres de l'enseignement public qui ne répondent plus de leurs fautes, même caractérisées, même lourdes, envers leurs victimes et devant les juridictions de l'ordre civil, immunité comprise très largement par le législateur, puisqu'elle est accordée, non seulement pour le temps de la scolarité, mais aussi lorsque les élèves se trouvent en dehors de la scolarité *« et dans un but d'éducation morale ou physique, non interdit par les règlements »*, sous la surveillance des membres de l'enseignement public à qui ils ont été confiés (art. 1384, nouv. réd.).

Du moins la *responsabilité pénale* des instituteurs publics n'a-t-elle point été abolie par la loi de 1937; les membres de l'enseignement public continuent à répondre, devant les juridictions répressives, des crimes, des délits ou des contraventions qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions; et il semble bien que, dès lors, la victime ou ses représentants seraient admis à poursuivre, en pareil cas, la réparation du dommage causé, en se portant *parties civiles* : on n'imagine pas, en effet, une constitution de partie *civile* qui aurait un aboutissement *exclusivement pénal* et qui serait impuissante à postuler une condamnation à des dommages-intérêts; et d'ailleurs, c'est seulement devant les tribunaux civils que la loi de 1937 interdit de mettre en cause les instituteurs publics (*Sic*, H. Desbois, *D. H.* 1937, p. 54; Et. Perreau, *La loi du 5 avril 1937 et la responsabilité civile des membres de l'enseignement public*, *Rev. trim.* 1938, p. 1, spécialement p. 10).

D'autre part, l'Etat, substitué, comme responsable, à ses fonctionnaires de l'enseignement, en faveur desquels il joue, dans leurs rapports avec les tiers, le rôle d'écran impéné-

trable, est muni d'une action récursoire qu'il est admis à diriger contre eux « *conformément au droit commun* », c'est-à-dire à la condition d'établir qu'ils ont commis une faute déterminée : l'incapacité de s'engager délictuellement n'est ainsi accordée aux instituteurs publics, par la loi nouvelle, que vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des victimes, non à l'égard de l'Etat à qui ils doivent compte de leur conduite.

Malgré cette double limitation, l'incapacité délictuelle des instituteurs publics, avec l'irresponsabilité qu'elle leur assure, demeure un exemple caractéristique des mesures qui se rattachent, dans leur ensemble, à la constitution moderne d'un *droit de classe*. (V. L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, *D. H.* 1937, *Chr.* p. 1; J. Dabin, *Droit de classe et droit commun*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938, t. III, p. 66; J. Lhomme, *Le problème des classes*).

462. Les personnes morales. — La capacité délictuelle s'étend aux personnes morales comme aux personnes humaines; assez fréquemment, il arrive qu'un groupement, par exemple un syndicat, soit condamné à des dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il a causé injustement à autrui, notamment en commettant une diffamation (Paris, 25 mars 1908, *D. P.* 1910, 2, 185), ou bien en faisant congédier un ouvrier par son patron (Douai, 19 avril 1902, *S.* 1906, 2, 155); pour les délits commis au cours d'une grève, v. Civ. 9 avril 1921 (*S.* 1922, 1, 161, note Louis Hugueney).

§ II. — *LE PROCÈS EN RESPONSABILITÉ*

463. Enumération. — La mise en œuvre de la responsabilité s'effectue suivant des règles dont bon nombre intéressent la procédure plus que le droit civil, mais dont il est bon cependant de posséder quelque notion sommaire. Elles se réfèrent à la *compétence*; aux *personnes* des plaideurs (demandeur et défendeur); à la *preuve* et aux *sanctions*.

464. I. La compétence. — 1° *Ratione materiæ*, la compétence du litige (*compétence d'attribution*), appartient au tribunal de première instance ou à la justice de paix, suivant les circonstances, notamment d'après l'importance de l'intérêt en jeu. En outre, la demande en dommages-intérêts peut être formulée devant la juridiction répressive, accessoirement à l'action publique tendant à l'application de la peine, à supposer, bien entendu, que le même fait constitue à la fois une infraction à la loi pénale et un délit ou un quasi-délit civil.

Il y a lieu de noter que, dans l'opinion dominante, lorsqu'une commune ou un établissement public est actionné comme civilement responsable du fait de ses agents, c'est la juridiction administrative qui est seule compétente pour connaître du litige (V. les décisions citées *inf.* n° 509) ; mais, pour la réparation des dommages subis ou causés par les élèves des établissements d'enseignement public, l'action en responsabilité, dirigée contre l'Etat, doit être portée devant le tribunal civil ou devant la justice de paix (L. 5 avril 1937, art. 2, § 6).

465. — 2° *Ratione personae* (*compétence territoriale*). — D'après une loi du 26 novembre 1923 qui a modifié les articles 2 et 59 du Code de procédure, la victime du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi-délit, peut porter son action, à son choix, soit devant le tribunal du domicile du défendeur, conformément au droit commun (*actor sequitur forum rei*; Req. 29 avril 1929, *D. H.* 1929, 281), soit devant celui du lieu où le fait dommageable s'est produit, et on doit entendre par là, non le tribunal du lieu où la faute a été commise, mais celui du lieu où le dommage s'est réalisé (Req. 8 mars 1937, *S.* 1937, 1, 241, rapport Pilon, *D. H.* 1937, 217). De cette façon, le demandeur ne sera pas obligé d'aller plaider au loin, à l'autre extrémité de la France ou à l'étranger : le lieu de l'accident, par exemple d'un accident d'automobile, est attributif de compétence aussi bien que le domicile du défendeur. (Comp. pour les accidents causés par les *aéronefs*, l. 31 mai 1924, art. 56).

466. — Il arrive même que la compétence du juge du lieu du dommage revête un caractère exclusif et que celle du tribunal du défendeur se trouve ainsi complètement éliminée (V. pour les actions en *réparation des dommages causés aux récoltes par le gibier*, l. 24 juill. 1937, art. 1er § 2; et pour les actions dirigées contre l'Etat à l'occasion des dommages causés ou subis par des élèves d'établissements d'enseignement public, l. 5 avril 1937, art. 2, § 6).

467. II. **Personnalité des plaideurs.** — 1° La personnalité du *défendeur* est rarement sujette à difficulté; l'auteur du fait dommageable est connu; son identification est généralement aisée. (Sur le *délit de fuite*, v. la loi du 17 juil. 1908 et, pour la locomotion aérienne, la loi du 31 mai 1924, art. 72). Toutefois, il en va autrement lorsque le dommage est le résultat d'une coopération, consciente ou non; la détermination de la part de responsabilité de chacun des agents

soulève alors des difficultés dans lesquelles nous ne pouvons pas entrer. (Sur la *solidarité* des coauteurs d'un délit, v. *inf.* nos 783 et 785.) Nous signalons seulement qu'en cas de location d'un *aéronef*, la victime peut agir et contre le propriétaire et contre l'exploitant, solidairement responsables des dommages causés. (L. 31 mai 1924, art. 55, § 1).

468. — 2° Quant à la personnalité du *demandeur*, il faut distinguer selon que l'action est exercée par la victime, *directement*, ou selon qu'elle est intentée par d'autres personnes, *de son chef*.

a) *Action directe*. Le demandeur fait état d'un préjudice qu'il a éprouvé personnellement. Ce n'est pas à dire qu'il soit toujours la victime principale, immédiate, du fait illicite; des personnes appartenant à des catégories différentes sont qualifiées pour agir *proprio nomine* : ce sont les *héritiers* de la victime, par exemple d'un piéton renversé et tué par une automobile, à supposer qu'ils fassent la preuve d'un dommage *personnel*, matériel ou moral; ce sont aussi le *conjoint survivant* et les parents, légitimes ou naturels, et les alliés, *abstraction faite de toute vocation héréditaire* (Req. 10 avril 1922, *D. P.* 1923, 1, 52, note Lalou; 2 fév. 1931, *motifs*, *D. H.* 1931, 113; Paris, 16 nov. 1871, *D. P.* 872, 2, 62; trib. civ. Toulouse, 17 avril 1902, *S.* 1905, 2, 81, note Lacoste; v. pour une *sœur*, Paris, 10 fév. 1933, *D. H.* 1933, 290; pour un *beau-frère*, Crim. 31 oct. 1930, *S.* 1931, 1, 145, note Marty; ou encore une *fiancée*, Bruxelles, 14 nov. 1928, *S.* 1929, 4, 16; C. d'assises de la Dordogne, 24 mai 1930, *S.* 1931, 2, 71) ; ce sont enfin les étrangers eux-mêmes, mais à la condition d'établir la preuve d'un *dommage matériel* par eux éprouvé (pour le dommage moral, et, notamment, l'intérêt d'affection, v. *sup.* n° 441) : associé privé d'un collaborateur utile; patron qui perd un auxiliaire précieux (Trib. com. Seine, 19 août 1896; *Le Droit*, 13 sept.) ; ou encore, d'après la jurisprudence, l'Etat, la commune, l'administration, obligés de verser une pension à la veuve ou aux enfants de la victime (*sup.* n° 446) ; mais non pas la concubine qui ne saurait se réclamer d'aucun intérêt légitime, juridiquement protégé (*sup.* n° 424).

469. Remarque. — En ce qui concerne la proche famille de la victime (conjoint, descendants, ascendants), l'action directe peut revêtir une autre forme; la jurisprudence la fait dériver d'une stipulation par autrui tacite, venant se greffer sur le contrat de *transport de personnes* et renforçant l'obli-

gation de sécurité incombant au transporteur (*sup.* n^os^ 274 et 281).

470. b) *Action exercée du chef de la victime.* — 1. Les héritiers peuvent agir du chef de leur auteur, mais seulement dans le cas où l'action s'était d'abord fixée sur la tête de celui-ci, donc seulement si la mort n'a pas été instantanée, et uniquement à raison des *blessures* reçues, mais non pas du fait du décès. Dans cette dernière direction, l'action directe, basée sur un préjudice personnellement éprouvé, serait leur unique ressource si la jurisprudence n'utilisait pas, en matière de *transport de personnes*, par un procédé aussi ingénieux que discutable et comme nous venons de le noter, la disposition de l'article 1121, en imaginant que le voyageur avait tacitement stipulé au profit de son conjoint et de ses descendants ou ascendants, pour le cas où il serait victime d'un accident de transport. (V., pour plus de détails, L. Josserand, note *D. P.* 1929, 2, 161.)

2. Les *créanciers* de la victime sont fondés, en général, à agir par la voie oblique, de son chef, en vertu de l'article 1166, mais à moins que l'action ne soit à considérer comme *exclusivement attachée à la personne* (même texte, *in fine*). On verra quelle est la signification de cette dernière formule (*inf.* n° 667); une demande en réparation d'une injure ou d'une diffamation est exclusivement attachée à la personne et échappe aux créanciers de la victime.

471. III. **La preuve.** — Dans la pure théorie de la responsabilité délictuelle, la preuve incombe au demandeur, c'est-à-dire à la victime, *de bout en bout* : preuve du dommage, preuve de la faute, preuve du rapport de causalité entre celui-ci et celui-là : *actori incumbit probatio.*

C'est là une preuve complexe et souvent difficile, non pas en tant qu'elle porte sur le dommage, mais dans la mesure où elle s'applique à la faute, dont il s'agit d'établir les éléments constitutifs, et aussi au rapport de causalité.

A. Sur ce dernier point, la jurisprudence s'est montrée parfois aussi peu exigeante que possible : c'est ainsi qu'à une époque où la responsabilité des accidents du travail n'avait pas encore été imposée d'autorité au patron, c'est-à-dire avant 1898, il suffisait que celui-ci eût commis une faute caractérisée pour que l'accident survenu y fût volontiers rattaché : si, par exemple, l'atelier était insuffisamment éclairé, la blessure survenue par maladresse était imputée au défaut d'éclairage, encore que le rapport de causalité fût plutôt hypothétique.

472. — B. Quant à la *preuve* de la *faute*, on s'est efforcé de venir au secours de la victime par des procédés variés et souvent efficaces :

1° En faisant appel à la *responsabilité contractuelle*, en considérant que le fait illicite et le dommage coïncidaient avec l'inexécution d'une prétendue obligation née du contrat dont on développe à plaisir le contenu et la force obligatoire (*sup.* n° 417; *inf.* n° 490);

2° Tout en s'en tenant à la responsabilité extra-contractuelle, on a parfois amélioré la situation du demandeur en substituant à la notion de faute l'idée de *risque* : ainsi a fait notre législateur pour les accidents du travail (Loi du 9 avril 1898 et lois subséquentes. *Inf.* n° 557);

3° Parfois, la loi vient au secours de la victime au moyen d'une *présomption* qu'elle établit elle-même, donc d'une *présomption légale* : certaines personnes sont présumées en état de faute ou sont présumées responsables par rapport à des dommages à la production desquels elles se trouvent mêlées, en sorte que la victime bénéficie d'une situation favorable, n'ayant plus qu'à faire la preuve du dommage et du rapport de causalité; en cette matière comme toujours la présomption légale se ramène à une dispense de preuve (*sup.* n° 417);

4° Enfin, en l'absence de présomptions édictées par la loi, le juge se laisse volontiers guider par des présomptions simples, des *présomptions de l'homme* dont il est l'appréciateur et le dispensateur souverain. Il considère que certains événements portent en eux-mêmes la marque de leur origine fautive, qu'il existe ainsi des *faits fautifs*, tels, en matière de locomation, le déraillement d'un train (Rouen, 3 déc. 1898, *S.* 1890, 2, 197, *D. P.* 1890, 2, 316; Riom. 30 juill. 1903, *D. P.* 1908, 2, 172; Rouen, 3 déc. 1898, *S.* 1900, 2, 57, note A. Esmein), ou une collision (Rouen, arrêt précité du 3 déc. 1898, *motifs*) : de tels accidents sont naturellement imputables au voiturier et la victime administre suffisamment la preuve de la faute de son adversaire en établissant qu'elle a été blessée dans un accident de ce genre : il existe ainsi des ***fautes virtuelles*** dont la preuve directe et spéciale n'est point exigée du demandeur.

473. IV. **Les sanctions.** — La sanction ordinaire d'un délit consiste dans une condamnation à des dommages-intérêts qui vient rétablir l'équilibre juridique rompu; le plus souvent, le mode de réparation affecte la forme d'un versement de *capital*; mais il advient parfois que le tribunal

condamne l'auteur du dommage à servir à la victime une *rente* (Crim. 11 avril 1933, *D. H.* 1933, 319) ; il arrive même que la satisfaction obtenue par la victime revête un aspect entièrement différent, afin de la rendre mieux adéquate au dommage subi; elle intervient *en nature* (*contra*, Lucienne RIPERT, *op. cit.* nos 12 et suiv.), par exemple sous forme d'une mesure de publicité (insertion dans la presse) ou du droit de réponse; il advient même qu'elle soit essentiellement *préventive*, qu'elle conjure la réalisation du dommage que l'acte illicite allait causer (refus d'une action en justice, par exemple d'une action en nullité; *sup.* n° 99, t. I, n° 639).

Il sera question des sanctions à propos des *effets* produits par les obligations en général (*inf.* nos 581 et suiv.; 605); V. notamment, pour ce qui concerne la *solidarité*, *inf* n° 785.

§ III. — *LES CLAUSES DE NON-RESPONSABILITÉ*

(Conventions d'irresponsabilité ou de responsabilité atténuée)

474. Bibliographie. — BOUTAUD, *Des clauses de non-responsabilité*; articles de M. LABBÉ et de M. THALLER, dans les *Ann. dr. com.*, 1886; SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, nos 5 et suiv., SALEILLES, *Théorie générale de l'obligation*, nos 16 et 332; FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*, pp. 65 et suiv., 205 et suiv.; L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., nos 622 et suiv.; 914 et suiv., STEFANI, *L'assurance des fautes*, thèse Paris, 1924; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. V, n° 3, 1164 et suiv.; P. ESMEIN, *Les clauses de non-responsabilité*, 1926; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, nos 2513 et suiv.; Paul DURAND, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse, Paris, 1931; LALOU, *La responsabilité civile*, nos 203 et suiv.; 521; 606. — En *Belgique*. P. DE HARVEN, *Des conventions tendant à libérer de la responsabilité*, *Revue de droit belge*, 1928.

475. Position du problème. — Il s'agit de savoir si la responsabilité délictuelle, telle que nous venons de l'étudier et telle que nous la rencontrerons plus loin sous une forme aggravée, est *d'ordre public*, ou bien si elle ne peut pas céder devant la volonté des intéressés.

Sans doute, une fois le délit commis, la victime peut renoncer valablement à l'indemnité à laquelle elle avait droit; à condition d'être pleinement capable, on peut toujours

renoncer à un droit acquis, à poursuivre l'exécution d'une créance qui est née, et la victime ne fait pas autre chose lorsqu'elle abandonne toute prétention à l'encontre de l'auteur responsable du dommage. D'ailleurs, l'article 2046 déclare qu' « *on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* ».

Pour que le problème se pose, il faut donc supposer que l'arrangement intervient *antérieurement au fait illicite* : deux personnes peuvent-elles convenir que, si l'une d'elles cause injustement un dommage à l'autre, cet événement ne donnera naissance à aucune obligation délictuelle, ou encore que cette obligation sera limité dans son objet ou dans son intensité? Peuvent-elles ainsi écarter ou conditionner, par anticipation, l'application éventuelle des articles 1382 et suivants? La question ainsi posée est celle de *la validité des clauses de non-responsabilité ou de responsabilité atténuée*; elle a revêtu un intérêt de plus en plus grand à mesure que s'est développée et intensifiée la responsabilité délictuelle : plus le danger devient pressant et plus on s'efforce d'y parer en recourant à certains procédés juridiques au premier rang desquels figurent les clauses d'exonération ou de limitation de la responsabilité.

476. Clauses élisives ou limitatives de responsabilité. — De prime abord, apparaît la possibilité d'une distinction entre le délit et le quasi-délit. Il serait intolérable qu'on pût stipuler l'irresponsabilité à raison de ses fautes intentionnelles; une telle clause serait exclusive de toute responsabilité et de toute moralité; elle irait à l'encontre des bonnes mœurs et de l'ordre public; il est d'ailleurs douteux qu'il se trouve jamais une personne qui, saine d'esprit, consente à se mettre ainsi à la discrétion d'autrui. Mais il faut se rappeler que la *faute lourde* est traditionnellement et malencontreusement assimilée au *dol* [1]; elle comporte donc le même traitement; contre la faute intentionnelle et contre la faute lourde, *toute réserve conventionnelle est impuissante* (*inf.* n° 612 *bis*, 624); et il faut en dire autant du dol et de la faute lourde des *préposés* : un commettant, un mandant ne pourraient pas, à l'aide d'une clause de non-responsabilité, se mettre à l'abri de la responsabilité de droit que l'article 1384 fait peser sur eux; en toute occurrence, le dol et la faute lourde sont générateurs de responsabilité dans les termes mêmes de la loi.

[1] Voy. note Labbé, *S.* 1876, 1, 337 ; note Louis Hugueney, *S.* 1915, 1, 113, spécialement, p. 114, col. 2.

477. Faute simple. — C'est donc seulement pour la faute simple que se pose la question, juridiquement et pratiquement; c'est pour les dommages causés par imprudence ou par négligence, c'est-à-dire pour la responsabilité quasi-délictuelle.

Jurisprudence. — Une jurisprudence très ferme décide que, même dans la mesure ainsi précisée, la responsabilité instituée dans les articles 1382 et suivants, est d'ordre public. Elle se prononce, en conséquence, pour la nullité des clauses de non-responsabilité, ou même, bien que certains flottements se fassent ici sentir, de responsabilité atténuée (V. Civ. 27 juill. 1925, *D. P.* 1926, 1, 5, note Ripert; Req. 27 nov. 1911, *S.* 1915, 1, 113, note Louis Hugueney; Paris, 10 juin 1926, *D. H.* 1926, 397; Barde, t. III, n° 2869; Lalou, *La responsabilité civile*, n° 206). Cette jurisprudence est approuvée par des auteurs éminents (Sainctelette, Thaller); elle est cependant fort sujette à caution.

478. Critique. — On peut estimer qu'en proscrivant impitoyablement de telles clauses, nos tribunaux envisagent le problème sous un angle trop étroit et qu'ils font abus de la notion d'ordre public; sans doute, les règles posées dans les articles 1382 et suivants sont d'ordre public en tant que directives générales; mais il reste à savoir si la société est intéressée à ce qu'elles reçoivent leur application en toute occurrence, envers et contre tout, si elles sont intangibles ou si, comme celles qui gouvernent la prescription et qui sont, elles aussi, d'ordre public (*inf.* n° 971), elles ne se prêtent pas à certains accommodements conventionnels (*inf.* 990); le principe de l'autorité de la chose jugée intéresse au premier chef l'ordre social, et cependant notre jurisprudence admet, en cette matière, tous les abandons (*sup.* n° 228). Autre chose est la règle, autre chose sa réalisation constante, en toute occasion; que des propriétaires voisins conviennent qu'ils ne se rechercheront pas en responsabilité à raison des dommages que leurs animaux de basse-cour ou leurs lapins de garenne pourront causer à l'un ou à l'autre, ou encore qu'ils limitent leur responsabilité à un chiffre forfaitaire, il ne semble pas que l'ordre public puisse être gravement troublé par ce *modus vivendi* qui tend, au contraire, à assurer la paix du voisinage; et on concevrait aussi que des armateurs, dont les navires suivent la même route, convinssent qu'ils ne se réclameront aucune indemnité à raison des abordages survenus entre les bâtiments de leurs flottes respectives : il n'y aurait, dans cette combinaison, rien d'im-

moral, rien de choquant. (V. cependant, pour les dommages causés par les lapins de garenne, la loi du 10 mars 1930, art. 3 et, pour les dommages causés aux récoltes par le gibier, l. 24 juill. 1937, art. 2, et *inf.* n° 624).

479. — Il y aurait donc des distinctions à faire; et à notre avis, c'est dans la *nature de la lésion subie* que le critérium doit être cherché; il faudrait distinguer entre les dommages causés aux personnes et ceux qui sont d'ordre purement patrimonial.

1° Pour les dommages causés aux *personnes*, la réparation en est de rigueur; notre personne physique est traditionnellement au-dessus des conventions privées, comme aussi notre dignité, notre considération et notre honneur. Nous ne saurions conférer à autrui le droit de nous tuer, de nous blesser, de nous diffamer impunément. Le *consentement de la victime* devient ici inopérant, en thèse générale du moins (V. pour les distinctions à établir, P. Garraud et Laborde-Lacoste, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, 1927; P. Garraud, *Les sports et le droit pénal*, *Rev. intern. dr. pén.*, 1924). Aussi la loi du 9 avril 1898, relative aux accidents du travail, décide, dans son article 30, que « *toute convention contraire... est nulle de plein droit* »; on ne pourrait pas convenir que le patron ne répondra pas des accidents survenus à l'ouvrier au cours et du fait de son travail. Il est vrai qu'en matière de *locomotion aérienne*, la loi du 31 mai 1924 permet au transporteur de s'exonérer, vis-à-vis des voyageurs, à raison des accidents causés par les risques de l'air ou par les fautes des personnes préposées à la conduite de l'aéronef (art. 48 cbn. art. 42 de cette loi; Req. 19 mars 1934, *D. H.* 1934, 365) : mais cette décision exceptionnelle s'explique par les risques particuliers qui sont inhérents à la locomotion aérienne et par le désir de ne pas arrêter, par des mesures trop rigoureuses, l'essor d'une jeune industrie, pleine de promesses; elle laisse intact, en le confirmant par voie d'exception justifiée, le caractère d'ordre public de la réparation indemnitaire en matière de dommages causés à la personne même;

2° Mais il en va autrement des dommages causés aux *biens*, c'est-à-dire aux éléments de notre patrimoine et dont nous pouvons disposer librement, *même à l'avance et par anticipation*. Comme on le verra, la responsabilité d'ordre contractuel peut être écartée au moyen d'une clause (*inf.* n° 623); il ne semble pas qu'un tel accord présente, dans le

domaine de la faute quasi-délictuelle, des dangers particuliers; si nous pouvons librement renoncer à une créance contractuelle, nous devrions tout aussi bien être capables d'abdiquer une créance délictuelle. Ce qui importe, en pareille matière, ce n'est point, comme le décide la jurisprudence, l'*origine* de la créance, mais bien son *objet* : si cet objet figure dans notre patrimoine, s'il est dans le commerce, rien ne s'oppose plus, équitablement et juridiquement, à une renonciation anticipée. (*Sic*, LABBÉ, *Ann. du com.*, 1886-1887, p. 187; SARRUT, note *D. P.* 1890, 1, 209; BOUTAUD, *op. cit.*, p. 206 et suiv.; GRANDMOULIN, *op. cit.*, p. 62 et suiv.).

480. Intérêt pratique du problème. — Si étrange que paraisse cette affirmation, ce n'est pas dans les rapports entre *tiers* que ce problème présente un intérêt pratique, mais bien dans les rapports entre *contractants*, et cela grâce à une jurisprudence singulière qui décide ou qui décidait (*inf.* n° 488), qu'entre parties contractantes il y a place pour deux responsabilités superposées, la contractuelle et la délictuelle (*inf.* n° 487); étant donné une clause de non-responsabilité, la responsabilité contractuelle est écartée, tout le monde le reconnaît (*inf.* n^{os} 622 et suiv.); mais il reste la responsabilité délictuelle qui, elle, d'après une autre jurisprudence, subsiste toujours, à l'état subjacent. En sorte que les contractants se trouvent, en pareil cas, être traités, quant à la responsabilité, comme des tiers. C'est ce que la jurisprudence décidait autrefois pour le *transport de marchandises*; c'est ce qu'elle décide, actuellement encore, pour les contrats passés avec des *agences de renseignements* : la clause de non-garantie à raison des erreurs commises peut bien valoir au point de vue contractuel; mais elle n'a pas de prise sur la reponsabilité délictuelle qui subsiste intacte. (Req. 27 nov. 1911, *S.* 1915, 1, 113, note Louis HUGUENEY).

481. Assurance de responsabilité. — S'il n'est pas permis, dans l'état actuel de la jurisprudence, de s'exonérer de sa responsabilité délictuelle, on peut du moins contracter une *assurance* pour couvrir cette responsabilité. Les deux combinaisons sont profondément différentes et la validité de l'une n'est point une objection à l'inefficacité de l'autre : l'automobiliste qui contracte une assurance destinée à le couvrir de la responsabilité qui lui incombera éventuellement à raison des dommages causés à autrui ne prétend pas se soustraire à cette responsabilité; il prend seule-

ment ses mesures pour parer aux conséquences qu'elle entraînera pour lui, pour canaliser le cours éventuel des événements, de la façon la moins désagréable pour lui, et aussi la plus profitable pour la victime qui trouvera, dans l'assurance, le principe d'une action directe contre l'assureur, venant doubler l'action dont elle est investie contre l'auteur responsable de l'accident (V. *inf.* nos 673 et 674; et 1380 *l* et suiv.; — P. Denave, *Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance*, thèse, Lyon, 1935);

§ IV. — *RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE ET RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE* [1]

482. Questions. — Au point où nous sommes arrivé, les deux responsabilités apparaissent assez nettement pour que nous puissions examiner les problèmes que soulève leur coexistence et qui se posent dans les termes suivants :

1° Les deux responsabilités sont-elles vraiment de nature différente?

2° Si oui, conçoit-on qu'elles se cumulent pour un même rapport obligatoire donné?

3° Et surtout, quels sont leurs domaines respectifs? Comment tracer les frontières qui doivent les séparer?

483. I. Les deux responsabilités, délictuelle et contractuelle, sont-elles vraiment de nature différente? — On l'a nié; la théorie de *l'unité de responsabilité* a été préconisée par différents juristes qui estiment que toute responsabilité est nécessairement d'ordre délictuel. D'une part, elles auraient une source commune : car le contrat n'est qu'une *loi spéciale*, tandis que la loi n'est qu'un contrat d'une portée exceptionnellement étendue. D'autre part, l'événement qui met la responsabilité en jeu est toujours du même ordre : c'est un délit, invariablement; car, ne pas exécuter un contrat, manquer à la parole donnée, c'est commettre un acte illicite, c'est *delinquere in contractu*; et l'action que le créancier exerce à cette occasion a sa source non dans le contrat lui-même — l'obligation primitive meurt faute d'objet (art. 1302), — mais dans son inexécution. (*Sic.* : Grandmoulin, *Nature délictuelle de la respon-*

[1] Sainctelette, *Responsabilité et garantie*; H. et L. Mazeaud, t. I, nos 96 et suiv.; André Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse, Lyon, 1931; Jean Van Ryn, *Responsabilité aquilienne*, préface de René Marcq.

sabilité pour violation des obligations contractuelles, thèse Rennes, 1892; comp. PLANIOL et RIPERT, t. II, nos 873 et suiv.; P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle*, *Rev. trim.* 1933, p. 627, spécialement p. 692).

484. Critique de la thèse de l'unité de responsabilité. — Cette thèse repose sur une série de dogmes qui, tous, sont erronés; il est faux que le contrat soit une véritable loi (*sup.* n° 248); il ne l'est pas moins que la loi soit un contrat à grande envergure : elle est, ce qui est tout différent, un acte d'autorité. Et surtout, il n'est pas exact qu'une obligation s'éteigne par cela seul que le débiteur se refuse à l'exécuter; bien au contraire, c'est alors que s'affirme le lien juridique (*vinculum juris*), alors qu'apparaît le sens et la vertu de la force obligatoire des contrats; il y a, dans la volonté contractuelle, une force astreignante comme dans la volonté du législateur; et c'est précisément cette analogie entre les deux catégories juridiques que nient les partisans de l'unité de responsabilité, encore qu'ils se réclament d'autre part de leur affinité!

485. Différences entre les deux ordres de responsabilité. — Sans doute, il faut se garder d'un autre extrême en multipliant comme à plaisir, ainsi que le firent les protagonistes de *la théorie dite de la responsabilité contractuelle*, les différences entre les deux ordres de responsabilité; M. Sainctelette, notamment, a été jusqu'à réserver à la responsabilité contractuelle une dénomination spéciale — *la garantie* — pour l'opposer plus complètement, sous ce vocable, à la responsabilité tout court. (SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie*). Mais sans aller jusqu'à cette outrance, il est facile de découvrir entre les deux ordres de responsabilité des différences irréductibles.

1° Quant à l'*origine* de la responsabilité qui remonte, dans un cas à l'accord intervenu en vue de produire des obligations, dans l'autre à un fait illicite, délit ou quasi-délit, dont l'auteur ne se proposait assurément pas de faire naître des obligations à sa charge.

Il est vrai que l'unanimité est loin d'être obtenue en ce qui concerne la source de la responsabilité délictuelle : des auteurs éminents rattachent cette responsabilité à des obligations préexistantes mises à notre charge par la loi, obligations générales et négatives : ne pas tuer, ne pas blesser autrui, ne pas lui causer de dommages injustes; et ainsi les deux ordres de responsabilités, contractuelle et délictuelle,

apparaîtraient comme ayant même origine et même nature, comme sanctionnant l'une et l'autre des obligations préétablies, ici par le contrat, là par la loi (*Sic*, PLANIOL; H. MAZEAUD, *Essai de la classification des obligations*, *Rev. trim.* 1936, p. 1, notamment pp. 33 et s.); tandis que la jurisprudence, prenant le contre-pied de cette thèse, ne fait dater l'obligation délictuelle que du jour de la décision judiciaire qui en proclame l'existence, la victime n'ayant jusque là ni titre de créance, ni droit reconnu, dont elle puisse se prévaloir (*Sic*, Req. 19 janv. 1898, *D. P.* 1898, 1, 473, *S.* 1899, 1, 5, note Ch. LYON-CAEN; Civ. 22 oct. 1901, *D. P.* 1901, 1, 527, *S.* 1901, 1, 104; 5 nov. 1936, *S.* 1937, 1, 26).

La vérité doit être cherchée entre ces deux points extrêmes : d'une part, il faut repousser sans hésiter la doctrine évangélique qui considère que les humains sont tous liés par des obligations juridiques indéterminées, innombrables et infinies; nous avons dit notre sentiment au sujet de cette harmonie préétablie qui ne s'affirmerait que par sa rupture et qui réaliserait une sorte de panthéisme obligationnel : ce n'est pas l'article 1384 qui fait le délit et l'obligation qui en découle, pas plus que ce n'est l'article 231 qui réalise le divorce, avec toutes ses conséquences; de même que la rupture du mariage a sa cause dans le tort de l'un des époux envers l'autre — injure grave, notamment — ainsi le devoir de réparer les conséquences d'un fait illicite découle de ce fait lui-même et du dommage qui en est résulté pour la victime; l'erreur commise par les tenants de la théorie de l'unité de responsabilité est du même ordre que celle dans laquelle on tomberait en considérant que les obligations contractuelles sont des obligations légales parce qu'elles dérivent, en fin de compte, de l'article 1134 aux termes duquel les conventions font la loi des parties : ce qui est à considérer, en pareille matière, ce n'est pas la cause première, mais la cause dernière, non la *causa remota*, mais la *causa proxima*, non un texte de loi, non pas une abstraction, mais une réalité, le fait auquel l'obligation délictuelle est immédiatement et logiquement consécutive.

En revanche, nous ne pensons pas que la jurisprudence qui retarde la naissance de cette obligation jusqu'au jour du jugement qui en proclame l'existence, soit entièrement conforme à la vérité; encore faudrait-il distinguer entre le droit à la réparation et, d'autre part, le droit à l'indemnité telle qu'elle a été fixée par le tribunal; si ce dernier n'existe que par le jugement dont il est une création, le premier prend naissance au jour et du fait du délit; sans doute, on ne sait

pas encore si une responsabilité sera reconnue ni quelle en sera l'étendue, mais une créance peut exister encore qu'elle ne soit pas liquide; *constitutif*, en ce qui concerne le montant de l'obligation délictuelle, le jugement de condamnation est *déclaratif* quant à son existence même; l'obligation de réparer existe et devient transmissible dès le jour où le dommage a été causé, et c'est seulement l'obligation de verser une indemnité qui est différée jusqu'au jour de la liquidation, par un jugement, de la créance de la victime. Cette distinction fondamentale, qui est préconisée par différents auteurs (*Sic*, Lucienne Ripert, thèse, n° 121; Lalou, *Déclaratifs ou attributifs? D. H.* 1936, *Chr.* p. 69; Hubert de la Massuë, *De la soumission du créancier quasi-délictuel à la loi du concordat*, dans la *Rev. prat. de lég. et de jurisp. du trib. com. de la Seine*, 1937), conduit à décider, d'une part, qu'on doit se placer au jour du dommage pour déterminer les conditions d'existence de la responsabilité ainsi que les personnes responsables, et, d'autre part, qu'il faut envisager le moment du jugement pour fixer le montant de la réparation, en tenant compte notamment de l'aggravation ou de l'amélioration survenue dans l'état de la victime avant la décision judiciaire, et aussi que la créance délictuelle de cette victime échappe au concordat lorsqu'elle n'a été fixée par le tribunal que postérieurement à ce traité, lequel ne concerne que les obligations de verser une somme d'argent (arrêts précités du 19 janv. 1898 et du 22 oct. 1901), et enfin que cette même créance délictuelle ne saurait être productive d'intérêts moratoires qu'à compter du jugement qui en proclame l'existence et la quantité (arrêt précité du 5 nov. 1936. Comp. le rapport de M. Pilon, *D. P.* 1930, 1, 148).

2° Quant à la *capacité* exigée du débiteur : la capacité délictuelle est plus large que la capacité contractuelle (*sup.* n^{os} 455 et suiv.);

3° Quant à l'*étendue de la réparation*. Au lieu que, en matière de délits, l'indemnisation est toujours intégrale, le *quantum* des dommages-intérêts alloués au créancier contractuel varie selon diverses circonstances, par exemple suivant que l'inexécution du contrat est ou non imputable au dol du débiteur (*inf.* n^{os} 626 et suiv.). D'autre part, le préjudice *moral*, qui entre en ligne de compte en matière délictuelle, est écarté par la jurisprudence pour ce qui est de la responsabilité contractuelle (*inf.* n° 628);

4° Les clauses de non-responsabilité ou de responsabilité atténuée, conditionnée, sortent leurs effets lorqu'elles interviennent à l'occasion de l'exécution d'un contrat (*inf.*

n^os 622 et suiv.) ; mais la jurisprudence les déclare radicalement nulles si elles concernent une responsabilité délictuelle (*sup.* n° 477) ;

5° Des règles de *compétence* particulières ont été établies par une loi du 26 novembre 1923, au profit de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit (*sup.* n° 465), règles inapplicables lorsque la responsabilité mise en œuvre est d'ordre purement contractuel (Civ. 22 mai 1933, *S.* 1933, 1, 263).

6° En *droit transitoire*, la loi compétente pour fixer la responsabilité délictuelle est celle du jour du fait illicite ; mais la loi compétente pour régir la responsabilité contractuelle est celle du jour du contrat (P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. II, p. 76).

Si l'on ajoute que la *solidarité* ne peut exister entre débiteurs contractuels qu'à la condition d'avoir été stipulée, au lieu qu'elle fonctionne parfois de plein droit entre débiteurs délictuels (*inf.* n^os 785 et suiv.), et aussi qu'en *fait*, la *mise en demeure*, indispensable, en principe, pour que des dommages-intérêts soient dus en vertu d'un contrat, est inconcevable, impraticable en matière délictuelle (*inf.* n° 621), on se rendra compte de la fausseté de la thèse de l'unité et on saisira l'intérêt que présente la différenciation des deux ordres de responsabilité (Comp. le rapport de M. Pilon, *D. P.* 1930, 1, 150).

486. II. Les deux responsabilités peuvent-elles se juxtaposer ou se cumuler pour un même rapport obligatoire donné? — C'est se demander si des parties contractantes sont en même temps des tiers ; et, pour tout esprit non prévenu, poser ainsi le problème, c'est le résoudre. Les deux qualités de parties contractantes et de tiers sont inconciliables ; du moment qu'on entre dans la première catégorie, on sort de la deuxième : un contractant n'est pas un tiers plus un contractant, de même qu'un Français n'est pas un étranger plus un Français ; on n'additionne pas des qualités contradictoires, qui s'excluent l'une l'autre ; entre les deux il faut choisir : la responsabilité contractuelle chasse de plein droit la responsabilité délictuelle.

487. La jurisprudence. — Ces idées si simples sont parfois méconnues par une jurisprudence, d'ailleurs assez flottante, qui admet volontiers, que, *pour un même rapport obligatoire donné*, on peut être doublement créancier ou doublement débiteur, en vertu de la loi une première fois, et en outre, de par le contrat. Par exemple, le voiturier, qui

reçoit livraison d'un colis en vue de son expédition, s'engage bien, de par le contrat de transport, à le conserver en bon état, à en prendre soin; mais il reste néanmoins tenu de l'obligation qui incombe à toute personne de ne pas causer de dommage à autrui : si le colis est endommagé, il aura méconnu deux obligations, son devoir contractuel et aussi son devoir délictuel, demeuré à l'état subjacent.

Cette jurisprudence s'est affirmée dans les conséquences suivantes :

1° Si, dans le contrat, on a inséré une clause élisive ou limitative de la responsabilité, cet accord peut bien évincer la responsabilité contractuelle, laquelle est d'ordre privé, mais non pas la responsabilité délictuelle, laquelle est d'ordre public (d'après une autre jurisprudence; *sup.* n° 477), et qui, jusque là refoulée au second plan, s'empare de la première place. Il résultera de cette demi-éviction de la responsabilité, un renversement de preuve dont bénéficiera le débiteur, par exemple le transporteur : au lieu d'être responsable de plein droit, pour n'avoir pas exécuté ses obligations contractuelles, il ne le sera qu'autant qu'une faute délictuelle sera prélevée et *prouvée* contre lui (Civ. 27 décembre 1905, *S.* 1906, 1, 286); on interprète de même la clause d'un contrat d'abonnement à l'électricité d'après laquelle la compagnie ne répondra pas de l'interruption de courant survenue accidentellement (Civ. 18 janv. 1933, *D. H.* 1933, 115);

2° Le créancier contractuel va pouvoir, à son gré, se placer sur le terrain contractuel ou bien sur le terrain délictuel; il aura le choix entre ces deux attitudes (système de l'*option*). Mieux que cela, il pourra, s'il y trouve son compte, cumuler les deux positions en prenant à chacune d'elles les avantages qu'elle comporte : ainsi, grâce au contrat, il fera aisément la preuve de son droit, après quoi, grâce au statut délictuel, il exigera une indemnisation complète, englobant tous les dommages qui lui ont été causés, même non prévisibles lors du contrat qu'il mettra de côté à cette fin (système du *cumul*, Req., 14 déc. 1926, *D. P.*, 1927, 1, 105, note critique L. Josserand).

488. — Ces conséquences des théories de l'option et du cumul équivalent à leur condamnation définitive; il semble d'ailleurs que, malgré tout, notre jurisprudence s'oriente sur les véritables principes et tende à admettre que la responsabilité contractuelle refoule la responsabilité délictuelle, laquelle est faite pour les tiers, non pour les parties contrac-

tantes. (Voy. dans ce sens : André Brun, *op . cit.*, Civ., 21 nov. 1911, *D. P.* 1913, 1, 249, note Sarrut; 11 janv. 1922, *D. P.* 1922, 1, 16; *S.*, 1924, 1, 105, note Demogue; 6 avril 1927, *D. P.*, 1927, 1, 111, *S.* 1927, 1, 201, note Mazeaud; 22 mai 1933, *D. H.* 1933, 395; Req. 9 mars 1936, *motifs*, *D. H.* 1936, 233; 8 mars 1937, *motifs*, *S.* 1937, 1, 241, rapport Pilon). Dans ses arrêts, la Chambre civile déclare que les articles 1382 et suivants « sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat »; et elle rappelle que « les dispositions des art. 1382 et 1383, C. civ. ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel (Civ., 22 juill. 1931, *D. H.* 1931, 506) ; de son côté, la Chambre des requêtes déclare que « ... la disposition de l'art. 1382 C. civ. ne peut, en principe, être invoquée pour le règlement d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation contractuelle... » (Req. 8 mars 1937, *D. P.* 1937, 217) ; suivant la formule catégorique de la cour de Lyon (28 nov. 1934, *Gaz. judic. et com.* 1935, 97) : « ... les responsabilités contractuelle et délictuelle sont exclusives l'une de l'autre et ne peuvent se cumuler ».

Mais la jurisprudence *belge*, nettement fixée en sens contraire, admet la réalisation de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel (J. Van Ryn, *op. cit.*).

489. III. **Les frontières de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Leurs domaines respectifs.** — Les deux responsabilités ont des destinées parfois parallèles; elles se rencontrent, se mélangent ou même se confondent dans certains cas, en sorte qu'il devient très malaisé de savoir à laquelle des deux on a affaire. Chemin faisant, nous rencontrerons des cas embarrassants; pour le moment, il suffit de préciser certains aspects du problème, afin d'en saisir l'intérêt.

A. Il arrive qu'au cours des tractations qui précèdent la conclusion d'un contrat, l'une des parties commette une faute de nature à engager sa responsabilité : par exemple, elle dissimule sa situation juridique véritable, elle s'attribue une capacité ou des pouvoirs qui lui font défaut. La faute ainsi commise est-elle contractuelle ou bien délictuelle? Au cours de la période *précontractuelle*, les parties doivent-elles être traitées comme des contractants ou bien comme des tiers?

B. Lorsqu'une obligation contractuelle est inexécutée par

suite du *dol*, de la *fraude*, de la *mauvaise foi* de l'une des parties, est-ce vraiment la responsabilité contractuelle qui entre en jeu? Ou bien ne faut-il pas dire que, le dol et la fraude faisant échec à toutes les règles du droit conventionnel, le coupable n'est plus placé sous la protection du contrat et doit subir l'application du droit délictuel, plus rigoureux pour lui, plus complètement sanctionnateur de la faute commise? Ici encore, la concurrence s'établit entre les deux points de vue, délictuel et contractuel.

490. C. **Théorie dite de la responsabilité contractuelle.** — Lorsqu'un accident de personne survient, à l'occasion d'un contrat et au cours de son exécution, la question se pose de savoir si la victime n'est pas fondée à placer sa réclamation sous l'égide de ce contrat et à prétendre que le dommage qui lui a été causé coïncide avec l'inexécution d'une obligation de sécurité qui avait été assumée envers elle, tacitement sans doute, mais nécessairement, par l'autre partie. Notre jurisprudence est de plus en plus favorable à ce procédé de forçage du contrat, à cette sorte d'*inflation obligationnelle* qui consiste à mettre dans le cadre contractuel plus qu'on n'y avait trouvé jusque-là, à assortir la convention d'engagements sous-entendus assez nombreux et assez étroits pour commander à l'éventuelle responsabilité des parties.

1° La tentative a été faite d'abord pour le *louage de services* : on a soutenu que le patron ne s'engage pas seulement à payer le salaire convenu, mais qu'il contracte en outre, vis-à-vis de l'ouvrier, l'obligation de le restituer à lui-même, sain et sauf, en sorte que, si un accident survient au cours du travail, l'ouvrier serait fondé à prétendre que l'employeur a manqué à ses devoirs contractuels et que sa responsabilité se trouve donc engagée envers lui, abstraction faite de toute faute délictuelle. Cette théorie, présentée et défendue en Belgique, par M. Sainctelette (*De la Responsabilité et de la garantie*), et en France par M. Marc Sauzet (*De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit., 1883), n'a jamais pénétré dans la jurisprudence française; elle a d'ailleurs perdu à peu près tout intérêt pratique depuis qu'une législation spéciale, inaugurée par la loi du 9 avril 1898, est venue consacrer la notion du risque professionnel; c'est de plein droit, et en application de la notion du risque professionnel, du risque créé, que l'employeur est responsable des accidents survenus à l'ouvrier ou à l'employé, au cours ou à l'occasion de son

travail, abstraction faite de toute faute, effective ou présumée, contractuelle ou délictuelle (*inf.* n° 557);

2° Le *transport de personnes* a constitué un champ d'expériences bien plus favorable; après de longues hésitations, notre jurisprudence a fini par admettre que le voiturier assume vis-à-vis du voyageur une obligation de sécurité absolue, réserve faite de la faute de la victime et de la force majeure; qu'il s'engage à le remettre à destination, non pas mort ou vif, mais sain et sauf; et que, si un accident survient *du fait, à l'occasion du transport*, et, pour ainsi dire, depuis la prise en charge du voyageur, sa responsabilité est donc engagée contractuellement envers la victime, sans que celle-ci ait à prouver une faute qu'il aurait commise; à lui seul, l'accident dénonce, jusqu'à plus ample informé, l'inexécution du contrat de la part du transporteur. (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 883 et suiv. et note *D. P.* 1930, 1, 25.) C'est en 1911 que la Cour de cassation posa, pour la première fois, ces principes (Civ. 21 nov. 1911, *S.* 1912, 1, 73, note Lyon-Caen, *D. P.*, 1913, 1, 249, note Sarrut) auxquels elle est demeurée constamment fidèle (Civ., 27 janv. 1913, *S.* 1913, 1, 177, note Lyon-Caen; Civ., 24 janv., 4 juill. 1922, 22 juillet 1924, *S.* 1924, 1, 161, note A. Mestre; 24 juill. 1930, *S.* 1930, 1, 368; 6 déc. 1932, *D. H.* 1933, 35; 6 mars 1937, *S.* 1937, 1, 175).

La responsablilité contractuelle a vaincu ici la responsabilité délictuelle;

3° La même évolution se produit et s'accélère pour la responsabilité des accidents dont sont parfois victimes ceux qui participent à des *jeux forains*; l'entrepreneur de l'établissement répondrait, en vertu du contrat passé avec ses clients, des accidents survenus à ces derniers au cours de leurs récréations (Nancy, 26 juin 1925; Paris, 22 fév. 1926; *D. P.*, 1927, 2, 25 note Lalou; trib. com. Vienne, 26 avril 1927, *D. H.* 1927, 363; Grenoble, 27 fév. 1928, *D. H.*, 1928, 343; trib. com. Saint-Etienne, 1er mars 1928, *D. H.*, 1928 363; Lyon, 7 déc. 1928, *D. P.*, 1929, 2, 17, note L. Josserand; trib. civ. Nantes, 28 janv. 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, p. 887; Toulouse, 23 oct. 1934, *D. P.* 1935, 2, 49, note L. Mazeaud);

4° La cour de Lyon a fait appel à la responsabilité contractuelle pour accorder une indemnité au client d'un *manège* victime d'un accident de cheval au cours d'une leçon (Lyon, 1er avril et 21 octobre 1922, *D. P.*, 1924, 2, 51);

5° La même juridiction a posé en principe que l'« un des devoirs essentiels de l'*hôtelier* est d'assurer la sécurité abso-

lue des voyageurs qui se confient à ses soins » (Lyon, 24 juin 1920, *D. P.*, 1922, 240; et Riom, 19 mars 1937, *D. H.* 1937, 293) et il semble bien que la Cour de cassation soit entrée dans ces vues (Req., 18 déc. 1928, *D. H.*, 1929, 17) qui ont été également consacrées pour le *tenancier d'un café*, lequel doit assurer la sécurité des consommateurs dans la salle du débit et dans ses dépendances (Colmar, 15 fév. 1936, *S.* 1937, 2, 147);

6° Le *tenancier d'un établissement de bains* s'est vu appliquer le même traitement vis-à-vis de sa clientèle (trib. com. Corbeil, 8 mars 1935, sous Paris, 25 juin 1935, *D. P.* 1936, 2, 14, note Lalou);

7° Si un locataire est victime d'un accident, qui lui est causé par l'usage des lieux loués, si, par exemple, il fait une chute dans l'escalier de l'immeuble, la reponsabilité du *bailleur* découle du contrat, non de l'article 1386, fait pour régir les rapports entre les tiers (Rouen, 4 juin 1919, *motifs*, *S.* 1913, 2, 145, note Charmont; Lyon, 23 oct. 1925, *Rec. Somm.*, 1926, n° 1696; Nîmes, 2 juill. 1929, *Sem. jur.* 1929, p. 1216; Colmar, 29 avril 1930, *Rev. Als. Lor.*, juin 1930; Riom, 27 mars 1937, *Rev. trim.* 1937, p. 630; trib. civ. Marseille, 12 janv. 1938, *D. H.* 1938, 191; Comp. Civ. 28 mars 1936,*Gaz. Pal.* 1936, 5 janv. 1938, *D. H.* 1938, 97);

8° Pour le *mandat*, v. *inf.* n° 1413;

9° La responsabilité contractuelle commande encore à la réparation des dommages causés par l'accident survenu au cours d'une *fête sportive* par suite de l'effondrement des tribunes (Rabat, 9 juin 1934, *Rec. de Rabat*, 1935, p. 206, Rev. *trim.* 1936, p. 292), ou pendant une *course d'automobiles* (Orléans, 19 avril 1937, *D. H.* 1937, 292); comme aussi à l'indemnisation d'un *spectateur*, victime d'un accident qui s'est produit dans une *ménagerie* (trib. civ. Boulogne-s-Mer, 25 mars 1932, *(D. H.* 1932, 391) ou dans un *cinéma* (tri. civ. Aix, *Rev. trim.* 1937, 359);

10° Pour l'incendie causé par une *batteuse mécanique* qui a incendié la récolte du propriétaire ayant traité avec l'entrepreneur de battage, v. Paris, 9 janv. 1933(*Gaz. trib.* 19 avril) et Aix, 4 mars 1937 (*Gaz. trib.* 20 mai); en pareil cas, c'est d'un contrat de *louage d'ouvrage* que dérive la responsabilité de l'entrepreneur (mêmes arrêts);

11° Enfin, on s'est posé la question de savoir si la responsabilité d'un *médecin* ou d'un *chirurgien* vis-à-vis de ses clients n'était pas, elle aussi, d'origine confractuelle; et le problème, sur lequel la doctrine était divisée, tandis que la jurisprudence se montrait ondoyante, imprécise et fuyante, a

été formellement résolu, dans le sens de l'affirmative, par la Chambre civile, dans un arrêt de principe du 20 mai 1936 (*D. P.* 1936, 1, 88, rapport L. Josserand, conclusions du Procureur général Paul Matter, note E. P.) d'où il résulte qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ... mais « consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnells, conformes aux données acquises de la science ». (V. la thèse de M. Paul Durand sur *les conventions d'irresponsabilité*, n° 56; Aix, 16 juill. 1931, *D. P.* 1932, 2, 5, note Nast).

491. Examen critique. — Ainsi, la responsabilité contractuelle est en marche; elle tend à refouler la responsabilité délictuelle; le contrat développe des effets autrefois insoupçonnés et son dynamisme s'accroît sans cesse; on distingue aujourd'hui des contractants là où jadis, et en ce qui concerne un rapport obligatoire déterminé, on ne discernait que des tiers.

Cette transposition du problème, ce passage de la responsabilité du délictuel au contractuel ne vont pas sans soulever de graves objections; sans doute, la préoccupation dont ils procèdent est fort louable; on veut assurer la réparation d'un dommage injuste en allégeant le fardeau probatoire de la victime et *organiser* l'opération au mieux de l'équité et de la praticabilité du droit. Mais on n'obtient ce résultat qu'au prix d'un artifice et d'une fiction, en faisant découler d'un contrat des obligations auxquelles les parties, l'une d'elles tout au moins, n'ont jamais souscrit et que l'on a pu justement qualifier d'*obligations prétoriennes* (A. Brun, *op. cit.*, p. 369). Spécialement, dans le transport de personnes, le voiturier n'a certainement pas entendu assumer vis-à-vis du voyageur une obligation de sécurité absolue, obligation irréalisable, puisque le voyageur, à la différence du colis, a une personnalité, une activité propre, et puisque, lorsqu'un accident survient, on ne sait s'il n'est pas dû à son imprudence, à une inobservation des règlements; en imposant au transporteur une obligation contractuelle de ce genre, on s'insurge en réalité contre sa volonté; on lui fait dire le contraire de ce qu'il a voulu; on lui fait jouer en quelque sorte le rôle du guillotiné par persuasion et l'on fait échec, en réalité, au principe de l'autonomie de la volonté que l'on attaque obliquement; on fait de l'interventionisme, du socialisme

juridique et du socialisme d'Etat. (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 883 et suiv.; notes *D. P.* 1929, 2, 161; 1930, 1, 25; *l'Essor du concept contractuel, dans les Mélanges* Gény; Camerlinck, *De la responsabilité contractuelle en matière d'accidents de personnes, Rev. crit.* 1931, p. 83).

La substitution du point de vue contractuel à la position délictuelle n'est d'ailleurs pas qu'avantageuse pour la victime; le cadeau qu'on lui fait ainsi ne va pas sans contreparties, car l'indemnisation délictuelle est plus pleine, plus complète que la réparation contractuelle (*inf.* nos 625 et suiv.). D'autre part, il faut bien observer que le but que l'on poursuit, à savoir l'allégement, pour la victime, du fardeau probatoire, n'est pas toujours pleinement atteint, mais seulement dans le cas où les obligations rattachées au contrat sont des *obligations de résultat*, telle l'obligation de sécurité absolue incombant au transporteur de personnes; si la convention n'a donné naissance qu'à des *obligations de moyens*, telle l'obligation résultant, à la charge du médecin ou du chirurgien, de l'accord conclu avec leurs malades, le transfert de la responsabilité du délictuel ou contractuel, si elle présente certains intérêts, notamment quant à la durée de la prescription de l'action en responsabilité (v. l'arrêt précité du 20 mai 1936), ne modifie pas sensiblement la situation des parties au procès quant à la preuve; de toute façon, la prétendue victime n'obtiendra une indemnité que si elle administre la preuve d'une faute commise par le praticien, lequel était tenu, non de la guérir (ce qui serait une obligation de résultat), mais de la traiter consciencieusement, attentivement et dans la ligne des données acquises de la science (même décision). — Sur la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, v. *sup.* n° 113*bis*.

Enfin, on doit se demander si, du moment et par cela même qu'elle devient contractuelle, la responsabilité ne peut pas être exclue ou modérée par une convention d'irresponsabilité, par une clause de non-garantie ou de garantie limitée : la convention doit pouvoir défaire expressément ce qu'elle avait fait implicitement (*inf.* n° 623); il y a là une question qui est pour le moins troublante (Comp. civ. 27 fév. 1929, *D. P.* 1929, 1, 129, note Ripert).

Section III. — LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE SANS FAUTE PROUVÉE

(Responsabilité *objectivée*
ou responsabilité *de plein droit*)

492. Généralités. — Le désir d'assurer à la victime d'un dommage injustifié une réparation légitime, la préoccupation aussi de venir au secours des faibles en imposant le fardeau de la responsabilité aux forts, ont fait fléchir, dans des éventualités de plus en plus nombreuses, le droit commun de la responsabilité et le principe traditionnel qu'il ne saurait y avoir de responsabilité en dehors d'une faute régulièrement prouvée. Comme nous l'avons montré (*sup.* n^os^ 415 et 471), ce principe conduirait, dans bien des cas, à sacrifier la victime, par exemple si un accident s'est produit en l'absence de témoins, et aussi lorsque, comme il arrive souvent, le dommage a été causé, non pas directement, par le fait ou par la négligence de l'agent lui-même, mais indirectement, par l'intermédiaire d'une personne, d'une chose, d'un établissement, d'un animal, qui viennent s'interposer entre le créancier et le débiteur délictuels : imposer alors au demandeur de prouver que c'est par la faute du défendeur que l'enfant de celui-ci a causé des dégâts à une vitrine, ou a mis le feu à une grange, ou que son immeuble s'est effondré, ou que son automobile a renversé un piéton, ou que son chien a mordu un passant, serait infliger à la victime un fardeau trop lourd sous le poids duquel elle succomberait le plus souvent. La loi vient à son secours en instituant des *présomptions de faute* ou *de responsabilité* qui, comme toutes présomptions légales, se ramènent à des dispenses de preuve (*sup.* n° 221), et en organisant ainsi des *responsabilités de plein droit*, sans faute prouvée; ce sont :

1° La responsabilité *du fait d'autrui* (art. 1384);

2° La responsabilité *du fait des choses* (art. 1384, § 1; 1385 et 1386).

Nous sommes ainsi rendus *civilement et indirectement responsables;* nous devenons les éditeurs responsables des dommages causés par certaines personnes ou par certaines choses dont nous avons le contrôle et la direction.

Il faut ajouter à cette liste les cas de responsabilité qui, de l'avis presque unanime, sont étrangers à toute idée de faute, même présumée, même fictive, et qui se rattachent incontestablement à la notion du *risque créé*.

Comme nous le démontrerons, cette notion a reçu, en réalité, une consécration bien plus étendue qu'on ne l'admet communément, car diverses responsabilités que notre jurisprudence rattache obstinément à l'idée de présomption de faute ou de présomption tout court, sont, pour qui va au fond des choses, des responsabilités d'ordre *purement objectif*, à base de risque : il en va ainsi, notamment, de la responsabilité du fait des choses inanimées; toutefois, comme c'est le droit positif que nous étudions ici, donc surtout le droit jurisprudentiel, nous respecterons, dans le plan suivi, le point de vue de nos juridictions, sauf à le critiquer à l'occasion; et un paragraphe spécial sera consacré aux cas de responsabilité objective.

§ I. — *LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI*

493. Enumération. — La responsabilité du fait d'autrui est imposée par l'article 1384, *dans sa teneur actuelle* :

1° Aux *père et mère*, pour les dommages causés par leurs enfants mineurs;

2° Aux *artisans*, du fait de leurs apprentis;

3° Aux *commettants*, du fait de leurs préposés.

494. Caractère limitatif de cette énumération. — Encore qu'on ait lancé l'idée d'une responsabilité *générale* du fait d'autrui, basée sur la formule compréhensive du premier alinéa de l'article 1384 et qui serait symétrique à celle d'une responsabilité générale du fait des choses que la jurisprudence et la doctrine ont déduite du même texte (*inf.* n^os^ 533 et suiv.; l'idée a été lancée par Demogue, *Obligations*, t. V, n° 819*bis*, puis reprise et développée par Savatier, *D. H.* 1933, *Chr.* p. 81), l'énumération contenue dans l'article 1384 est sûrement limitative; l'argument d'analogie n'est pas de mise dans l'interprétation de ce texte. En principe, on n'est responsable que de son propre fait, non du fait d'autrui : les fautes sont personnelles (Civ. 21 nov. 1921, *D. P.* 1925, 1, 104). C'est ainsi qu'un *mari* n'est pas civilement responsable des actes délictueux ou quasi-délictueux de sa femme (Req. 21 oct. 1901, *D. P.* 1901, 1, 524; Crim. 15 déc. 1911, *S.* 1914, 1, 54); qu'un *aïeul* ne répond pas, *ipso jure*, des dommages causés par un petit-enfant qui habite occasionnellement avec lui (Nîmes, 3 janv. 1910, *D. P.* 1911, 5, 13); ou les *oncles* ou *tantes* des actes commis par leurs neveux ou nièces habitant avec eux (Crim. 15 juin 1934, *S.* 1935, 1, 397), pas plus qu'un *tuteur* ne répond de

plein droit des dommages causés par son pupille (sauf pour les délits *forestiers*, art. 206 c. forestier et pour les délits de *pêche*, l. 15 avril 1829, art. 74), ni qu'un propriétaire foncier n'est responsable des fautes commises par son *voisin* (Civ. arrêt du 21 nov. 1921). Sans doute, il arrive que la responsabilité délictuelle de ces personnes se trouve engagée, mais c'est en raison d'une *faute personnelle* et dont la preuve incombe au demandeur (Req. arrêt du 21 oct. 1901); il ne s'agit plus d'une responsabilité civile, indirecte, de plein droit, à raison du fait ou de l'imprudence d'autrui; c'est le droit commun délictuel qui s'applique purement et simplement; et ce droit commun, bien loin de reculer devant les progrès réalisés par la responsabilité de plein droit à raison du fait d'autrui, a au contraire une tendance à refouler celle-ci qui perd du terrain, au moins législativement, combattue qu'elle est par des organisations corporatives puissantes, désireuses d'abandonner le fardeau que le code civil leur avait imposé et qui, on doit le reconnaître, était bien lourd, du moins en ce qui concerne les instituteurs.

495. Changements survenus au profit des instituteurs *(L. 20 juill. 1899; 5 avril 1937)*. — La responsabilité des instituteurs — plus généralement des membres de l'enseignement public à raison du dommage causé par leurs élèves ou à leurs élèves — a évolué suivant une courbe descendante dont les diverses étapes sont marquées par les dispositions du code civil (art. 1384, anc. réd.), par une loi du 20 juillet 1899 et par celle du 5 avril 1937.

496. 1° Point de départ: système du code civil. — L'article 1384, dans sa rédaction primitive, visait les *instituteurs*, ce mot étant d'ailleurs pris dans une acception très large et visant toutes personnes chargées, à un titre quelconque, de l'éducation et de la surveillance d'enfants ou de jeunes gens, donc non seulement les maîtres de l'école du premier degré, mais les directeurs de pensionnat, les principaux de collège, etc., à l'exclusion cependant des professeurs de l'enseignement supérieur, lesquels n'ont pas, à vrai dire, la surveillance de leurs étudiants (Angers, 3 mars 1936, *S.* 1937, 2, 49, note J. Delpech).

Les instituteurs ainsi compris étaient responsables civilement, de plein droit, des dommages causés par leurs élèves, pendant le temps qu'ils en avaient la surveillance, la victime n'ayant donc pas à faire la preuve d'une faute par eux commise.

Ce système, qui avait le mérite de s'appliquer aussi bien aux instituteurs privés qu'aux membres de l'enseignement public, avait le tort d'être fort rigoureux et dérogatoire au droit commun de la responsabilité des fonctionnaires, lesquels ne répondent, en général, personnellement, que de leur faute lourde, se détachant de leurs fonctions, et effectivement démontrée. Or, non seulement l'instituteur répondait de sa faute légère, mais encore cette faute était légalement présumée du moment qu'un dommage avait été causé par un élève, pendant le temps de la surveillance; il est vrai que cette présomption n'était qu'une présomption simple, qu'elle pouvait être renversée si l'instituteur démontrait « *qu'il n'avait pu empêcher* » l'acte dommageable, commis par son élève; mais cette preuve contraire était naturellement d'une administration difficile et, en fait, il arriva que des maîtres se virent infliger la responsabilité d'actes auxquels il leur aurait été bien difficile de s'opposer; l'un d'eux fut à ce point atterré par la condamnation prononcée contre lui qu'il en perdit la raison (v. *D. P.* 1899, 4, 86, col. 1); c'est de cet incident tragique qu'est sortie la première réforme, celle de 1899.

497. 2° Loi du 20 juillet 1899. — Cette loi décidait que, désormais, « *la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public* » (al. ajouté, *in fine*, à l'art. 1384).

Dorénavant, il fallut donc distinguer, contrairement à ce qu'avait voulu le code civil, entre l'instituteur privé et l'instituteur fonctionnaire public; pour le premier, le système primitif subsistait intégralement; pour le second, la responsabilité de plein droit, la responsabilité civile qui lui était infligée jusqu'alors était remplacée par celle de l'Etat qui prenait ainsi les lieu et place de son fonctionnaire. Mais, qu'on le remarque bien, cette substitution n'intéressait que la responsabilité civile, indirecte, de plein droit; elle ne faisait nullement obstacle à ce que la victime s'en prît à l'instituteur sur le terrain du droit commun; cette victime pouvait espérer obtenir contre lui une condamnation, du moins si elle était à même de prouver, conformément aux principes généraux, que le défendeur avait commis une faute personnelle sans laquelle le fait dommageable ne se fût pas produit.

Si bien que, malgré cette importante réforme de 1899, la situation de l'instituteur public demeurait encore moins bonne que celle des autres fonctionnaires, lesquels ne répon-

dent que de leur faute assez lourde pour leur devenir véritablement personnelle et se détacher de leurs fonctions.

498. 3° **Loi du 5 avril 1937** [1]. — Cette loi a réalisé deux réformes distinctes, l'une *spéciale aux membres de l'enseignement public*, lesquels ne peuvent plus désormais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants et qui sont donc ainsi frappés — ou avantagés — d'une véritable incapacité civile délictuelle, vis-à-vis des tiers (*sup.* n° 461); l'autre qui a une *portée générale*, qui intéresse tous les instituteurs, au sens large du mot, publics et privés, et qui consiste, en ce qui les concerne, dans l'*abolition de la responsabilité civile elle-même*, de la responsabilité indirecte et de plein droit. Désormais, aucune présomption de faute ou de responsabilité ne pèse plus sur l'instituteur, public ou privé; de quelque façon que s'engage contre lui le procès, qu'il soit intenté par la victime ou son représentant (contre un instituteur privé), ou par l'Etat (contre son fonctionnaire et sous la forme *récursoire*), il ne sera condamné qu'autant que le demandeur fera contre lui la preuve d'une faute commise. Comme le décide le nouveau texte : « *En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant commis le fait dommageable, devront être prouvées conformément au droit commun par le demandeur à l'instance.* » Les instituteurs, privés ou publics, dégagés désormais des liens de la responsabilité indirecte et à raison du seul fait d'autrui, sont rentrés dans le droit commun et ne sont plus soumis qu'à un régime de responsabilité directe, à base de faute personnelle et prouvée.

499. Conclusion. — Nous n'aurons donc pas à nous occuper, dans ce paragraphe, de la responsabilité des instituteurs qui y avait trouvé place, dans les éditions précédentes, alors qu'elle était une responsabilité civile, de plein droit, au même titre que celle qui incombe aux parents ou aux artisans. D'autre part, la responsabilité qui incombe à l'Etat ne peut être considérée comme une responsabilité civile et indirecte : elle constitue une responsabilité à base d'un risque déterminé, le *risque universitaire* (*inf.* n° 557).

Nous nous bornerons à signaler qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 5 avril 1937, la réparation des dommages qu'elle prévoit se *prescrit* par le délai de *trois années* à partir du jour où le fait dommageable a été commis, et que l'action

[1] V. H. Desbois; Et. Perreau, *op. cit.*, *sup.*, n° 461.

en responsabilité exercée par la victime ou ses ayants droit contre l'Etat doit être portée — ce qui est exceptionnel — devant la juridiction civile (tribunal de première instance ou juge de paix) du lieu où le dommage a été causé et dirigée contre le préfet du département.

500. Concours de responsabilités. — Lorsqu'une personne répond du fait d'autrui, la responsabilité de l'auteur de ce fait n'en demeure pas moins engagée; par exemple, la responsabilité de droit du père n'exclut nullement la responsabilité de l'enfant à raison de son fait personnel; les deux ordres d'idées sont tout à fait différents, puisque la responsabilité du père est réalisée encore qu'aucune faute n'ait été établie à son passif, alors que, peut-être, l'acte commis par l'enfant est d'une gravité extrême. La victime a donc en face d'elle deux responsables; mais ce concours de responsabilités, qui ne pourra d'ailleurs aboutir qu'à une réparation unique et complète — *non bis in idem* — est théorique plutôt que pratique : dans la plupart des cas, la poursuite dirigée contre un mineur, un apprenti, un domestique, un concierge, ne donnerait pas de résultats substantiels; et c'est bien ce qui explique l'existence d'une responsabilité civile à la charge du père, de l'artisan ou du commettant; afin de dédommager la victime, on va chercher la responsabilité et l'argent là où ils se trouvent effectivement.

501. Distinction. — Les quatre cas de responsabilité du fait d'autrui ne sont pas à placer dans une catégorie unique : le dernier est, en effet, régi par un statut particulier. Tandis que les responsabilités des père et mère et de l'artisan cèdent devant la preuve contraire, celle du commettant est inéluctable; la présomption de faute revêt ici un caractère irréfragable; elle est, non plus seulement *juris tantum* comme les deux premières, mais bien *juris et de jure*; nous la situerons donc dans un compartiment distinct.

I

Responsabilités qui cèdent devant la preuve contraire
(Présomptions de faute *juris tantum*)

502. Caractères communs. — Les deux cas qui rentrent dans ce premier groupe présentent ce caractère commun que la responsabilité de droit peut être évincée au moyen de la preuve contraire, laquelle est prévue dans l'article 1384, avant-dernier paragraphe.

« *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ». Il ne suffirait donc pas que les parents ou l'artisan n'eussent pas été présents lors de l'acte dommageable accompli par l'enfant ou l'apprenti; leur non-présence peut d'ailleurs constituer une faute, une négligence à leur charge; c'est seulement s'il leur a été moralement et matériellement impossible d'empêcher le fait dommageable qu'ils détournent d'eux la responsabilité civile, et, en somme, cette impossibilité ressort d'un ensemble de circonstances excluant de leur part toute faute, immédiate ou lointaine, ensemble que les juges du fait constatent et interprètent souverainement (Req. 30 juin 1896, *D. P.* 1897, 1, 198; 7 mai 1935, *S.* 1935, 1, 360). C'est en ce sens seulement qu'il est vrai de dire que la présomption de faute à laquelle ils sont assujettis n'est qu'une présomption simple.

Cette observation générale étant présentée, nous étudierons successivement les responsabilités des père et mère et de l'artisan.

503. I. Responsabilité des père et mère. — Aux termes de l'article 1384 : « *Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.* »

Cette disposition doit être interprétée à la lueur d'un principe très simple : la responsabilité civile du père ou de la mère est un corollaire, une charge de la puissance paternelle, plus précisément des droits de garde et d'éducation, auxquels elle est liée indissolublement.

504. Application. — Cette directive conduit aux applications suivantes, les unes consacrées par la loi, les autres admises par l'opinion dominante.

1° En principe, c'est le père qui est responsable; la mère n'endosse la responsabilité de droit que dans les cas où elle est régulièrement investie des droits de garde et d'éducation : après le décès du père (art. 1384), ou après sa disparition, sa déchéance de la puissance paternelle, et aussi après le divorce ou la séparation de corps, mais seulement si la garde des enfants lui avait été confiée par le tribunal;

2° S'il s'agit d'un enfant naturel, la responsabilité incombe à celui des parents qui, l'ayant reconnu en premier lieu, est investi de la puissance paternelle (*sup.* t. I, n° 1243);

3° La responsabilité cesse lorsque l'enfant atteint l'âge de

la *majorité*; sans doute, la jurisprudence admet que les parents peuvent avoir à répondre des actes dommageables de leurs enfants *majeurs*, mais c'est à la condition qu'une faute précise ait été relevée à leur charge, étant entendu que la preuve incombe au demandeur (Req. 30 juill. 1906, *D. P.* 1907, 1, 315; Alger, 13 fév. 1908, *D. P.* 1909, 2, 5; Paris, 9 déc. 1922, *D. P.* 1923, 2, 40); la présomption de faute disparaît avec la majorité de l'enfant.

504*bis*. — Logiquement elle doit prendre fin également avec son *émancipation*, laquelle éteint la puissance paternelle, base de la responsabilité des parents. Cependant, cette solution, certaine pour le cas d'émancipation tacite, résultant du mariage de l'enfant mineur, est contestée, à tort croyons-nous, par de nombreux auteurs lorsque l'émancipation a eu lieu expressément; l'événement prouve, dit-on, que les parents ont eu tort d'émanciper leur enfant. Mais il est aisé de faire la part de l'objection en considérant que l'émancipation hâtive et injustifiée peut constituer, de la part des parents, une faute dont ils devront répondre en vertu de l'art. 1382 et en dehors du cadre de l'art. 1384 (*Sic*, H. et L. Mazeaud, t. I, n° 755);

4° La responsabilité cesse lorsque l'enfant n'est plus officiellement sous la garde de ses parents; et c'est ce que le législateur a voulu dire en parlant, dans l'article 1384, des enfants mineurs habitant avec leurs parents. En réalité, ce n'est pas le fait matériel de l'habitation, continue et effective, qui est décisif : le père continue à répondre des actes d'un enfant qu'il aurait chassé du domicile familial ou qui s'en serait enfui; ce qu'on suppose, dans ce texte, c'est une délégation plus ou moins complète de la puissance paternelle, à un artisan, à un instituteur; pendant la durée de la délégation, mais uniquement pendant cette durée, la responsabilité est alors déplacée, c'est à la charge du patron ou du maître qu'elle existe désormais (Voy. pour le domestique mineur, Trib. civ. Laon, 15 juill. 1924, *Gaz. trib.* 26 nov.).

505. — Au reste, la responsabilité des parents revivrait, mais alors aux termes du droit commun et en dehors de toute présomption, s'il était *prouvé* que le fait dommageable a été précédé d'une faute du père ou de la mère, par exemple d'une mauvaise éducation par eux donnée à l'enfant (trib. civ. Seine, 15 mars 1930, *D. H.* 1930, 324).

506. II. **Responsabilité de l'artisan.** — L'article 1384 rend l'*artisan* responsable de plein droit du dommage causé par ses *apprentis*, pendant le temps qu'ils sont sous sa surveillance, et sauf à lui de démontrer qu'il n'a pas pu empêcher le fait dommageable. Ici encore, il s'agit seulement du dommage causé par l'apprenti à un tiers; les rapports du patron avec son apprenti sont régis par la législation du risque professionnel (L. 9 avril 1898 et lois subséquentes; *inf.* n° 557).

II

Responsabilité irréfragable, sans preuve contraire possible (Présomption *juris et de jure*)

507. Principe. — L'article 1384 rend les *maîtres* et les *commettants* responsables du dommage causé par leurs *domestiques* et *préposés* dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

D'une façon plus générale, et plus simplement, les *commettants* répondent des actes de leurs *préposés*, à raison et dans la mesure de la *présomption* intervenue.

V. Demogue, *Obligations*, t. V, n^os^ 881 et suiv.; H. et L. Mazeaud, t. I, n^os^ 857 et suiv.; Dallant, *La notion de préposé dans l'article 1384*, thèse, Poitiers, 1927.

508. La préposition. — La préposition est une notion fort compréhensive; ce n'est pas un contrat déterminé, mais un rapport juridique *générique*, une *situation juridique* résultant de toute convention par laquelle une personne en *commet* une autre à l'exercice d'une fonction, d'une entreprise, d'une tâche quelconque. En ce sens, l'*ouvrier* et l'*employé* sont les préposés du patron; le *domestique* est celui du maître; le *concierge*, celui du propriétaire de la maison (et non pas des locataires; Paris, 4 mars 1938, *D. H.* 1938, 346); le *mandataire*, parfois mais non pas nécessairement (*inf.* n° 512), celui du mandant; le *nourricier*, celui de l'Assistance publique qui lui a confié un pupille (Req. 4 juin 1929, *D. P.* 1929, 1, 153, note Waline). La préposition n'implique pas nécessairement une rémunération au profit du préposé (Crim. 14 déc. 1928, *D. H.* 1929, 37; Req. 1^er^ mai 1930, *D. P.* 1, 137, note Savatier, *S.* 1931, 1, 121, note P. Esmein), pas plus qu'à l'inverse l'allocation d'un salaire n'est, à elle seule, constitutive du lien de préposition (Poitiers, 28 mars 1933, *S.* 1934, 2, 12); à plus forte raison n'y

a-t-il pas lieu de s'inquiéter du mode de fixation du salaire (Crim. 23 janv. 1931, *S.* 1931, 1, 354).

Les dommages illicites causés à des tiers par ces préposés, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, engagent *de plano* la responsabilité du patron, du maître, du propriétaire, du mandant, lesquels n'ont pas même la ressource de prouver qu'ils n'ont pu s'opposer au fait dommageable : la responsabilité civile qui leur incombe est irréfragable; la présomption de faute qui pèse sur eux est une présomption invincible, *juris et de jure* : l'avant-dernier alinéa de l'article 1384, qui ménage une porte de sortie aux père et mère, et aux artisans, est muet en ce qui concerne le commettant qui se voit donc privé de cette ultime ressource.

509. Administrations publiques. — Il est à noter que, pour la jurisprudence administrative tout au moins, l'article 1384 ne régit pas les rapports de l'Etat, des départements ou des communes, avec leurs fonctionnaires, agents ou employés, chargés d'un service public; le droit dit « civiliste » serait ici hors de mise (Trib. Confl. 8 fév. 1873, *D. P.* 1873, 3, 20; 29 fév. 1908, *S.* 1908, 3, 97, note Hauriou; 11 avril 1908, *S.* 1909, 3, 49, note Hauriou; 26 mai 1924, *D. P.* 1924, 3, 52; 27 nov. 1933, *S.* 1934, 3, 33, note Alibert, *D. P.* 1934, 3, 9, note Waline; Comp. 14 janv. 1935, *S.* 1935, 3, 17, note Waline). La jurisprudence judiciaire est moins nettement fixée : si la Chambre civile se prononce également pour l'interprétation restrictive (30 déc. 1930, *S.* 1931, 1, 17, note Bonnard), la Chambre criminelle de la Cour de cassation pose en principe que la disposition de l'art. 1384 a une valeur générale et qu'application doit donc en être faite aux administrations publiques responsables du fait de leurs agents, notamment au cours de l'accomplissement des services de police; (Voy. Crim. 13 mars 1923, *S.* 1923, 1, 385, note J. A. Roux; *D. P.* 1923, 1, 137, note J. Appleton; 28 mai 1930, *D. P.* 1930, 1, 161, note J. Appleton, *S.* 1930, 1, 393, note Bonnard; 20 nov. 1931, *D. P.* 1932, 1, 16, note Appleton, *S.* 1932, 1, 235; 30 mars 1933, *D. P.* 1934, 1, 175). Le conflit est donc assez net, sur ce point important et délicat, entre la jurisprudence administrative et une partie de la jurisprudence judiciaire, comme aussi entre les Chambres civile et criminelle de la Cour suprême.

510. Fondement de cette responsabilité. — On a voulu parfois expliquer la responsabilité civile du commet-

tant en faisant intervenir l'idée d'une faute commise dans le choix de son préposé, d'une faute *in eligendo* : ayant mal placé sa confiance — l'événement l'a montré — il doit répondre, vis-à-vis des tiers lésés, de son erreur. C'est l'explication traditionnelle, donnée notamment par Pothier : « Ceci a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques » (*Traité des obligations*, n° 121). Au cours des travaux préparatoires du Code civil, le tribun Bertrand de Greuille a reproduit cette explication (Fenet, t. XIII, sur l'art. 1384); de nos jours encore, il est des auteurs qui s'en contentent.

Elle est cependant erronée, parce qu'elle est insuffisante; dans l'état actuel de notre jurisprudence, elle est périmée, car il arrive assez fréquemment qu'un commettant doive répondre du fait d'un préposé qu'il n'a pas eu le loisir ni la possibilité de choisir : une municipalité répond du fait d'un préposé dont le choix et la nomination ne lui appartiennent cependant pas (Crim., arrêt précité du 13 mars 1923) : la Ville de Paris a même été déclarée responsable des fautes commises par les sapeurs-pompiers qui constituent cependant un corps militaire, dépendant du Ministre de la Guerre (C. d'Etat, 9 nov. 1925, *D. H.* 1926, 10).

511. — Ce n'est donc pas une prétendue faute dans le choix qui est à la base de la responsabilité de droit; la jurisprudence fait intervenir ici, jadis de préférence, aujourd'hui exclusivement, le *pouvoir de contrôle et de direction* qui appartient au commettant au regard de son préposé : c'est parce que le premier a l'autorité sur le second qu'il endosse la responsabilité des dommages causés par celui-ci; qui exerce la direction et le contrôle assume du même coup la responsabilité. Constamment, la Cour de cassation met en avant, pour justifier la responsabilité du commettant, les idées de *surveillance*, de *contrôle*, de *direction*, de *maîtrise*, d'*autorité*, de *subordination* (Crim., arrêt précité du 13 mars 1923; 24 juill. 1920, *D. P.* 1921, 1, 30; 13 fév. 1924. *D. P.* 1925, 1, 134; Civ. du 15 juin 1926, *S.* 1926, 1, 249, note P. Esmein; 18 juin 1928, *D. H.* 1928, 478; Req. 1er mai 1930, *S.* 1931, 1, 121, note P. Esmein; Crim. 9 et 23 janv. 1931, *D. H.* 1931, 148, *S.* 1931, 1, 358; 17 avril 1931, *D. H.* 1931, 302; Civ. 28 janv. 1935, *S.* 1935, 1, 141; 17 mars 1937, *S.* 1937, 1, 247; 4 mai 1937, *S.* 1937, 1, 247).

La Cour suprême se reconnaît le *droit de contrôler* l'application que le juge du fond fait au procès des directives ainsi établies (arrêts précités, notamment du 17 mars 1937).

512. Conséquences de l'explication adoptée. — Du moment que la responsabilité du commettant s'explique par l'idée d'autorité, par la possibilité de donner des instructions et de veiller à leur exécution (droit de *direction* et droit de *contrôle*), on est conduit à accepter les solutions suivantes, qui sont consacrées par la loi ou par la jurisprudence.

1° La responsabilité du commettant est limitée aux actes que le préposé accomplit *en cette qualité*, dans les fonctions auxquelles il a été préposé (art. 1384). En dehors de ces fonctions, le préposé échappe à la direction et à la surveillance; il n'est plus l'instrument du commettant; il n'engage plus que sa responsabilité personnelle.

C'est ainsi que le maître ne saurait être responsable des coups portés à un tiers par son domestique au cours d'une rixe survenue pendant un jour de congé, lors d'une sortie étrangère au service.

Mais la jurisprudence interprète très largement la formule légale : elle retient la responsabilité du commettant dans le cas où le dommage a été causé par le préposé, non pas exactement dans l'exercice, mais seulement *à l'occasion de ses fonctions* dont il serait sorti, dont il aurait *abusé*; elle ne demande pas au tiers lésé une vérification exacte et souvent malaisée de l'étendue desdites fonctions. C'est ainsi qu'une compagnie de chemins de fer répond du fait de son employé qui a assumé une tâche ne rentrant pas précisément dans son service, par exemple de l'homme d'équipe qui a accepté la garde des bagages d'un voyageur (Aix, 17 mai 1900, *D. P.* 1901, 2, 55); ainsi encore qu'un hôtelier répond de l'abus de confiance commis par un employé auquel un voyageur a confié une somme d'argent, dans la croyance erronée qu'il était qualifié pour recevoir ce dépôt (Lyon, 24 juin 1920, *D. P.* 1922, 2, 40); ou que le propriétaire d'une maison de commerce est civilement responsable du délit de chasse en automobile sur le terrain d'autrui commis par un employé au cours d'une tournée que celui-ci effectuait pour le compte de la maison (Crim. 23 nov. 1928, *D. P.* 1930, 1, 80, *S.* 1931, 1, 153); ou que le propriétaire d'une automobile répond des conséquences de l'accident causé par son chauffeur au cours d'une promenade d'agrément que celui-ci avait effectuée à l'insu de son maître (Crim. 11 juill. 1931, *D. H.* 1931, 493). Il suffit que la com-

pétence du préposé soit *apparente* pour qu'elle entraîne la responsabilité du commettant (Comp. Crim. 3 mars 1923, *D. P.* 1923, 1, 50) : c'est une nouvelle consécration de la théorie de l'*apparence* et des effets que renferme en puissance cette situation juridique : qui crée une apparence en demeure le prisonnier (Comp. Req. 3 avril 1933, et Crim. 22 juin 1933, *D. H.* 1934, 1, 5, note L. Josserand; Req. 30 janv. 1935, *D. H.* 1935, 129, *S.* 1935, 1, 144; dans la dernière espèce, le pilote de l'avion agissait, lors de l'accident, en qualité de préposé de la compagnie de transports, et on note qu' « il était considéré comme tel par les passagers »).

Précisément parce que c'est au nom de la théorie de l'apparence que la responsabilité du commettant est alors engagée, il faut décider que cette responsabilité n'est pas mise en œuvre si la victime, qui était au courant de la situation véritable, ne pouvait pas supposer que le préposé agît en cette qualité et pour le compte du maître (*Sic*, Crim. 22 juin 1933, *S.* 1933, 1, 359; Dijon, 6 juin 1933, *S.* 1933, 2, 213).

2° Alors même que le dommage a été commis dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions, la responsabilité n'existe que si la personne avec laquelle le préposé était en rapport, avait vraiment le droit de lui donner des instructions et de contrôler ses actes. Le voyageur qui prend place dans un « taxi » n'est pas civilement responsable par rapport au chauffeur dont il n'est nullement le commettant (Comp. Crim. 30 oct. 1902, *S.* 1902, 1, 544); pas plus que le propriétaire qui fait exécuter un travail à l'entreprise ne répond des actes de l'ouvrier désigné à cet effet (Req. 4 fév. 1880, *D. P.* 1880, 1, 392); pas plus que le bailleur ne répond de son fermier ou de son locataire (Req. 19 janv. 1898, *D. P.* 1898, 1, 175), ou le propriétaire d'une voiture, de l'ami à qui il a prêté gracieusement son véhicule (Civ. 17 mars 1937, précité), ou l'évêque du diocèse, des curés des paroisses, agissant sous leur propre responsabilité (trib. civ. Beauvais, 21 nov. 1929, *S.* 1930, 2, 94). Mais, à l'inverse, le père qui, propriétaire d'une automobile, et n'ayant pas de permis, s'en remet à son fils du soin de conduire la voiture sous son autorité et sous sa direction, doit être considéré comme un préposant (Req. 17 avril 1931, *S.* 1931, 1, 252; Paris, 14 mars 1930, *D. P.* 1930, 2, 115, note Besson), de même que s'il charge son fils, majeur, de reconduire des amis en automobile (Req. 18 avril 1932, *D. P.* 1932, 282); et l'existence d'un rapport de présomption a été admise, pour les accidents d'automobile, de mari à femme, et de concubin à concubine (Crim. 6 mars 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 537),

entre beau-frères (Crim. 14 déc. 1928, *D. H.* 1928, 36) ou entre amis (Req. 1er mai 1930, *D. P.* 1930, 1, 137; 15 juill. 1930, *D. H.* 1930, 458). Ces dernières décisions sont d'autant plus importantes qu'il en résulte que la préposition peut exister entre personnes qui ne sont unies par aucun contrat (*Sic*, H. et L. Mazeaud, t. I, n° 876).

Par application de ces directives fondamentales, on est amené à conclure que le mandant n'occupe pas nécessairement, vis-à-vis du préposé, la position de commettant : oui, sans doute, si, comme il arrive normalement, il a sur lui un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle, mais non, dans les cas assez nombreux où ce pouvoir lui fait défaut, soit à raison du caractère exceptionnellement définitif et irrévocable du mandat, soit aussi à cause de son origine légale : le tuteur ne saurait être considéré comme le préposé du pupille (*Sic*, H. et L. Mazeaud, t. I, n° 946; Demogue, *Obligations*, t. V, n° 900); soit encore en considération de la liberté d'action reconnue parfois au mandataire (V. Civ. 16 juin 1936, *S.* 1936, 1, 321, rapport L. Josserand).

512*bis*. La responsabilité du commettant implique celle du préposé. — Incontestablement, la responsabilité du commettant implique que le préposé a commis un acte de nature à engager sa propre responsabilité : on n'imagine pas qu'un acte, licite chez le préposé, puisse devenir illicite au regard du préposant; la responsabilité pour autrui est d'abord, en pareille matière, une responsabilité pour soi-même; elle est personnelle avant de devenir ascendante, directe avant de s'affirmer indirecte (H. et L. Mazeaud, t. I, nos 916 et suiv.; P. Esmein, n° 652).

Du moins n'est-il point nécessaire, à notre avis, que la responsabilité du préposé soit engagée à raison d'une faute, par lui commise et établie dans les termes du droit commun des articles 1382 et 1383 : une responsabilité *indirecte*, née du fait d'une chose ou d'un animal (art. 1384, § 1, 1385) suffira à étayer, à déclencher la responsabilité du commettant, elle-même indirecte; le mouvement qui s'opère alors est à double détente : d'abord, le préposé est de plein droit responsable du dommage causé par la chose inanimée ou par l'animal, à supposer, bien entendu, ce qui sera d'ailleurs très rare, qu'il en eût la garde juridique (*inf.* n° 544); d'autre part, cette responsabilité rejaillit sur le commettant, à ce titre et en vertu de l'article 1384, § 5 : responsable de la faute du préposé, ce commettant le sera également du

fait de la chose de ce préposé. C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la Chambre civile, à l'occasion d'un accident d'ordre chirurgical, occasionné par un instrument opératoire dont le chirurgien, qui le maniait, pouvait être considéré comme ayant la garde, tout en étant peut-être le préposé de l'hôpital où il opérait (Civ. 30 déc. 1936, *S.* 1937, 1, 137, note critique H. Mazeaud, *D. P.* 1937, 1, 5, rapport L. Josserand, note approbative Savatier; et, sur renvoi, Aix, 17 fév. 1938, *D. H.* 1938, 296).

513. Observation commune aux divers cas de responsabilité du fait d'autrui. — Notre jurisprudence estime que cette responsabilité à raison du fait d'autrui est liée, comme la responsabilité du fait personnel, à l'idée de faute, sous le bénéfice de cette seule particularité que la faute est alors présumée légalement en sorte que le demandeur n'est pas tenu d'en établir la réalité.

Cette conception, est toute de surface; elle ne pénètre pas jusqu'au fond de la réalité juridique et pratique :

1° La faute prétendue est, dans bien des cas, purement imaginaire; il arrive que le père soit condamné civilement alors qu'aucune imprudence effective ne saurait lui être reprochée; la fiction est transformée en réalité;

2° En ce qui concerne la responsabilité des commettants, cette observation acquiert une force particulière à raison de cette circonstance qu'aucune preuve contraire n'est admise : une faute de pure création légale n'est plus une faute. Lorsque la loi dit au commettant « je présume que vous êtes en faute, je ne vous permets pas de démontrer qu'il n'en est rien », c'est elle-même qui crée l'obligation, non le prétendu fait fautif; la faute n'a plus d'autre valeur que celle d'un stratagème juridique, d'un procédé technique utilisé en vue d'expliquer artificiellement la naissance de l'obligation délictuelle. En réalité, la responsabilité du fait d'autrui, mais surtout celle du fait du préposé, est une *responsabilité sans faute*; elle est d'ordre objectif, étant basée sur l'idée du *risque* : le commettant, par cela même qu'il utilise les services, l'activité d'autrui, prolonge sa personnalité et son activité; il crée un risque dont il doit supporter les conséquences; il s'approprie d'avance les actes fonctionnels de son préposé, indépendamment de toute faute et parce que ces actes sont un prolongement de sa propre activité : il en est, quoi qu'il advienne, l'éditeur responsable (V. en ce sens et dans cet esprit, Demogue, *Obligations*, t. V, nos 881 et 882, 919; H. et L. Mazeaud, t. I, nos 934 et suiv.; Dallant,

thèse et note *D. P.* 1931, 1, 171; Comp. LALOU, *La responsabilité civile*, 2e éd., n° 1019).

Il est d'ailleurs à signaler que cette conception, à laquelle se sont ralliés certains auteurs, n'est pas absolument étrangère à la jurisprudence : lorsque la Cour de cassation proclame qu' « en principe, sauf dispositions légales édictant la responsabilité du fait d'autrui, nul n'est responsable que de ses fautes et de ses négligences », cette haute juridiction reconnaît nettement que la responsabilité du fait d'autrui est libérée de toute idée de faute ou de négligence de la part de celui qui l'endosse (Civ. 21 nov. 1921, *D. P.* 1925, 1, 104). Et, même la responsabilité des parents, cependant assortie de la preuve contraire, est parfois expliquée par la théorie du risque (Rouen, 30 déc. 1913, *S.* 1914, 2, 223).

§ II. — *LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES CHOSES*

514. Sources. Plan. — La responsabilité du fait des choses est prévue sous une forme générale dans le premier alinéa de l'article 1384, aux termes duquel on est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé *par le fait des choses que l'on a sous sa garde*.

Cette responsabilité se trouve ensuite spécialisée, dans deux de ses applications, par l'article 1385 qui s'occupe des dommages causés par les *animaux*, et par l'article 1386 qui prévoit la *ruine d'un bâtiment*.

Nous étudierons d'abord ces deux formes, ces deux applications de la *responsabilité du fait des choses*, pour passer ensuite à la *responsabilité du fait des choses inanimées*, laquelle n'a été l'objet d'aucune précision ultérieure de la part du législateur de 1804 et qui ressortit donc exclusivement à la disposition générale de l'article 1384, § 1.

I

La responsabilité du fait des animaux

515. Sources. Plan. — D'après l'article 1385, « *le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* ».

Ce texte a soulevé des difficultés d'application sur lesquelles la jurisprudence s'est prononcée et peut être considérée, en général, comme fixée; nous enregistrerons les con-

clusions auxquelles elle est arrivée; nous saurons ainsi : 1° Quels animaux sont visés par l'article 1385; 2° Qui est déclaré civilement responsable par ce texte; 3° A quelles conditions; 4° Quelles circonstances sont exonératoires; 5° Quelle est la nature de la responsabilité qui pèse sur le propriétaire ou le gardien de l'animal.

516. I. Animaux visés par l'article 1385. — Ce sont tous les animaux que l'on s'est appropriés, sur lesquels on exerce une maîtrise : animaux domestiques, animaux faisant partie d'une ménagerie, taureaux (Civ. 5 fév. 1934, *D. H.* 1934, 205), abeilles (Trib. civ. Châteaudun, 18 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2, 122), lapins de garenne, lesquels, s'ils sont bien un gibier, ne sont du moins pas des *res nullius*, puisque l'art. 524 les a promus à la dignité d'immeuble par destination; mais, à l'exclusion des animaux sauvages, du gibier libre, qui sont des *res nullius* et à l'occasion desquels une responsabilité peut bien être engagée par application des articles 1382 et 1383 (responsabilité à raison du fait personnel), mais non d'après l'article 1385, non pas *de plano*; le demandeur devra prouver la faute du propriétaire qui a eu le tort de laisser pulluler sur son fonds des animaux malfaisants (L. 10 mars 1930 *relative à la protection des cultures contre les ravages des lapins de garenne;* l. 24 juill. 1937, *relative à la réparation des dommages causés aux récoltes par le gibier*; et *Code rural*, livre III, titre I, art. 15), lapins vivant à l'état sauvage, parfois difficiles à distinguer des lapins de garenne (V. la note de F. Gény, *S.* 1933, 2, 193; Req. 3 mars 1913, *S.* 1913, 1, 295; 19 fév. 1923, *D. P.* 1923, 1, 68); sangliers (Req. 19 oct. 1914, *S.* 1915, 1, 15); cerfs et biches (Civ. 10 fév. 1913, *D. P.* 1913, 1, 237).

La responsabilité du fait des animaux suppose donc que l'animal, qui n'est pas *res nullius*, est placé sous la maîtrise et sous le contrôle de son gardien.

Il semble que cette responsabilité doive être mise en œuvre aussi bien lorsque l'animal est attelé à une voiture que s'il est isolé. Cependant, il est remarquable que la jurisprudence ne paraît pas fixée sur ce point : tandis que les accidents causés par des voitures hippomobiles sont parfois traités d'après l'art. 1385 (Req. 11 mai 1931, *motifs*, *D. H.* 1931, 381), il arrive qu'on les envisage comme dus au fait d'une chose inanimée, la voiture, et qu'on les place donc sous la maîtrise de l'art. 1384, § 1 (Civ. 24 juin 1930, *D. P.* 1930, 1, 137, note Savatier, *S.* 1931, 1, 121, note P. Esmein; Poitiers, 30 mars 1936, *D. H.* 1936, 323). On aboutit d'ail-

leurs, dans les deux systèmes, à des résultats voisins, mais non pas identiques : la responsabilité du fait des choses inanimées n'est pas absolument calquée sur la responsabilité du fait des animaux. Notamment, cette dernière n'existe que s'il y a véritablement fait propre de l'animal (*inf.* n° 518); il faudrait donc choisir entre l'animal et la chose en tant que cause de l'accident et source de la responsabilité.

517. II. **Qui est responsable.** — D'après la formule générale de l'article 1384, § 1, la responsabilité civile incombe au *gardien*; mais l'article 1385 précise en la mettant à la charge du propriétaire de l'animal ou de *celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage*. Cette formule alternative a suscité beaucoup de difficultés dans la pratique; on peut les considérer comme résolues grâce aux trois règles suivantes qui sont posées par la Cour de cassation.

1° La responsabilité fixée par l'article 1385 est *alternative* et non cumulative : du moment que l'usager est responsable, c'est que le propriétaire ne l'est plus (Req. 10 nov. 1924, *D. P.* 1925, 1, 49, note SAVATIER);

2° Il faut entendre par usager la personne qui fait, de l'animal, un usage *professionnel*, soit directement et par elle-même, soit par l'intermédiaire de ses préposés (Civ. 2 mai 1911, *S.* 1913, 1, 11; Req., arrêt précité du 10 nov. 1924; 19 janv. 1938, *D. H.* 1938, 148); plus précisément, il faut distinguer entre l'usage *intéressé* et l'usage *gracieux* : le premier seul est attributif de la responsabilité de plein droit qui incombe donc à un hôtelier (Poitiers, 7 déc. 1903, *D. P.* 1904, 2, 180) ou à un maréchal-ferrant (Civ. 3 déc. 1872, *D. P.* 1873, 1, 337; Req. 19 janv. 1938, précité), à l'entraîneur d'un cheval de course (même arrêt de la Chambre des requêtes), mais non pas à la personne qui, par pure complaisance, accepte occasionnellement de garder un animal et qui ne répond que de sa faute précise et prouvée (Paris, 10 mars 1892, *D. P.* 1894, 2, 115). Il y a donc, à la base de la responsabilité de fait des animaux, outre une idée de direction et de maîtrise, une notion d'ordre professionnel et économique;

3° Au cas où le propriétaire a confié l'animal à un *préposé*, il reste gardien, et, comme tel, responsable de plein droit en vertu de l'art. 1385, car, s'il a perdu la garde matérielle, il a conservé la *garde juridique*, seule décisive, grâce au pouvoir de direction et de commandement qu'elle implique.

A plus forte raison en va-t-il ainsi lorsque le propriétaire

est demeuré en contact matériel avec l'animal, par exemple au cours d'une opération qu'effectue le vétérinaire (Caen, 19 janv. 1928, *S.* 1928, 2, 145, note H. Mazeaud; 2 mars 1932, *S.* 1932, 2, 237).

518. III. **A quelles conditions la responsabilité est engagée de plein droit.**

1° Il faut que le dommage résulte véritablement du fait de l'animal, de son *fait propre* (Poitiers, 19 déc. 1923, *La Loi*, 10-11 mars 1924) : si l'accident est imputable au fait personnel du propriétaire ou du gardien, on en revient au droit commun délictuel; la victime est tenue d'administrer la preuve de la faute du défendeur;

2° Il faut, d'après la jurisprudence, exclure du domaine d'application de l'art. 1385, le cas d'*usage bénévole*; la responsabilité du propriétaire de l'animal n'est alors engagée envers celui à qui il avait voulu rendre service que par la faute prouvée selon le droit commun des art. 1382 et 1383 (Req. 11 mai 1931, *D. H.* 1931, 381). Cette thèse restrictive soulève d'ailleurs de sérieuses objections (V. *inf.* n° 551);

3° On se demande si l'article 1385 continue d'être applicable lorsque le gardien de l'animal et la victime étaient préalablement unis par un lien contractuel se référant à l'animal.

La Cour de cassation répond affirmativement, au moins en principe (Civ. 9 mars 1886, *S.* 1886, 1, 244; 11 mars 1902 et 29 mai 1902, *D. P.* 1903, 1, 614; 25 juin 1914, *S.* 1916, 1, 150; Comp. Poitiers, 7 déc. 1903, *D. P.* 1904, 2, 180); et c'est bien la même solution qui prévaut en *Belgique* (Cass. belge, 16 oct. 1902, *S.* 1906, 4, 25, note Wahl) et en *Italie* (Cass. Turin, 9 nov. 1907, *S.* 1909, 4, 15).

519. — Toutefois, il y a lieu d'observer que, dans ses décisions, la Cour de cassation visait le cas où le contrat intervenu entre le gardien et l'accidenté était un *louage de services* : c'était ordinairement un cocher, un domestique du propriétaire de l'animal qui avait été blessé par celui-ci. En dehors de cette éventualité, il faut bien reconnaître que la tendance jurisprudentielle est favorable à l'expulsion de la responsabilité délictuelle par la contractuelle.

a) La solution est certaine, en droit positif actuel, pour le contrat de *transport* : le voyageur, blessé au cours du trajet, est couvert par la responsabilité contractuelle du transporteur salarié (*sup.* n° 490);

b) Même en dehors du transport, la jurisprudence est

favorable à une extension de la responsabilité contractuelle du propriétaire de l'animal. Voy. pour l'accident survenu dans un manège : Lyon, 2 arrêts du 1er avril et du 21 oct. 1922 (*D. P.* 1924, 2, 51; *sup.* n° 490);

c) Enfin, même pour ce qui est du louage de services, il faut ne pas perdre de vue que la législation des accidents du travail a été étendue aux accidents survenus aux domestiques ou dans l'agriculture, même en dehors de l'emploi d'une force mécanique (Lois du 15 déc. 1922 et du 2 août 1923).

La tendance est donc nettement dans le sens de la substitution à la responsabilité de l'article 1385, tantôt d'une responsabilité d'ordre contractuel, tantôt d'une responsabilité purement objective et forfaitaire, à base de risque créé (*inf.* n° 552; Lalou, *La responsabilité civile*, nos 538 et suiv.; voy. cependant, *contra*, note Demogue, *S.* 1924, 1, 106, col. 1).

4° Sur le cas où les événements ont mis aux prises des animaux ou des choses inanimées ressortissant à des gardiens différents. V. *inf.* n° 550 et Req. 16 nov. 1931 (*D. H.* 1931, 555).

520. IV. **Circonstances exonératoires.** — 1° Il importe peu que l'animal fût ou non sous la garde *effective* du propriétaire ou de l'usager : même *égaré* ou *échappé*, il continue à engager de plein droit sa responsabilité par les dommages qu'il commet (art. 1385);

2° Le défendeur n'aurait pas la ressource de prouver qu'il n'a pas été à même d'empêcher le dommage : *la preuve négative de l'absence de faute lui est refusée*. Il y a eu jadis des hésitations et des flottements sur ce point, mais la cause est jugée depuis longtemps (*Sic*, Req. 2 juill. 1902, *D. P.* 1902, 1, 431; 5 fév. 1906, *D. P.* 1906, 1, 96; Civ. 17 juill. 1917, *D. P.* 1917, 1, 133). Le grand nombre de décisions rendues sur ce point et en ce sens par la Cour suprême dénote une résistance prolongée de la part des cours d'appel et des tribunaux; mais cette résistance est inefficace et l'on peut considérer que *l'exclusion de la preuve contraire* fait partie intégrante de notre droit positif actuel;

3° Il est également certain que, *dans l'état actuel de la jurisprudence*, la responsabilité de l'article 1385 ne saurait être conjurée par une clause contraire : que le dommage soit causé à la personne ou aux biens, sa réparation, du point de vue délictuel, est considérée comme étant d'ordre public : les *clauses de non-responsabilité* ou de responsa-

bilité limitée seraient inopérantes (pour les dommages causés par le gibier et pour les clauses de non-responsabilité qui seraient insérées à cette occasion dans les baux du droit de chasse, v. l'art. 2 de la loi du 24 juill. 1937 qui répute de telles clauses *non écrites*) ; ce qui ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que, une fois le dommage causé, la victime renonce à exiger la réparation qui lui est due (*sup.* n^os^ 475 et 477).

521. — Ces éliminations faites, il ne reste plus au gardien de l'animal, alors que les conditions ci-dessus spécifiées se trouvent réunies, que deux ressources pour échapper à la responsabilité de l'article 1385 :

1° *Le cas de force majeure.* — Si un vacarme insolite, un coup de tonnerre, a épouvanté l'animal, a affolé un cheval qui, dans sa course éperdue, a renversé une personne sur son passage, le gardien n'est plus responsable; nul ne saurait être tenu à l'impossible;

2° *La faute de la victime.* — Elle est exclusive de la responsabilité, en cette matière, comme toujours : la jurisprudence est constante en ce sens. (Voy. les décisions citées à propos de l'exclusion de la preuve contraire et Req., 20 janv. 1904, *D. P.* 1904, 1, 568; Amiens, 20 juin 1933, *D. H.* 1933, 563).

Mais il y a lieu d'observer :

a) Que la faute n'a cette vertu absolutoire que dans la mesure où elle existe; si celui-ci ne suffit pas, à elle seule, à expliquer le dommage, si celui-ci résulte de la coopération de plusieurs facteurs, le tribunal peut procéder à un partage de responsabilité, c'est-à-dire qu'il modèrera les dommages-intérêts (*sup.* n° 450);

b) Ne commet pas une faute le sauveteur qui s'interpose pour tenter de maîtriser ou d'arrêter un animal rendu furieux, un cheval emballé : son droit à une réparation est reconnu, certainement, s'il a agi en tant que particulier (Civ. 5 fév. 1934, *D. H.* 1934, 205; Paris, 10 mars 1892, *D. P.* 1894, 2, 115; 17 nov. 1894, *D. P.* 1895, 2, 358; 20 fév. 1896, *D. P.* 1896, 2, 152; Bordeaux, 21 juill. 1932, *S.* 1933, 2, 185; Agen, 28 janv. 1935, *D. H.* 1935, 218), plus dubitativement s'il s'est acquitté d'une fonction dont il était officiellement investi, et s'il est, à ce titre, déjà muni d'un recours contre la collectivité à laquelle il ressortit; l'application de l'article 1385 est alors contestée par les publicistes qui font intervenir les principes du droit public à l'exclusion des

règles du droit civil (Voy. cependant, Trib. civ. Seine. 26 nov. 1924, *D. H.* 1925, 88).

522. Remarque. — Si la responsabilité du gardien de l'animal est exclue par le cas de force majeure, ainsi que par la faute de la victime, c'est que, dans de telles éventualités, le dommage n'est pas le fait de l'animal; on n'est plus dans les termes ou dans l'esprit de l'article 1385, qui prévoit que le dommage a été causé *par* l'animal.

523. V. Fondement de la responsabilité. — La jurisprudence et la plupart des auteurs expliquent la responsabilité civile du gardien de l'animal, comme ils motivent celle des parents, artisans et commettants, au moyen du concept de la *faute présumée*. A notre avis, l'explication n'est pas meilleure ici que là. La prétendue présomption de la faute serait une présomption absolue, *juris et de jure*, puisqu'on n'admet pas le gardien à faire la preuve contraire, à se libérer en établissant que, dans l'espèce, il n'avait pas commis de faute (*sup.* n° 520) : or, une faute invinciblement présumée, n'est plus une réalité, mais une pure fiction qui ne devrait abuser personne. En vérité, la responsabilité du gardien d'un animal est d'ordre objectif : elle procède de l'idée de risque; celui qui crée un risque, en introduisant dans la société un élément virtuel de dommage, doit, si ce risque se réalise, en supporter le poids (Comp. Lalou, *op. cit.*, n° 529; et Req. 16 nov. 1931, *D. H.* 1931, 555; et, pour la responsabilité du fait des choses inanimées, *inf.* n^{os} 553 et suiv.).

II

La responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment

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

525. Eventualité prévue. — L'article 1386 suppose la réunion d'une série de conditions ou d'éventualités :

1° Le dommage est causé par un *bâtiment*; s'il est occasionné par un immeuble d'un autre genre, ou, à plus forte raison, par un meuble, la disposition devient inapplicable (*inf.*, n° 531);

2° Ce bâtiment est tombé en *ruine*, ce qui exclut le cas d'incendie, régi, tantôt par le droit commun de la responsabilité et tantôt par l'article 1384, § 1 (*inf.* n° 549);

3° La ruine est due soit à un *défaut d'entretien*, soit à un *vice de construction*, ce qui exclut le cas d'une démolition due à un bombardement (Req., 18 janv. 1926, *D. H.* 1926, 82) ou même celui d'une démolition volontaire, effectuée par le propriétaire (Montpellier, 9 juin 1928, *D. H.* 1928, 586).

Il appartient à la victime de prouver que ces trois conditions sont réunies.

525*bis*. **Qui est responsable.** — L'article 1386 est conçu, pour la désignation de la personne responsable, dans des termes tout autres que ceux dont le législateur s'est servi dans les articles 1384, § 1 (*Garde* de la chose) et 1385 (propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert); c'est uniquement le *propriétaire du bâtiment* qu'il vise, sans réserve et sans distinction tirée de la situation juridique actuelle de l'immeuble; d'où l'on conclut que le propriétaire demeure responsable encore qu'il n'ait point la jouissance, la garde, l'usage de l'immeuble, soit qu'il l'ait donné à bail (en pareil cas, le preneur ne lui est nullement substitué pour l'application de l'art. 1386; v. Civ. 28 janv. 1936, *S.* 1936, 1, 125, *D. H.* 1936, 148), soit qu'un usufruit ait été établi sur la chose. On a parfois soutenu que la responsabilité incomberait alors, par application de l'art. 1386, à l'usufruitier et non plus au propriétaire (*Sic*, P. Esmein, dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. VI, n° 610); mais cette opinion, qui va à l'encontre de l'esprit comme de la lettre du texte, est rejetée par la quasi-unanimité de la doctrine (V. Demogue, *Obligations*, t. V. n° 1094).

Les *personnes morales* sont à traiter comme les personnes humaines; le preneur, *locataire* ou *fermier*, est lui-même exposé à l'application de l'article 1386 dans la mesure où il devient propriétaire des bâtiments par lui édifiés en cours de bail, et aussi longtemps qu'il conserve cette propriété.

526. Cause d'exonération. — Elles sont plus difficiles à imaginer que pour la responsabilité du fait des animaux; cependant, on peut supposer la *faute* de la victime qui a pénétré dans une enceinte dont l'entrée est interdite, ou même le cas de *force majeure*, si le propriétaire s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle de veiller à la solidité du bâtiment et de prévenir l'accident (invasion, mobilisation, affaissement de terrains).

527. Lien contractuel. — On se demande si l'article 1386 est applicable entre personnes liées par un contrat relatif au bâtiment; la jurisprudence des Cours d'appel répond négativement et décide que la responsabilité contractuelle supplante la délictuelle, au moins dans les rapports du propriétaire avec son preneur (*sup.* n° 490; Paris, 17 janvier 1905, *D. P.* 1907, 2, 97; note critique de M. PLANIOL; Caen, 25 juin 1924, *Rec. de Caen*, 1924, 188; comp. Lyon, 23 oct. 1925, *Gaz. com. Lyon*, 10 fév. 1926, *Rec. Somm.*, 1926, n° 1696; Nîmes, 2 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, 2, 506; Poitiers, 5 déc. 1933, *D. H.* 1934, 61).

528. Nature de la responsabilité. — La responsabilité de l'article 1386 est à la fois basée sur l'idée de faute et sur celle de risque : de *faute*, car le défaut d'entretien sera ordinairement imputable au propriétaire; de *risque*, puisque le vice de construction ne saurait, dans bien des cas, lui être reproché : il a pu l'ignorer, s'il a acquis un bâtiment construit par un autre que lui; et, s'il l'a fait édifier, il n'a pu, dans son incompétence, que s'en remettre à un architecte contre lequel la loi lui ouvre d'ailleurs un recours (art. 1792; *inf.* n° 1297).

III

La responsabilité du fait des choses inanimées

529. Sources. — C. civ., art. 1384, § 1, modif. par L. 7 nov. 1922; L. 3 mai 1921; L. 31 mai 1924, art. 53 et suiv.

Bibliographie. — SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*; note *D. P.* 1897, 1, 433; L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897; notes *D. P.* 1900, 2, 289; 1904, 2, 257; 1907, 1, 177; 1908, 1, 217; 1925, 1, 97; 1925, 2, 105; 1926, 1, 129; 1927, 1, 57; 1927, 1, 137; 1928, 1, 97; 1928, 1, 129; 1929, 2, 41; 1929, 2, 161; 1930, 2, 1; 1930, 1, 25; 1930, 2, 105; 1931, 2, 129; RIPERT, *La règle morale*, n^{os} 114 et suiv.; notes *D. P.* 1921, 1, 25; 1922, 1, 25; 1925, 1, 169; 1925, 2, 41; 1927, 1, 97; 1928, 1, 145; 1930, 1, 57; Louis HUGUENEY, note *S.* 1922, 1, 97; RICOL, note *D. P.* 1926, 2, 121; SAVATIER, *Le Gouvernement des juges en matière de responsabilité civile*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, 1938, t. I, p. 453, et notes *D. P.* 1920, 1, 169; 1925, 2, 41; 1927, 1, 145; 1927, 2, 169; 1928, 1, 153; 1930, 1, 41; 1930, 1, 137; 1931, 1, 49; P. ESMEIN, notes *S.* 1926, 1, 249; 1927, 1, 137; 1928, 1, 89; 1930, 1, 121; 1931, 1, 121; H. MAZEAUD, *La faute dans la garde*, rev. trim., 1925, p. 793; notes *S.* 1927, 1, 129; 1927, 2,

73; 1928, 1, 177; H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, nos 1138 et suiv.; L. Mazeaud, *Henri Capitant et l'élaboration de la théorie française de la responsabilité civile*, dans l'*Hommage à la mémoire du professeur H. Capitant* (*Association japonaise des juristes de langue française*), p. 35; thèses de doctorat : Pisier, 1899; Bonnet, 1908; Max Vitry, 1922; André Besson, 1927, et les notes *D. P.* 1928, 1, 121; 1930, 2, 115; Pierre David, 1934.

En *Belgique* : Pirmez, *De la responsabilité; projet de revision des articles* 1382 à 1386 *du C. civ.*, 1888; en *Pologne*, Longchamps de Berier, *La responsabilité du fait des choses d'après le droit civil polonais*, 1937; en *Argentine* et pour le droit comparé, Alfredo Orgaz, *Responsabilitad por el Hecho de las cosas inanimadas*, 1931; en *Italie*, Mario Cozzi, *La responsabilita civile per damni da cose*, 1935.

530. Historique. — Pendant près d'un siècle, la doctrine et la jurisprudence s'en tinrent, pour la responsabilité du fait des choses, aux articles 1385 et 1386 : à l'école comme au prétoire, on ne songeait pas à tirer parti de la disposition générale de l'article 1384, § 1, qui impose cependant d'autorité au gardien d'une chose quelconque la responsabilité des dommages qu'elle cause; ce texte passa pour ainsi dire inaperçu et nul ne pensait à l'utiliser pour améliorer la situation de la victime, le dommage causé par les choses inanimées, autres que les bâtiments tombés en ruine, demeurant tributaire du droit commun de la responsabilité délictuelle; la victime ne pouvait obtenir une réparation que dans les termes des articles 1382 et 1383, donc à la condition de prouver la faute du défendeur. Comme nous l'avons précédemment indiqué (*sup.* n° 415), cette preuve devenait de plus en plus difficile à mesure que l'accident se faisait plus mécanique et plus anonyme : il était dérisoire de demander à la victime d'un déraillement, d'une collision de trains, d'un bateau à moteur mécanique, d'une électrocution, de faire la preuve de la faute de la compagnie de chemin de fer, ou de l'entrepreneur. L'axiome traditionnel « pas de responsabilité sans faute prouvée » aboutissait, en fait et dans bien des cas, à supprimer toute responsabilité : la règle de droit était neutralisée par son défaut de praticabilité.

531. Palliatifs et tâtonnements. — Il fallait aviser; on tenta de venir au secours de la victime d'un dommage causé pour une chose inanimée en utilisant certaines institutions ou certains textes.

1° On eut recours aux *présomptions* de l'homme; on admit l'existence de *faits fautifs*, portant en eux-mêmes la marque

de la faute (*sup.* n° 472) ; mais ces présomptions, abandonnées aux lumières des magistrats, étaient incertaines et demeuraient en nombre limité;

2° On songea à faire appel à la *responsabilité contractuelle*, et à cet effet, on s'attacha à développer le contenu de certains contrats auxquels on fit, ou on tenta de faire produire une obligation de sécurité absolue : mais la jurisprudence ne se montrait pas favorable à cette transposition de problème du délictuel au contractuel (*sup.* n° 490) ; d'ailleurs, le procédé n'était applicable qu'aux parties contractantes; il n'améliorait pas la situation des tiers;

3° On eut alors l'idée d'utiliser l'article 1386 en plaçant sous son égide les dommages causés, non seulement par la ruine d'un bâtiment, mais par une chose inanimée quelconque, mobilière ou immobilière (Paris, 20 août 1877, *Jur. gén.*, Dalloz, *Suppl.*, V. *Responsabilité*, n° 961; 19 mai 1893, *D. P.* 1897, 1, 435; 11 mars 1904, *D. P.* 1904, 2, 257) ; mais il fallait, pour en arriver là, violenter le texte de l'article 1386 : comment parler du « vice de construction » d'un arbre? D'ailleurs, le procédé était insuffisant; il imposait à la victime la preuve d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction (*sup.* n° 525).

532. L'article 1384, § 1. — En réalité, le remède n'était pas à inventer; il existait depuis 1804, il s'étalait dans la disposition générale du premier paragraphe de l'article 1384 qui commande à l'économie de tout le système de la responsabilité de plein droit et qui consacre formellement la responsabilité du gardien d'une chose quelconque, sans faire intervenir en aucune façon l'idée de faute; de même que le gardien d'un animal, celui d'une chose inanimée est constitué l'éditeur responsable des dommages causés par l'objet dont il a la direction et le contrôle et dont il est le représentant juridique. Les deux théories de la responsabilité du fait des animaux et de la responsabilité du fait des choses sont parallèles; elles sont incluses l'une et l'autre dans la formule générale de l'article 1384, § 1, et si le législateur s'est occupé ensuite plus spécialement de la première en lui consacrant l'article 1385, c'est parce qu'il tenait à spécifier qu'elle ne prend pas fin lorsque l'animal s'est égaré ou s'est échappé, éventualités à peu près étrangères à la responsabilité du fait des choses inanimées.

533. Apparition de la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées. — L'exposé systématique de cette théorie eut lieu en 1897 (Saleilles, *op. cit.* Josserand, *op. cit.*) ; il souleva de très vives protestations. La con-

ception nouvelle sembla à beaucoup d'esprits paradoxale et presque absurde : actuellement, elle est acceptée par tous, parfois, il est vrai, du bout des lèvres, avec une résignation plus ou moins agressive (V. H. et L. MAZEAUD, t. II, n° 1145; les auteurs estiment que la jurisprudence est allée à l'encontre de la loi, mais que « sa faute lui a été remise ») ; la jurisprudence, qui fut la première à s'y rallier et qui devança même sur ce point la révélation doctrinale, la réalise constamment, au point qu'on a pu parler du *Gouvernement des Juges en matière de responsabilité civile* (SAVATIER, *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. I, p. 453); depuis l'arrêt inaugural de la Cour de cassation (Civ., 16 juin 1896, S. 1897,1, 17, note A. ESMEIN; *D. P.* 1897, 1, 433, note SALEILLES), c'est par centaines que sont intervenues les décisions qui, consacrant le système de la responsabilité de plein droit, ont accordé à la victime d'un dommage causé par une chose inanimée une indemnité délictuelle basée sur l'article 1384, § 1 et sans exiger d'elle la preuve d'une faute commise par son adversaire.

Au reste, le législateur lui-même a parlé : la loi du 7 novembre 1922, qui a écarté la responsabilité du fait des choses inanimées, dans un cas particulier, celui d'incendie, a, par cela même, présupposé l'existence de cette responsabilité, en thèse générale; on ne déroge qu'à ce qui existe (*inf.* n° 549).

La cause est donc jugée, en doctrine, en jurisprudence et en législation, et la théorie de la responsabilité du fait des choses est devenue une des plus importantes, comme une des plus vivantes, du droit des obligations. (Comp. dans le Code *libanais* des obligations, l'art. 131; et, dans le projet *franco-italien*, l'art. 82).

534. Plan. — Nous avons à résoudre les questions suivantes :

1° Quelles *choses* sont visées par l'article 1384, § 1?
2° Que faut-il entendre par *fait de la chose*?
3° Qu'est-ce que le *gardien*?
4° Circonstances *éliminatoires ou exonératoires*;
5° *Nature* et *source* de la responsabilité.

535. I. La chose inanimée. — *Principe.* L'article 1384, § 1, ne distingue pas : le mot « chose » dont il se sert est un des plus vagues et des plus compréhensifs qui soient dans notre langue, juridique et courante.

536. Applications. — Effectivement, notre jurisprudence plase sous la maîtrise de l'article 1384, § 1, les dom-

mages causés par les choses les plus diverses, tant par leur nature juridique que par leur aspect matériel ou par leur importance : par un *immeuble*, par nature ou par destination (Trib. civ. Valence, 14 mai 1920; voy. Civ., 8 janv. 1924, 1, 48; Montpellier, 9 juin 1928, *D. H.* 1928, 586); par la rupture d'une digue (Besançon, 18 mars 1931, *S.* 1933, 2, 71, *D. H.* 1931, 260); par l'éboulement de terrains (trib. civ. Seine, 4 avril 1932, *D. H.* 1932, 279); par la chute d'un *arbre* (C. d'Et. 12 janv. 1934, *D. H.* 1934, 153; Civ. 11 juin 1936, *D. H.* 1936, 409, *S.* 1936, 1, 346; Grenoble, 10 fév. 1892, *S.* 1893, 2, 205); par une *canalisation ou des fils électriques* (Req., 10 nov. 1924, *D. H.* 1924, 665; 23 déc. 1929, *D. H.* 1930, 102; C. d'Et. 12 janv. 1934, précité; Lyon, 25 avril 1899, *D. P.* 1904, 2, 257); une *canalisation de gaz* (Req., 25 nov. 1924, *D. P.* 1925, 1, 12; Lyon, 12 déc. 1902, sous Req. 3 juin 1904, *D. P.* 1907, 1, 177, et la note) ou une *canalisation d'eau* (Req. 3 nov. 1932, *S.* 1933, 1, 98; trib. civ. Seine, 2 déc. 1936, *D. H.* 1938, *Somm.* p. 12, col. 1); par la chute d'un *vase* (Trib. civ. Seine, 28 janv. 1899, *D. P.* 1900, 2, 289); par l'éclatement d'un *lessiveur* (Riom, 25 mars 1903, *D. P.* 1904, 2, 257 et la note); par le fonctionnement d'un *ascenseur* (Req. 6 mars 1928, *D. P.* 1928, 1, 97; Paris, 28 janv. 1924, *D. P.* 1924, 2, 84); par une *batteuse mécanique* dont les étincelles portent l'incendie chez le voisin (Req. 25 mars 1908, *D. P.* 1909, 1, 73, note Planiol; Chambéry, 12 juill. 1905, *D. P.* 1905, 2, 97, et la note; Bordeaux, 13 janv. 1926, *S.* 1927, 2, 61); par l'explosion de *grenades* renfermées dans une usine (Req. 28 juin 1920, *D. P.* 1922, 1, 25, note G. Ripert); par les *feuilles* qui, tombées d'un arbre, obstruent les canalisations de la maison voisine (Limoges, 20 juin 1921, *D. P.* 1922, 2, 49); par un *siphon* qui explose dans un café et qui blesse un consommateur (Req. 14 janv. 1914, *S.* 1914, 1, 128; *D. P.* 1914, 1, 303); par une *balle de tennis* (Poitiers, 25 oct. 1926, *S.* 1927, 2, 73, note H. Mazeaud); par une *balle* de fusil (Civ. 25 juill. 1927, *S.* 1928, 1, 89, note P. Esmein; 18 juill. 1928, *Gaz. Pal.*, 23 oct.; 5 nov. 1928, *D. H.* 1928, 608; Angers, 12 déc. 1929, *D. H.* 1930, 105); par le *hachoir* que manie un boucher (Poitiers, 3 juill. 1935, *D. H.* 1935, 502); par la décharge d'un *fusil* (Civ. 25 juill. 1934, *D. H.* 1934, 473; Paris, 16 nov. 1929, *D. P.* 1930, 2, 105, note L. Josserand; par un *liquide corrosif* (Civ. 23 nov. 1932, *D. P.* 1933, 1, 55), ou des *substances chimiques* (Req. 7 avril 1936, *S. Rec. hebd.* n° 22, 11 juin); par des *gaz nocifs* séjournant dans une cuve (Civ. 7 déc. 1931, *S.* 1932, 1, 55); ou par l'explosion d'un *tube d'oxygène* (Lyon, 18

déc. 1930, *Reg. gén. Ass. terr.* 1931, p. 614) ; par une *locomotive* (Civ. 21 janv. 1919, *D. P.* 1922, 1, 25, note G. RIPERT; Req. 17 juill. 1922, *D. P.* 1923, 1, 172), et, plus généralement, par le *matériel des chemins de fer* (Civ. 9 fév. 1937, *S.* 1937. 1, 127) ; par un *tramway* (Paris, 21 juill. et 20 oct. 1930, *Rev. trim.* 1930, p. 1067) ; par une *bicyclette* (*inf.* n° 543), par une *motocyclette* (Req. 20 janv. 1937, *D. H.* 1937, 134) et surtout par une *automobile*, sauf une difficulté que nous rencontrerons plus loin (*inf.* n° 541). Pour ce qui est des véhicules attelés, voy. *sup.* n° 516.

537. Difficultés et controverses. — Malgré cette tendance à la généralisation de la théorie, son application a rencontré des résistances, dont certaines ont disparu, dont d'autres subsistent; on a voulu soustraire à l'application de l'article 1384 différentes catégories de choses :

1° Les *immeubles* d'abord. La Cour de cassation a rendu, en ce sens, une série d'arrêts (Req., 18 mars 1909, *D. P.* 1909, 1, 461; civ. 26 juin 1924, *D. P.* 1924, 1, 159; Req., 10 fév. 1925, *D. P.* 1925, 1, 97, note L. JOSSERAND; Civ. 21 fév. 1927, *D. P.* 1927, 1, 97, note RIPERT). Cette opinion restrictive était contraire au texte de l'article 1384, § 1, qui ne distingue pas entre les meubles et les immeubles; rationnellement, elle était injustifiable; enfin, elle était condamnée par la loi du 7 nov. 1922 qui, en soustrayant à l'application de l'article 1384 *certains* dommages causés par des immeubles, suppose bien qu'en principe de tels dommages tombent sous la maîtrise de ce texte. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle modifié sa jurisprudence; plus récemment, elle a décidé que l'article 1384, § 1, vise les dommages causés par les immeubles comme ceux qui sont déterminés par les meubles (Req. 6 mars 1928, *D. P.* 1928, 1, 97, note L. JOSSERAND) ;

2° On a voulu distinguer selon que la chose était ou non atteinte d'un *vice* inhérent à sa nature; c'est seulement dans le premier cas que la responsabilité du gardien serait engagée de plein droit; (*Sic*, pour la *Belgique*, Cass. belge, 26 mai 1904, *Pas.* 1904, 1, 246) ; mais la Cour de cassation de France a fait justice de cette distinction arbitraire qui ne se justifie ni par la lettre de la loi, ni rationnellement (Civ. 16 nov. 1920, *D. P.* 1920, 1, 169, note SAVATIER; Ch. réun. 13 fév. 1930, cité *infra*; Civ. 14 avril 1930, *D. H.* 1930, 347; 14 nov. 1934, *D. H.* 1935, 67; 11 juin 1936, *S.* 1936, 1, 346).

538. — 3° On a prétendu exiger qu'il s'agisse d'une chose nocive, d'une chose *dangereuse*, nécessitant, de la part de

celui qui la possède, une garde effective. C'est, en effet, dit-on, sur l'idée de garde que repose la responsabilité du fait des choses; n'y sont donc soumises que celles qui, étant dangereuses, sont sujettes à une garde, à une surveillance, à l'exclusion de celles qui, parfaitement inoffensives, se gardent toutes seules (*Sic.* RIPERT, *La règle morale*, n° 124; notes *D. P.* 1925, 1, 5; 1927, 1, 97; P. ESMEIN, notes *S.* 1927, 1, 137; 1928, 1, 89; SAVATIER, note *D. P.* 1927, 2, 169; Civ., 21 fév. 1927, *D. P.* 1927, 1, 97; 26 oct. 1927, *D. H.* 1927, 557; 27 mars 1928, *D. P.* 1928, 1, 145 note RIPERT; Req. 9 juin 1928, *D. P.* 1928, 1, 153 note SAVATIER, *S.* 1929, 1, 17; 16 juill. 1928, *D. P.* 1929, 1,33, note SAVATIER, Civ., 27 fév. 1929, *S.* 1929, 1, 297, note L. HUGUENEY; 12 mars 1929, *D. H.* 1929, 234).

539. — Malgré le succès d'abord remporté par cette thèse, elle est à rejeter sans hésitation, comme aussi son succédané qui, écartant l'idée de danger, prétend du moins retenir celle de la nécessité d'une garde et d'un contrôle (Dans ce dernier cas, v. André BESSON, thèse précitée et, avec des variantes, H. et L. MAZEAUD, t. I, n^{os} 1243 et suiv.).

a) Quoi qu'on dise, elle introduit dans l'article 1384, § 1, une distinction qui n'y figure pas; ce texte vise toutes les choses sans distinction; s'il parle de la « garde » c'est uniquement afin de spécifier que la responsabilité du dommage incombe au gardien, non au propriétaire;

b) La distinction des choses dangereuses et non dangereuses est d'une réalisation bien difficile : un pot de fleurs, si on l'envisage intrinsèquement, n'est pas dangereux; placé sur le balcon du cinquième étage d'une maison, il le devient; le passant qui le reçoit sur la tête goûtera peu la distinction que l'on prétend établir entre les choses dites inoffensives et celles qui sont douées d'un dynamisme propre. L'événement prouve que la chose dommageable était dangereuse; il serait paradoxal de la présenter comme inoffensive et insusceptible de garde;

c) La distinction proposée nous ramène aux recherches subjectives que le législateur a voulu éviter en édictant une responsabilité de plein droit; le demandeur devra prouver que la chose dommageable nécessitait une garde, c'est-à-dire, en fin de compte, que son détenteur a commis une faute; c'est tout le système de la responsabilité de plein droit qui s'effondre et c'est la faute aquilienne qui fait un retour offensif, inattendu et injustifié (voy. L. JOSSERAND, notes *D. P.* 1928, 1, 97 et 1929, 2, 41);

d) La thèse que nous combattons est inconciliable avec les solutions jurisprudentielles citées plus haut : les feuilles des arbres, un siphon d'eau de Seltz, une balle de tennis, ne nécessitent par une surveillance particulière; ce ne sont point des choses intrinsèquement dangereuses; cependant, les dommages causés par ces objets ont été placés sous l'égide de l'article 1384, § 1 (*sup.* n° 536);

e) Les deux responsabilités du fait des animaux et du fait des choses inanimées sont parallèles et relèvent à peu près du même statut : or, pour la première, on ne distingue pas entre les animaux considérés comme inoffensifs et les animaux dangereux (*sup.* n° 516); on ne doit pas distinguer davantage, pour la deuxième, entre les choses de tout repos et celles qui sont douées d'un dynamisme propre.

Aussi comprend-on que la Cour de cassation qui, à maintes reprises s'en était référé à la notion de la « chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui » (Civ. arrêt précité du 21 fév. 1927), ait abandonné cette formule restrictive qui ne se retrouve plus dans les décisions très récentes (Ch. réunies, 13 fév. 1930, cité *infra;* et arrêts subséquents) : le critère du danger a donc certainement vécu (H. et L. Mazeaud, t. I, n^{os} 1227 et suiv.).

Il est bien vrai que, du moins, les décisions récentes rattachent la responsabilité du fait des choses à l'idée de garde et non à la chose (arrêt du 13 fév. 1930; Req. 28 avril 1931, *D. H.* 1931, 317); mais la Cour de cassation n'entend nullement par là limiter l'application de l'art. 1384, § 1 à une certaine catégorie de choses : son but, tout différent, est d'expliquer que la responsabilité du gardien subsiste, encore que la chose ait obéi à l'impulsion qu'il lui avait imprimée, telle une automobile en marche; il suffit de lire les décisions en question, pour se convaincre que la formule employée par la Cour de cassation est d'ordre, non pas restrictif, mais au contraire extensif de la responsabilité du fait des choses : il s'agit d'intégrer le fait du gardien dans le fait de la chose.

539*bis*. **Les choses inertes.** — 4° Enfin, un courant assez fort s'est dessiné, dans la jurisprudence et aussi dans la doctrine, qui tend à exclure de l'application de l'article 1384 § 1 les choses *inertes* : du moment que la chose n'a joué, dans la réalisation du dommage, qu'un rôle passif, la responsabilité de plein droit n'incomberait plus à son gardien à qui on ne pourrait faire grief que de sa faute effectuée et prouvée

(Paris, 14 janv. 1935), *Rec. Gaz. Pal.* 1935, 2, 157; Besançon, 25 juin 1935, *S.* 1936, 2, 22; Dijon, 9 mai 1935, *D. H.* 1935, 373; Colmar, 15 fév. 1936 et Douai, 16 mars 1936, *S.* 1937, 2, 147; Colmar, 23 juin 1937, *S.* 1937, 2, 217, note G. Marty; Montpellier, 21 oct. 1937, *D. H.* 1938, 44; — Comp. P. Esmein, *D. H.* 1937, *Chr.* p. 65).

Nous pensons, avec M. G. Marty (note précitée), que cette conception restrictive repose sur une confusion fâcheuse : elle prétend résoudre en faisant appel à la nature intrinsèque de la chose, une difficulté qui a son siège et qui doit trouver sa solution dans la notion de *causalité*; toute la question est de savoir si le dommage a été, dans l'espèce, véritablement *causé par* la chose; or, l'existence de ce rapport de causalité est indépendant du rôle inerte ou actif de cette dernière; la lame de rasoir oubliée au fond d'une savonnette (trib. de paix de Paris, 9e arr., 22 août 1930, *Rec. Gaz. Pal.* 1930, 2, 640), les plaques de ciment disposées au travers d'une route (trib. civ. Seine, 19 déc. 1929, *Rec. Gaz. Pal.* 1930, 1, 431) sont susceptibles, encore qu'elles soient complètement inertes, de causer des dommages; décider autrement serait en revenir à la notion de *chose dangereuse*, qui ferait ainsi un retrour offensif et qui paraissait cependant définitivement écartée du débat. Sans doute, l'article 1384 § 1 suppose que le dommage est résulté du *fait de la chose*, et c'est en s'emparant de ces mots que la doctrine restrictive essaie de se justifier; mais il est évident que cet argument littéral n'a guère de valeur, la formule législative s'expliquant par une plus grande commodité et simplicité de rédaction; de même que le *fait de l'homme* de l'article 1382 englobe les fautes par omission en même temps que les fautes par commission (art. 1383), ainsi le fait de la chose de l'article 1384 comprend les participations passives comme les participations actives au dommage; s'il en était autrement, la disposition n'eût présenté, en 1804 et alors que la vie n'avait pas encore été mécanisée, à une époque où les choses possédant un dynamisme propre étaient extrêmement rares, qu'une valeur théorique. D'ailleurs, le mérite d'un système se juge à ses résultats, comme l'arbre est estimé pour les fruits qu'il donne; or, les conséquences auxquelles aboutit la thèse restrictive (par exemple dans les deux cas qui viennent d'être cités), sont manifestement contraires à l'équité et aux conditions de la vie moderne; lorsqu'une automobile vient se briser contre l'arbre ou contre les plaques de ciment disposés en travers d'une route, l'accident a été causé non par la voiture, mais

par l'obstacle qu'elle a rencontré devant elle; il y a bien « fait de la chose », et, par conséquent, responsabilité indirecte, de plein droit, du gardien, du moins si un rapport de causalité — et c'est là un tout autre problème —, existe effectivement entre ce fait et la survenance du dommage. (*Sic*, G. MARTY, note précitée; pour la jurisprudence, v. outre les deux décisions précitées, trib. civ. Péronne, 3 avril 1936, 309; Rouen, 13 fév. 1936, *Rev. trim.* 1936, 681.)

Ainsi ont échoué les tentatives diverses auxquelles on avait eu ingénieusement recours pour « grignoter » la responsabilité de l'art. 1384, § 1 : ce sont toutes les choses dommageables qui sont visées par ce texte; le vrai doit être tenu pour vraisemblable, et la possibilité du dommage est suffisamment établie par sa réalisation.

540. II. **Le fait de la chose.** — Bien entendu, le dommage n'est tributaire de l'article 1384, § 1, qu'autant qu'il provient de la chose (Req. 24 nov. 1930, *D. H.* 1930, 601; Dijon, 29 oct. 1931, *D. H.* 1931, 581); de son fait, et non pas du fait de son gardien; dans ce dernier cas, et notamment si le dommage a été causé par le gardien *volontairement*, par exemple avec une arme, c'est le droit commun délictuel qui s'applique; le demandeur supporte alors le fardeau de la preuve, dans les termes des articles 1382 et 1383. L'opposition s'établit donc entre *le fait de l'homme*, régi par ces derniers textes, et *le fait de la chose*, seul prévu par l'article 1384.

Seulement, dans la pratique, la discrimination de ces deux faits suscite de grosses difficultés; un accident survenant, on se demande s'il est dû au fait du gardien ou à celui de la chose. La difficulté a pris un caractère aigu surtout pour les accidents de locomotion, plus spécialement pour ceux qui sont causés par des automobiles ou par des bicyclettes.

541. Accidents causés par les automobiles [1]. — Un parti important soutient — ou soutenait — qu'il faut dis-

[1] La progression du nombre des accidents occasionnés par la circulation des automobiles a fait se poser, en tous pays, le problème des mesures à prendre pour assurer aux victimes une équitable indemnisation. Pour la *France*, v. le *Bull. Soc., ét. législ.*, 1932, p. 83; et, pour l'année 1933, le *Compte d'administration de la Justice civile*, de 1936, p. 166, d'où il résulte que, pour cette année 1933, le nombre des personnes tuées ou écrasées par les automobiles s'est élevé à 2.200, dont 142 pour le département de la Seine et 151 en Seine-et-Oise; en Angleterre, il résulte de la statistique publiée par le Ministère des transports qu'au cours de l'année 1937, 6.633 personnes furent tuées et 226.402 furent blessées sur le territoire de la Grande-Bretagne;

tinguer entre les accidents déterminés par la voiture elle-même, considérée abstraitement de son conducteur — rupture d'une pièce, automobile à l'arrêt qui est mise en mouvement par la déclivité du sol — et les accidents survenus alors que le véhicule se trouvait sous l'impulsion du conducteur et à raison de cette impulsion; dans la première éventualité seulement il y aurait vraiment fait de la chose, donc applicabilité de l'article 1384, § 1; dans la deuxième, il y aurait fait de l'homme, donc applicabilité des articles 1382 et 1383. Pendant la marche, dit-on, l'automobile n'est pas seulement sous la *garde* du chauffeur, mais, ce qui est différent, sous sa *direction*; la responsabilité ne peut plus être que celle du fait personnel de l'homme non celle de la chose qui devient un simple instrument, un prolongement de son cerveau et de son bras (voy. en ce sens, les décisions citées dans les notes Ripert, *D. P.* 1922, 1, 25; Savatier, *D. P.* 1925, 2, 41; L. Josserand, 1925, 2, 106, col. 1; *Adde* Lyon, 7 juill. 1927, *S.* 1927, 2, 106).

Mais c'est en sens contraire que se prononçaient et de nombreuses Cours d'appel (mêmes références) et surtout la Cour de cassation; pour la Chambre civile et pour la Chambre des requêtes il n'y avait pas lieu de distinguer selon les conditions dans lesquelles est survenu l'accident; même pendant la marche, le chauffeur est encore un gardien responsable de plein droit, aux termes de l'article 1384, § 1, (*Sic* : Civ. 29 juill. 1924, *D. P.* 1925, 1, 5; note Ripert; Req., 12 janv. 1927, *S.* 1927, 1, 127, note H. Mazeaud; *D. P.* 1927, 1, 145, note Savatier; Civ., 21 fév. 1927, *S.* 1927, 1, 137, note P. Esmein, *D. P.* 1927, 1, 97, note Ripert; 29 fév. 1928, *D. H.* 1928, 223; 12 mars 1929, *D. H.* 1929, 234; Req. 16 avril 1929, *D. H.* 1929, 284).

542. — Cette solution est la seule rationnelle et juridique : il serait paradoxal que la responsabilité du gardien d'une automobile s'atténuât au moment de la mise en marche, c'est-à-dire alors que la chose devient particulièrement dangereuse; la prétendue transformation du gar-

pour les *Etats-Unis* v. le *Report of the Committee to study compensation for automobile accidents*, 1932. Il ressort de ce document (p. 17) que, pour l'année 1930, le nombre des personnes tuées s'est élevé à 33.000 (37.800 en 1936), tandis que celui des personnes lésées dans leur corps ou dans leurs biens dépassa le million, uniquement sur le territoire des Etats-Unis. Comp. Francis Deak, *Liability and compensation for automobile accidents*, dans la *Minnesota Law Review*, janv. 1937.

dien en conducteur, par la seule vertu de l'embrayage, est une invention purement scolastique; dans la réalité, le fait du conducteur s'intègre dans celui de la mécanique ou dans celui de la chose. C'est ce qu'on décide pour les accidents dus à une batteuse mécanique en action ou à une locomotive en marche (Req. 17 jill. 1922, *D. P.* 1923, 1, 172), ou à un bateau en cours de navigation (Aix, 7 janv. 1924, *D. P.* 1924, 2, 108), ou à une balle de tennis, ou pour les accidents de chasse (*sup.* n° 536); il n'existe pas de raison plausible de traiter autrement les accidents de locomotion automobile. C'est ce que le Conseil d'Etat avait également compris (C. d'Etat, 24 déc. 1924, *D. P.* 1925, 3, 9 note Jean Appleton, 29 déc. 1926, *S.* 1927, 3, 105, note M. Hauriou) et c'est ce qu'ont décidé les Chambres réunies de la Cour suprême, dans le fameux arrêt Jand'heur, intervenu sur deux cassations d'arrêts rendus dans le sens opposé par la Cour de Besançon (29 déc. 1925), puis par la Cour de Lyon (7 juill. 1927, *D. H.* 1927, 423); dans cet important monument judiciaire, il est proclamé que « la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme... » (Ch. réun. 13 fév. 1930, *D. P.* 1930, 1, 57, note Ripert, avec le rapport de M. le conseiller Le Marc'hadour et les très importantes conclusions de M. le procureur général Paul Matter; *S.* 1930, 1, 121, note P. Esmein. — Sur la portée et le mérite de cette décision, v. encore H. et L. Mazeaud, t. II, n^os^ 1219, 1229, 1309; H. Capitant, *D. H.* 1930, Chron. pp. 3 et 61; 1931, Chron. p. 53; L. Josserand, *D. H.* 1930, Chron. p. 25; 1931, Chron. p. 69; *Les accidents d'automobile et l'arrêt solennel du 13 février 1930*, dans *Evolutions et actualités*, p. 52; Maurice Picard, *La responsabilité des accidents d'automobile devant les Chambres réunies de la Cour de cassation*, *Rev. gén. Ass. terr.* 1930, p. 259). Cette doctrine a été enregistrée par plusieurs arrêts, postérieurs à celui des Chambres réunies (Civ. 14 avril 1930, *D. P.* 1930, 1, 81, note Savatier, 24 juin 1930, *D. P.* 1930, 1, 137, note Savatier, *S.* 1931, 1, 121, note P. Esmein; Req. 28 avril 1931 *S.* 1931, 1, 246; *D. H.* 1931, 317; Cic. 14 nov. 1934, *D. H.* 1935, 67); elle a été consacrée aussi par la Cour de cassation de *Luxembourg* (26 fév. 1931, *S.* 1931, 4, 14) : elle est définitivement acquise.

543. Les accidents causés par des bicyclettes[1]. —

[1] Savatier, *Les accidents de bicyclette et l'article 1384, C. civ.*, *D. H.* 1929, *Chron.* p. 65.

La question est ici plus délicate, car le fait du bicycliste peut paraître dominer le fait de la chose; aussi comprend-on que la doctrine et la jurisprudence hésitent à appliquer au bicycliste la responsabilité de plein droit de l'article 1384; toutefois la tendance est de plus en plus favorable à cette dernière solution (*Sic*, Civ. 18 nov. 1930, *motifs*, *S.* 1931, 1, 32; Trib. civ. Lille, 5 janv. 1926. *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 463; Trib. civ. Drôme, 3 mai 1927, *D. P.* 1927, 2, 169, note Savatier; Trib. civ. Seine-Inférieure, 21 janv. 1928, *D. H.* 1928, 219; Angers 21 mai 1928 et Dijon, 16 oct. 1928, *S.* 1929, 2, 27; *D. P.* 1929, 2, 41, note L. Josserand; Montpellier, 28 fév. 1929, *D. P. ibid.*, Nancy, 10 mai 1928, *Rec. Somm.*, 1929, n° 93; Trib. civ. Rouen, 10 avril 1930, *D. H.* 1930, 360).

544. III. **Le gardien** [1]. — La responsabilité incombe, non pas au propriétaire de la chose, ainsi que le pensaient ou que feignaient de le croire les adversaires de la théorie de la responsabilité du fait des choses inanimées qui avaient ainsi beau jeu pour en dénoncer l'iniquité, mais bien à son *gardien* (art. 1384, § 1; Req. 15 déc. 1930, *S.* 1931, 1, 66, *D. H.* 1931, 36; Paris, 25 avril 1931, *S.* 1931, 2, 60)

La détermination du gardien a soulevé des polémiques; on a fait intervenir, comme éléments d'individualisation, les idées de *pouvoir juridique*, de *pouvoir de fait*, de *jouissance* (Dijon, 17 janv. 1933, *Rec.* Dijon, 1933, 68), de *profit* (*ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*). Il y a, dans toutes ces conceptions, une part de vérité : mais, ce qui est décisif, c'est *le pouvoir de commandement, de direction et de contrôle*; le principe est le même que pour les responsabilités du fait d'autrui et du fait des animaux : là où résident le pouvoir, la direction, là s'affirme la responsabilité; nous devons conserver le *contrôle* des choses dont nous sommes les maîtres [2], sinon nous devenons responsables de leurs débordements, des ravages qu'elles causent sur la route où nous les avons laissé s'engager : qui crée le risque et le dirige doit le supporter.

Or, la *garde juridique*, telle qu'elle vient d'être définie,

[1] Voy. H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, *Rev. trim.* 1925, p. 793 ; A. Besson, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, thèse 1927.

[2] C'est ainsi que la jurisprudence française est comprise à l'étranger, notamment aux *Etats-Unis :* la personne responsable, du fait de la chose, est « *the person in control* » (Francis Deak, *Automobile accidents : a comparative study of the law of Liability in Europe* ; Philadelphie, 1932).

se différencie et de la propriété, et de la garde matérielle.

1° *De la propriété*, car il advient souvent qu'un propriétaire n'a plus la garde, même juridique, même intellectuelle, de sa chose; un contrat peut être intervenu qui, enlevant au propriétaire la direction et le contrôle de son bien, dissocie les deux notions de *dominium* et de garde juridique : *a*) Contrat de *louage de choses* : si une automobile est prise en location, ce n'est plus le propriétaire qui est le gardien, mais bien le locataire; il en irait de même pour un bateau, une bicyclette, une batteuse mécanique, un outillage quelconque, s'ils faisaient l'objet d'une location, pour les arbres d'un domaine affermé et dont la chute pourra engager la responsabilité du fermier, non celle du propriétaire (Trib. civ. Le Hâvre, 24 mai 1930, *Rev. trim.* 1930, p. 791; pour le cas de métayage, v. Demogue, *Rev. trim.* 1936, p. 352 et 353); pour la canalisation de gaz d'une maison donnée à bail (Req. 3 juill. 1934, *D. H.* 1934, 443); *b*) Le contrat de *commodat* est également susceptible de déplacer le fardeau de la responsabilité, parce qu'il déplace la garde juridique, seule déterminante en l'espèce (V. l'arrêt du 15 déc. 1930, précité, et Civ. 17 mars 1937, *Rev gén. ass. terr.* 1937, p. 779; pour le prêt gratuit d'un cheval et d'une voiture, Req. 31 mars 1936, *D. H.* 1936, 267); *c*) Il faut en dire autant du contrat intervenu entre l'Administration des postes et l'abonné au *téléphone*, ce dernier prenant en charge le matériel qui lui est confié et dont il n'acquiert pas la propriété, mais dont il est considéré comme le gardien (Trib. civ. Seine, 17 avril 1931, *D. H.* 1931, 360), tandis qu'à l'inverse l'Administration est investie de la garde de la plaque d'égoût qui, appartenant au propriétaire de la maison devant laquelle elle est placée, est cependant incorporée à la voie publique (Paris, 8 nov. 1934, *S.* 1935, 2, 22); *d*) Et il est certain qu'une automobile n'est plus sous la garde d'un propriétaire qui prend une leçon de conduite (Crim. 24 juill. 1920, *D. P.* 1921, 1, 30) ou qui se fait remorquer par une autre voiture, et quand bien même il resterait au volant (Paris, 3 janv. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 477), tandis qu'elle demeure sous cette garde au cours de l'examen subi pour l'obtention du permis de conduire (Toulouse, 8 janv. 1931, *D. H.* 1931, 126); *e*) enfin, le contrat de *mandat* est susceptible de transférer la garde, mais seulement dans le cas exceptionnel où il n'établit pas entre les parties les rapports de commettant à préposé (*inf.* n° 544 bis).

La garde, au sens de l'article 1384, § 1, n'est donc pas inhérente à la propriété; tout ce qui est vrai, c'est que la

qualité de propriétaire est de nature à faire *présumer* celle du gardien (Req. 20 janv. 1937, *D. H. 1937*, 134), mais seulement jusqu'à preuve du contraire.

544*bis*. Garde juridique et garde matérielle. — 2° la garde juridique se différencie également de la simple *garde matérielle*, du simple contact avec la chose, de la détention (v. dans le sens de cette différenciation, Req. 20 janv. 1937, *D. H.* 1937, 134; Colmar, 28 juill. 1937, *D. H.* 1937, 593).

a) Un chauffeur ne se libère pas de la garde de sa voiture par cela seul qu'il quitte le volant pour pénétrer dans sa maison ou pour vaquer à ses occupations; seul, un *acte juridique*, intervenu avec une autre personne, peut déplacer la *garde juridique* et réaliser ainsi, par une sorte de novation, la substitution d'un nouveau gardien à l'ancien. En conséquence le vol d'une automobile ne suffit pas à exonérer le propriétaire de la garde de sa voiture et des conséquences qu'elle pourra entraîner éventuellement contre lui, si le voleur vient à occasionner des dommages au cours de sa fuite (*inf.* n° 547);

b) Mais ce résultat ne découle généralement pas de la *préposition* : le préposé, par exemple le chauffeur à qui une automobile à été confiée par son propriétaire, agit, non pour son propre compte, mais pour le compte d'autrui; il n'a ordinairement pas une surface suffisante pour couvrir les tiers des dommages qu'il pourra leur causer; et d'ailleurs son commettant n'a nullement entendu abdiquer son pouvoir de direction et de contrôle; c'est donc sur lui, et sur lui seul, que pèsera la responsabilité de plein droit de l'art. 1384, § 1 (*Sic*, Civ. 27 fév. 1929, *D. P.* 1929, 1, 129, note Ripert, *S.* 1929, 1, 297, note L. Hugueney; 23 juill. 1930, *D. H.* 1930, 523; Req. 16 déc. 1929, *D. P.* 1931, 1, 49, note Savatier, *S.* 1932, 1, 161, note L. Hugueney; 1er mai 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 5). Il résulte de là, d'abord que la victime ne pourra obtenir une indemnité du préposé que dans les termes du droit commun, en prouvant qu'il a commis une faute — faute dont le commettant sera d'ailleurs responsable, à ce titre et non plus comme gardien — puisque, si le préposé lui-même est blessé par la chose qui lui avait été confiée, il peut se retourner contre son préposant, responsable comme gardien et en vertu de l'art. 1384, § 1 (*Sic.* arrêt précité du 27 fév. 1929).

Exceptionnellement, le mandat déplace la garde lorsqu'il n'établit pas entre les parties un rapport de commettant à

préposé; le mandataire, qui conserve sa liberté d'action, qui n'est pas uni au mandant par un lien de subordination, qui a la maîtrise de la chose, en devient le gardien et répond à ce titre des dommages qu'elle cause (v. pour le contrat intervenu entre le garagiste et le propriétaire d'une voiture qui la lui avait confiée en vue d'en réaliser la vente, Agen, 15 mai 1936, *D. H.* 1936, 434; — Comp. pour la remise d'un canot automobile intervenue dans des conditions semblables, Civ. 16 juin 1936, *S.* 1936, 1, 321; *D. H.* 1936, 427);

c) Le déplacement de responsabilité ne s'effectue pas lorsqu'une automobile étant vendue à l'essai, ou étant essayée après réparation, le vendeur ou le réparateur fournit, à cette occasion, un conducteur à son service; il conserve alors la garde de la voiture (Req. 15 déc. 1930, *Rec. Gaz. Pal.* 1931, 1, 197. Paris, 3 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 630).

d) Même solution pour la mise à la disposition de carabines à sa clientèle, par le tenancier d'un tir forain (Civ. 19 juin 1934, *S.* 1935, 1, 28).

Sur ces différents points, la notion du gardien d'une chose inanimée coïncide parfaitement avec celle du gardien d'un animal (*sup.* n° 517).

545. IV. **Circonstances éliminatoires ou exonératoires.** — Les circonstances que nous visons ici sont à répartir dans trois catégories selon qu'elles ont une valeur exonératoire complète, ou qu'elles tendent à substituer à la responsabilité du fait des choses la responsabilité délictuelle de droit commun, ou enfin qu'elles font apparaître la responsabilité contractuelle qui prend la place de toute responsabilité délictuelle.

546. A. **Circonstances exonératoires.** — Il faut éliminer :

1° Les *clauses de non-responsabilité* ou de responsabilité limitée qui, d'après la jurisprudence, sont impuissantes à mordre sur une responsabilité délictuelle quelconque (*sup.* n° 477);

2° La prétendue *acceptation d'un risque* par la personne mise en contact avec la chose, et notamment par celle qui est transportée (*inf.* n° 551);

3° L'existence d'une responsabilité contractuelle incombant à une personne autre que le gardien (Civ. 1er fév. 1937, *S.* 1937, 1, 361, note R. Morel);

4° La *preuve contraire* : après des hésitations et des dissidences, il est acquis que le gardien ne saurait être admis à se dégager en prouvant qu'il n'avait pas commis de faute, qu'il

avait pris toutes les précautions d'usage, qu'il s'était comporté ainsi qu'un homme diligent : la présomption de responsabilité qui pèse sur lui est invincible au même titre que celle qui est établie à l'encontre du gardien d'un animal (*sup.* n° 520) ou d'un commettant (*sup.* n^{os} 507 et s., 513); seuls, dans le système très cohérent de l'art. 1384, les père et mère et les artisans, sont admis à se libérer en prouvant qu'il n'ont pas commis de faute. D'ailleurs, et l'argument est décisif, ce n'est plus par une présomption de faute que la Cour de cassation explique la responsabilité du gardien, mais par une présomption de responsabilité (*inf.* n° 553) : dès lors, il est indifférent de chercher si, dans l'espèce, ce gardien avait ou non commis une faute. Nombreuses sont les décisions intervenues dans cette direction (*Sic* : Civ., 16 nov. 1920, *D. P.* 1920, 1, 169, note Savatier; Civ. 21 janv. 1919, Req. 28 juin 1920, Civ. 15 mars 1921, *D. P.* 1922, 1, 25, note Ripert; Civ. 5 nov. 1928, *D. H.* 1928, 608; 27 fév. 1929, *D. H.* 1929, 201; 12 mars 1929, *D. H.* 1929, 234; 24 avril 1929, *D. P.* 1930, 1, 41, note Savatier; Ch. réun. 13 fév. 1930, précité; Civ. 20 mars 1933, *D. P.* 1933, 1, 57, note Savatier) ;

5° L'*acquittement* de l'auteur de l'accident par une juridiction répressive; ce dénouement, d'ordre pénal, laisse subsister la possibilité d'une responsabilité d'ordre civil, en principe du moins (Civ. 24 avril 1929, précité; 17 et 18 mars 1930, *D. H.* 1930, 283; 4 janv. 1938, *D. H.* 1938, 129); notamment, l'acquittement par le tribunal correctionnel, du chauffeur poursuivi pour homicide par imprudence ou pour blessures involontaires, ne fait nullement obstacle à l'allocation, à la victime, d'une indemnité fixée par le juge civil dont la décision, basée sur l'art. 1384, § 1, ne présuppose pas la commission d'une faute de la part du conducteur, lequel répond, en l'occurence, non de son fait, mais du fait de la chose (décisions précitées). Il en irait autrement si la juridiction répressive avait expliqué l'accident par la seule faute de la victime : cette faute étant exonératoire pour le gardien (ci-après, n° 547), le juge civil ne pourrait, sans méconnaître le principe de l'*autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, prononcer une condamnation à des dommages-intérêts contre le gardien (Req. 12 janv. 1927, *D. P.* 1927, 1, 145, note Savatier; *S.* 1927, 1, 129, note H. Mazeaud). V. sur ces différents points, la thèse de M. Hébraud, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, 1929).

547. — Mais il reste, comme *exonératoires*, la *faute* de la victime et la *force majeure*.

1° La *faute* de la victime a, comme d'ordinaire, son effet exonératoire, à la condition que le dommage lui soit vraiment et entièrement consécutif (Req. 19 déc. 1927 et Civ. 30 janv. 1928, *S.* 1928, 1, 177, note H. Mazeaud; Req. 29 oct. 1928, *D. H.* 1928, 559; 16 avril 1929, *D. H.* 1929, 284; 8 déc. 1930, *D. H.* 1931, 36; Civ. 8 juill. 1931, *S.* 1932, 1, 45; 20 oct. 1931, *D. H.* 1931, 538; 7 déc. 1931, *S.* 1932, 1, 55; 22 mars 1938, *D. H.* 1938, 339) : la faute fictive, présumée, du gardien, cède alors devant la faute effective, prouvée de la victime; mais il n'en va ainsi que dans le cas où la faute de la victime commande entièrement à l'accident qui fut son œuvre exclusive; sinon, si la causalité de cette faute par rapport au dommage n'est que partielle, la présomption de responsabilité qui pèse sur le gardien subsiste pour partie et le juge doit donc procéder à un *partage de responsabilité*, exactement comme il le ferait s'il avait à appliquer, non l'article 1384 § 1, mais les articles 1382 et 1383; même lorsqu'elle est *objective*, la responsabilité peut n'être que simplement atténuée par la faute de la victime, comme le décident, en matière d'accidents du travail, l'article 20 de la loi du 9 avril 1898, et, pour la navigation aérienne, la loi du 31 mai 1924, dans son article 53 § 2. C'est en ce sens que la question doit être résolue lorsqu'un piéton est renversé par une automobile alors qu'il traversait la chaussée en dehors d'un passage clouté; la faute qu'il avait ainsi commise n'exclut pas nécessairement l'application de la présomption de l'article 1384 § 1 qui n'est nullement indivisible, mais qui peut fort bien n'être écartée que pour partie, ce qui revient à dire que le juge procédera à un partage de responsabilité : la transgression d'un règlement ne suffit pas à donner sur nous droit de vie ou de mort aux chauffeurs d'automobile (*Sic*, Req. 13 avril 1934, *S.* 1934, 1, 313, note H. Mazeaud; *D. P.* 1934, 1, 41, note Savatier, rapport Gazeau; Civ. 8 fév. 1938, *D. H.* 1938, 194, *S.* 1938, 1, 136; — *Contra* H. Capitant, *D. H.* 1931, *Chr.* p. 17). Pour le cas où il est prouvé que l'accident est dû aux fautes *effectives* des deux parties, v. Req. 25 nov. 1924 (*D. P.* 1925, 1, 12) et la note de M. H. Mazeaud, *S.* 1928, 1, 177.

2° Le *cas de force majeure* est également exonératoire; mais il faut entendre par là uniquement le fait de provenance externe, à l'exclusion de l'accident inhérent au fonctionnement, à l'existence, à l'utilisation même de la chose (*sup.* n° 451). L'éclatement d'une enveloppe, le capotage,

le dérapage, la rupture d'une pièce de l'automobile ou de la locomotive, le mauvais état de la route, sa disposition qui ne permettait pas au oncducteur de voir au loin, constituent de simples *cas fortuits*, sans vertu exonératoire (Req. 1er mai 1930, *D. P.* 1930, 1, 137, note Savatier, *S.* 1931, 1, 121, note P. Esmein, Lyon, 22 juill. 1925, *Rec .somm.* 1926, n° 402; Angers, 29 juin 1926, *D. H.* 1926, 538; 29 mars 1927, *D. H.* 1927, 310; Limoges, 23 nov. 1927, *Rec. somm.* 1928, n° 586; Trib. civ. Ruffec, 7 juill. 1926, *D. H.* 1926, 527; Dijon, 31 mai 1927, *Rec. somm.* 1927, n° 3142; Req. 2 mars 1927, *S.* 1927, 1, 232, Paris, 14 mars 1930, *D. P.* 1930, 2, 115, note Besson; 13 juin 1931, *Rev. gén. Ass. terr.* 1931, p. 807; Paris, 25 juill. 1931, *S.* 1932, 2, 101; trib. civ. Seine, 30 nov. 1931; *Rev. gén. Ass. terr.* 1932, p. 72) comme aussi, plus généralement les *vices, même cachés*, dont la chose pouvait être atteinte (Req. 2 mai 1933, *D. H.* 1933, 381; Civ. 11 juin 1936, *S.* 1936, 1, 346, *D. H.* 1936, 409) ; tandis que le fait d'un tiers a la valeur d'un cas de force majeure, a une force libératoire, non par lui-même, mais s'il se ramène à la notion de force majeure, c'est-à-dire s'il présente un caractère imprévisible et inévitable (Req. 2 mars 1927, précité; Civ. 1er fév. 1937, *D. P.* 1937, 1, 41, note Roger; 16 mars 1937, *Rev. gén. Ass. terr.* 1937, p. 782; Colmar, 4 nov. 1937, *D. H.* 1938, 62).

On s'explique, dès lors, que la Chambre civile se soit refusée à reconnaître ce caractère libératoire au *vol d'une automobile*; malgré ce vol, le gardien demeure tel et continue donc à endosser la responsabilité des dommages causés par la voiture, encore que le volant soit tenu, non par lui, mais par son voleur; « le vol d'une automobile abandonnée sur la voie publique ne saurait, *à défaut d'autres circonstances*, constituer un cas fortuit ou de force majeure exonérant des conséquences de l'accident causé par ce véhicule celui qui, légalement, n'a pas cesser d'en avoir la garde » (Civ. 3 mars 1936, *D. P.* 1936, 1, 81, note *critique* H. Capitant, *S.* 1937, 1, 109; Paris, 30 juin et 8 juill. 1936, *D. P.* 1936, 2, 76; Grenoble, 5 fév. 1936, *D. H.* 1936, 203; Riom, 11 déc. 1936, *D. H.* 1937, 126; Caen, 10 nov. 1936, *D. H.* 1937, 11; Dijon, 20 nov. 1936, *D. H.* 1937, 43; trib. civ. Seine, 23 mars 1937, trib. civ. Versailles, 13 avril 1937, *Rev. gén. Ass. terr.* 1937, pp. 774 et 778) ; cette jurisprudence a soulevé une polémique assez vive : approuvée par certains auteurs (V. L. Josserand, *Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident*, *D. H.* 1936, *Chr.* p. 37; H. Mazeaud, *En attendant l'arrêt des Chambres réunies*, *D. H.* 1937, *Chr.* p. 45; H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, n° 1170), combattue par d'au-

tres (H. CAPITANT, note précitée; M. PICARD, *Rev. gén. Ass. terr.* 1936, p. 357; Paul DURAND, note *S.* 1937, 2, 97), désavouée par certaines juridictions qui refusent de s'incliner devant l'opinion de la Chambre civile (Besançon, 25 fév. 1937, sur renvoi après l'arrêt de la Chambre civile, *S.* 1937, 2, 97, note Paul DURAND; Limoges, 12 fév. 1937, *S.* 1937, 2, 179; trib. civ. Seine, 21 mars 1936, *D. H.* 1936, 279, 7 juill. 1936, *Gaz. Pal.* 24 oct.; 16 fév. 1938, *Rev. gén. ass. terr.* 1938, p. 299); elle se justifie par cette double considération, d'une part, que la garde, notion juridique, ne saurait disparaître en dehors de la volonté du gardien et par la volonté unilatérale d'un tiers (sup. n° 544), d'autre part, que le vol d'une voiture ne présente pas en lui-même, intrinsèquement, et abstraction faite « d'autres circonstances » (effraction de la porte d'un garage, agression à main armée, etc.), les caractères de la force majeure, mais qu'il est à considérer comme un « cas fortuit » (*sup.* n^{os} 451 et 547), un cas douteux, comparable à l'incendie (*sup.* n° 451), un dérapage ou un capotage (*sup. ibid.*). Il faut cependant reconnaître que la plupart des législations récentes qui ont établi un statut de la responsabilité en matière de locomotion automobile, ont décidé que l'automobiliste est dégagé par l'appropriation indue de sa voiture (V. sur l'état du droit comparé, Paul DURAND, note précitée, *S.* 1937, 2, 100, col. 2). Les Chambres réunies de la Cour de cassation seront appelées à dire définitivement le droit en pareille matière, sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Besançon du 25 février 1937.

548. Dérogation. — Il est une responsabilité du fait des choses qui résiste même à la force majeure : c'est celle qui incombe à l'exploitant d'un *aéronef* pour les dommages causés à la surface; elle ne peut être écartée ou atténuée que par la faute de la victime (L. 31 mai 1924, art. 53).

549. B. Circonstances qui tendent à substituer à la responsabilité du fait des choses la responsabilité délictuelle du droit commun.

1° Le dommage a été causé par le feu : un *incendie* a pris naissance, dans un immeuble ou dans un meuble, et, de là, s'est propagé; par exemple, s'étant déclaré dans une maison, il gagne le bâtiment voisin. D'après l'article 1384 acienne rédaction, le gardien — c'est-à-dire le propriétaire de la chose dans laquelle l'incendie avait pris naissance — était, de plein droit, responsable des dommages causés aux

tiers. Cette situation, à laquelle la Cour de cassation donna l'appui de sa haute autorité (Civ. 16 nov. 1920, *S.* 1922, 1, 97, note L. Hugueney, *D. P.* 1920, 1, 169, note Savatier) émut les compagnies d'assurances qui obtinrent le vote d'un texte modificatif de la disposition de l'article 1384, § 1; la loi du 7 novembre 1922 décide que « *celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable* » (art. 1384, nouv. réd.). C'est donc, pour le gardien de l'immeuble ou du meuble dans lequel le feu s'est déclaré, le retour au droit commun vis-à-vis des tiers : le voisin, sinistré à sa suite, ne peut obtenir de lui des dommages-intérêts, qu'à la condition d'établir sa faute (Civ. 16 avril 1935, *S.* 1935, 1, 168). Ainsi se trouve législativement consacrée, par cette loi, l'interprétation donnée, depuis 1897, du premier paragraphe de l'article 1384 : s'il a fallu un texte de loi pour écarter la règle de la responsabilité de plein droit du gardien dans un cas déterminé, c'est évidemment que cette règle existe, en thèse générale.

La loi de 1922 ne régit point les rapports entre propriétaire et locataire (art. 1384, § 3), mais elle est applicable sans distinction tirée de la nature de la chose incendiée.

550. — 2° Cette responsabilité de plein droit est encore écartée, à notre avis, lorqu'elle vient se heurter à une *autre responsabilité de même nature* : si deux automobiles entrent en collision, les deux présomptions qui pèsent sur leurs gardiens se neutralisent, et on en revient donc au droit commun de la faute délictuelle : celui-là est responsable à la charge duquel une faute effective aura été établie, sans quoi chacun des gardiens assumera définitivement, et sans recours possible, les dommages qui lui avaient été causés. La même solution est de mise au cas de collision entre deux voitures attelées ou entre une automobile et un cheval (Voy. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., n° 1029; *Les collisions entre véhicules et la responsabilité civile*, *D. H.* 1928, chronique, p. 33; *Les collisions entre véhicules et entre présomptions de responsabilité*, *D. H.* 1925, *Chron*, p. 41; note *D. P.* 1931, 2, 129, avec les décisions citées col. 2 et les arrêts commentés; — *contra*, pour le cas de collision entre automobile et bicyclette, Angers, 21 mai 1928, *S.* 1929, 2, 27, *D. P.* 1929, 2, 41, note L. Josserand).

Toutefois, le principe de la neutralisation des deux présomptions de responsabilité supose réunies diverses conditions; il cesse de s'appliquer :

a) Si les dommages sont unilatéraux; en ce cas, il n'y a qu'une seule présomption qui joue au profit de la voiture endommagée; il ne peut donc être question d'annulation de responsabilité; l'art. 1384, § 1, fonctionne normalement (Civ., 24 juin 1930, *D. P.* 1930, 1, 137; note SAVATIER : 18 nov. 1930, *S.* 1931, 1, 32, et les décisions rapportées *D. P.* 1931, 2, 129, note L. JOSSERAND;

b) Il en va de même si c'est le fait d'un seul des véhicules qui a causé l'accident; il n'y a alors qu'un fait d'une chose, et c'est ce fait qui détermine la responsabilité du gardien (Req. 1er mai 1930, *D. P.* 1930, 1, 137; Dijon, 29 oct. 1931, *D. H.* 1931, 581); hors de là, la neutralisation des deux responsabilités s'effectue nécessairement.

Cependant, cette solution est repoussée par la majorité des auteurs et elle est condamnée par la Cour de cassation qui décide que, dans le cas de collision de véhicules, la présomption de responsabilité est appelée à jouer distributivement et cumulativement, de part et d'autre, au profit et à l'encontre de chacun des gardiens (Req. 21 juin 1935, *D. P.* 1936, 1, 17, note FRÉJAVILLE, conclusions conformes du procureur général P. MATTER; Civ. 15 mai 1935, *Bull. arrêts Ch. civ.* 1935, p. 155; 11 mars 1936, *D. H.* 1936, 315; 16 mars 1937, *D. H.* 1937, 297).

A notre sentiment, cette thèse se heurte à des objections très graves et difficilement parables : elle méconnaît le caractère indivisible de l'accident survenu, comme aussi cette idée qu'on peut assumer une responsabilité envers soi-même aussi bien qu'envers autrui (*sup.* n° 416; SAVATIER, *Le Gouvernement des Juges*, dans le *Recueil en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. I, pp. 459 et suiv.), comme enfin cette constatation que la présomption de l'article 1384, § 1, se ramène à une dispense de preuve, à un déplacement du fardeau de la preuve : comment ce déplacement pourrait-il se réaliser, simultanément, dans deux directions opposées? Ce mouvement de va-et-vient est incompréhensible; suivant la formule du commissaire du Gouvernement, René MAYER, « celui qui contribue à créer le risque ne peut pas profiter des facilités données par la jurisprudence pour protéger ceux qui l'encourent » (*D. P.* 1927, 3, 40, col. 2). La bonne direction était d'ailleurs donnée par la législation applicable aux collisions de navires ou de bateaux de navigation intérieure qui, en cas d'abordage, laisse les dommages au

compte de ceux qui les ont éprouvés (C. com. art. 407, § 2, mod. par l. 15 juill. 1915; l. 5 juill. 1934, art. 2), de même qu'en matière de navigation aérienne, la loi du 31 mai 1924 décide, dans son article 52, qu' « *au cas de dommage causé par un aéronef en évolution à un autre aéronef en évolution, la responsabilité du pilote et de l'exploitant de l'appareil est réglée conformément aux dispositions du code civil* », formule interprétée dans le sens d'une annulation des présomptions et d'un retour au droit commun des articles 1382 et 1383 (H. et L. Mazeaud, t. II, n° 1538; Gardenat et Ricci, *op. cit.*, p. 723, n° 28) : ainsi s'est établi un droit commun spécial en matière de collision d'appareils de locomotion, dans le sens de l'annulation des présomptions de responsabilité, et, par suite, en l'absence de faute, de l'annulation des responsabilités elles-mêmes.

Il est d'ailleurs remarquable que les partisans de l'application cumulative des présomptions de responsabilité se séparent lorsqu'il s'agit de passer à l'application de ce postulat, les uns mettant à la charge de chacun des gardiens l'intégralité des dommages causés à l'autre (*Sic*, Savatier, note *D. P.* 1930, 1, 138; Dereux, *Des collisions d'automobiles*, *Lois nouvelles*, 1930, 1, 151 et 2, 124); tandis que d'autres veulent qu'on additionne les dégâts pour en faire supporter la moitié à chacun des automobilistes (*Sic*, Demogue, *Rev. trim.* 1927, p. 968); et qu'un auteur propose de laisser au juge le soin de procéder à une équitable répartition des dommages (*Sic*, H. Mazeaud, note *S.* 1928, 1, 179): rien, mieux que ces dissentiments, ne fait toucher du doigt l'arbitraire et l'inexactitude du postulat qui les détermine. Il faudra en venir à cette idée élémentaire et juste que deux forces égales et contraires s'annulent purement et simplement : les fluides de même nature ne s'additionnent pas; ils se repoussent l'un l'autre. Pour la législation comparée, v. *D. H.* 1935, *Chr.* p. 44.

551. — 3° Enfin, la jurisprudence admet que la responsabilité de plein droit cède encore la place à la responsabilité délictuelle de droit commun lorsque le gardien, faisant acte de complaisance, de courtoisie, rendait à la victime un service gratuit; c'est ainsi notamment que celui qui a accepté ou sollicité de prendre place, à titre gratuit, dans une automobile, n'est pas fondé, si un accident survient, à utiliser contre le chauffeur obligeant la responsabilité du fait des choses; il n'obtiendra une indemnité que s'il peut établir, à la charge du gardien, une faute précise dans les termes

des articles 1382 et 1383. C'est en ce sens que la jurisprudence, jusque là flottante (Voy. L. Josserand, *Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile*, *D. H.* 1926, chronique, p. 21), a été fixée par la Cour de cassation (Civ. 27 mars 1928, *D. P.* 1928, 1, 145, note Ripert; *S.* 1928, 1, 353, note Gény; 11 juin 1928, *D. H.* 1928, 414; Req. 9 juin 1928, *D. P.* 1928, 1, 153, note Savatier; *S.* 1929, 1, 17; Civ. 7 janv. 1929, *D. H.* 1929, 115, *S.* 1929, 1, 249, note P. Esmein; Req. 21 juill. 1930; Civ. 24 juill. et 1er août 1930, *S.* 1931, 1, 15; Req. 11 mai 1931, *Rev. gén. Ass. terr.* 1931, p. 852; Civ. 30 déc. 1931, *D. H.* 1932, 83, *S.* 1932, 1, 62; Civ. 18 juill. 1934, *D. P.* 1935, 1, 38; Req. 8 mars 1937, *motifs*, *S.* 1937, 1, 151; *Adde* : C. d'Etat, 23 juill. 1926, *D. P.* 1926, 3, 60). La Cour suprême a parfois appuyé sa décision sur cette considération que l'occupant à titre gratuit, à la différence du tiers, a participé à l'usage de la voiture et qu'il connaissait les risques auxquels il s'exposait volontairement (*Sic*, Mlle Chatillon, thèse, Lyon, 1929; Paris, 17 mars 1938, *D. H.* 1938, 345). Mais cette théorie du *risque accepté* va plus loin qu'on ne pourrait le penser : 1° elle implique la possibilité, pour l'occupant, de disposer de sa personne physique; la vie, la santé, l'intégrité de la personne rentrent dans le commerce (L. Josserand, *La personne humaine dans le commerce juridique*, *D. H.* 1932, Chron. p. 1); 2° cependant, la jurisprudence n'admet pas la validité des clauses de non-responsabilité; il est d'autant plus singulier qu'elle valide une renonciation unilatérale et tacite à cette même responsabilité, ou du moins à la responsabilité de plein droit et du fait des choses : là où une clause expresse serait impuissante, une abdication tacite, fictive, *in mente retenta*, un prétendu consentement anticipé de la victime éventuelle, sont considérés comme efficaces; 3° enfin, l'explication proposée ne porte pas lorsque la victime de l'accident est un enfant ou un aliéné, donc une personne incapable d'assumer sciemment les risques du transport. (Voy. en ce sens, A. Besson, *op. cit.*, pp. 159 et suiv., H. et L. Mazeaud, t. I, nos 1273 et suiv.).

Aussi comprend-on que la Cour de cassation tende nettement à abandonner cette idée d'une prétendue renonciation de la victime à la protection légale (V. Civ. 3 et 4 janv. 1933, *D. H.* 1933 113; 21 mars 1933, *S.* 1933, 1, 232; arrêt précité du 18 juill. 1934).

552. C. Substitution de la responsabilité contractuelle à toute responsabilité délictuelle. — Lorsque les

intéressés, gardien et victime, étaient liés préalablement par un contrat relatif à l'utilisation de la chose dommageable, la jurisprudence admet, de plus en plus volontiers, que la responsabilité des dommages causés par cette chose est commandée par le contrat. La solution ne fait aucun doute pour le transport des marchandises; on sait qu'elle est consacrée par la Cour de cassation, depuis 1911, pour le transport de personnes, et que notre jurisprudence a une propension à faire sortir de certains contrats une obligation de sécurité qui n'y était pas, jusqu'alors, rattachée; en élargissant ainsi le domaine de la responsabilité contractuelle, elle réduit d'autant celui de la responsabilité du fait des choses; si un voyageur est tué ou blessé dans un accident d'automobile ou de chemin de fer, les dommages-intérêts sont dus par le transporteur, non pas en vertu de l'article 1384, mais d'après le droit commun de la responsabilité contractuelle (Voy. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 883 et suiv.; spécialement, pour le transport par automobile, Civ. 27 mars 1928, *motifs*, précité; 24 juill. 1930, précité, et, pour la responsabilité médicale, Req. 15 juin 1937, *motifs*, *S.* 1938, 1, 5).

Mais il faut noter que, réserve faite des cas où la question de responsabilité est ainsi réglée, expressément ou tacitement par le contrat, la Cour de cassation maintient, *même entre contractants*, la responsabilité de plein droit à raison du fait de la chose (V. pour l'accident survenu à un ouvrier qui n'était pas protégé par la législation sur les accidents du travail, Civ. 27 fév. 1929, *D. H.* 1929, 201; pour le dommage causé à une personne à qui le conducteur d'une voiture en détresse avait demandé secours pour la pousser, Bordeaux, 13 fév. 1933, *D. H.* 1934, *Somm.* p. 7, col. 2).

Sur la conjugaison de la responsabilité du fait des choses avec la responsabilité du commettant, v. *sup.* n° 512*bis*, et Jacques Flour, *Les rapports de la responsabilité du fait des choses et de la responsabilité du fait d'autrui*, *Rev. crit.* 1935.

553. V. **Nature et source de la responsabilité du fait des choses inanimées.** — La jurisprudence, dans sa généralité, a d'abord rattaché cette responsabilité à l'idée de *faute présumée*; pour elle, le législateur avait institué, dans l'article 1384, § 1, une présomption de faute à la charge du gardien de toute chose inanimée.

Cette interprétation soulevait de graves critiques :

1° Elle aurait dû conduire la jurisprudence à admettre, au bénéfice du gardien, la preuve de l'absence de faute; car

il résulte de l'art. 1352 que les présomptions légales, sauf les deux catégories prévues dans ce texte, doivent tomber devant la preuve contraire; or, on sait que, depuis un certain temps, déjà, la Cour de cassation n'admet pas le gardien à se libérer en prouvant qu'il n'avait pas commis de faute (*sup.* n° 546) : le concept de la faute présumée venait donc se heurter au texte de l'art. 1352;

2° Une faute invinciblement présumée, envers et contre tout, n'est plus qu'une fiction, un procédé technique recouvrant et dissimulant une réalité toute différente, la responsabilité de plein droit du gardien (*sup.* n° 523).

Ces considérations expliquent, sans doute, que la Cour de cassation ait modifié une formule devenue de style, et qu'au lieu de se référer à une prétendue présomption de faute, elle vise, depuis quelques années, lorsqu'elle fait application de l'art. 1384, § 1, une *présomption de responsabilité*. Cette nouvelle formule apparaît dans l'arrêt précité rendu par les Chambres réunies à la date du 13 fév. 1930; on la trouvait déjà dans les conclusions développées, à cette occasion, par M. le procureur général P. Matter (*D. P.* 1930, 1, 64) ; on la retrouve dans les arrêts postérieurs (arrêts précités des 14 avril 1930, 24 juin 1930, 20 oct. 1931; 3 janv. 1934, *S.* 1934, 1, 169; 19 juin 1934, *D. H.* 1934, 409) ; on a pu dire qu' « elle n'a aucun sens », car « on n'est pas présumé responsable; on l'est ou on ne l'est pas » (Ripert, *Régime démocratique*, n° 173, p. 348) ; mais, quoiqu'il en soit, avec elle, la notion de faute subit un nouveau recul, et s'enfonce un peu plus dans la pénombre : après la faute prouvée, la faute présumée; après la présomption de faute, la présomption de responsabilité; après la présomption de responsabilité, la *responsabilité légale* (*Sic*, Req. 15 nov. 1932, *S.* 1934, 1, 169; Comp. l'arrêt de la Ch. crim. du 10 janv. 1936, *S.* 1936, 1, 117, d'après lequel « la présomption de responsabilité du gardien de la chose ne naît pas d'un délit »; en sorte que les juridictions répressives ne sauraient en connaître nécessairement à l'action publique : même arrêt) ; enfin, après la responsabilité légale, le risque créé, source de la responsabilité objective. Telles sont les diverses étapes échelonnées sur le chemin de la responsabilité. La dernière est déjà en partie parcourue.

554. Jurisprudence. — On relève, en effet, dans d'assez nombreuses décisions, des formules rattachant, nettement ou implicitement, de loin ou de près, la responsabilité du fait des choses à l'idée de risque (*Sic*, Chambéry, 12 juill. 1905. *D. P.* 1905, 2, 417; Tr. civ. Lannion, 5 déc. 1905, *D. P.* 1906,

2, 249; Trib. civ. Villefranche-s/Saône, 13 déc. 1905, motifs adoptés par Lyon, 18 janv. 1907, *D. P.* 1909, 2, 245; Trib. civ. Seine, 30 avril 1925, *Rec. somm.* 1925, n° 2783; Trib. civ. Lectoure, 10 avril 1925, *D. P.* 1925, 2, 105, note L. Josserand; Dijon, 16 oct. 1928, et Angers, 21 mai 1928, *S.* 1929, 2, 27, *D. P.* 1929, 2, 41, note L. Josserand; Trib civ. Seine-Infér., 21 janv. 1928, *D. H.* 1928, 219; Trib. civ. Alençon, 8 juill. 1930, *D. H.* 1930, 518; comp. les arrêts du Conseil d'État, cités *sup.* n° 542), et il n'est pas excessif de considérer comme ayant cette signification et cette portée les décisions de la Cour suprême qui refusent au gardien la ressource de se libérer en prouvant qu'il n'avait point commis de faute (V. Savatier, *op. cit.*, dans *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. I, p. 453, notamment pp. 455 et s.) ; ou qui, à propos des accidents causés par une automobile en marche, intègrent le fait du conducteur dans le fait de la chose (arrêt solennel du 13 févr. 1930, *sup.* n^{os} 541 et 542) ; ou encore qui font survivre la responsabilité du gardien au vol de la voiture (*sup.* n° 549) : autant de solutions qui rentrent d'elles-mêmes dans le cadre d'une responsabilité objective, à base de risque, dès maintenant réalisée.

555. Articles 1382 et 1384. — Et d'ailleurs, il est des décisions de la Cour de cassation qui, en dépit d'un appel verbal à la notion de faute, présupposent l'influence prépondérante de la notion de risque : ce sont celles qui établissent un départ rigoureux entre la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 d'une part, et la responsabilité du fait des choses d'autre part : l'action fondée sur l'article 1382 et celle qui résulte de l'article 1384 « *procèdent de causes juridiques différentes* » (Req. 9 juin 1928, *D. P.* 1928, 1, 153, note Savatier, *S.* 1929, 1, 17; 16 juill. 1928, *D. P.* 1929, 1, 33, note Savatier; Civ. 14 nov. 1934, *D. H.* 1935, 52, *S.* 1935, 1, 136; *Gaz. trib.* 21-23 juin) ; qu'est-ce à dire, sinon que la première sanctionne une *faute*, tandis que la deuxième, qui « en dehors d'un fait délictueux, a son principe dans une disposition du droit civil » (Req. 22 oct. 1934, *S.* 1934, 1, 380), se rattache à un *risque*? Il est impossible d'expliquer autrement l'indépendance reconnue par la Cour de cassation à ces deux ordres de responsabilité, indépendance telle que le demandeur ne pouvait pas invoquer pour la première fois, en appel, l'article 1384 (Civ. 24 mai 1927, *D. P.* 1928, 1, 128; Req. 23 nov. 1927, *D. P.* 1928, 1, 121, note André Besson; — sur ce point, la situation nous paraît avoir été changée par un décret-loi du 30 octobre 1935,

dont l'article 5 a ajouté à l'art. 464 C. pr. un alinéa ainsi conçu : « *ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tendant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents* ») ; que le juge n'aurait pas le pouvoir de faire état, d'office, de cette disposition (Req. 16 nov. 1926 et Civ. 29 avril 1927, *S.* 1927, 1, 321, note Chavegrin; 21 nov. 1933, *S.* 1934, 1, 23; Civ. 14 mai 1935, *D. H.* 1935, 362) ; que la cassation d'un arrêt ayant statué sur une demande qui était fondée à la fois sur les articles 1382, 1383 et 1384, § 1, laisse subsister, si le pourvoi n'était basé que sur un moyen visant l'article 1384, la disposition non attaquée par ledit pourvoi (Req. 3 mars 1936, *D. H.* 1936, 252) ; que la capacité requise pour assumer la responsabilité du fait des choses soit comprise plus libéralement que celle qui est exigée pour s'engager aux termes des articles 1382 et 1383 : un enfant, bien que privé de la capacité délictuelle de droit commun, répond certainement, en vertu de l'article 1384, § 1, des dommages causés par l'automobile ou l'ascenseur dont il est le propriétaire et le gardien (*sup.* n° 457*bis*) ; et qu'enfin les deux actions se prescrivent suivant des règles différentes (Req. 9 juin 1928, précité; 3 fév. 1930, *S.* 1930, 1, 324; Req. 22 oct. 1934, précité; — V. pour la *Belgique*, et dans le même sens, un article de MM. André Le Paige et Jean Van Ryn, dans la *Rev.* belge *des Ass. et des Respons.*, 1931, n° 849). Il serait inexplicable que deux responsabilités issues de la même faute, du même fait fautif, observassent, l'une par rapport à l'autre, une si complète indépendance; pour mener des existences distinctes, elles doivent avoir des sources différentes, lesquelles ne peuvent être que la *faute* et le *risque*. Tôt ou tard, la jurisprudence renoncera au point de vue conservateur qu'elle a adopté jusqu'à présent mais dont elle s'éloigne progressivement, tant par la terminologie qu'elle emploie, que par les importantes décisions rendues pour l'automobile en marche (Ch. réunies, 13 fév. 1930) et pour le cas de la voiture volée (Civ. 3 mars 1936), pour consacrer la notion moderne du risque : ce n'est pas avec la loi aquilienne que l'on résoudra le problème de la responsabilité en plein XX^e^ siècle; autres temps, autres concepts juridiques (V. L. Josserand, note *D. P.* 1929, 2, 41; Maxime Chauveau, *Examen synthétique des questions de responsabilité civile*, n° 46, dans la *Rev. crit.* 1933; G. Marton, *Obligations de résultat et obligations de moyens*, *Rev. trim.* 1935, p. 540; discours du procureur général Meyers, audience de rentrée

de la Cour d'appel de Liège, *Rev. belge ass. et respons.* 1932, n° 968).

§ III. — *RESPONSABILITÉ LIBÉRÉE DE TOUTE IDÉE DE FAUTE*

(Responsabilité objective à base de risque ou responsabilité causale)

556. Généralités. — Les cas de responsabilité sans faute, même présumée, de *responsabilité causale*, sont, dès maintenant, assez nombreux; il arrive que des personnes soient responsables d'un dommage alors qu'on ne peut relever, ni même supposer à leur passif, aucune faute, aucune imprudence, même légère, alors même que leur activité est incontestablement licite et qu'elle a parfois reçu l'estampille des pouvoirs publics.

Certains de ces cas de responsabilité objective, à base de risque, sont d'aménagement surtout, sinon exclusivement *jurisprudentiel* : c'est ainsi que le concessionnaire d'une mine répond de plein droit des dommages que l'exploitation cause tant aux propriétaires de la surface qu'aux concessionnaires voisins (Ch. réun. 23 juill. 1862, *D. P.* 1862, 1, 257, note Edouard Dalloz; Civ. 5 fév. 1924, *D. P.* 1925, 1, 188, *S.* 1924, 1, 325; Civ. 27 janv. 1885, *D. P.* 1885, 1, 297, *Ref.* XIV, 1, 585; — V. Maurice Picard, *Les biens*, n^os^ 538 et suiv.).

D'autres cas de responsabilité sans faute sont prévus par des *textes législatifs* formels.

557. Consécration législative de la responsabilité fondée sur la notion du risque.

A l'étranger, le mouvement d'objectivation de la responsabilité a pris une très grande ampleur, notamment en ce qui concerne les accidents de locomotion : par exemple, l'automobiliste répond de plein droit, et indépendamment de toute faute, effective, présumée ou fictive, des dommages causés par son véhicule; la responsabilité objective, *causale*, se substitue à la responsabilité subjective (V. loi fédérale *suisse* du 15 mars 1932 *sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles*, art. 37, § 1; *loi tchécoslovaque* du 26 mars 1935 *sur la circulation des véhicules à moteur*, art. 45; loi *allemande* du 3 mai 1909 *sur la circulation des véhicules à moteur*; loi *allemande* du 1^er^ août 1922 *sur la circulation aérienne*. Comp., pour les chemins de fer, la loi *prussienne* du 3 nov. 1838.

En *France* même, l'évolution se produit dans le même sens et comporte, dès maintenant, des réalisations nombreuses : le risque se situe fréquemment à la base de la responsabilité, ouvertement, efficacement, et évince le concept subjectif de la faute, sans aucun égard ou subterfuge.

1° *Risque de l'employeur. Accidents du travail.* — Une loi du 9 avril 1898 met à la charge du *chef d'entreprise* les *accidents subis* par les ouvriers et employés du fait ou au cours de leur travail; ainsi fut consacrée la notion du *risque professionnel* dont la portée fut considérablement étendue, par des lois postérieures, aux entreprises *commerciales* et *agricoles*; actuellement, les domestiques et gens de service sont eux-mêmes protégés par cette nouvelle formule de la responsabilité; le maître supporte le *risque domestique* comme l'industriel assume le *risque professionnel*; le contrat de *louage de services* devient l'occasion d'une responsabilité légale, qui, sans doute, a un caractère forfaitaire, mais qui n'en demeure pas moins objective, à base de risque; elle incombe à l'employeur à raison des accidents survenus à l'employé, au sens le plus compréhensif du mot, par le fait ou à l'occasion de son travail (L. 9 avril 1898, 30 juin 1899, 22 mars 1902, 31 mars 1905, 12 avril 1906, 18 juill. 1907, 13 déc. 1912, 15 juill. 1914, 25 sept. 1919, 15 déc. 1922, 2 août 1923, 30 avril 1926, 1er juillet 1938. Sur cette législation, voy. *inf.* n° 1276).

2° Une loi du 3 mai 1921 vise les dommages, corporels ou matériels, causés, non plus à des ouvriers ou employés, mais à des *tiers*, par suite d'explosion, déflagration, émanation de substances explosives, corrosives, toxiques, etc., se trouvant soit dans des établissements de l'Etat, soit dans des établissements privés travaillant directement ou comme sous-traitants pour la défense nationale, en temps de guerre ou en temps de paix; les accidents corporels sont réparés conformément aux dispositions de la loi du 24 juin 1919 sur les réparations à accorder aux victimes civiles de la guerre; pour les dommages causés aux biens, l'indemnité comprend le montant de la perte subie, évaluée en prenant pour base la valeur vénale au jour du sinistre; dans les deux éventualités, la responsabilité incombe à l'Etat, sauf un recours partiel contre le chef de l'établissement, si c'est dans un établissement privé que l'accident est survenu. Ceci, abstraction faite de toute faute, effective ou présumée, et en application du risque assumé par l'Etat en vue de la défense nationale;

3° Une loi du 16 avril 1914, modificative de la loi municipale du 5 avril 1884, vise les dommages résultant de crimes

et délits commis à force ouverte ou par violence, sur le territoire d'une commune, par des attroupements ou rassemblements, armés ou non, envers les personnes ou contre les propriétés; l'Etat est responsable de ces dommages pour moitié, l'autre moitié incombant à la commune, abstraction faite de toute faute relevée à sa charge : d'après l'aricle 108 de la loi de 1884, ainsi modifiée, il s'agit là d'un *risque social*; c'est le législateur lui-même qui se réfère à cette notion et qui détermine l'incidence définitive du risque qu'il prévoit (M. Hauriou, note *S.* 1918, 3, 27, col. 2; Rousseau, note *S.* 1933, 1, 129; — Bordeaux. 12 fév. 1934, *S.* 1934, 2, 72);

4° On peut considérer que l'article 466, § 1, du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 8 juin 1895, met à la charge de l'Etat le *risque judiciaire*, lorsqu'il prévoit que la décision d'où résultera l'innocence d'un condamné, pourra lui allouer des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui aura causé l'injuste condamnation;

5° N'est-ce point un autre risque, le *risque universitaire*, que la loi du 20 juillet 1899, mais surtout celle du 5 avril 1937, ont fait endosser à l'Etat lorsqu'elles ont substitué sa responsabilité à celle des membres de l'enseignement public, dans la mesure que nous avons précisée (*sup.* n^os^ 495 et s.; l. 5 avril 1937, art. 2)? Les accidents causés par le fonctionnement des rouages universitaires, comme ceux qui surviennent au cours de la marche des rouages judiciaires, sont considérés comme le fait du directeur de ces mécanismes, créateur à la fois et organisateur de risque afférent à cette entreprise sociale, l'Etat.

6° On sait que la loi du 31 mai 1924 sur *la navigation aérienne* laisse au compte de l'exploitant de *l'aéronef* les dommages causés aux personnes et aux biens situés à la surface (art. 53 de cette loi). Il s'agit là d'une responsabilité *de plein droit* (même texte), pure de toute idée de faute et reposant, comme il ressort des travaux préparatoires et du rapport présenté par M. Ripert à la *Société d'études législatives*, sur la seule notion du *risque créé*;

7° La loi du 17 avril 1919 *sur la réparation des dommages causés par les faits de la guerre*, « admet le risque social...; elle absorbe non seulement le cas fortuit mais la force majeure » (M. Hauriou, note précité);

8° La loi du 25 janvier 1934 *garantissant le remboursement des dépôts effectués dans les études notariales*, suivie du décret du 12 juillet 1934, consacre la *responsabilité collective du corps notarial* au cas de défaillance d'un de ses

membres pour la restitution des dépôts qu'il avait reçus à l'occasion d'actes relevant de son ministère ou d'opérations dont il avait été chargé en raison de ses fonctions et en qualité d'officier public (art. 1er, § 1 dudit décret) : le remboursement des sommes dues au déposant sera assuré par la *caisse régionale* de la région de Cour d'appel, et, à son défaut, par la *caisse centrale de garantie* : cette réglementation constitue ainsi une responsabilité qui est, à la fois, *professionnelle*, *collective* et *objective*, aucune faute déterminée n'étant relevée à la charge de l'organisme responsable;

9° Enfin, à notre avis, les responsabilités du fait du préposé, du fait des animaux et du fait des choses inanimées, ne reposent sur la notion de faute que par suite d'une conception jurisprudentielle tout à fait factice; il faut y voir de véritables responsabilités objectives, libérées de ce concept subjectif et moral, de ce péché juridique qui a nom la faute (*sup.* nos 513, 523 et 553).

558. Conclusions. — En somme, le principe que le créateur d'un risque doit assumer les conséquences de sa réalisation, reçoit, dès maintenant, une fréquente application : le directeur d'un rouage industriel, commercial, administratif, judiciaire, universitaire, professionnel, est constitué par la loi *son propre assureur* à raison des risques qu'il a créés; l'idée de mérite ou de démérite n'a rien à voir en cette affaire; le problème de la responsabilité, en matière civile, cesse d'être un problème d'imputabilité pour devenir un effort de *répartition des dommages*; la justice distributive, répartitive, est substituée à la justice individuelle; à chacun selon ses actes et selon ses initiatives; à chacun la responsabilité que lui attirent logiquement l'autorité et le contrôle dont il dispose, ou, si l'on veut, c'est l'idée de *réparation* qui se substitue à celle de responsabilité (G. Ripert, *Régime démocratique*, nos 168 et suiv.); ce sont ces idées simples qui sont à la base de la responsabilité moderne, faite à la mesure d'une société agissante et en l'absence de laquelle les faibles risqueraient d'être broyés, sans recours effectif possible, par les forts : c'est le *fait* tout court qui tend à se substituer, non pas partout, mais dans des domaines de plus en plus nombreux et comme élément générateur de responsabilité, au *fait fautif* du droit romain et de l'article 1382; ce n'est plus en tant que coupables que nous devenons responsables, mais en tant que « faiseurs d'actes »; en dehors de cette directive, il n'y a plus, à notre époque, d'équilibre possible des droits et des intérêts rivaux sans cesse en fric-

tion. Cette conception n'est pas neuve; Labbé l'avait émise, à maintes reprises (v. note *S.* 1890, 4, 17), estimant que « c'est sous sa responsabilité que l'on introduit pour son intérêt dans l'humanité une cause d'accidents et d'infortunes »; Saleilles la reprenait et la développait avec sa maîtrise habituelle (*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1894, pp. 659 et suiv.; *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897; note *D. P.* 1897, 1, 433); et il est symptomatique que, dans ses savantes conclusions, qui servirent de prélude à l'arrêt des Chambres réunies du 13 fév. 1930, M. le procureur général P. Matter rappelait, en s'y associant évidemment, ces lignes caractéristiques du grand civiliste : « L'art. 1384 est fondé sur cette idée très simple, équitable, que celui qui a le fonctionnement d'une entreprise, doit en supporter les risques. C'est la pensée qui a inspiré l'art. 1384... » (*D. P.* 1930, 1, 70, col. 2). L'idée est donc en marche, dans le prétoire comme à l'école, et le concept du risque, *sans expulser celui de la faute*, s'installe à côté de lui en vue de la réalisation d'un plus satisfaisant équilibre des intérêts et des droits (V. dans la *Tulane Law Review*, 1932, p. 337, le très intéressant article du doyen Rufus C. Harris, *Liability without Fault*).

Comme on l'a fort justement écrit, l'idée de faute « est insuffisante pour servir de base à un système de la responsabilité » (G. Marton, *Rev. trim.* 1935, p. 542, et surtout, du même auteur, *Les fondements de la responsabilité civile*, 1937); elle doit être complétée, revigorée, par la notion plus moderne, plus économique, à plus grand rendement, du risque créé : pas plus que nous ne reviendrons, dans le domaine contractuel, à la *stipulatio* ou au *nexum*, nous ne reverrons fonctionner à plein le régime de la responsabilité aquilienne; les temps séculaires sont révolus, et les juristes, si attachés soient-ils à la tradition, doivent, aux heures que nous vivons, regarder autour d'eux plutôt que derrière soi; ils doivent vivre avec leur époque s'ils ne veulent pas qu'elle vive sans eux.

Chapitre III

Troisième source d'obligations
L'enrichissement sans cause

559. Bibliographie. — Rouast, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, *Rev. trim.*, 1922, p. 35; Ripert, *La règle morale*, n^os^ 133 et suiv.; Loubers, *Rev.*

crit., 1912, p. 396; RIPERT et TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause*, *Rev. trim.*, 1904, p. 727; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, t. II; Maurice PICARD, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, *Rev. trim.*, 1921 et 1922; Mario Ricca BARBERIS, *L'action d'enrichissement du projet italo-français de code des obligations*, dans le *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, t. II, p. 112.

560. Notions générales. — Il advient fréquemment qu'un individu ne s'enrichisse qu'aux dépens d'autrui : l'accroissement d'un patrimoine implique normalement l'appauvrissement corrélatif d'un autre patrimoine. Mais d'ordinaire ce phénomène se justifie en droit comme en équité; il a un fondement, une cause légitime; il procède d'un acte juridique : donation, legs, vente, échange, contrat de travail ou d'entreprise, etc.

Parfois cependant, un déplacement de richesse — au sens le plus large du mot — s'opère indépendamment de toute cause juridique, de toute raison valable : une personne effectue un paiement dont elle n'était pas tenue; ou bien elle élève une construction, elle effectue des plantations sur le terrain d'autrui; de par le phénomène de l'accession, construction et plantations deviennent la chose du propriétaire du sol qui s'enrichit ainsi injustement aux dépens du constructeur ou du planteur, comme, dans le cas précédent, l'*accipiens* s'est enrichi sans cause au détriment du *solvens*. C'est alors qu'il y a *enrichissement sans cause*, ou, pour employer une terminologie volontiers usitée à l'étranger, *enrichissement illégitime*.

En pareille éventualité, l'équilibre entre les deux patrimoines en présence a été injustement rompu; comme au cas de délit, mais dans des conditions différentes, il y a *lésion injuste*. Le remède consistera à donner à l'*enrichisseur* une créance contre l'*enrichi*, de même qu'on confère à la victime d'un délit une action contre l'auteur du fait dommageable; à faire ainsi de l'*enrichissement illégitime*, comme du délit ou du quasi-délit, une *source d'obligations*; à armer l'enrichisseur d'une action en indemnité, en récupération, qui s'appelle action *de in rem verso*.

Cette action donne donc satisfaction à l'équité, puisqu'elle remédie au déséquilibre qui s'était produit, sans cause juridique, dans les rapports de deux patrimoines; elle peut être considérée comme faisant partie intégrante du droit naturel; cependant, le principe même en est combattu par certains

auteurs, notamment en *Allemagne* et en *Italie* (*Sic*, BARBERIS, *op. cit.* et, avant lui, JACOBI).

561. Le Code civil et les législations étrangères. — Notre Code civil ne contient pas de texte consacrant, en thèse générale, l'enrichissement sans cause en tant que source d'obligations; nulle part, on ne rencontre dans nos lois une formule dogmatique comme on en trouve dans le Code civil *allemand* (art. 812) ou dans le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 62, d'après lequel « *celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution* ») ou dans l'art. 179 du Code civil de la République de *Chine*, ainsi que dans l'art. 73 du projet de code des obligations *franco-italien* (V. aussi, code *marocain* des obligations, art. 66 et 67; code *libanais* des obligations, art. 140). Notre Code civil a procédé, sur ce point comme sur tant d'autres, de façon empirique; il s'est contenté de prévoir et de réglementer des cas particuliers d'enrichissement sans cause, sans proclamer le principe auquel ils se rattachent.

Cas prévus. — 1° L'*accession*, dite industrielle ou artificielle, est de nature à rompre injustement l'équilibre entre deux patrimoines; le législateur s'est occupé de rétablir la situation par des moyens appropriés, précédemment étudiés (art. 554 et 555; 570 et 571; *sup.* t. I, n^os^ 1650 et suiv.);

2° Lorsque des *impenses* ont été faites sur la chose d'autrui, une indemnité est accordée de ce chef à celui qui y a procédé (art. 548; 861; 2175; *sup.* t. I, n° 1612);

3° Plus spécialement, le législateur a jeté les bases de la théorie des *récompenses* entre les époux communs en biens et la communauté conjugale (voy. notamment, les art. 1433 et 1437);

4° Si le contrat passé par un *incapable* est annulé ou rescindé, le demandeur est comptable de la prestation reçue, jusqu'à concurrence de son enrichissement (art. 1312, *sup.* n° 362);

5° Surtout, l'éventualité d'un *paiement indû* a été envisagée et réglementée dans les art. 1376 et suivants (*inf.* n^os^ 838 et suiv.).

562. Le problème qui se pose. — Dans les conjonctures qui viennent d'être rappelées, l'enrichisseur a droit à une récupération : faut-il généraliser? Doit-on considérer les solutions contenues dans les textes cités comme des *applications non limitatives* d'un principe général d'après lequel

tout enrichissement sans cause légitime serait la source d'une créance, pour l'enrichisseur et contre l'enrichi?

La question est d'autant plus embarrassante que certains textes refusent formellement toute indemnité à l'enrichisseur : à *l'usufruitier*, les art. 585 et 599 (*sup.*, t. I, nos 1925 et suiv.) ; à *l'emphytéote*, l'art. 7, § 2 de la loi du 25 juin 1902 (t. I, n° 1952).

Ainsi, tantôt le législateur accorde à l'enrichisseur l'action *de in rem verso*, en la soumettant d'ailleurs à des modalités variables, et tantôt il la lui refuse absolument.

563. La jurisprudence. — On comprend, dès lors, les hésitations de notre jurisprudence qui, pendant longtemps, s'est montrée extrêmement réservée dans la concession de l'action *de in rem verso*, lorsque, en 1892, un arrêt de la Cour de cassation est venu ouvrir largement à la théorie de l'enrichissement sans cause une porte qui, jusqu'alors, était simplement entr'ouverte, en posant, dans des termes compréhensifs et d'ailleurs assez heureux, le principe de la réparation au profit de l'enrichisseur (*inf.* n° 568).

564. Obscurités et confusions. — La lenteur avec laquelle s'est développée la théorie de l'enrichissement sans cause trouve son explication pour une bonne part, dans des erreurs d'appréciation, on pourrait dire de *diagnostic*, qui ont été commises et par la doctrine et par la jurisprudence : des tentatives ont été faites pour ramener l'enrichissement sans cause à des concepts plus compréhensifs, soit à la *gestion d'affaires*, soit à la *responsabilité délictuelle*.

I. *Enrichissement sans cause et gestion d'affaires.* — Une thèse, préconisée notamment par Demolombe, considérait que l'enrichissement sans cause n'était qu'une variété de la gestion d'affaires, une *gestion d'affaires anormale*, une sorte de *quasi-gestion d'affaires*.

Cependant, les deux notions sont très profondément distinctes :

1° La théorie de l'enrichissement sans cause tend seulement à rétablir l'équilibre injustement rompu; celle de la gestion d'affaires établit entre les deux intéressés des rapports obligatoires plus ou moins durables, un véritable *modus vivendi*;

2° L'enrichi n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement (*inf.* n° 576) ; mais le maître doit rembourser au gérant « *toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites* (art. 1375) ;

3° L'enrichisseur n'est ordinairement tenu à rien envers l'enrichi; il est créancier sans être débiteur; mais le gérant d'affaires assume des obligations et notamment celle de *rendre compte* (*inf.* n° 1445);

4° Surtout, l'enrichisseur a opéré pour son propre compte; c'est pour lui que le possesseur du sol d'autrui a construit ou a planté; c'est sa propre dette que le *solvens* a cru éteindre lorsqu'il a payé l'indû; mais le gérant d'affaires agissait pour le compte d'autrui, pour le compte du maître : il avait l'*intention de représentation* dont l'enrichisseur était totalement dépourvu (*inf.* n^{os} 1444 et 1450).

565. — II. *Enrichissement sans cause et responsabilité délictuelle.* — M. Planiol a voulu ramener l'obligation de l'enrichi au concept de la responsabilité délictuelle : s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui ne serait autre chose que commettre un délit ou, tout au moins, un quasi-délit : l'action *de in rem verso* serait donc une action délictuelle (Planiol, *Classification des causes des obligations*, *Rev. crit.*, 1904; Planiol et Ripert, t. II, n° 937).

Mais les résultats de ces deux actions sont tout différents : 1° par l'action délictuelle, la victime obtient la réparation exacte du dommage éprouvé (*sup.* n^{os} 439 et suiv.), tandis que, par l'action *de in rem verso*, l'enrichisseur ne peut prétendre qu'au montant de l'enrichissement réalisé par son contradicteur, c'est-à-dire peut-être beaucoup moins que ce qu'il a dépensé : pour une construction qui lui a coûté cent mille francs, il n'obtiendra que le montant de la plus-value procurée au fonds, soit peut-être cinquante ou soixante mille francs : l'indemnisation ne sera que partielle; 2° tandis que les incapables doués de discernement ont une capacité délictuelle entière, ils ne s'engagent qu'imparfaitement, au titre de l'enrichissement sans cause (arg^{t} art. 1313; *inf.* n° 578).

566. Conclusions. — Il faut donc renoncer à ramener l'enrichissement sans cause à une théorie plus générale; qu'on le fasse reposer sur l'idée de risque (Ripert et Teisseire, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause*, *Rec. trim.*, 1904, pp. 727 et suiv.) ou bien que celle d'*équivalence* (Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, t. II), ou sur celle de cause (H. Capitant, *De la cause des obligations*), ou enfin, sur le *devoir moral* (Ripert, *La règle morale*, n^{os} 133 et suiv.), on doit reconnaître à cette construction juridique son autonomie par rapport à

des formules plus larges dont elle relève moralement plutôt que juridiquement : en réalité, elle est d'origine *coutumière*; elle est un produit des mœurs et de la jurisprudence (Rouast, *op. cit.*, pp. 101 et suiv.), et c'est ce qui explique son caractère de nécessité ainsi que les flottements dont elle a été l'occasion, en doctrine comme en jurisprudence. Une théorie s'est cependant élaborée dont les grandes lignes se précisent et doivent être indiquées.

567. Plans. — Il faut rechercher :

1° A quelles *conditions* il y a enrichissement sans cause; dans quels cas l'action *de in rem verso* peut être exercée;

2° Quels sont les *résultats* de cette action.

568. I. A quelles conditions il y a enrichissement sans cause ; cas dans lesquels l'action *de in rem verso* peut être exercée.

Ces conditions ont été fixées, dans leurs grandes lignes, par un arrêt de la Cour de cassation, auquel il a été fait précédemment allusion, et qui ouvre à l'action *de in rem verso* un vaste domaine d'application; après avoir constaté que cette action dérive d'un principe d'équité et qu'elle n'a été réglementée par aucun texte de loi, la Chambre des requêtes déclare « qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit» (Req. 15 juin 1892, *D. P.* 1892, 1, 596, *S.* 1893, 1, 281, note Labbé), formule d'ailleurs trop vaste et incomplète, qui passe sous silence la notion essentielle du défaut de cause et sur laquelle la Cour de cassation a dû revenir, à maintes reprises, pour la préciser et la conditionner.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, cinq conditions sont requises pour que l'action *de in rem verso* aboutisse à une récupération.

1° Il faut qu'il y ait *enrichissement*;

2° Et aussi *appauvrissement* corrélatif;

3° L'enrichissement doit être injuste, illégitime, *sans cause*;

4° Il faut que l'enrichisseur n'ait aucun autre moyen d'obtenir satisfaction : l'action *de in rem verso* a un caractère *subsidiaire*;

5° Enfin, l'action *de in rem verso* ne saurait jamais être intentée en vue de tourner une disposition impérative de la loi.

569. A. **Première condition.** — Il faut qu'il y ait *enrichissement*, par définition même; enrichissement quelconque, *matériel* ou *intellectuel* ou *moral*; il n'est pas nécessaire, comme le pensaient Aubry et Rau, qu'une valeur positive et pécuniaire soit entrée dans le patrimoine de l'enrichi : si un instituteur n'est pas payé par les parents de son élève, il peut exercer l'action *de in rem verso* contre l'enfant dont il a accru la valeur intellectuelle et morale (Pau, 19 janv. 1852, *D. P.* 1852, 2, 198; Montpellier, 2 fév. 1859, *D. P.* 1859, 2, 213), et la même ressource appartient à celui qui a fait des dépenses pour faire sortir un aliéné de l'établissement dans lequel il était interné (Aix, 20 déc. 1888, *S.* 1890, 2, 25. Comp. Dijon, 7 fév. 1928, *D. P.* 1928, 2. 169, note Voirin).

570. — Il n'est pas davantage exigé que l'enrichissement ait été direct; même réalisé *indirectement*, il a une force obligatoire; et ce principe a une double signification.

1° L'enrichissement peut s'analyser, soit dans un gain réalisé, soit aussi dans une dépense évitée : la concubine qui fait office d'employée et qui voit s'évanouir ses espérances matrimoniales, peut demander raison à son ancien compagnon du profit qu'il a retiré de sa collaboration non rétribuée (Dijon, arrêt précité);

2° L'enrichissement engage l'enrichi, même s'il se produit par l'intermédiaire d'un autre patrimoine : le marchand qui a vendu des engrais à un fermier peut, au cas d'insolvabilité de ce dernier et de résiliation de son bail, agir contre le propriétaire, en arguant de la plus-value dont le fonds a bénéficié, grâce à sa marchandise (arrêt précité du 15 juin 1892); de même que le mari est passible de l'action *de in rem verso*, dans la mesure où il a profité des achats effectués par sa femme, au delà des termes du mandat domestique.

Comp. sur une espèce un peu différente, Req. 4 fév. 1902 (*S.* 1902, 1, 229).

571. B. **Deuxième condition.** — Il faut qu'il y ait *appauvrissement* corrélatif, chez l'enrichisseur. Cette deuxième condition s'apprécie en fonction de la première et peut-être avec plus de libéralisme encore; on n'exige pas qu'il y ait eu perte matérielle; il suffit qu'il y ait eu service rendu, travail effectué : le labeur professionnel, l'industrie de l'artisan, les services de l'instituteur sont une fourniture comme une autre, dont il doit être tenu compte (décisions

précitées; *adde*, trib. civ. Seine, 16 juin 1931, *S.* 1932, 2, 128, et, pour les services rendus par un *généalogiste*, Riom, 2 fév. 1937, *D. H.* 1937, 214).

Tout ce qu'on exige, c'est que l'appauvrissement de l'enrichisseur soit bien son œuvre; s'il procède en réalité du hasard, d'une circonstance purement fortuite, comme dans le cas d'avulsion ou d'alluvion, il n'y a pas lieu à indemnité, car, en somme, s'il y a, même alors, un *appauvri*, il n'y a plus, à vrai dire, d'enrichisseur.

572. C. **Troisième condition.** — L'enrichissement doit être injuste, illégitime, *sans juste cause*.

C'est la condition juridique essentielle, celle qui donne à la théorie sa véritable physionomie et qui en trace les limites nécessaires : en principe, on peut s'enrichir aux dépens d'autrui, mais à la condition que ce soit en vertu d'une juste cause (Civ. 2 mars 1915, *D. P.* 1920, 1, 102).

On a beaucoup épilogué sur ce qu'il faut entendre par la *cause* de l'enrichissement; il s'agit évidemment du *titre justificatif* : donation, vente, testament, jugement, délit même; le fait illicite constitue, pour la victime, la juste cause de l'indemnité qu'elle a obtenue à cette occasion : l'accidenté qui reçoit de l'auteur de l'accident une somme d'argent ne s'enrichit pas sans cause.

573. — Dans le doute, *la cause se présume* : c'est au demandeur, à celui qui intente l'action *de in rem verso*, qu'il échoit d'établir que, contrairement à ce qui arrive ordinairement, son adversaire s'est enrichi sans cause à son détriment.

Il arrive parfois que la preuve qui incombe au demandeur soulève une question d'appréciation délicate. Voy. pour le cas d'assurance contre l'incendie et de reconstruction, par l'assureur, de l'immeuble incendié : Req. 21 juill. 1903 (*D. P.* 1904, 1, 181; *S.* 1904, 1, 21).

574. D. **Quatrième condition.** — Il faut que le demandeur n'ait pas d'autre moyen d'obtenir satisfaction; l'action *de in rem verso* a un caractère *subsidiaire*; on exige que l'enrichisseur ne dispose, pour récupérer son bien, « d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit » (Civ. 2 mars 1915, précité; Comp. civ. 12 mai 1914, *S.* 1918-1919, 1, 41, note Naquet).

Cette exigence, qui est d'origine jurisprudentielle, n'est formulée par aucun texte, mais elle se justifie pleinement;

sans elle, l'action *de in rem verso* deviendrait une action passe-partout qui entrerait en concurrence, voire en conflit avec la plupart des autres moyens de droit, si bien que l'ordre juridique en serait bouleversé; elle exclut du domaine de l'enrichissement sans cause les cas de *gestion d'affaires*; du moment que l'enrichisseur a à sa disposition l'action *negotiorum gestorum contraria*, on lui refuse l'action *de in rem verso*; et nous savons comment on distingue les deux catégories juridiques, grâce à l'*élément représentatif* que comporte la gestion d'affaires et qui ne se retrouve point dans l'enrichissement sans cause (*sup.* n° 564; *inf.* n^{os} 1444 et 1450).

Mais la formule de la Cour de cassation est insuffisante, en ce sens qu'il peut exister des actions n'ayant aucune des origines visées par l'arrêt du 2 mars 1915 et qui cependant feraient certainement obstacle à l'action *de in rem verso*, qui la masqueraient complètement : c'est, par exemple, la *revendication* : qui peut revendiquer, ne saurait agir en récupération d'enrichissement.

A quoi il faut ajouter que l'action *de in rem verso* est encore refusée à celui qui a perdu, par sa faute ou par son fait, un autre moyen de droit; celui-là devra subir les conséquences de sa négligence ou de son imprudence (Req. 11 juill. 1899, *D. P.* 1889, 1, 393), mais non pas celui à qui on ne saurait adresser d'autre reproche que de n'avoir pas pris, en temps utile, les mesures de nature à lui assurer une autre action (Lyon, 27 juin 1934, *S.* 1934, 2, 219); comme il est dit, très justement, dans cet arrêt, en dégageant le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*, la jurisprudence n'a d'autre but que de conjurer un renversement de l'ordre juridique qui aurait pu être assuré sous l'égide d'une autre action; mais on n'a pas voulu imposer à l'enrichisseur une vigilance entière, une prévoyance jamais en défaut.

574*bis*. — E. **Cinquième condition.** — L'action *de in rem verso* ne saurait jamais être intentée en vue de tourner une disposition impérative de la loi, par exemple celle de l'art. 1793 qui refuse tout supplément de prix à l'entrepreneur à forfait pour les travaux ayant été exécutés en dehors du plan convenu et sans autorisation par écrit de la part du propriétaire (V. *inf.* n° 1302).

575. Conclusions. — En somme, et en dépit des formules très libérales que la Cour de cassation emploie volon-

liers en cette matière, l'action *de in rem verso* est soumise à des règles assez limitatives; elle comporte de toutes parts des frontières dont la moins rapprochée n'est pas celle qui est représentée par son caractère subsidiaire; la gestion d'affaires, notamment, dont notre jurisprudence a une tendance à forcer les termes, vient souvent refouler, en deçà de ses limites normales, la notion de l'enrichissement sans cause.

576. II. **Résultats de l'action *de in rem verso*. Principe.** — Les idées qui sont à la base de l'action semblent bien en commander les résultats : le demandeur obtiendra une somme égale au montant de l'enrichissement réalisé par le défendeur; la notion de l'enrichissement qui fixe le principe de l'indemnité, en détermine aussi l'étendue.

Cependant, deux questions surgissent :

1° Il peut arriver, dans des cas extrêmes, que l'enrichissement réalisé soit supérieur à l'appauvrissement subi : il semble bien que l'indemnité allouée au demandeur ne puisse jamais dépasser la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement; sinon, l'enrichisseur deviendrait l'enrichi (Solution traditionnelle; *Sic*, *Projet de Code des obligations franco-italien*, art. 73).

577. — 2° A quel moment convient-il de se placer pour évaluer le montant de l'enrichissement? On peut hésiter entre le jour de l'enrichissement et celui de la demande en justice; il est évident que ces deux critères sont susceptibles de conduire à des résultats très différents, la valeur mise dans le patrimoine de l'enrichi ayant pu se réduire ou, à l'inverse, s'accroître dans l'intervalle.

C'est ordinairement au jour de la demande en justice que l'on se place pour faire cette appréciation (Amiens, 16 fév. 1901, sous Cass., 26 janv. 1903, *D. P.* 1904, 1, 391; Lyon, 11 janv. 1906, *D. P.* 1906, 2, 132; Comp. Rouast, *op. cit.*, p. 54; Barde, t. III, n° 2827; Laurent, t. XX, n° 340). En effet, l'action *de in rem verso* tend à rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines en présence; si le déséquilibre initial a disparu, elle n'a plus de raison d'être.

578. — Cependant, plusieurs observations doivent être présentées qui atténuent la portée de cette règle :

a) Il est possible que la loi ait déterminé le moment à prendre en considération; on devra s'en tenir aux prescriptions qu'elle formule à ce sujet;

b) En l'absence de dispositions spéciales, il semble qu'on doive traiter avec une rigueur particulière l'*enrichi de mauvaise foi*, celui qui a sciemment encaissé une somme, une valeur à laquelle il savait qu'il n'avait pas droit; celui-là doit être considéré comme étant, dès l'origine, en demeure de restituer; il est comptable, en toute occurence, du montant de son enrichissement initial : le Code civil s'inspire de cette directive pour déterminer la situation juridique de celui qui a reçu l'indû (art. 1378 et suiv.; *inf.* n° 840); la généralisation s'impose à tous les cas d'enrichissement sans cause;

c) Toutefois, il est des enrichis qui, bien que de mauvaise foi, sont comptables seulement de l'enrichissement subsistant lors de l'exercice de l'action : ce sont les incapables, mineurs, interdits (autrefois les femmes mariées) (art. 1312, mod. par l. 18 fév. 1938). En ce sens, on peut dire que les incapables contractuellement qui, doués de discernement, s'engagent pleinement par leurs délits et quasi-délits (*sup.* n° 455), n'ont pas la complète capacité en matière d'enrichissement sans cause; on ne veut pas qu'ils perdent, par leur fait, le bénéfice de la protection dont la loi a voulu les entourer.

CHAPITRE IV

Quatrième source d'obligations
La loi

579. Définition. — Cette dernière catégorie comprend les obligations qui naissent indépendamment de tout fait volontaire, licite ou illicite, et qui, suivant la formule du Code civil, résultent donc « *de l'autorité seule de la loi* » (art. 1370, § 2).

Exemples : 1° Les *obligations de voisinage*, telles que nous les avons définies et décrites en étudiant la propriété (*sup.*, t. I, n^os^ 1487 et suiv.) : ce sont elles que le Code civil vise sous la rubrique : « *engagements entre propriétaires voisins* » (ar. 1370, § 3);

2° L'obligation de gérer qui incombe à un *tuteur* et à certains autres administrateurs et qui se fractionne elle-même en une multitude d'obligations secondaires. Même texte. L'obligation n'est alors véritablement légale que dans le cas où, comme le suppose l'art. 1370, la fonction est obligatoire

pour celui à qui elle est déférée : si elle pouvait être déclinée, l'engagement de celui qui en est investi résulterait alors, non de la loi, mais d'un acte de volonté privée;

3° Les obligations qui incombent aux *parents* vis-à-vis de leurs *enfants*, ou, inversement, à ceux-ci envers ceux-là, rentrent également dans la catégorie légale;

4° Plus précisément, l'*obligation alimentaire*, établie et aménagée par la loi, a bien le caractère d'une obligation légale;

5° La loi exige parfois qu'un débiteur, actuel ou éventuel, fournisse une caution qui répondra de sa solvabilité (*inf.* n° 1482) : la prestation d'une telle *caution légale* intervient alors en exécution d'une *obligation légale*;

6° En dehors du droit civil, les obligations légales abondent, notamment en matière *sociale* ou *fiscale* : c'est un devoir imposé par la loi que celui d'acquitter les *contributions* auxquelles on est assujetti.

A aller au fond des choses et pour qui ne se paye pas de mots, l'*obligation de sécurité* que la jurisprudence intègre d'autorité dans certaines opérations, notamment dans le transport de personnes (*sup.* n° 490), est à ranger dans la même catégorie, comme aussi les *actions directes* concédées à la victime d'un dommage et par exemple d'un accident d'automobile (*inf.* n^{os} 673, 1380*u*) : le cadre dans lequel se situent ces obligations ou ces actions est bien contractuel, mais la source profonde, effective, d'où elles dérivent, est légale, le contrat ne jouant ici que le rôle d'un procédé technique destiné à justifier l'institution élaborée par le législateur ou par le juge.

580. Capacité. — Il va sans dire que les obligations nées de la loi frappent les débiteurs indépendamment de toute condition de capacité, *sauf disposition contraire* : par exemple, les rapports de voisinage existent quelle que soit la personnalité des propriétaires des fonds voisins, et l'impôt foncier, comme les impôts établis sur les revenus, frappent l'incapable, fût-il un enfant ou un aliéné, au même titre qu'un contribuable majeur et maître de ses droits. Mais parfois certaines conditions de capacité sont requises par la loi elle-même, par exemple lorsqu'il s'agit d'exercer une tutelle (art. 442 et suiv.).

DEUXIÈME DIVISION

EFFETS DES OBLIGATIONS

581. Généralités. — Les effets des obligations se résument dans leur vertu astreignante; étudier ces effets, c'est se préoccuper de leurs *sanctions*, c'est rechercher par quels moyens le créancier pourra obtenir son dû, par quelles armes il pourra contraindre le débiteur à s'acquitter de la dette qui lui incombe.

Les *sanctions* instituées par la loi — ou par la jurisprudence — à cet effet, sont à classer dans trois catégories :

1° Il en est qui tendent à procurer au créancier l'exécution *en nature*, l'exécution directe, exacte de l'obligation; ce sont assurément les moyens les plus parfaits, les plus adéquats à la situation juridique créée par le contrat, les plus conformes à cette idée que la convention fait la loi des parties;

2° Parfois, l'exécution en nature est irréalisable; le créancier devra se contenter d'un équivalent, d'une *exécution indirecte*; il obtiendra des *dommages-intérêts* représentatifs de la prestation en nature à laquelle il pouvait prétendre et qui lui échappe définitivement;

3° Enfin, il arrive que la sanction consiste, non pas dans l'exécution, directe ou indirecte, de l'obligation, mais dans son anéantissement : le créancier impayé demande la résolution du contrat synallagmatique, et il obtient ainsi le rétablissement du *statu quo ante*, avec ou sans dommages-intérêts (*sup.*, n^os^ 374 et suiv.).

582. Plan. — Laissant de côté ce dernier ordre de sanctions, sur lequel nous nous sommes précédemment expliqué et qui constitue d'ailleurs une *sanction à rebours*, nous étudierons :

1° L'exécution *directe, en nature*;

2° L'exécution *indirecte*, sous forme d'équivalent, de *dommages-intérêts*;

3° Après quoi, nous traiterons du *droit de gage* des créanciers et de ses diverses manifestations;

4° Enfin, il sera question des *obligations naturelles*, qui sont des obligations imparfaites, douées d'une force obligatoire très atténuée.

583. Remarque. — Dans cette étude, nous mènerons de front les effets des obligations *contractuelles* et ceux des obligations *délictuelles*, sauf à signaler à l'occasion les particularités propres à chacune de ces catégories.

Chapitre premier

L'exécution directe, en nature

584. Remarques préalables : l'exception *non adimpleti contractus.* — 1° Le principe est que les obligations s'exécutent *en nature*; le créancier peut exiger du débiteur la prestation même à laquelle il a droit, et cela quand bien même cette exécution en nature eût été inconcevable à un moment donné (Amiens, 31 mai 1934, *S.* 1935, 2, 5; — *inf.* n° 1072). 2° Dans les *contrats synallagmatiques*, le créancier, donc chacune des parties, dispose, pour vaincre la résistance du débiteur, d'un moyen assez efficace, consistant dans le refus d'exécution aussi longtemps que le cocontractant n'offrira pas d'exécuter les obligations qui lui incombent de son côté. C'est ainsi que le vendeur refusera la délivrance de la chose tant que l'acheteur ne paiera pas le prix; il oppose ainsi l'exception dite *non adimpleti contractus*, basée sur l'interdépendance des obligations issues d'une même opération synallagmatique et sur la légitimité d'une exécution trait pour trait, donnant donnant, seule conforme à la volonté des parties, à l'esprit et à la structure du contrat. Nous avons déjà signalé l'existence de cette institution (*sup.* n° 23) que nous examinerons de plus près en étudiant le *droit de rétention* qui est, avec elle, dans un étroit rapport (*inf.* n^os^ 1465 et suiv.); elle constitue, en quelque mesure, la garantie d'une exécution directe, en nature, puisqu'elle est à même d'exercer, sur la volonté du débiteur, une pression tendant à ce résultat [1].

[1] Sur l'exception *non adimpleti contractus*, v. la thèse de M. Cassin, et *La cause des obligations* de M. H. Capitant, n^os^ 121 et suiv.

585. Distinction. — Cette observation préalable et générale étant présentée, il faut comprendre que l'exécution *forcée* en nature est, suivnt le cas, plus ou moins facile à assurer au créancier; parfois, il arrive qu'elle soit de toute impossibilité. Pour s'en rendre compte, il faut distinguer entre les obligations de donner d'une part, les obligations de faire ou de ne pas faire d'autre part.

§ I. — *OBLIGATIONS DE DONNER*

586. Sous-distinction. — Il convient de sous-distinguer d'après la nature de la prestation qui est due.

1° La dette a-t-elle pour objet une somme d'argent? L'exécution en nature est toujours possible théoriquement, le créancier ayant la ressource de saisir les biens de son débiteur et de les faire vendre pour se payer sur le prix; il touchera ainsi, par un détour plus ou moins long, la somme à laquelle il avait droit.

587. Contrainte par corps. — Il est vrai que le débiteur peut recourir à des ruses, à des stratagèmes, à des artifices de procédure, pour reculer l'heure de l'échéance effective; il peut dissimuler certains de ses biens. Autrefois, le créancier disposait, pour vaincre sa mauvaise volonté et pour surmonter son inertie, d'une arme puissante : il pouvait requérir la *contrainte par corps*, faire incarcérer son débiteur récalcitrant qui était ainsi amené à choisir entre l'exécution de sa dette et la privation de sa liberté. Mais la *prison pour dettes*, ressource précieuse pour les créanciers, pour les romanciers et pour les hommes de théâtre, a été abolie par la loi du 22 juillet 1867 qui a biffé les articles 2059 à 2070 et qui n'a laissé substituer la contrainte par corps que pour assurer le recouvrement des condamnations pécuniaires prononcées à l'occasion d'une infraction à la loi *pénale* : *amendes, restitutions, dommages-intérêts* et *frais*; en matière civile et en matière commerciale, elle est complètement abolie (L. 22 juill. 1867, art. 1er); le créancier ne dispose plus de ce moyen pour éprouver la solvabilité de son débiteur et pour l'inciter à l'exécution [1].

[1] L'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale a eu pour conséquences la désuétude d'une institution qui était avec elle dans un étroit rapport : la *cession de biens*. Le débiteur recourait à cette mesure en vue d'échapper à la contrainte par corps : il faisait abandon de ses biens à ses créanciers en règlement de ce qui leur était dû ; l'abandon ne portait d'ailleurs pas sur la propriété, mais uniquement sur l'administration ; le cédant était des-

Cependant, on sait que le service de l'*obligation alimentaire* est assuré, du moins dans les raports entre ascendants, descendants et conjoints, non seulement par des sanctions civiles, mais aussi par des sanctions pénales, voire par une peine d'emprisonnement (L. 7 fév. 1924 et 3 avril 1928, *sup.* t. I, n° 1163) ;de même pour le devoir imposé au père ou à la mère de *représenter les enfants* à celui qui, par décision de justice intervenue au cours ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps, en a obtenu la garde (L. 5 déc. 1901, *sup.* t. I, n^{os} 980 *bis*, 995, 1091). Le droit pénal vient alors au secours du droit civil, et l'antique conception, d'après laquelle la personne même du débiteur répond de l'exécution de la dette, fait un retour offensif; mais on remarquera que ce redoublement de rigueur ne concerne que l'exécution d'obligations légales ou judiciaires, non d'obligaitons nées du contrat.

588. — 2° Lorsque la dette a un objet autre qu'une somme d'argent, de deux choses l'une :

a) Ou bien il s'agit d'une véritable obligation de *donner* (*dare*, transférer la propriété), et alors elle est exécutée de plein droit, d'elle-même, automatiquement, puisque les contrats sont par eux-mêmes translatifs de propriété, au moins lorsqu'ils portent sur des corps certains (art. 1138; *sup.*, t. I, n^{os} 1691 et suiv.) ;

b) Ou bien, il s'agit d'une simple obligation de *délivrance*, telle l'obligation qui incombe au vendeur d'un corps certain ou au bailleur, mais alors on retombe dans l'hypothèse d'une obligation de *faire*, à laquelle nous arrivons maintenant.

§ II. — *OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE*

589. Question. — Si le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire n'exécute pas volontairement, le créancier peut-il l'y contraindre? Et par quels moyens?

Cette double question semble être résolue très simplement par l'article 1142 qui décide, en termes généraux et apparemment absolus, que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexé-*

saisi ; il ne pouvait plus ni aliéner, ni administrer ses biens, ni les grever de droits réels ; les créanciers cessionnaires en avaient l'administration et la jouissance ; ils pouvaient les vendre pour se payer sur le prix. La cession de biens, réglementée dans les art. 1265 à 1270, toujours en vigueur, est devenue une institution morte et son étude ne présente plus d'intérêt pratique.

cution de la part du débiteur ». Donc, semble-t-il, du moment que le débiteur n'exécute pas volontairement, et que, d'autre part, l'obligation n'a pas été éteinte par impossibilité d'exécution, cette obligation change d'objet; elle porte désormais sur une somme d'argent, en sorte que le problème se pose dans des termes différents qui en facilitent la solution : ce sont les règles exposées dans le paragraphe précédent qui reçoivent application, automatiquement.

590. Rectification. — Cette conclusion est inacceptable et doit être rectifiée : il ne saurait dépendre de l'inertie, de la mauvaise volonté du débiteur de changer l'objet de la dette; c'en serait fait, alors, de la force obligatoire des conventions. L'article 1142 ne fait que reproduire, en langue juridique française, un vieil adage « *nemo potest præcise cogi ad factum* » : nul ne peut être contraint à prester son fait. Or, cet adage n'était pas considéré, par nos anciens auteurs, comme étant doué d'une application générale et absolue; Pothier, posant les termes d'une distinction d'ailleurs traditionnelle, précise que la règle n'a « d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur, auquel il ne pourrait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté » (Pothier, *Traité du contrat de louage*, n° 66; comp. *Traité du contrat de vente*, n° 68) ; et Bigot-Préameneu, commentant, au cours des travaux préparatoires du Code civil, le texte qui est devenu l'article 1142, constatait que son but était d'éviter une violence exercée sur la personne même du débiteur (Fenet, t. XIII, p. 232).

591. Distinction. — Ainsi se dessine une distinction tirée de l'objet de l'obligation et de l'inviolabilité de la personne humaine : l'exécution forcée en nature est admise, *en principe*, même dans les obligations de faire ou de ne pas faire; elle n'est écartée que dans les cas où elle impliquerait une violence s'exerçant sur la personne physique du débiteur, et cela au nom de la dignité de cette personne, de son inviolabilité; ce qui revient, en somme, à distinguer selon que l'exécution implique ou non absolument l'intervention du débiteur lui-même; si on peut se passer de lui, à la rigueur, l'exécution forcée en nature est licite; c'est seulement dans le cas contraire, alors que l'exécution de l'obligation offre un caractère strictement personnel, que l'engagement se résoudra ou pourra se résoudre en dommages-intérêts.

592. Le Code civil : articles 1143 et 1144. — Que telle soit bien la conception du Code civil, c'est ce qui ressort, jusqu'à l'évidence, des articles 1143 et 1144 : le premier de ces textes, se référant aux obligations de *ne pas faire*, donne au créancier le droit de demander au tribunal la destruction de ce qui aurait été fait indûment et admet même qu'il puisse être autorisé à le détruire au dépens du débiteur, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu; quant à l'article 1144, relatif aux obligations *de faire* demeurées en souffrance, il prévoit que le créancier soit autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation, aux dépens du débiteur. Grâce à ces procédures, le créancier obtiendra l'exécution directe de l'obligation; par exemple, il détruira, avec l'autorisation du tribunal, le mur que son voisin avait élevé par contravention à l'engagement, ou bien, à l'inverse, il fera construire, aux frais de son débiteur, le mur que celui-ci s'est engagé à édifier et qu'il négligeait d'élever. Le tribunal, saisi d'une demande à ces fins, a d'ailleurs, quant à la suite à lui donner, un *pouvoir d'appréciation souverain* que la Cour de cassation lui reconnaît dans les obligations de faire aussi bien que dans celles de ne pas faire (Req. 18 juin 1883, *D. P.* 1884, 5, 353; Civ. 2 fév. 1904, *D. P.* 1904, 1, 271) : il résulte de ces arrêts que la décision des juges du fond échappe au contrôle de la Cour de cassation; l'opportunité de la mesure sollicitée est une question de fait, non de droit.

593. Obligations dont l'exécution présente un caractère strictement personnel. — Nous supposons désormais qu'il s'agit d'une obligation dont l'exécution en nature implique l'intervention du débiteur lui-même : c'est un peintre qui s'est engagé à exécuter un tableau; c'est un enfant mineur, c'est une femme mariée qui sont mis en demeure de réintégrer le domicile paternel ou conjugal; c'est un artiste qui a signé un engagement théâtral. Nous sommes alors tout à fait dans le cadre de l'adage « *nemo potest præcise cogi ad factum* », donc, dans les termes de l'article 1142 : est-il alors absolument vrai que le créancier ne puisse en aucune façon imposer au débiteur l'exécution en nature et que l'obligation se résolve, de par la résistance de celui qui en est tenu, en des dommages et intérêts?

Certainement non.

1° Il peut se faire que le créancier dispose d'une autre ressource : si l'obligation inexécutée dérive d'un contrat synallagmatique, il peut, soit user à l'occasion de l'excep-

tion *non adimpleti contractus*, soit, ayant lui-même fourni la prestation dont il était tenu, poursuivre la *résolution* du contrat en vertu de l'article 1184.

2° Il peut songer à demander assistance à la *force publique*. La jurisprudence se montre assez favorable à l'emploi de ce procédé, du moins pour l'exécution des obligations issues de la loi ou d'un jugement : les tribunaux ont admis le recours à la force publique pour sanctionner l'obligation qui incombe à l'enfant mineur de résider au domicile paternel (*sup.* t. I, n° 1091) et aussi le devoir de cohabitation dont est tenue la femme mariée, obligée d'habiter avec son mari, au lieu de « la résidence du ménage » (art. 213, § 1, nouv. réd.). Les résultats obtenus n'ont d'ailleurs pas été heureux : outre que le procédé répugne à nos mœurs par sa brutalité, et qu'il va à l'encontre de l'adage « *Nemo potest præcise cogi ad factum* », il est une cause de scandale et surtout il est inefficace, puisque l'enfant vagabond ou l'épouse volage, qui ne sauraient être incarcérés au domicile paternel ou conjugal, s'évaderont sans doute à la première occasion, si bien que tout sera à recommencer et que la gendarmerie sera fort occupée à assurer le triomphe de l'autorité paternelle ou de la puissance maritale : l'exécution *manu militari* est à la fois excessive et inefficace;

3° Mais il est un autre procédé qui présente sur le précédent cette double supériorité, d'abord de ne pas violenter la personne physique du débiteur, puis d'aboutir à un résultat tangible : c'est celui des *astreintes*.

594. Théorie des astreintes. — L'astreinte est une condamnation pécuniaire qui est prononcée à raison de « tant » par jour, par semaine, par mois ou par année de retard, et qui tend à vaincre la résistance du débiteur d'une obligation de faire, à exercer une pression sur la volonté : grâce à la progressivité qui le caractérise, ce système est d'une efficience, d'une sûreté à toute épreuve; il n'est pas de fortune qui soit à même de résister à une pression continue et sans cesse accentuée; la capitulation du patient est fatale; on a raison de sa résistance, et cela sans avoir exercé de violence sur sa personne même : c'est à ses biens que l'on s'en prend; c'est sa fortune, ses ressources matérielles que l'on vise.

595. Applications. — Les applications de ce système sont de tous les jours.

1° La plupart concernent des obligations issues de la *loi* ou d'un *jugement* :

a) Obligation qui incombe à la femme mariée d'habiter avec son mari (art. 213 § 1, nouv. réd.) : l'astreinte obligera la fugitive à réintégrer le domicile conjugal, tellement elle rendra ruineuse une indépendance contraire à la loi (Req. 26 juin 187, *D. P.* 1879, 1, 80; Lyon, 24 fév. 1909, *D. P.* 1910, 2, 172; Trib. civ. Seine, 6 mars 1911, *D. P.*, 1911, 5, 28. Voy. *sup.* t. I, n° 871).

b) Obligation, pour l'un des époux séparés de corps ou divorcés, de rendre les enfants, de les représenter à celui des parents qui en a obtenu la garde. (V. les décisions intervenues dans la fameuse affaire de Beauffremont, *D. P.* 1878, 2, 127). Toutefois, cette application de la théorie des astreintes a perdu de son intérêt depuis que la loi du 5 décembre 1901 est venue édicter, contre le parent récalcitrant, une sanction d'ordre pénal (C. pénal, art. 357, complété par cette loi, qui prévoit un emprisonnement jusqu'à concurrence d'une année ou de trois ans, suivant les cas);

c) Obligation, pour un plaideur, de restituer, de produire des pièces, des documents qu'il détient; le jugement qui lui impose cette production peut assurer l'efficacité de la condamnation en l'assortissant d'une astreinte (Civ. 7 nov. 1923, *D. P.* 1926, 1, 171).

Mais il a été jugé qu'une astreinte ne pourrait être prononcée contre un conservateur des hypothèques en vue de la remise d'un état que la loi lui impose cependant de délivrer sans retard (Toulouse, 1er avril 1901, *S.* 1905, 2, 201, note Wahl); la solution est d'ailleurs discutable.

d) Obligation, pour l'auteur d'une infraction à la loi pénale, d'exécuter les mesures qui avaient été prescrites par les juges correctionnels, à titre de réparation envers les parties civiles (Crim. 20 janv. 1938, *D. H.* 1938, 228).

596. — 2° On a contesté jadis que l'astreinte pût servir à assurer l'exécution des *obligations contractuelles* (V. dans l'affaire Rosa Bonheur, Paris, 4 juillet 1865, *D. P.* 1865, 2, 201). Actuellement, et depuis longtemps, la généralité d'application de la théorie n'est plus en question : c'est ainsi qu'une astreinte peut être prononcée contre une compagnie d'éclairage qui a supprimé indûment le courant à un de ses clients; en la condamnant à le rétablir, le tribunal prononcera contre la compagnie récalcitrante une astreinte fixée à tant par jour du retard qu'elle mettra à s'exécuter (Req. 1er déc. 1897, *D. P.* 1898, 1, 289, note Planiol).

La théorie des astreintes a donc une très large sphère d'application; elle assure l'exécution de toutes les obligations de

faire, quelle qu'en soit la source, et si personnelles qu'on puisse les supposer.

Mais son application a un *caractère facultatif* pour le juge qui n'est jamais tenu d'y recourir (Req. 15 mars 1892, *S.* 1892, 1, 309; 7 juill. 1937, *S.* 1937, 1, 294).

597. Critiques adressées à cette théorie des astreintes. — Astreinte et dommages-intérêts. — On reproche surtout à la théorie des astreintes son caractère *prétorien* : nul texte ne permet au juge de peser ainsi sur la volonté du débiteur au moyen de « tours de vis « répétés et progressifs. Il est vrai que la loi prévoit que ce débiteur puisse être condamné à des dommages-intérêts; mais autre chose est l'*astreinte*, autre chose une condamnation à des *dommages-intérêts* pour cause de retard :

1° Les dommages-intérêts tendent à *remplacer* l'exécution en nature, au lieu que l'astreinte tend à *assurer* au créancier cette exécution;

2° Les dommages-intérêts impliquent l'existence d'un dommage subi par le créancier et auquel le tribunal doit se référer dans sa décision; mais le jugement qui prononce une astreinte n'a pas même à constater l'existence d'un préjudice (Req. 6 fév. 1900, *D. P.* 1900, 1, 167);

3° L'astreinte, à la différence des dommages-intérêts, n'est pas fixée en fonction du dommage subi par le créancier, mais, ce qui est bien différent, en considération de la fortune, des ressources du débiteur récalcitrant : l'instrument est approprié à l'effort à accomplir et le juge n'a pas à justifier, dans sa décision, que la somme à laquelle il s'arrête représente exactement le préjudice résultant, pour le créancier, du retard apporté à l'exécution (Civ. 5 juill. 1933, *S.* 1934, 1, 337) : tout dépend de la résistance à vaincre et que le tribunal apprécie souverainement. S'il le faut, l'astreinte sera de 1.000 ou de 10.000 francs par jour de retard (Req. arrêt du 1er déc. 1897; comp. sur le principe, Civ., 20 janv. 1913, *S.* 1913, 1, 386) : comme il résulte de cette dernière décision, le chiffre de l'astreinte peut être majoré, après coup, sur de nouvelles conclusions du créancier : à un effort insuffisant succède un effort plus grand, jusqu'au succès final;

4° L'astreinte n'a qu'une valeur *provisoire*, et c'est une nouvelle différence essentielle avec les dommages-intérêts; la décision qui l'institue n'est pas susceptible d'exécution provisoire (Aix, 15 fév. 1937, *D. H.* 1937, 211); son but est d'assurer l'exécution : le jour où le résultat est obtenu, elle

n'a plus de raison d'être; elle est supprimée ou réduite; elle est *rabattue* par le tribunal; elle n'avait qu'un caractère purement *comminatoire*; désormais, le débiteur s'étant exécuté, elle ne répond plus à rien. Sans doute, le tribunal peut décider qu'elle restera acquise au créancier, en tout ou en partie, mais c'est à titre de *dommages-intérêts* et à raison du *retard* apporté dans l'exécution (Req. 19 avril 1904, S. 1906, 1, 390); en tant qu'astreinte, elle disparaît.

598. Véritable nature de l'astreinte. — L'astreinte n'est donc pas une réparation; elle n'a rien de commun avec les dommages-intérêts; elle est essentiellement une mesure, une *voie d'exécution*, un levier à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur pour lui arracher l'accomplissement d'une obligation de faire, strictement personnelle, qui lui incombait; grâce à elle, la règle *nemo potest præcise cogi ad factum* voit son domaine se rétrécir encore.

599. Confusion commise par la jurisprudence. — La jurisprudence confond astreinte et dommages-intérêts; constamment, elle parle de dommages-intérêts alors qu'il s'agit d'astreinte (V. les décisions citées). Cette confusion est fâcheuse, mais moins grave qu'on ne pourrait d'abord le penser, parce qu'elle affecte uniquement la forme, la terminologie : tout en parlant de dommages-intérêts, les décisions judiciaires appliquent fort exactement le statut de l'astreinte.

600. Justification de la théorie. — Il est certain que, du moment qu'on distrait l'astreinte de la catégorie juridique des dommages-intérêts, on en rend la justification plus malaisée. Cependant, on a tenté de réaliser cette justification en faisant appel à une disposition du code de procédure, l'article 1036, aux termes duquel « *les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions...* »; or, dit-on, le tribunal ne fait pas autre chose, lorsqu'il prononce une astreinte, que d'adresser des injonctions au débiteur (*Sic*, A. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, *Rev. trim.*, 1903, p. 5).

On a contesté la légitimité de cette argumentation en faisant observer que l'article 1036 C. pr. vise uniquement *la police de l'audience* et qu'on ne saurait lui donner une portée d'application générale. Mais la loi du 23 déc. 1912, sur

les habitations à bon marché, fournit un argument plus secourable lorsque, dans son article 6, § 3, elle décide que « *les tribunaux peuvent ordonner l'insertion et l'affichage des jugements et la suppression de la dénomination des sociétés à bon marché, à peine d'une astreinte pour chaque jour de retard...* » C'est la légalisation du système jurisprudentiel qui reçoit droit de cité, dans un cas particulier tout au moins (V. aussi l'art. 29, § 4, livre I^er^, C. Trav., ajouté par une loi du 18 juill. 1937 instituant le statut légal des voyageurs de commerce), et qui peut donc se réclamer ainsi de l'approbation législative.

601. Conclusion : ce qui reste de la règle posée dans l'article 1142. — Même en faisant la part de la théorie des astreintes, il reste encore un champ d'application à la règle d'après laquelle les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts : il est possible, en effet, que, par suite de la carence du débiteur, l'exécution de l'obligation soit désormais de toute impossibilité; l'éventualité est à envisager et pour les obligations de faire et surtout pour les obligations de ne pas faire.

1° *Obligations de faire.* — Un artiste s'était engagé à paraître tel jour, sur telle scène; s'il s'est abstenu, l'irréparable est accompli; la théorie des astreintes, elle-même, devient inutilisables;

2° *Obligation de ne pas faire.* — Généralement, par cela seul qu'elles ne reçoivent pas exécution au jour dit, elles deviennent irréalisables. Si l'artiste qui s'était engagé à ne pas paraître sur telle scène, y a joué cependant, l'inexécution est acquise, définitivement; on ne saurait passer l'éponge sur le fait accompli; de telle sorte que, dans cette direction, la théorie des astreintes demeure sans emploi possible. Et, effectivement, c'est toujours pour assurer l'exécution en nature des obligations de faire que cette théorie est employée, non pour faire obtenir au créancier celle d'une obligation négative dont l'inaccomplissement ne comporte, par définition même, d'autre remède que celui d'une condamnation à des dommages-intérêts.

Et c'est là tout ce qui reste de la règle contenue dans l'article 1142 : avant d'en venir à sa consécration, laquelle n'a lieu qu'en désespoir de cause, il faut rechercher si l'exécution forcée en nature ne peut pas être assurée, soit par l'exception *non adimpleti contractus*, soit par les procédés des articles 1143 et 1144, ou en faisant appel à la force publique, soit enfin en utilisant le procédé des astreintes.

C'est seulement si ces diverses voies de droit sont inutilisables que le créancier devra se contenter — si mieux il n'aime poursuivre la résolution du contrat en vertu de l'article 1184 — de dommages-intérêts, c'est-à-dire de l'exécution indirecte et sous forme d'équivalent dont il va être question maintenant.

Chapitre II

L'exécution indirecte, sous forme d'équivalent

LES DOMMAGES-INTÉRÊTS

602. Domaine réservé aux dommages-intérêts. — Il ressort des explications précédentes que l'exécution en nature est parfois irréalisable :

1° Dans les obligations de *faire*, lorsque l'objet même de l'obligation a disparu, soit que cet objet ait péri par la faute du débiteur, soit que la prestation promise n'eût d'utilité qu'à la condition d'être effectuée dans un certain délai (représentation à laquelle un artiste devait prêter son concours) ;

2° Dans les obligations *de ne pas faire*, presque toujours, l'inexécution en étant, nous l'avons vu, irréparable. C'est bien pourquoi la responsabilité délictuelle exclut à peu près fatalement une satisfaction en nature; la commission d'un délit ou d'un quasi-délit place la victime en présence du fait accompli; la réparation interviendra sous la forme *indemnitaire*;

3° Dans toutes les obligations, de faire, de ne pas faire ou même de donner, il faut prévoir le cas de *retard dans l'exécution*, lequel se ramène à une sorte d'*inexécution partielle* qui appelle une réparation.

Dans toutes ces éventualités, le créancier doit se contenter d'une satisfaction approximative, de dommages-intérêts, qui sont la traduction, ordinairement en argent, de l'intérêt qu'eût présenté, pour lui, l'exécution en nature.

603. Dommages-intérêts compensatoires ou moratoires. — Par les explications qui précèdent, nous avons laissé pressentir la distinction de deux sortes de dommages-intérêts, les uns qui correspondent à l'inexécution *définitive* — mais non pas nécessairement totale — de l'obligation : ils sont dits *compensatoires*; d'autres qui sanctionnent un

simple retard (*mora*), une inexécution temporaire : on les qualifie de *moratoires*.

Entre ces deux catégories, l'opposition est très nette : il est évident, notamment, que les dommages-intérêts compensatoires ne peuvent jamais se cumuler avec l'exécution en nature, à peine de double emploi; tandis que les dommages-intérêts moratoires se conjuguent parfaitement soit avec l'exécution en nature, lorsqu'elle est tardive, soit aussi avec les dommages-intérêts compensatoires lorsque l'exécution directe est devenue impossible : le créancier obtient alors : 1° Une indemnité à raison du retard (dommages-intérêts moratoires) ; 2° Une indemnité du fait de l'inexécution définitive (dommages-intérêts compensatoires). Voy. Req., 11 mai 1898, *D. P.* 1899, 1, 310.

D'autre part, tandis que le point de départ des intérêts moratoires est représenté par le jour où le retard a été officiellement constaté (mise en demeure), il est admis en jurisprudence que celui des dommages-intérêts compensatoires est déterminé par le juge du fond, souverainement, en fonction du préjudice subi par le créancier et dont le tribunal a la libre appréciation (Req. 19 juill. 1932, *S.* 1933, 1, 48).

604. Indemnité délictuelle. — Ce n'est pas tout : il y a lieu de prévoir l'indemnité délictuelle ou quasi-délictuelle, sanction d'un fait illicite; ou, plus généralement, l'indemnité à raison d'une lésion injuste : fait illicite ou enrichissement sans cause. Une telle indemnité n'a jamais un caractère moratoire; elle est toujours compensatoire, puisqu'elle représente le dommage causé par le délit ou par l'enrichissement injuste; c'est donc avec les dommages-intérêts compensatoires qu'elle peut entrer en parallèle.

605. Observation générale. — On supposera dans les développements qui suivent, que les dommages-intérêts contractuels ou l'indemnisation délictuelle interviennent *sous une forme pécuniaire* et, plus précisément, sous la forme d'un *capital* : c'est une règle presque constante.

Toutefois, il arrive que la sanction se présente sous un aspect différent.

1° En matière *contractuelle*, le créancier obtient parfois, à titre de sanction de l'inexécution du débiteur, ou bien l'*annulation* du contrat (la nullité basée sur le dol est accordée à la victime à titre de dommages-intérêts), ou, à l'inverse, son *maintien* grâce au refus de toute action en nullité (*sup.* n° 99; t. I, n° 639), ou bien sa *résolution*, aux termes

de l'article 1184; la pratique du *laissé pour compte* n'est qu'une forme spécialisée de cette sorte de sanction (V. pour le *transport de marchandises*, en cas d'avaries ou de retard, L. Josserand, *Les transports*, nos 619 et suiv.; pour le *louage d'ouvrage*, Civ. 3 juill. 1912, *D. P.* 1913, 1, 110); comme aussi la reconstruction, par une compagnie d'assurances, conformément à une clause de la police, de la maison assurée et incendiée (Req. 21 juill. 1903, *S.* 1904, 1, 21, *D. P.* 1904, 1, 181). En revanche, la Cour de cassation n'admet pas que les tribunaux puissent condamner le débiteur à exécuter, en réparation d'un dommage qu'il aurait causé, un acte *positif* qui ne lui est imposé ni par la loi, ni par la convention; par exemple, une compagnie de chemins de fer ne saurait être condamnée à réparer elle-même des meubles avariés au cours du transport (Civ., 4 juin 1924, *S.* 1925, 1, 97, note critique Louis Hugueney);

2° Dans l'ordre délictuel, il arrive que la victime obtienne une satisfaction qui se rapproche autant que possible de l'exécution en nature, qui tende à effacer pour ainsi dire le délit et qui constitue une véritable *réparation* ou une *prévention* (démolition d'ouvrages, *sup.* t. I, n° 1475; enlèvement d'une enseigne lumineuse, trib. civ. Seine, 27 déc. 1932, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 124): c'est ainsi que la personne diffamée demandera au tribunal que sa décision soit insérée dans certains journaux; ainsi également que la personne responsable d'un accident mortel peut être condamnée à servir une *rente* (Crim. 25 fév. 1928, *D. H.* 1928, 239; 11 avril 1933, *motifs*, *D. H.* 1933, 319; — pour les *accidents du travail*, v. l. 9 avril 1898, art. 3) ou à délivrer à chacun des enfants de la victime un titre nominatif de rente française (Req. 19 mars 1926, *S.* 1926, 1, 209, note Balleydier; Crim. arrêt du 25 fév. 1928).

La victime d'un accident matériel ne peut être contrainte à se contenter d'un rétablissement par équipollent; par exemple, le propriétaire d'une automobile, avariée par le fait d'un tiers, est en droit d'exiger la somme nécessaire à la réparation de sa voiture sans qu'on puisse prétendre la désintéresser en lui offrant le prix d'une voiture neuve de la même catégorie (Dijon, 9 mars 1934, *D. H.* 1934, 357).

606. Plan. — Il faut déterminer :

1° A quelles *conditions* au juste les dommages-intérêts (contractuels ou délictuels) sont dus :

2° *Comment est fixé* le montant de la réparation incombant au débiteur.

Section I. — CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT LIEU À DOMMAGES-INTÉRÊTS OU À INDEMNITÉ DÉLICTUELLE

607. Enumération. — Les conditions requises pour que des dommages-intérêts soient exigibles, sont au nombre de quatre :

1° Il faut qu'un *dommage* ait été subi;

2° Ce dommage doit être *imputable* au débiteur, défendeur à l'action;

3° Parfois, il faut, en outre, que ce débiteur ait été mis en *demeure*;

4° Enfin, condition négative, il faut que la responsabilité du débiteur n'ait pas été écartée par une clause de non-garantie.

§ I. — *LE DOMMAGE*

608. Nécessité d'un dommage. — Contractuelle ou délictuelle, la responsabilité du débiteur n'est engagée qu'autant qu'un *dommage* a été causé au prétendu créancier.

Cette constatation a été faite pour la responsabilité *délictuelle* (*sup.* n° 439); il convient de la renouveler pour la responsabilité *contractuelle : sans intérêt pas d'action.*

Ne seront donc responsables ni le *notaire* qui a oublié de faire inscrire l'hypothèque de son client, s'il est démontré que, de toute façon, cette sûreté n'eût été d'aucun profit pour celui qui était investi (comp. Montpellier, 24 fév. 1932, *S.* 1932, 2, 76); ni l'*avoué* qui a négligé de produire dans un ordre, s'il est établi que son client ne fût pas venu en rang utile et n'eût pas participé effectivement à la répartition des deniers provenant de la vente sur saisie (V. Req. 23 juin 1887, *D. P.* 1887, 1, 449, *S.* 1890, 1, 291; 30 juin 1902, *D. P.* 1903, 1, 562, note Bouvier, *S.* 1907, 1, 434). C'est par application de la même idée que le débiteur, en demeure de livrer la chose due, n'est tenu à aucune indemnité à raison de la perte de la chose due, s'il est établi que la chose eût aussi bien péri entre le mains du créancier, à supposer qu'elle lui eût été précédemment livrée (art. 1302, § 2). Comp. Req. 13 nov. 1928 (*D. H.* 1928, 589).

609. Preuve du dommage. — Il va sans dire que la preuve du dommage incombe au demandeur : *actori incum-*

bit probatio. Toutefois, dans un cas particulier, il s'en trouve dispensé : lorsque, créancier d'une somme d'argent, il réclame des dommages-intérêts moratoires, il n'a à justifier d'aucune perte (art. 1153, § 2) : la loi considère que le préjudice existe toujours en pareil cas, et c'est elle-même, on le verra (*inf.* n° 638), qui en détermine le montant.

§ II. — *IL FAUT QUE LE DOMMAGE SOIT IMPUTABLE AU DÉBITEUR DÉFENDEUR À L'ACTION*

610. Idées générales. — L'*imputabilité civile*, la seule qui soit en cause en notre matière, est tout autre chose que l'*imputabilité pénale*; elle ne met pas nécessairement en œuvre la *moralité* du débiteur; elle confine bien plutôt à la *causalité* du dommage par rapport à celui qui en devient responsable; ce qu'on exige, c'est que ce dommage ait été vraiment causé par celui à qui on prétend en demander compte.

Nous avons pu vérifier l'exactitude de cette idée en étudiant la responsabilité délictuelle; la *faute délictuelle* s'est singulièrement objectivée à l'époque contemporaine; grâce à l'établissement de *présomptions*, la faute tend à devenir *le fait dommageable*; et, alors même qu'elle est maintenue dans sa pureté traditionnelle, elle se présente sous un aspect tout relatif, puisqu'elle consiste à léser le droit d'autrui sans pouvoir se réclamer d'un droit plus fort ou, pour le moins, équivalent (*sup.* n^{os} 424 et suiv.).

Dans le domaine *contractuel*, et encore que la notion de faute n'y subisse pas une transformation comparable à celle qui se réalise dans le champ délictuel, nous arriverons à une constatation analogue, à savoir que la faute contractuelle est beaucoup moins subjective qu'on ne le pense ordinairement et que la responsabilité qui en découle présente donc un caractère d'objectivité plus poussé qu'on ne l'admet communément (*Sic*, G. MARTON, *Obligations de résultat et obligations de moyen*, *Rev. trim.* 1935, p. 499, notamment pp. 540 et suiv.).

611. Principe. — Le principe, en matière contractuelle, est posé dans l'article 1147, à l'aide d'une formule qui englobe expressément les deux catégories de dommages-intérêts, moratoires et compensatoires : le débiteur doit être condamné « *toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexé-*

cution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »; et l'article 1148, commentant en quelque sorte cette formule, décide qu' « *il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* » (v. S. Morcos, *Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile*, Le Caire, 1936, pp. 74 et suiv.).

Telles sont les directives essentielles : en principe, le débiteur est responsable de l'inexécution de ses obligations contractuelles; il n'en va autrement que si, d'aventure, il peut justifier que cette inexécution tient à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Il répond donc, non seulement de sa faute, au sens courant du mot, mais de son fait et l'on a pu dire justement que « la règle de l'article 1147 elle-même est inconciliable avec le principe de la faute : celui qui répond de *tout* ce qu'il n'a pas prouvé être provenu d'une cause étrangère, répond nécessairement de *plus* que de sa propre faute » (G. Marton, *op. cit.*, p. 540); il supporte le poids des événements douteux, anonymes, des « cas fortuits » (*sup.* n[os] 451 et suiv.): seul le fait externe, le cas de force majeure le libère; mais il est comptable, outre de son dol, de sa faute quelconque, lourde ou légère ou très légère.

612. La théorie des trois fautes. — En présence des articles 1147 et 1148, ce n'est que pour mémoire qu'il convient de rappeler la théorie dite des trois fautes, qui était, sinon celle du droit romain, du moins celle de ses commentateurs et qui fut accueillie par Pothier; elle distinguait la faute *lourde*, celle qu'un homme d'intelligence et de diligence médiocres ne commet pas; la faute *légère*, celle que ne commet pas un administrateur diligent, un bon père de famille; enfin la faute *très légère*, qui ne peut être évitée que par une diligence, une attention exemplaires. Le débiteur répondait uniquement de sa faute lourde, si le contrat avait été conclu dans l'intérêt du seul créancier; de sa faute légère, s'il était aménagé dans l'intérêt des deux parties; de sa faute très légère, s'il était intervenu dans son seul intérêt, à lui le débiteur.

Il résulte des textes précités, comme aussi des travaux préparatoires du Code civil, que les rédacteurs ont entendu abandonner ce système ordonné et rigide; l'article 1137 est d'ailleurs caractéristique, lui qui impose au débiteur d'un

corps certain, l'obligation de veiller à la conservation de la chose, « *soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune...* »; de toute façon, en toute occurrence, on demande à ce débiteur d'apporter à la conservation de la chose « *tous les soins d'un bon père de famille* ». Il est vrai que le texte ajoute que « *cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent* ». Mais les dérogations annoncées par cette formule sont en petit nombre et doivent être comprises restrictivement (V. les art. 1927 et 1928 pour le *dépositaire*, *inf.* n° 1365; et 1922 pour le *mandataire*, *inf.* n° 1411); elles ne se rattachent pas à la trinité des fautes; à ce point de vue, notre droit est libéré des survivances, authentiques ou supposées, du droit romain.

612*bis*. La renaissance de la faute lourde. — En répudiant la doctrine traditionnelle de la trinité des fautes, les rédacteurs du Code civil entendait ramener toutes les fautes *non-intentionnelles* à un type unique et homogène; la faute lourde semblait donc avoir vécu.

Mais voilà qu'à une époque récente ce concept ainsi condamné esquisse un retour offensif, soit sous le nom consacré de faute lourde, soit sous des vocables plus ou moins voisins : faute *inexcusable*; faute *grave*; faute *grossière*; sous ces diverses appellations, la jurisprudence l'évoque de plus en plus volontiers, comme aussi les auteurs, et même les textes législatifs, soit en *France* (l. 9 avril 1898, sur *les accidents du travail*, art. 20, §§ 2 et 3; l. 29 déc. 1905, sur *la caisse de prévoyance des marins français*, art. 11, § 2; l. 13 juill. 1930, sur *le contrat d'assurance terrestre*, art. 13; l. 7 fév. 1933 sur *les garanties de la liberté individuelle*, art. 7 modifiant l'art. 505 C. pr.; d.-l. 8 août 1935 *portant application aux gérants et administrateurs de sociétés de la législation de la faillite et de la banqueroute*, art. 10; l. 18 juill. 1937, *instituant le statut légal des voyageurs, représentants et placiers du commerce et de l'industrie*, art. 2), soit à *l'étranger* (code fédéral *suisse* des obligations, art. 100; code civil de la République de *Chine*; code *polonais* des obligations; code *libanais* des *obligations*; loi *suisse* du 25 mars 1932 sur *la circulation des véhicules automobiles et des cycles*; loi *belge* du 11 juin 1874 *sur les assurances*, etc.); soit dans le domaine *international* (Conventions de Berne de 1924, relatives aux *transports ferroviaires internationaux*, art. 36; Convention de Varsovie de 1929, pour *les transports aériens*; Convention de Rome, de

1933, relative aux *dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface*). Le mouvement doctrinal, jurisprudentiel, législatif, dont bénéficie actuellement la faute lourde est donc indéniable et menace sérieusement le dogme de l'unité de la faute, et d'autant plus que la Cour de cassation se reconnaît le pouvoir d'exercer un contrôle sur *la qualification* de la faute (Req. 22 fév. 1932, *D. P.* 1932, 1, 25, note Rouast; Civ. 24 mai 1933, *D. H.* 1933, 111; Req. 26 juill. 1933, *D. H.* 1933, 476).

Dès lors, l'interprète a le devoir de s'enquérir : 1° des éléments constitutifs, distinctifs de la faute lourde; 2° du statut juridique qui lui est applicable.

612*ter*. A. Critère de la faute lourde. — La controverse apparaît dès qu'il s'agit de dégager les éléments constitutifs de ce genre de faute.

Certainement, elle ne coïncide pas avec le dol ou la fraude, son caractère non-intentionnel s'oppose à cette réduction.

On ne peut pas songer davantage à la notion de la faute professionnelle puisque, d'une part, bien des débiteurs ne sont pas des professionnels, puisque, d'autre part, il est des manquements d'ordre professionnel qui sont légers et véniels.

Il ne faudrait pas, non plus, identifier la faute lourde à l'infraction de la loi pénale, car il est de fautes sans gravité qui sont cependant réprimées pénalement.

Enfin, on doit rejeter sans hésitation le critère, qui paraît remonter au Bas-Empire, d'après lequel la faute lourde consisterait à ne pas comprendre ce que chacun comprend « *non intelligere quod omnes intelligunt* », ce qui reviendrait à discerner invariablement à son auteur un brevet d'incompréhension et de stupidité, alors qu'il peut parfaitement être un homme instruit et cultivé, mais distrait et imprévoyant.

Ces éliminations effectuées, le critère le plus sûr nous paraît rester celui dont notre jurisprudence fait usage pour caractériser la faute inexcusable de la loi du 9 avril 1898 : commet une faute lourde celui qui a *pu*, qui a *dû* prévoir que son acte, son abstention, son comportement, étaient de nature à causer des dommages à autrui, soit à son cocontractant, soit à un tiers; la prévision, plus exactement la *prévisibilité* du dommage joue, en pareille matière, un rôle, sinon tout à fait exclusif, du moins prépondérant (*Sic*, P. Esmein, note *S.* 1933, 1, 290, col. 1; Voisenet, *op. cit.*, *inf.* n° 612*quater*, *in fine*). Ainsi s'explique-t-on que les tribunaux considèrent plus volontiers une faute comme lourde

lorsque l'attention de son auteur avait été préalablement attirée, par les hommes ou par les événements eux-mêmes, sur les dangers de son attitude, de sa manière d'agir ou de s'abstenir (Lyon, 21 déc. 1909, *D. P.* 1911, 2, 255; trib. civ Seine, 18 juill. 1925, *D. H.* 1925, 583; Civ. 29 juin 1932, *S.* 1932, 1, 351).

612*quater*. B. **Statut de la faute lourde.** — 1° Assez souvent, la faute lourde est traitée autrement que la faute simple : non seulement les juges du fait la sanctionnent plus volontiers et plus sévèrement, notamment au cas où ils procèdent à un partage de responsabilité (*sup.* n° 450; *inf.* n° 636), mais encore il arrive qu'elle soit seule retenue, à l'exclusion de la faute simple, par exemple comme élément constitutif de *l'abus des voies de droit* (*sup.* n° 433), ou lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre *la responsabilité de l'héritier bénéficiaire*, administrateur et liquidateur de la succession, vis-à-vis des ayants droit (art. 804; — *inf.* t. III, n° 957). Dans cette direction, et par rapport à la faute ordinaire, la faute lourde est donc dotée d'un statut qui lui est propre.

2° En revanche, l'opinion dominante repousse cette conclusion dans ses rapports avec le dol, auquel une longue tradition l'assimile pour lui faire produire les mêmes effets et par lequel elle serait comme absorbée : *lata culpa dolo æquiparatur*; séculairement, elle est *équipollente au dol*.

Il est fort douteux que cette doctrine de l'équipollence soit vraiment romaine; des auteurs considérables soutiennent qu'elle est le produit d'interpolations commises par les compilateurs du *Digeste* (V. De Medio, *Bull. dell' Inst. dir. rom.* 1905, pp. 5 et suiv.); en tout cas, on peut affirmer qu'elle ne rend pas compte de l'état actuel de notre droit positif français avec lequel elle est loin de s'harmoniser. L'équivalence de la faute lourde au dol n'est exacte ni en matière contractuelle (à la différence du dol, la faute lourde n'est évidemment pas un vice du consentement), ni dans le domaine délictuel (la faute lourde ne saurait jamais constituer qu'un quasi-délit, non un délit, lequel implique, chez son auteur, l'intention de nuire), ni en matière de mariage putatif, d'acquisition des fruits ou d'usucapion abrégée (la bonne foi des époux ou du possesseur demeure entière malgré la gravité de l'erreur dans laquelle ils étaient tombés), ni dans la législation des accidents du travail (seule, la faute intentionnelle fait perdre à l'ouvrier tout droit à indemnité; la faute inexcusable n'étant sanctionnée que par une diminu-

tion de la pension qui lui est attribuée; l. 9 avril 1898, art. 20, nouv. réd. §§ 2 et 3), ni dans le droit des assurances (si le dol de l'assuré n'est pas couvert par la police, il en va autrement de sa faute, même grossière; l. 13 juill. 1930, *inf.* n° 1380*g*).

Ces points de différenciation étant acquis, que reste-t-il pour l'assimilation de la faute lourde avec le dol? Assez peu de chose, et encore sous le bénéfice de controverses instituées entre les auteurs : la prétendue équipollence ne fonctionne guère, d'après la jurisprudence qui est d'ailleurs assez flottante, que pour *l'excluation judiciaire des dommages-intérêts conventionnels* (art. 1150; *inf.* n° 633) et pour *l'appréciation de la validité des clauses d'exclusion ou de limitation de la responsabilité contractuelle* (*inf.* n° 624).

Même sur le terrain ainsi étroitement délimité, le dogme de l'équipollence est rendu singulièrement fragile par cela même qu'il tend à confondre la maladresse et la méchanceté, l'inattention et l'intention de nuire, c'est-à-dire, en somme, la bonne et la mauvaise foi; la confusion est d'autant plus choquante qu'elle méconnaît un principe sur lequel reposent notre droit et notre civilisation, celui d'après lequel la bonne foi se présume : quoi qu'on fasse, on n'arrivera pas à justifier l'identification de deux notions qui sont faites de métaux différents et qui ne sauraient être ramenées l'une à l'autre qu'en mépris de toute psychologie et de toute morale : il est de prétendues vérités premières qui constituent en réalité des paradoxes, et le dogme de l'équipollence est de ce nombre. (Sur la faute lourde, v. dans des sens divers, H. et L. Mazeaud, t. I; L. Mazeaud, *L'assimilation de la faute lourde au dol*, *D. H.* 1933, *Chr.* p. 49; Boutaud, *Les clauses de non-responsabilité*; Labbé, note *S.* 1876, 1, 337; L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., n° 696 et note *D. P.* 1933, 1, 49; *De l'esprit des droits et de leur relativité*, n° 281; Demogue, *Traité des obligations*, t. V et VI; Voisenet, *La faute lourde en droit privé*, 1934; L. Hugueney, note *S.* 1915, 1, 113; P. Esmein, note *S.* 1933, 1, 289; Travers, *Le droit commercial international*, t. V, nos 5546 et suiv.)

613. Contradiction apparente. — Il semble qu'une contradiction existe entre l'article 1137 d'une part, les articles 1147 et 1148 d'autre part : le premier de ces textes ne demande au débiteur que la diligence d'un bon père de famille; les articles 1147 et 1148 le rendent responsable de toute inexécution autre que celle provenant d'une cause étrangère, donc de sa faute, même très légère, voire de son fait : comment appliquer ces deux règles très différentes?

A notre avis, c'est dans les articles 1147 et 1148 qu'il faut chercher le droit commun de la responsabilité contractuelle : leur généralité ressort de la rubrique même de la section dans laquelle ils sont placés : le principe, c'est que le débiteur, *au cas d'inexécution de ses obligations*, est responsable et de toute faute et même de son fait; le créancier n'a qu'à prouver : 1° l'existence de l'obligation; 2° son inexécution; et c'est tout. C'est ensuite au débiteur qu'il appartient d'établir la cause étrangère libératoire.

Mais il en va autrement, et le débiteur ne répond plus que de la faute qu'un bon père de famille ne doit pas commettre :

1° S'il est débiteur d'un corps certain (art. 1137);

2° Si l'inexécution de son obligation est elle-même mise en question : un mandataire a-t-il ou non violé le contrat? Le directeur d'une maison de santé, d'une clinique, a-t-il pris toutes les précautions voulues dans l'intérêt de ses clients? Une agence de renseignements s'est-elle acquittée des obligations qui lui incombaient? Un médecin, un chirurgien se sont-ils conformés aux règles de leur art? Ont-ils donné à leur malade les soins « consciencieux et attentifs, conformes aux données acquises de la science » qu'ils leur devaient de par le contrat intervenu entre eux (*sup.* n° 490)? Dans de tels cas, et alors que la question se pose, non plus pour une *obligation de résultat*, mais pour une *obligation de moyens* (sur cette distinction, v. *sup.* n° 113*bis*), il s'agit de savoir, non pas seulement si le débiteur est responsable de l'inexécution, *mais aussi et d'abord s'il y a inexécution*, ce qu'il conteste, on le suppose. C'est alors qu'intervient le critère abstrait du bon père de famille, c'est-à-dire de l'administrateur diligent : on recherche si le débiteur a mis en œuvre les *moyens* dont il disposait et par exemple si le médecin s'est montré suffisamment attentif et consciencieux, ainsi que respectueux des données acquises de la science.

614. La cause étrangère libératoire. — Elle n'est autre que la faute du cocontractant (Req. 5 fév. 1929, *S.* 1929, 1, 247), et surtout le *cas de force majeure*, tel que nous l'avons défini à l'occasion de la responsabilité délictuelle (*sup.* n^{os} 451 et suiv.), c'est-à-dire l'événement d'origine externe, qui fait irruption, venant du dehors, dans le cercle contractuel : guerre, invasion, brigandage, pluies diluviennes rendant les chemins impraticables (Req. 28 nov. 1934, *D. H.* 1936, *Somm.*, p. 5, col. 3), décès, maladie, épidémie, fait du prince, fait d'un tiers (Civ. 9 janv. 1929, *S.* 1929, 1, 369; Req. 30 juin 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931,

p. 1025), etc., à l'exclusion des événements d'ordre interne, qui surgissent à l'intérieur de l'entreprise, dans le cercle contractuel, et auxquels nous avons réservé la dénomination de *cas fortuits* (*sup.* n° 451). Nous rappelons que l'*incendie* rentre dans cette dernière catégorie; quant à la *grève*, notre jurisprudence ne lui reconnaît une vertu exonératoire qu'autant qu'elle est à la fois *générale* et *soudaine*, et surtout lorsque, étant de provenance *extra-professionnelle*, elle présente un caractère *externe* par rapport à l'entreprise (Req. 28 oct. 1907, *S.* 1908, 1, 32; 17 juill. 1912, *S.* 1913, 1, 331).

615. Force majeure et faute. — La demeure. — La force majeure perd son caractère libératoire lorsqu'elle a été mélangée, précédée d'une *faute* du débiteur. Il est évident, par exemple, que celui-ci ne pourrait pas se réfugier derrière le fait du prince, s'il avait, par sa faute, déclenché ce fait externe; ni derrière le fait d'un tiers s'il avait pu le prévoir et l'éviter (arrêt précité 30 juin 1931); de même, il a été jugé que l'investissement d'une ville, au cours d'une guerre, ne libère pas le vendeur s'il lui eût été loisible d'exécuter le marché, de livrer les marchandises avant la survenance de cet événement (Req. 12 nov. 1872, *D. P.* 1873, 1, 215), et que le voiturier répond de l'accident causé par la violence du vent, s'il avait pu prévoir le danger et si la prudence lui eût commandé de refuser le transport des voyageurs (Douai, 4 mai 1932, *S.* 1933, 2, 23).

De même encore, le débiteur ne serait pas libéré si, malgré l'événement survenu, l'exécution du contrat restait encore possible pour lui, fût-ce à des conditions plus onéreuses; la force majeure n'est libératoire que si et dans la mesure où elle rend l'exécution absolument impossible (Req. 30 nov. 1936, *D. H.* 1937, 20).

Enfin et surtout, le débiteur est considéré comme étant en faute du moment qu'il était en *demeure* d'exécuter ses obligations. L'article 1302 fait application de cette règle aux obligations de livrer un *corps certain* : si la chose due vient à périr par cas de force majeure alors que le débiteur était en demeure de la livrer, sa responsabilité se trouve engagée (art. 1302, § 1), à moins cependant que la chose n'eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée, car ce dernier ne pourrait plus alors se plaindre d'avoir subi un dommage : sans intérêt, pas d'action (art. 1302, § 2).

616. Question de preuve : responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. — On signale volon-

tiers une différence essentielle entre les deux ordres de responsabilité quant à l'administration de la preuve de la faute du défendeur : tandis que la victime d'un délit assume tout le fardeau de la preuve, puisqu'on lui demande d'établir les éléments d'une faute commise par son adversaire (*sup.* n° 471), le créancier contractuel aurait une situation bien meilleure, puisqu'il lui suffit, dit-on, de prouver, d'une part l'existence du contrat et des obligations qui en découlent, d'autre part l'inexécution; or, ce sont là des preuves extrêmement faciles et, le plus souvent, toutes faites; elles ne mettent en jeu aucun élément d'ordre psychologique, aucun problème d'imputabilité. Du moment que l'obligation contractuelle est inexécutée, le débiteur est *présumé* en faute, ou même, plus exactement, il est en faute, sauf à lui d'établir le cas de force majeure libératoire; en sorte que le fardeau de la preuve se trouve déplacé et que l'antithèse s'établit ainsi d'une façon saisissante entre les deux ordres de responsabilité, délictuelle et contractuelle; et c'est bien ce qui explique le succès de la théorie dite de la responsabilité contractuelle qui a pour but de placer, autant que possible, la responsabilité du débiteur sous l'égide d'un contrat, afin d'améliorer ainsi, quant à la preuve, la situation de la victime de dommages éventuels (*sup.* n^{os} 417, 472, 490).

617. — Il y a, dans cette vue, une part d'exactitude, mais aussi une bonne part d'illusion. Il est bien vrai que la responsabilité contractuelle se dégage, en général, plus facilement que la délictuelle, et cela parce qu'elle se rattache à une obligation préconstituée; elle est plus praticable, plus objective.

Mais, d'autre part, il ne faut pas perdre de vue que cette responsabilité implique tout au moins *l'inexécution du contrat*; c'est au créancier, demadeur en dommages-intérêts, qu'il incombe de prouver cette inexécution, et sa tâche sera souvent délicate, ainsi qu'il ressort des exemples suivants, lorsque l'obligation assumée était une *obligation de moyens* (*sup.* n^{os} 113*bis*, 491, 613) :

1° Un voyageur est blessé au cours du déplacement qu'il effectue; il va pouvoir, d'après la jurisprudence en vigueur depuis 1911, mettre en jeu la responsabilité *contractuelle* du transporteur, de la compagnie de chemins de fer par exemple, sans avoir à prouver à sa charge une faute précise qu'elle aurait commise (*sup.* n° 490) ; en cela, il est mieux traité que si la responsabilité du voiturier était d'ordre délictuel. Mais tout au moins doit-il établir qu'il y a eu inexéction du con-

trat de transport, c'est-à-dire que l'accident est survenu *en cours de transport* (Civ. 20 juin 1922, *D. P.* 1923, 1, 209), et cette preuve peut être d'une administration délicate;

2° Un conflit surgit entre mandant et mandataire, ou bien entre une agence de voyages ou de renseignements et un de ses clients : la responsabilité mise en jeu est d'ordre contractuel, certainement; cependant, le demandeur aura parfois à administrer une preuve bien délicate : le mandataire s'est-il conformé aux instructions reçues? L'agence de voyages a-t-elle procuré à son client toutes les facilités promises, tous les avantages escomptés? L'agence de renseignements commerciaux a-t-elle fait des recherches consciencieuses et donné des indications exactes? Autant de questions dont la solution commande à la responsabilité contractuelle qui ne sera donc pas de tout repos, d'un accès toujours facile, pour le créancier qui veut la réaliser.

L'antithèse entre les deux ordres de responsabilité, quant à la preuve, n'est donc pas aussi saisissante qu'on le dit volontiers; ou, du moins, elle ne le devient que si l'inexécution du contrat est certaine; suivant la formule de la Cour de cassation, « ...en matière contractuelle, le débiteur n'est présumé responsable de sa faute que si l'obligation à l'exécution de laquelle il s'était engagé envers le créancier n'a pas été remplie » (Civ. 23 juin 1936, précité); hors de là, la situation probatoire du demandeur peut être aussi délicate que celle de la victime d'un délit, d'autant plus que la loi ou le juge viennent fréquemment au secours de cette dernière en instituant en sa faveur des présomptions (*sup.* n° 468).

§ III. — *DE LA MISE EN DEMEURE*

618. Définitions. — La *demeure* évoque l'idée d'un retard, *mora*. Mais il faut se garder de croire que tout débiteur en retard d'exécution soit par cela même en demeure; la demeure n'est pas un retard quelconque; elle est un retard *officiellement constaté* et imputable au débiteur.

I. **Comment le débiteur est constitué en demeure. — Principe.** — En thèse générale, le débiteur est constitué en demeure par une interpellation que lui adresse le créancier; aux termes de l'article 1139, cette interpellation doit être faite « *par une sommation ou par un autre acte équivalent...* », donc soit par *sommation*, ou par *commandement* (c'est-à-dire par des actes d'huissier), soit au moyen d'une *citation en conciliation* (Req. 4 juill. 1928, *S.* 1928, 1, 319), ou d'un *exploit d'ajournement* (Civ. 16 mars 1910,

D. P. 1913, 5, 25), d'une *assignation*, même devant un juge incompétent (Civ. 9 mai 1928, *D. P.* 1929, 1, 25; Dijon, 6 juin 1929, *D. P.* 1929, 2, 140); d'un *ordre de reversement* adressé à un débiteur de l'Etat, surtout si ce débiteur y a répondu en sollicitant des délais (Req. 27 juill. 1936, *S.* 1936. 1, 302); mais non pas au moyen d'une simple lettre, fût-elle recommandée (sauf en matière commerciale où l'usage a dérogé à la loi et où la mise en demeure peut être adressée même oralement; sauf aussi pour le paiement des *primes d'assurance;* V. l. 13 juill. 1930, art. 16, § 2, et *inf.* n° 1380): une lettre missive ne peut pas être considérée comme l'*équivalent* d'une sommation, c'est-à-dire d'un exploit d'huissier. (Req. 6 fév. 1933, *S.* 1933, 1, 126); et il semble bien que la Cour de cassation, qui reconnaissait jadis au juge du fond le pouvoir de rechercher *souverainement* si un acte contient une interpellation suffisamment énergique pour constituer le débiteur en demeure (Req. 5 déc. 1883, *motifs*, *D. P.* 1884, 1, 130; 25 oct. 1911, *S.* 1912, 1, 549, *D. P.* 1912, 1, 225), se réserve maintenant un pouvoir de contrôle sur son interprétation à cet égard (arrêt précité du 6 fév. 1933).

En tout cas, il est de jurisprudence qu'une lettre recommandée suffit à mettre le débiteur en demeure si les parties avaient convenu à l'avance qu'elle produirait cet effet (Req. 1re mai 1929, *S.* 1929, 1, 264).

619. Dérogations. — Elles agissent dans une double direction, tantôt dans un sens libéral et parfois dans le sens d'un formalisme accru.

A. *Dans un sens libéral.* — Il arrive que le débiteur soit constitué en demeure indépendamment de toute interpellation.

1° *En vertu de la convention :* il a été stipulé que le débiteur sera en demeure *par la seule échéance du terme* (art. 1139; Civ. 7 juill. 1909, *S.* 1910, 1, 371). Cette clause est efficiente, à condition d'être formelle; on ne saurait la sous-entendre : dans notre droit, l'arrivée du terme ne suffit pas à constituer le débiteur en demeure; la règle « *dies interpellat pro homine* » n'a plus cours; rien ne peut suppléer une clause expresse, pas même une *clause pénale* visant le cas d'inexécution (C. d'Etat, 19 fév. 1909, *S.* 1911, 3, 86). C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la Cour de cassation, en reconnaissant au juge du fond toute liberté d'apprécier s'il ne résulte pas des circonstances de la cause et de l'ensemble des conventions intervenues, que les parties ont entendu faire courir des pénalités de retard sans mise en demeure (Req. 29 juill. 1929, *S.* 1930, 1, 214):

l'opposition semble donc nette, sur cette question, entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire, cette dernière admettant des dérogations tacites, implicites, à la règle qui exige une interpellation formelle.

2° *En vertu de la loi.* Nombre de débiteurs sont constitués en demeure de par la volonté expresse du législateur; ce sont généralement des débiteurs de sommes d'argent (V. art. 1153, § 3 et art. 456, 474, 609, 612, 856, 1440, 1473, 1548, 1570, 1652, 1846, 1996, 2001, 2028) : mais le *voleur* est toujours en demeure de restituer la chose dérobée (art. 1302, § 4), comme celui qui a reçu *l'indu* de mauvaise foi est *ipso facto* en demeure de rendre les valeurs ou les sommes qu'il détient sans cause.

B. *Dérogations dans le sens d'un accroissement de formalisme.* — L'article 1153, § 3, dans son ancienne rédaction, exigeait, pour les *dettes de sommes d'argent*, une *demande en justice* : les intérêts moratoires n'étaient dûs « que du jour de la demande », excepté dans les cas où une disposition légale les faisait courir de plein droit. Ce formalisme excessif, coûteux et inutile, a pris fin avec une loi du 7 avril 1900 qui a modifié le texte, désormais ainsi conçu : « *ils* (les dommages-intérêts moratoires des dettes d'argent) *ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit* ». Depuis cette heureuse réforme, les dettes de sommes d'argent sont donc, quant à la forme de la mise en demeure, traitées comme les autres dettes.

Mais ce retour au droit commun comporte des exceptions et des réserves, soit que la loi décide, comme l'annonce le texte, que les intérêts courront de plein droit, soit, à l'inverse — et c'est ce qui nous intéresse ici — que la demande en justice demeure nécessaire comme par le passé. En effet, la loi du 7 avril 1900, lorsqu'elle a supprimé la nécessité de cette demande, s'est contentée de modifier à cet effet l'article 1153, sans toucher aux textes qui faisaient une application spéciale de l'ancien régime à certaines dettes de sommes d'argent; ces textes, qui ont conservé leur teneur primitive, continuent à exiger, pour le cours des intérêts, une demande en justice, et il est difficile d'admettre qu'ils aient été indirectement et tacitement abrogés, du fait du remaniement de l'article 1153 et de l'abandon de la règle dont ils faisaient application; la seule nouveauté, en ce qui les concerne, est qu'au lieu de consacrer comme autrefois le principe, ils y apportent maintenant autant d'exceptions; nous citerons, à titre d'exemples, l'article 1479 relatif aux *récompenses entre*

époux (*inf.* t. III, n° 364) et l'article 1154 qui concerne les intérêts des intérêts (*anatocisme*, *inf.* n° 646*ter*).

620. II. Effets de la demeure. — Plusieurs effets sont produits par la demeure du débiteur :

1° Lorsque la dette avait pour objet un *corps certain*, le débiteur en demeure devient responsable de la perte de la chose : 1. si l'obligation dérivait d'un contrat *unilatéral*, il est passible de dommages-intérêts; 2. si elle était issue d'un contrat synallagmatique, il ne peut pas exiger l'exécution de l'obligation correspondante; par exemple, vendeur, il n'a pas droit au prix; les *risques* sont pour lui; ils sont *déplacés* par la demeure (art. 1138, § 2; 1302, § 1);

2° La mise en demeure du débiteur permet au créancier de demander et d'obtenir des *dommages-intérêts* à raison de l'inexécution de l'obligation; et c'est cette fonction qui nous intéresse ici particulièrement : la demeure constitue la *préface* d'une demande en dommages-intérêts (art. 1146).

621. La demeure et les dommages-intérêts. — Mais en va-t-il toujours ainsi? La demeure du débiteur est-elle invariablement la condition *sine qua non* d'une condamnation à des dommages-intérêts? La règle est-elle valable pour tous les dommages-intérêts, quelle qu'en soit la source et la nature?

Bien qu'on en ait douté, elle est applicable, non seulement aux dommages-intérêts moratoires, mais aussi, en principe, aux dommages-intérêts *compensatoires* : la formule de l'article 1146 est générale. (Civ., 11 janv. 1892, *D. P.* 1892, 1, 257, note Planiol; 13 avril 1923, *S.* 1926, 1, 17, note critique Hubert). Il y a seulement lieu de noter que la mise en demeure a des effets plus complets pour les intérêts moratoires dont elle constitue, non seulement la condition même, mais aussi le point de départ, au lieu qu'en matière de dommages-intérêts, compensatoires c'est seulement la première fonction qui lui est dévolue (*sup.* n° 603).

Ce n'est cependant pas en toute occurrence que la mise en demeure du débiteur est la condition *sine qua non* de la condamnation du débiteur; l'article 1146 établit, à ce sujet, une réserve fort importante : après avoir déclaré que les dommages-intérêts ne sont dus que sur mise en demeure, ce texte excepte néanmoins les cas où « *la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer* ». En d'autres termes, mettre le débiteur en demeure, c'est le

sommer d'avoir à exécuter l'obligation dont il est tenu, ce qui implique évidemment que l'exécution est encore possible; du moment qu'elle est désormais impraticable, la mise en demeure serait une absurdité; la loi en dispense le créancier. Il n'y a donc pas lieu de mise en demeure :

1° En matière *délictuelle*, du moins dans l'immense majorité des cas : on n'imagine pas que la victime d'un accident mette l'auteur responsable en demeure de remplir ses obligations, c'est-à-dire de ne pas causer l'accident qui, par hypothèse, est survenu (Req. 3 mars 1937, *S.* 1937, 1, 165);

2° Dans les obligations *de ne pas faire*; article 1149 : celui qui contrevient à un tel engagement doit des dommages et intérêts *par le seul fait de la contravention*;

3° Dans les obligations de faire ou de donner, mais seulement dans les termes de l'article 1146, lorsqu'il est trop tard pour exécuter : on ne peut pas, lorsqu'un artiste a manqué à sa parole et n'a pas participé à la représentation pour laquelle il avait été engagé, le sommer d'avoir à exécuter une obligation dont la violation est définitive. Comp. Req. 30 janv. 1911 (*D. P.* 1912, 1, 48).

4° Pour la même raison, la mise en demeure n'est point nécessaire lorsque l'obligation inexécutée était, comme celle du bailleur envers le preneur, une *obligation continue*, dont la réalisation doit être de tous les instants; toute interruption constitue alors un fait accompli sur lequel il n'y a pas à revenir; quoiqu'on fasse, elle subsiste et ne saurait être effacée (V. la note précitée de M. Planiol; Req. 30 janv. 1911, *S.* 1911, 1, 336; Civ. 5 janv. 1938, *D. H.* 1938, 97, *S.* 1938, 1, 108).

Il va sans dire que la mise en demeure est exigée lorsque l'inexécution tient au mauvais vouloir, à la résistance du débiteur; en pareil cas, elle n'est point définitive, nous le supposons : le droit commun s'applique donc;

4° La jurisprudence décide que la mise en demeure n'est nécessaire, comme préface à une condamnation aux dommages-intérêts, qu'autant que l'une des parties poursuit l'exécution des obligations; si toutes deux demandent la résolution du contrat, des dommages-intérêts peuvent être alloués à l'une d'elles indépendamment de toute mise en demeure (Civ. 14 juill. 1928,*S.* 1928, 1, 367, *D. P.* 1930, 1, 16). En effet, il serait contradictoire de mettre le débiteur en demeure, c'est-à-dire de lui demander d'exécuter, alors que, d'autre part, on poursuit la résolution du contrat, le retour au *statu quo ante*.

5° Enfin, la jurisprudence n'exige pas une mise en demeure

préalable lorsque le débiteur s'est dérobé par *fraude* à l'exécution de ses obligations; c'est une nouvelle application du principe que la fraude fait échec à toutes les règles de droit (Req. 2 juill. 1929, *D. H.* 1929, 413; comp. note PLANIOL. *D. P.* 1892, 1, 257).

§ IV. — *CLAUSES DE NON-RESPONSABILITÉ*

622. Bibliographie. — V. *sup.* n° 474.

623. Principe. — La jurisprudence admet constamment que la responsabilité contractuelle peut être écartée, partiellement ou totalement, par une clause de non-responsabilité; issue de la convention, elle est susceptible d'être éliminée par cette même convention; à la différence de la responsabilité délictuelle, elle n'est point d'ordre public (Req. 15 mai 1923, *S.* 1924, 1, 81, note ROUSSEAU, *D. P.* 1925, 1, 15; V. pour la responsabilité qui incombe à une *agence de renseignements*, Paris ,10 oct. 1929, *D H.* 1929, 557; comp. Req. 21 juin 1937, *D. P.* 1938,, 1, 28). C'est là une des différences les plus saillantes qui séparent les deux ordres de responsabilité (*sup.* n^{os} 477 et suiv.).

Elle entraîne elle-même cette conséquence, assez inattendue, que la clause de non-garantie, insérée dans un contrat, réalise un *renversement du fardeau de la preuve* : la responsabilité contractuelle étant seule expulsée tandis que le statut délictuel demeure intangible, le créancier, lésé dans ses intérêts par l'inexécution du contrat, se réclamera de ce dernier statut et demandera une indemnité en basant son action sur les articles 1382 et 1383, attitude qui subordonnera le succès de sa réclamation à la preuve, de sa part, d'une faute commise par le débiteur (*sup.* n° 480).

624. Réserves, précisions et dérogations. — 1° La stipulation de non-garantie ne saurait aller jusqu'à mettre le créancier à la merci de son débiteur qui, s'il en était autrement, ne serait engagé que sous une condition *purement protestative*, ce qui revient à dire qu'il ne serait pas engagé du tout. On s'accorde donc, unanimement, à réserver le *dol*, contre lequel toute réserve conventionnelle est impuissante.

On se demande si, à cet égard, la *faute lourde* est à traiter ainsi que le dol; on sait qu'une longue tradition l'assimile en principe au dol : *culpa lata dolo æquiparatur*; si l'on admet cette équipollence, on est conduit à cette conclusion qu'une clause de non-responsabilité ne saurait mettre un débiteur à l'abri de sa faute lourde, pas plus qu'elle ne pour-

rait le garantir de son dol. Mais le postulat de l'équivalence des deux notions est fort sujet à caution, tant dans son origine, qui est apocryphe, que dans son mérite logique qu'il est permis de contester (*sup.* n° 612*quater*) une faute non-volontaire, si grave soit-elle, est d'autre essence, juridique et morale, qu'une faute intentionnelle; la négligence, l'incurie, la stupidité sont tout autre chose que la méchanceté ou la malignité avec lesquelles elles forment contraste : en droit pénal, a-t-on jamais songé à traiter de même l'homicide par imprudence et l'assassinat? Ainsi doit-on distinguer pareillement, en droit civil, la faute involontaire, fut-elle grossière, et l'acte dolosif, plus spécialement et dans le domaine contractuel, l'inexécution involontaire des obligations issues de la convention et leur violation voulue, systématique; si un bill d'impunité serait inconcevable dans cette dernière éventualité, on ne voit pas pourquoi, au nom de quel principe de droit ou de quelle exigence de la morale, on se montrerait également sévère dans le premier cas en poursuivant les clauses tendant à affranchir le débiteur des conséquences de sa faute lourde : l'assurance couvre même les fautes lourdes de l'assuré (L. 13 juill. 1930, art. 12; *inf.* n° 1380 *g*); on ne distingue pas pourquoi une clause de non-responsabilité aurait une moindre efficacité.

C'est cependant en faveur de cette solution rigoureuse que se prononcent, sous l'influence de la tradition, la plupart des auteurs (*Sic*, Labbé, note *S.* 1876, 1, 337; Ch. Lyon-Caen, note *S.* 1887, 1, 121; Sarrut, note *D. P.* 1890, 1, 209; H. et L. Mazeaud, t. III, n^os^ 2523 et s.; Demogue, *Obligations*, t. V, n° 1192; Colin et Capitant, t. II, n° 85; P. Esmein, dans le *Traité pratique de droi civil* de Planiol et Ripert, t. VI, n° 405; P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*).

Quant à la jurisprudence, assez flottante et confuse, elle paraît vouloir distinguer entre les clauses élisives de toute responsabilité et dont elle proclame la nullité en tant qu'elles prétendraient couvrir la faute lourde (Civ. 15 mars 1876, *S.* 1876, 1, 337, note Labbé; Req. 15 mai 1923, *D. P.* 1925, 1, 15; 24 oct. 1932, *D. P.* 1932, 1, 172; 27 nov. 1934, *D. H.* 1935, 51), et les clauses simplement limitatives et forfaitaires dont elle a admis parfois l'efficacité, même pour les fautes les plus graves, au moins en matière de *transports par chemins de fer* et alors que la restriction de la responsabilité du transporteur trouve sa contre-partie dans certains avantages consentis à l'expéditeur (Civ. 3 août 1932, *D. P.* 1933, 1, 49, note L. Josserand); il est vrai que, quelques semaines auparavant, la même juridiction s'en était tenue, pour l'appréciation

d'une clause limitative de responsabilité dans un *connaissement*, à l'antique principe de l'équipollence de la faute lorude au dol (Civ. 29 juin 1932, *ibid.*, comp. Req. 4 avril 1933, *S.* 1933, 1, 188; et, pour un contrat de *déménagement*, 24 oct. 1932, *D. H.* 1932, 521) : il serait temps que la Cour régulatrice prît définitivement parti sur une question de grande importance doctrinale et pratique; une jurisprudence trop flottante et trop souple devient, pour le commerce juridique, un facteur d'insécurité.

2° Dans le contrat de *transport de marchandises*, les clauses de non-responsabilité sont frappées de nullité, en principe, par l'article 103 C. com., modifié par la loi du 17 mars 1905. (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e édit., nos 632 et suiv.); il en va autrement, cependant, pour les transports *maritimes* (V. Ripert, *Droit maritime*, nos 772 et suiv.; 1592 et suiv.), et pour les transports *aériens* (l. 31 mai 1924, art. 42; *inf.* n° 475) qui comportent les clauses d'exonération, à de certaines conditions, même pour le transport de voyageurs (mêmes références et art. 48 de la loi du 31 mai 1924).

En ce qui concerne le *contrat de travail*, l'art 23, § 9 du Livre I du Code du travail prohibe toute renonciation, de la part des parties, au droit éventuel de demander des dommages-intérêts à l'occasion de la rupture du contrat (*inf.* n° 1280).

La loi du 10 mars 1930 stipule, dans son art. 3, que « *sera réputée non écrite toute clause insérée dans les baux... stipulant que les détenteurs du droit de chasse dans les bois situés au voisinage des terres louées, ne sont pas responsables, au sens de art. 1382 et s. c. civ. des dégâts causés aux cultures par les lapins de garenne vivant dans leurs bois* »; et une disposition du même genre figure dans l'article 2 de la loi du 24 juillet 1937, *relative à la réparation des dommages causés aux récoltes par le gibier*.

3° Une clause de non-garantie serait inefficace dans la mesure où elle prétendrait assurer l'impunité du débiteur en matière de dommages causés à la personne humaine; nul n'est admis à stipuler qu'il ne répondra pas des atteintes portées à l'intégrité de la personne humaine, laquelle est hors du commerce, au-dessus des tractations privées. Mais cette restriction comporte elle-même des dérogations pour le droit maritime, pour la navigation aérienne (V. l. 31 mai 1924, art. 42 et 48, et note L. Mazeaud, sous Toulouse, 23 oct. 1934, *D. P.* 1935, 2, 49).

4° Les clauses de non-responsabilité, lorsqu'elles sont valables, sont interprétées *strictement*, à la lettre; on ne peut

pas présumer arbitrairement que le créancier ait renoncé à l'exécution indirecte du contrat pour s'en tenir à l'exécution en nature; et, par exemple, si un vendeur a stipulé qu'il ne répondrait pas de l'éviction subie par un acheteur, on interprète cette clause en ce sens que, l'éviction venant à se réaliser, l'acheteur ne pourra pas exiger des dommages-intérêts; tout au moins sera-t-il fondé à demander la restitution du prix qu'il avait versé; pour qu'il en fût autrement, une clause expresse et précise serait nécessaire (art. 1629; *inf.* n° 1117);

5° Une clause de non-responsabilité n'est pas nécessairement nulle ou valable pour le tout; lorsqu'elle dépasse, par sa généralité, les limites permises, il appartient au juge de la retenir et d'en assurer l'observation dans la mesure où elle est licite (V. pour le transport aérien des personnes, Civ. 18 janv. 1937, *D. H.* 1937, 113).

6° La jurisprudence n'admet pas que le débiteur puisse utiliser une clause de non-responsabilité contrairement à son esprit, aux considérations qui l'avaient dictées aux parties, aux prévisions du créancier; elle en réprouve l'*abus*. Si, par exemple, le vendeur à livrer d'une automobile, a stipulé que le défaut de livraison ne comporterait pas d'autre sanction que l'annulation de la commande avec restitution de la somme remise à titre d'arrhes, et à l'exclusion de tous dommages-intérêts à raison du retard ou de l'inexécution définitive, il n'est pas admissible que ce vendeur puisse se réfugier derrière une telle clause pour se dérober systématiquement à l'exécution des marchés dont l'exécution serait devenue onéreuse ou moins avantageuse pour lui à raison de modifications survenues dans la situation économique; car ce serait là lui reconnaître le droit de ne pas tenir son engagement du moment qu'il cesserait de comporter les avantages par lui escomptés au jour du contrat. Il appartient alors au tribunal de décider que ce vendeur a détourné de sa destination le droit que lui conférait la clause litigieuse d'échapper à une condamnation à des dommages-intérêts, qu'il en a ainsi *abusé* et que sa responsabilité revit donc dans toute sa plénitude. (V. les décisions rapportées, *D. P.* 1920, 2 ,33, et la note de M. Ripert);

Section II. — ÉVALUATION DU DOMMAGE MONTANT DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

625. Différents procédés d'évaluation. — Le dommage est évalué et la réparation est fixée, en principe par le *juge*, exceptionnellement par la loi ou par la *convention*

des parties. Nous étudierons donc : 1° l'évaluation *judiciaire*; 2° l'évaluation *légale;* 3° l'évaluation *conventionnelle* (*clauses pénales*). Il sera ensuite question, dans un quatrième paragraphe, de l'*anatocisme* (intérêts des intérêts).

§ I. — *ÉVALUATION JUDICIAIRE*

626. I. **Directives.** — Le Code civil donne au juge des directives, tout au moins pour la responsabilité *contractuelle*; elles sont contenues dans les articles 1149, 1150 et 1151.

L'article 1149 pose la règle fondamentale : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...* »

Donc, deux éléments sont à considérer : la perte éprouvée (*damnum emergens*) ; le gain manqué (*lucrum cessans*).

Si, par exemple, un artiste manque à l'engagement qu'il avait contracté de paraître tel jour sur telle scène, le directeur pourra lui réclamer, à supposer que la représentation annoncée n'ait pu être donnée : 1° Indemnisation des dépenses faites en vue du spectacle : frais de publicité, de location de la salle, de répétitions; 2° le montant du bénéfice net qu'il aurait réalisé si la représentation avait eu lieu.

Le principe est donc celui de la *réparation intégrale* du dommage causé.

627. II. **Dérogations et limitations.** — Des limitations sont apportées à ce principe de la réparation intégrale; les unes ont un *caractère général* : elles concernent, soit toutes les dettes contractuelles, soit du moins, pour l'une d'entre elles, toutes les dettes de sommes d'argent; d'autres ont une *portée spéciale*; elles ne visent que certains débiteurs et affectent donc le caractère de mesures de faveur, d'ailleurs ordinairement justifiées.

628. A. **Dérogations ou limitations d'ordre général.** Elles sont tirées soit de la *nature* du dommage, soit de l'*imputabilité* des personnes en cause.

1. *Nature du dommage.* — Le dommage peut être : 1° *matériel* ou *moral*; 2° *direct* ou *indirect;* 3° *actuel* ou *futur*.

1° Dommage *matériel* ou *moral*. Le créancier peut être lésé dans son patrimoine ou bien dans sa personne, dans ses affections.

On a vu que, dans la réparation des délits et des quasi-délits et pour l'application des articles 1382 et suivants, la

jurisprudence fait état du préjudice moral comme du préjudice matériel; elle n'hésite pas à accorder aux parents de la victime d'un accident mortel une indemnité qui est le prix de la douleur (*sup.* n^os^ 441 et 442); mais, dans le domaine contractuel, elle se montre moins hardie; elle a une propension très marquée à ne retenir, pour la fixation des dommages-intérêts, que le dommage d'ordre matériel; si, par exemple, un dépositaire ne restitue pas le tableau qui lui avait été confié, il sera condamné à des dommages-intérêts représentatifs de la valeur intrinsèque de la toile, sans que le juge fasse entrer en ligne de compte l'intérêt spécial d'affection qu'il présentait pour le déposant qui se trouve ainsi privé d'un portrait de famille auquel il tenait beaucoup. (Paris, 27 mars 1873, *S.* 1874, 1, 477; *D. P.* 1874, 2, 129; Comp. Crim. 29 mars 1849, *D. P.* 1849, 1, 225; 18 mars 1853, *motifs*, *D. P.* 1853, 5, 167).

629. — Il est fort probable que cette jurisprudence, qui n'est peut-être pas aussi conforme à la tradition qu'on le pense ordinairement, au moins à la tradition romaine (V. H. et L. Mazeaud, t. I. n^os^ 298 et 331), évoluera dans un sens libéral et que le dommage moral sera pris en considération dans la détermination de l'indemnité contractuelle.

1. Parce que les textes n'établissent aucune distinction : la teneur de l'art. 1149 est assez large pour englober les dommages moraux comme les dommages matériels;

2. Parce qu'il n'existe aucune bonne raison de distinguer, à cet égard, entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle; vainement prétend-on que le dommage moral n'est point appréciable en argent; l'objection va trop loin, car elle porterait aussi bien en matière délictuelle que dans le domaine contractuel; constamment, nos tribunaux évaluent le préjudice moral causé par un délit; il ne leur serait pas plus difficile de déterminer celui qui résulte de l'inexécution d'un contrat.

3. D'ailleurs, pour les accidents survenus à des voyageurs, notre jurisprudence fait état du préjudice moral, voir du *pretium doloris* (*sup.* n° 442) : or, depuis 1911, elle considère que la responsabilité du transporteur de personnes est d'origine et de nature *contractuelle* (*sup.* n° 490); dans cette mesure et sur ce terrain, la thèse qui retient le préjudice moral, ausi bien dans le domaine de la garantie contractuelle que dans celui de la responsabilité délictuelle, s'intègre dans le système de notre droit positif français.

Aussi comprend-on que, dès maintenant, la doctrine se

prononce en ce sens (V. Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse, Paris, 1901; Planiol et Ripert, t. II, n° 252; H. et L. Mazeaud, t. I, n^{os} 329 et s.), comme aussi le droit comparé, dans sa généralité.

630. — 2° Dommage *direct* ou *indirect*. — Le dommage peut se rattacher directement à la violation du contrat ou de la loi, comme il n'en est parfois qu'une conséquence médiate, plus ou moins lointaine.

Or, tandis que la victime d'un délit à droit à la réparation intégrale, même du chef d'un préjudice indirect, pourvu que ce préjudice se rattache certainement au fait illicite (*sup.* n° 440), le créancier contractuel ne peut demander à son débiteur, qui n'exécute pas en nature, que la réparation du dommage direct, de celui qui est « *une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* » (art. 1151). On cite toujours à cette occasion l'exemple de Pothier qui supposait la vente d'un animal pestiféré; si la bête malade contamine le bétail de l'acheteur, celui-ci peut en demander raison à son vendeur : il a subi un dommage direct. Mais voilà que, privé d'animaux pour la culture de ses terres, il les laisse en friche et n'en tire plus de revenus; n'ayant plus de ressources, il ne peut plus payer ses créanciers qui saisissent ses biens et les font vendre à vil prix : ce sont là des effets secondaires qui, ne découlant pas directement de l'inexécution de la vente, n'entreront point en ligne de compte pour la détermination des dommages-intérêts dus à l'acheteur. (Pothier, *Traité des obligations*, n° 167). Ainsi, le législateur coupe court à cette cascade de conséquences dommageables; il enjoint au juge de ne retenir que le premier jet.

La différence ainsi établie entre les deux ordres de responsabilité, délictuel et contractuel, est impossible à justifier; elle devient vraiment choquante lorsque c'est au dol du débiteur contractuel que l'inexécution est imputable : le dol contractuel est alors traité moins sévèrement que la plus légère des fautes quasi-délictuelles.

631. — 3° Dommage *actuel* ou *futur*. — La question de savoir si le juge peut tenir compte, dans la détermination de l'indemnité, d'un dommage futur, a embarrassé les auteurs et aussi, semble-t-il, la jurisprudence : certaines décisions paraissent contradictoires. En réalité, elles ne le sont pas, car il s'en dégage des directives générales assez nettes;

d'une part, le juge ne peut pas retenir un dommage simplement éventuel et hypothétique (Req. 15 mars 1892, *D. P.* 1892, 1, 303; Civ. 20 janv. 1930, *D. H.* 1930, 145); mais, d'autre part, il est autorisé à faire état d'un préjudice futur lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : 1. La réalisation du dommage à venir est certaine; 2. Le tribunal possède, dès maintenant, les éléments permettant d'en fixer le montant (Req. arrêt précité). L'avenir est ainsi pris en considération dans la mesure où il est postulé nécessairement par le présent où il plonge pour ainsi dire ses racines. Décider autrement, éliminer du débat toute considération d'avenir, serait obliger le créancier à renouveler son action à des intervalles rapprochés pour exiger une indemnité correspondante au temps écoulé : solution injuste et absurde.

Sur ce point, les responsabilités délictuelle et contractuelle coïncident exactement (*sup.* n° 439).

632. 2. **Imputabilité des personnes en présence.** — Il convient de prendre en considération les rôles joués, dans l'acte dommageable, par le débiteur et par le créancier des dommages-intérêts.

1° *Le débiteur.* — L'inexécution lui est imputable, on le suppose : ne convient-il pas, dans l'évaluation du dommage, de tenir compte de sa bonne ou de sa mauvaise foi? La faute simple ne doit-elle pas être traitée autrement que le dol?

En matière *délictuelle*, non : si, en fait, le tribunal se montre plus sévère à l'égard de l'auteur d'un délit que vis-à-vis de celui qui n'a commis qu'une simple imprudence, une maladresse, une négligence, théoriquement, la responsabilité de l'auteur d'un délit est dosée comme celle de l'auteur d'un quasi-délit; la règle de l'intégralité de la réparation intervient dans ce cas comme dans l'autre (*sup.* n° 427).

633. — *Dans l'ordre contractuel*, il en va différemment :

a) *Dol et faute simple.* — L'article 1150 distingue selon que l'inexécution est imputable au dol ou à la faute simple du débiteur : dans ce dernier cas, le plus favorable pour lui, sa responsabilité est limitée aux dommages « *qui ont été prévue ou qu'on a pu prévoir lors du contrat* »; c'est seulement en cas de dol qu'elle englobe même les dommages non prévus, même les dommages imprévisibles — pourvu toutefois qu'ils soient la conséquence *directe* de l'inexécution de l'obligation (*sup.* n° 630). La différence est équitable et juridique : le débiteur qui commet un dol, s'évade de la loi contractuelle dont il ne doit plus pouvoir se réclamer; il

se met lui-même hors du contrat; tandis que, s'il a commis une simple faute, sa responsabilité est commandée par la convention qui doit en déterminer l'étendue : seuls, les dommages conventionnellement prévisibles entrent en ligne de compte.

Mais, en cette matière comme en thèse générale, la faute lourde est proclamée par la jurisprudence comme étant assimilable au dol (Req. 24 oct. 1932, *D. H.* 1932, 521; Civ. 29 juin 1932, *D. P.* 1933, 1, 49, note L. Josserand. Paris, 22 mars 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, 2, 56; Douai, 12 déc. 1929, *Rec. Douai*, 1930, p. 63); et, comme en thèse générale (*sup.* n° 612*bis*), cette équipollence soulève, dans cette application, de très graves objections : on s'explique mal que la commission d'une faute involontaire, si grave soit-elle, fasse perdre au débiteur le bénéfice du statut contractuel qui devrait demeurer applicable jusqu'à la fraude, exclusivement (*Sic*, Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, 3e éd., t. I, n° 487 et p. 464, note 1); aussi comprend-on les divergences et les hésitations de la jurisprudence (Comp. arrêt précité Civ. 3 août 1932, *D. P.* 1933, 1, 49).

634. Applications. — L'article 1150 reçoit de fréquentes applications, notamment en matière de *transport de marchandises* : si un colis est égaré, le voiturier ne répond pas de la perte d'objets dont l'aspect du colis ne permettrait pas de supposer l'existence et que les expéditeurs n'ont pas accoutumé d'y introduire (Civ. 22 nov. 1904, *S.* 1905, 1, 350); en cas de retard, le transporteur ne saurait être condamné à rembourser à l'expéditeur le montant de la somme que celui-ci a dû payer au destinataire à titre de dédit convenu (Req. 23 nov. 1897, *D. P.* 1899, 1, 547), ni à réparer le préjudice causé à l'expéditeur par l'impossibilité où il est mis d'exécuter le marché conclu avec le destinataire (Civ., 21 nov. 1910, *D. P.* 1911, 1, 208); V. encore : Civ., 7 juillet 1924 (*S.* 1925, 1, 321, note Lescot; *D. P.* 1927, 1, 119).

635. *b*) **Mauvaise foi du débiteur d'une somme d'argent.** — L'article 1153, modifié par une loi du 7 avril 1900, décide, dans son dernier alinéa, que si le *débiteur d'une somme d'argent* cause à son créancier, par le retard qu'il met à s'acquitter, un *préjudice indépendant de ce retard*, il peut être condamné, de ce chef, à « *des intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* », c'est-à-dire, à des dommages-intérêts supplémentaires, justifiés par sa mau-

vaise foi. Il faut supposer, pour l'application de cette disposition, la réunion des conditions suivantes : 1. La dette a pour objet une somme d'argent; 2. Le débiteur est en retard; 3. Le retard est imputable à la *mauvaise foi* du débiteur; il ne suffirait pas d'une « résistance injustifiée » (Civ., 7 mai 1924, *S.* 1925, 1, 78); et l'on n'exige pas, à l'inverse, des manœuvres dolosives, mais il faut que le débiteur ait agi, ou plutôt qu'il se soit abstenu consciemment en connaissance de cause, sachant le tort qu'il faisait au créancier; 4. Ce dernier a subi un préjudice indépendant de celui qui est inhérent au retard; par exemple, la saisie de ses biens, ou la déclaration de sa faillite.

636. — 2° *Le créancier.* — Lorsque l'inexécution du contrat est imputable au seul fait du créancier, la responsabilité du débiteur disparaît complètement (v. par exemple, Req. 3 déc. 1935, *D. H.* 1936, 69); si les deux parties sont en faute, la responsabilité de l'inexécution doit être *partagée*, ce qui revient à dire que les dommages et intérêts mis à la charge du débiteur seront *modérés*, seront réduits à raison de cette sorte de coopération fortuite des deux parties dans l'inexécution du contrat. C'est la solution que la jurisprudence consacre en matière délictuelle (*sup.* n° 450), et il n'existe aucune bonne raison de l'exclure de la responsabilité contractuelle; il y a seulement lieu de remarquer que le cumul des fautes était jadis assez rare dans ce dernier domaine; il est devenu plus fréquent depuis que la jurisprudence a rattaché au contrat de transport la responsabilité des accidents de personnes survenus en cours de route : le voyageur qui monte en surnombre dans un tramway ou dans un train, ou alors que le véhicule était déjà en marche, commet bien une faute, mais il est possible que le transporteur se voie reprocher de n'avoir pas pris les mesures susceptibles de prévenir l'accident survenu; il y aura alors *partage de responsabilité* (v. Req. 5 avril 1933, *D. H.* 1933, 265; 1er mai 1933; *D. H.* 1933, 316; 7 mai 1935; *D. H.* 1935, 438; *S.* 1935, 1, 206; *Paris*, 3 juin 1926, 368).

636*bis*. B. **Dérogations ou limitations établies au profit de certains débiteurs seulement.** — Il arrive que le débiteur soit admis à se libérer en abandonnant au créancier une somme inférieure au montant du dommage éprouvé, et cela à raison de sa personnalité, de sa profession, des risques qu'elle comporte. Cette limitation professionnelle, spéciale à certaines catégories de débiteurs, trouve sa consécration :

1° Pour les *aubergistes* ou *hôteliers*, dans l'article 1953 (l. 8 avril 1911) et en ce qui concerne la responsabilité qu'ils encourent au cas de vol de l'argent, des titres, des bijoux, des objets précieux que le voyageur n'avait pas déposés réellement entre leurs mains, responsabilité alors limitée à mille francs (*inf.* n° 1373);

2° Pour les *pilotes des bateaux*, dans l'article 1er de la loi du 14 mars 1935; sauf si la faute commise constitue une infraction à l'article 79 du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, ils sont admis à s'affranchir de la responsabilité civile de leurs fautes en abandonnant leur cautionnement;

3° Pour le *propriétaire du navire*, dans l'article 216, § 2 du Code de commerce : il peut s'affranchir de la responsabilité qui lui incombe à raison des faits du capitaine et des engagements par lui contractés, en faisant abandon du navire et du fret, cette disposition étant d'ailleurs neutralisée, au moins théoriquement, par la Convention internationale de Bruxelles, de 1924, laquelle est applicable en France (v. *Ann. dr. com.*, 1936, pp. 219 et s.).

§ II. — *ÉVALUATION LÉGALE*

637. Cas d'évaluation légale. — C'est la loi elle-même qui fixe le montant de la réparation, sous la forme d'un *forfait* : 1° En matière d'accidents du travail; 2° En cas de retard dans le paiement d'une dette d'argent.

I. **Accidents du travail.** — La loi du 9 avril 1898, modifiée par celle du 1er juillet 1938, a établi toute une série de *forfaits* qui sont basés sur le salaire et qui varient suivant la gravité de l'accident; par exemple, s'il en est résulté une incapacité permanente et totale, la victime obtient une rente égale aux trois quarts du salaire annuel (art. 3 - 3°, nouv. réd.). Afin d'éviter l'arbitraire et des différences injustifiées, le législateur s'en est ainsi référé à un barème, à un système mécanique et préconstitué qui présente l'avantage de l'impartialité, mais l'inconvénient d'une rigidité absolue; il est d'ailleurs considéré comme la rançon du caractère légal de la responsabilité du chef de l'entreprise, laquelle est à base de risque et libérée du concept de la faute.

638. II. **Dommages-intérêts moratoires des sommes d'argent.** — Les dettes de sommes d'argent sont soumises, quant à la réparation du préjudice causé par le retard, à un statut particulier; on a vu que les dommages-

intérêts sont dus au créancier sans qu'il ait à justifier d'un préjudice quelconque; le législateur considère que la privation d'une somme d'argent est nécessairement dommageable à celui qui la subit. (*Sup.* n° 609.)

Cette dérogation au droit commun en impliquait une autre : l'indemnité moratoire revêt forcément un caractère *forfaitaire*; sa détermination échappe à l'appréciation du juge; elle est effectuée à l'avance par la loi, sous une forme rigide; on a voulu, par ce moyen, tarir les controverses qu'eût suscitées l'appréciation du préjudice causé dans chaque espèce, par le retard du débiteur. Du moment qu'on dispensait le créancier de prouver le dommage, il devenait impossible de procéder à un dosage; aux termes de l'article 1153, § 1, dans les dettes d'argent, « *les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi* », c'est-à-dire que le créancier a droit aux intérêts de la somme, calculés sur le *taux légal* et pendant la durée du retard.

639. Taux légal. — Le taux légal a varié suivant les époques et d'après la productivité de l'argent; une loi du 3 septembre 1807 l'avait fixé à 5 % en matière civile, à 6 % en matière commerciale; ; la loi du 7 avril 1900 le ramena à 4 % et à 5 % d'après la même distinction; celle du 18 avril 1918 l'a relevé à 5 % civilement et à 6 % commercialement (L. 18 avril 1918, art. 2); un décret-loi du 8 août 1935, article premier, l'a ramené respectivement à 4 et à 5 %. (En Algérie, 5 % en matière civile comme en matière commerciale, art. 2 du même décret.)

640. Dérogations. — Exceptionnellement, la loi admet que le créancier obtienne, à raison du retard du débiteur d'une somme d'argent, une réparation plus complète, dépassant le taux de l'intérêt légal.

1° La loi du 7 avril 1900 a ajouté à l'article 1153 un alinéa permettant a juge de condamner le débiteur de *mauvaise foi* à des dommages-intérêts supplémentaires, distincts de l'intérêt légal, du moins si le créancier a subi un préjudice indépendant du retard lui-même (*sup.* n° 635).

2° En matière *commerciale* : en cas de non paiement d'une *lettre de change*, la nouvelle lettre, tirée par le porteur contre l'un des garants, peut comprendre, outre le montant de la dette et l'intérêt légal, le prix du nouveau change et les frais avancés par le tireur (C. comm., art. 152 et suiv., d.-l. 30 oct. 1935);

3° En matière *civile*, il faut signaler les dérogations relatives au *cautionnement* et à la *société*.

a) La *caution* qui a acquitté la dette a un recours contre le débiteur principal à qui elle peut demander, outre la somme versée et ses intérêts depuis le jour du versement, des dommages-intérêts s'il y a lieu (art. 2028, § 3); faveur qui s'explique par cette circonstance que la caution a rendu au débiteur principal un service gratuit (*inf.* n^{os} 1480 et 1494);

b) En matière de *société*, si un associé n'apporte pas la somme qu'il s'était engagé à verser, ou bien s'il prend, dans la caisse sociale, une somme d'argent, pour son profit particulier, les dites sommes produisent intérêt, en faveur de la société, dans le premier cas à partir de l'échéance, dans le deuxième à compter du jour où elles ont été puisées dans la caisse sociale; et l'article 1846 ajoute : « *Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu* ». On veut, par ce moyen, maintenir entre les associés l'égalité de traitement qui est de l'essence même de l'opération, imprégnée du *jus fraternitatis* (*inf.* n° 1323).

§ III. — *ÉVALUATION CONVENTIONNELLE*

Clauses pénales

641. Définition; validité. — La *clause pénale* est celle par laquelle les parties fixent à l'avance la somme dont sera passible le débiteur s'il n'exécute pas son obligation ou s'il ne l'exécute que tardivement.

On trouve des stipulations de ce genre dans les *tarifs de chemin de fer*, dans les *cahiers des charges* des *marchés de travaux publics* (l'adjudicataire devra payer telle somme par jour de retard apporté à l'achèvement des travaux), dans les traités passés entre directeurs de théâtres et artistes (les manquements à la loi contractuelle sont pénalisés, parfois très lourdement), mais non plus dans les règlements d'atelier, car une loi du 5 février 1932, modificative du livre I du *Code du Travail*, a interdit, en principe, à tout employeur de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur (*inf.* n° 1258).

La validité de ces stipulations, réserve faite de l'interdiction portée par la loi de 1932, ne fait aucun doute; les clauses pénales sont prévues et réglementées dans les articles 1152 et 1226 à 1233; elles sont licites là même où la clause de non-responsabilité demeure prohibée, par exemple dans le *transport de marchandises* (L. Josserand, *Les*

transports, nos 641 et suiv.) : autre chose est supprimer toute responsabilité, autre chose l'aménager à l'avance et la conditionner; la clause pénale ne serait elle-même nulle que si, par la modicité de la peine fixée, elle tendait à tourner la règle prohibitive des clauses de non-responsabilité : *fraus omnia corrumpit*.

642. Dommages-Intérêts moratoires des dettes d'argent : taux conventionnels de l'intérêt ; usure. — Il est une matière dans laquelle la liberté des parties se trouve, indépendamment de toute pensée de fraude, enfermée dans certaines limites : lorsque la dette est d'une *somme d'argent*, les dommages-intérêts moratoires ne peuvent pas être fixés librement par les parties, mais seulement jusqu'à une limite au-dessus de laquelle l'intérêt deviendrait *usuraire* ; le *taux conventionnel* (qu'il faut se garder de confondre avec le taux légal) n'est pas laissé à la libre apréciation des parties; mais le législateur fait volontiers ici de l'interventionnisme en vue de protéger l'emprunteur contre les exigences, la volonté d'exploitation du bailleur de fonds.

A cet égard, l'histoire de nos institutions comporte une série de phases, les systèmes successivement pratiqués se ramenant à ceux de la complète liberté du taux de l'intérêt, de l'établissement d'un taux maximum fixe, enfin d'une sorte de liberté surveillée, tempérée par le fonctionnement de règles relatives à la lésion.

1° Au lendemain de la promulgation du Code civil, le taux conventionnel était entièrement libre; les parties le fixaient à leur guise;

2° Ce système ultra-libéral devait bientôt prendre fin, et pour une longue période; une loi du 3 septembre 1807 interdit de fixer, pour les prêts d'argent, un intérêt supérieur à 5 % en matière civile, à 6 % en matière commerciale;

3° Une loi du 12 janvier 1886 restitua sa liberté au taux conventionnel en matière commerciale, tout en laissant subsister le maximum de 5 % pour le droit civil;

4° Une loi du 18 avril 1918, celle-là même qui a élevé le taux légal à 5 et 6 %, a suspendu les dispositions portant limitation du taux conventionnel en matière civile, et cela pour la durée de la guerre ainsi que pour une période d'après-guerre qui ne pouvait être inférieure à cinq années à compter de la cessation officielle des hostilités, soit à dater du 24 octobre 1919; un décret décidera du retour au droit antérieur; jusqu'à présent, il n'a pas été rendu, en sorte que nous vivons toujours, en principe, sous le régime de la liberté du taux conventionnel de l'intérêt et que les dommages-

intérêts moratoires des sommes d'argent peuvent être librement fixés par les parties;

5° Toutefois, ce régime de liberté est sérieusement tempéré par les dispositions d'un décret-loi du 8 août 1935, qui se rattachent à la théorie de la lésion (*sup.* n° 105) et qui considèrent comme usuraire le prêt consenti « *à un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions, par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques que le prêt dont il s'agit...* »; les sanctions de cette sorte de lésion « d'oultre moitié » sont à la fois d'ordre civil et de nature pénale. Dans l'ordre civil, « *les perceptions excessives seront imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la dette est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perues avec intérêts du jour où elles auront été payées* » (art. 1er du décret-loi); dans l'ordre pénal, le prêteur exigeant est passible d'une amende de 100 à 5.000 francs; en cas de récidive, la peine est d'un emprisonnement de six jours à six mois, tandis que l'amende est élevée de 500 à 10.000 francs (art. 2 du décret-loi).

Il est à noter que, pour l'*Algérie*, la lésion prise en considération est la lésion de *plus d'un tiers* (D.-L. 30 oct. 1935, art. 1er).

Remarque essentielle. — Les dispositions restrictives du taux de l'intérêt sont spéciales au *prêt d'argent*, comme le spécifient les textes précités; en dehors de cette opération, le droit commun reprend son empire (V. cependant, pour la rente constituée en perpétuel, *inf.* n° 1355).

643. Effets de la clause pénale. — Ils se rattachent tous à ces trois idées, d'une part que la clause doit recevoir une application exacte et intégrale, d'autre part que la somme stipulée à titre de peine fait fonction de dommages-intrêts; enfin, que la clause pénale a un caractère *accessoire*.

1° *La clause doit recevoir une application exacte et intégrale.* — Il ne dépendrait pas du juge de modérer la peine ou de l'aggraver : si énorme ou si minime que soit la somme stipulée, la convention fait la loi des parties (art. 1152); ce qui revient à dire qu'il n'y a pas lieu de s'enquérir du dommage réellement éprouvé par le créancier qui échappe, grâce à la clause pénale, à tout fardeau probatoire quant à la réalité et à l'étendue du préjudice subi (Req. 26 juin 1923, *Gaz. trib.* 1923, 1, 286; Civ. 1er juin 1937; *S.* 1937, 1, 192); mais il y a lieu de noter que, dans le cas d'inexécution imputable au dol ou même, dans l'opinion communément reçue,

à la faute lourde du débiteur (*sup.* n° 612*bis*), le juge n'est plus lié par la clause pénale (Civ. 24 juill. 1895, *D. P.* 1896, 1, 217; Paris, 1er févr. 1936, *D. H.* 1936, 242, faute lourde);

2° *La peine fait fonction de dommages-intérêts* : l'évaluation conventionnelle est substituée à l'évaluation judiciaire qu'elle rend inutile; elle ne modifie pas la nature juridique de la réparation (art. 1229, § 1).

644. — Nombreuses sont les conséquences de cette interprétation.

a) La peine n'est pas exigible si le débiteur est libéré par l'imposiblité d'exécution, le paiement étant empêché par un cas de force majeure ou par la faute du créancier; car, dans de telles éventualités, il ne saurait être question de dommages-intérêts, et pas davantage de peine conventionnelle;

b) Au cas d'inexécution partielle, la peine n'est due que partiellement (art. 1231);

c) Le créancier n'en est pas réduit à faire jouer la clause pénale; il peut, s'il le préfère, poursuivre l'exécution de l'obligation, en nature, par tous les moyens possibles (art. 1228); comme il peut, si le contrat est synallagmatique, demander sa résolution pour inexécution des obligations. Mais il est évident qu'il ne saurait obtenir à la fois l'exécution et la peine, à moins que celle-ci ne sanctionne que le retard (art. 1229, § 2), et que, s'il obtient la résolution du contrat, il ne peut plus se réclamer de la clause pénale incluse dans ledit contrat; les dommages-intérêts, s'il lui en est alloué, seront fixés par le juge conformément au droit commun (Civ. 29 juin 1925, *D. H.* 1925, 594);

645. 3° *La clause pénale a un caractère accessoire.* — Il en résulte qu'elle suit les destinées de l'obligation principale : celle-ci est-elle nulle? La clause pénale devient elle-même inefficace. Le contrat est-il résolu et l'obligation principale est-elle anéantie? Comme nous venons de le voir, la clause pénale devient elle-même inopérante.

646. Avantages de la clause pénale. — 1° Elle évite aux parties des contestations sur l'importance du dommage; elle tarit ainsi une source de procès;

2° Elle évite au créancier la nécessité de prouver la *réalité* même du dommage;

3° Grâce à elle, à sa modicité, la responsabilité du débiteur pourra être allégée; elle joue alors un rôle comparable à celui d'une clause limitative de responsabilité;

4° Elle permet, à l'inverse, aux parties de donner à leur accord une force obligatoire accrue, en stipulant, pour le cas d'inexécution, une peine très élevée qui prendra ainsi la signification et l'importance d'une voie d'exécution d'une nature particulière dont la *valeur préventive* sera fort intéressante : le débiteur aura le plus grand intérêt à faire honneur à ses engagements, dont l'inexécution serait ruineuse pour lui. La clause se rapproche alors, par l'objectif auquel elle répond, de l'astreinte; elle devient une sorte d'astreinte conventionnelle, efficace et parfaitement légitime.

Mais la stipulation d'une clause pénale laisse subsister la nécessité d'une *mise en demeure* du débiteur, dans les termes du droit commun (art. 1230).

§ IV. — *DE L'ANATOCISME*

646*bis*. La capitalisation des intérêts. — On désigne, sous le nom d'*anatocisme*, la capitalisation des intérêts d'une somme d'argent, lesquels, prenant à leur tour la position juridique de capitaux, deviennent productifs d'intérêts qui sont, en réalité, des sous-intérêts : une somme de cent mille francs étant prêtée moyennant le service d'un intérêt fixé annuellement à cinq pour cent, chaque annuité en souffrance deviendra à son tour productive d'intérêts, en sorte que l'emprunteur inexact devra, après la première année, servir les intérêts non plus de cent mille, mais de cent cinq mille francs; et ainsi de suite.

Cette prolifération du capital par accession des intérêts impayés présente un sérieux danger pour le débiteur dont les obligations vont s'en trouver aggravées assez rapidement; c'est ainsi qu'au taux de cinq pour cent, le chiffre de la dette doit doubler dans l'espace de quatorze années. Aussi le Code civil, sans proscrire absolument l'anatocisme comme l'avait fait Justinien, a-t-il édicté des mesures restrictives qui constituent autant de mesures de protection pour le débiteur; il y a lieu d'examiner le régime de droit commun ainsi établi, puis les dérogations qu'il comporte.

646*ter*. Régime de droit commun. — Les mesures restrictives qui le constituent sont les suivantes :

1° Ce n'est pas de plein droit que se produit la capitalisation des intérêts; elle suppose en principe une convention;

2° A défaut d'une convention, les intérêts ne deviennent à leur tour productifs d'intérêts qu'en vertu d'une *demande en justice* introduite spécialement à cet effet; une simple

sommation ne suffirait pas à produire ce résultat (art. 1154; Civ. 2 mai 1900, *D. P.* 1900, 1, 363; 21 juill. 1936, *S.* 1936, 1, 327, *D. H.* 1936, 442). Il est vrai que la loi du 7 avril 1900 a supprimé l'exigence d'une telle demande pour le cours des intérêts moratoires des sommes d'argent (art. 1153, § 3, *sup.* n° 619); mais cette réforme de principe a laissé substituer les applications de l'ancienne règle faites par des textes spéciaux et qui ont conservé leur teneur primitive; l'article 1154 est précisément du nombre; la loi du 7 avril 1900 ne l'a nullement remanié en fonction du régime nouveau qu'elle établissait sous une forme générale, et on ne saurait évidemment « étendre une réforme d'un texte à un autre texte, même voisin » (arrêt de 1936), alors surtout qu'une telle extension serait rendue particulièrement injustifiée par le caractère exorbitant de l'anatocisme, opération dangereuse pour le débiteur et que le Code civil n'a accueillie que sous le bénéfice de restrictions sévères, au nombre desquelles figure précisément l'obligation imposée au créancier, désireux de rendre les intérêts de la dette productifs d'intérêts, d'intenter à cet effet une demande en justice;

3° La capitalisation n'est possible que pour les intérêts dus au moins pour *une année entière* (même texte);

4° Enfin, les intérêts des capitaux ne deviennent à leur tour productifs d'intérêts qu'autant qu'ils sont échus (même texte). Cette formule a soulevé une difficulté d'interprétation, certains auteurs estimant que, par elle, le législateur avait voulu interdire la convention d'anatocisme faite par anticipation; à leur avis, les parties devraient attendre, pour la conclure, que les intérêts à capitaliser fussent échus (*Sic*, Nancy, 16 déc. 1880, *D. P.* 1882, 2 140; 21 nov. 1908, *D. P.* 1909, 2, 224). Mais la jurisprudence a été fixée en sens contraire par la Cour de cassation qui a admis la validité de la convention d'anatocisme passée avant l'échéance (Req. 10 août 1859, *D. P. 1859, 1, 441; Civ. 15 juill.* 1931, *D. P.* 1917, 1, 50). Dans cette interprétation, l'exigence formulée dans l'article 1154 n'a donc pas d'autre signification que de subordonner la production de sous-intérêts à l'échéance des intérêts capitalisés; et vraiment, il faut convenir que cette règle n'avait pas à être formulée, tellement elle est d'évidence.

646*quater*. Les dérogations. — 1° Lorsque deux personnes sont en *compte courant*, les intérêts des sommes dues courent à dater de chaque règlement, de plein droit et quand bien même ce règlement porterait sur une période inférieure à une année; c'est que la situation est alors con-

sidérée comme liquidée et qu'il s'opère comme une sorte de novation de la partie créditrice, en sorte qu'il n'est plus question des intérêts anciens, lesquels sont intégrés dans le solde créditeur;

2° Il résulte de l'article 1155 que les dispositions restrictives contenues dans le texte précédent n'intéressent que *les seuls intérêts de capitaux exigibles*, tels les intérêts d'une somme prêtée ou ceux d'un prix de vente; elles sont inapplicables aux intérêts des sommes qui, ou bien ne sont pas exigibles (arrérages de rentes, perpétuelles ou viagères), ou bien ne constituent pas des capitaux (fermages, loyers, restitutions de fruits, intérêts payés par un tiers en acquit du débiteur). C'est que, le débiteur n'étant pas astreint au paiement d'un capital, la capitalisation des intérêts ne présente plus alors le même danger : il y a capitalisation primaire et non pas capitalisation secondaire venant se superposer à une dette de capital qui s'en trouve rapidement aggravée. En conséquence, l'anatocisme devient licite, même lorsque les sommes sont dues pour moins d'une année; de plus, la validité des conventions anticipées ne saurait, à notre avis, faire doute, tandis qu'elle est contestée pour les intérêts de capitaux exigibles. Mais le droit de l'article 1154 continue à s'appliquer en ce sens qu'une simple sommation ou même un commandement ne suffisent pas à rendre les intérêts productifs; il y faut une demande en justice (art. 1155; Civ. 18 janv. 1869, *D. P.* 1869, 1, 112).

Chapitre III

Le droit de gage général des créanciers et les différents attributs qu'il comporte

647. Principe du droit de gage général. — Lorsque le débiteur n'exécute pas volontairement l'obligation, lorsque, d'autre part, le créancier ne peut obtenir de lui l'exécution forcée en nature, alors le *droit de gage général* entre en jeu, avec les différents attributs qu'il comporte. Sans doute, ce droit existait auparavant et dès le jour de la naissance de l'obligation, mais il n'avait pas eu l'occasion de s'affirmer; il représentait une réserve, une arme mise à la disposition du créancier et dont, sauf dans des cas exceptionnels, il ne s'était pas encore servi.

Ce droit est consacré par le Code civil dans les articles 2092 : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu*

de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir », et 2093 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* »

648. Nature de ce droit de gage. — Il faut se garder de confondre le droit de gage général des créanciers avec le gage proprement dit, le gage tout court, forme mobilière du *nantissement*. Le créancier à qui son débiteur a remis une chose en gage, a, sur cette chose, un droit réel, comportant droit de préférence et aussi, théoriquement du moins, droit de suite; il devient un créancier *privilégié* (*inf.* n° 1532). Bien différente est la situation des créanciers ordinaires, des créanciers chirographaires, n'ayant à leur disposition que le droit de gage des articles 2092 et 2093; ce n'est pas un sort de faveur qui leur est fait, c'est la loi commune qui constitue leur lot; ils n'ont pas de droit réel, et, en conséquence, ils sont démunis de tout droit de préférence comme de tout droit de suite.

1° N'ayant pas de droit de préférence, ils subissent, en cas d'insuffisance des biens du débiteur, la loi du dividende; ils sont payés par *contribution*, au prorata de leurs créances (art. 2093), et sans distinction tirée de la date de naissance de leurs droits respectifs : *les plus récents sont traités ainsi que les plus anciens*;

2° N'ayant pas de droit de suite, ils ne peuvent saisir que les biens qui se trouvent encore dans le patrimoine de leur débiteur : tout bien qui sort de ce patrimoine sort par cela même de leur gage. Le débiteur, demeuré à la tête de ses affaires, peut aliéner ses biens, de même qu'il a la faculté d'assumer de nouvelles dettes; les acquéreurs ne sauraient être inquiétés par les créanciers de leur auteur.

649. Objet du droit de gage. — Ces solutions montrent bien que le droit de gage général ne porte pas sur les biens du débiteur, isolément envisagés; c'est sur le patrimoine lui-même qu'il est assis; c'est pourquoi il a un caractère élastique, pourquoi il suit toutes les fluctuations de ce patrimoine; pourquoi les créanciers du défunt deviennent les créanciers de l'héritier : le patrimoine du *de cujus* se déverse dans celui de son successeur, quant à ses éléments passifs comme pour ses éléments actifs; c'est pourquoi ce droit à assiette généralisée laise intacts les droits du débiteur sur ses biens, individuellement envisagés; pourquoi enfin, les créanciers sont des ayants cause à titre universel de leur dé-

biteur : ils tiennent de lui un droit universel, planant sur l'ensemble de son patrimoine; à ce titre, ils subissent le contre-coup des actes auxquels il procède et qui lui sont opposables, jusqu'à la fraude exclusivement; tous changements survenus dans le patrimoine de leur débiteur trouvent un écho et se reflètent dans leur droit de gage dont il est le support.

650. Imperfections du droit de gage. — Il ressort de ces explications que le droit de gage général est loin de donner au créancier toute sécurité; il vaut exactement ce que vaut le patrimoine du débiteur; et la situation de ce patrimoine peut être compromise, *activement* par des aliénations, *passivement* par la survenance de nouveaux créanciers; son actif peut diminuer comme son passif est susceptible de s'accroître. En somme, le droit de gage général, bien qu'actuel, constitue pratiquement une possibilité, une virtualité; il ne devient une réalité que le jour où le créancier l'utilise et dans la mesure de la solvabilité générale du débiteur.

651. Attributs de ce droit. — Du moins ce droit de gage général comporte-t-il une série d'attributs qui permettent au créancier et de sauvegarder l'avenir et de surmonter la résistance, la mauvaise volonté du débiteur solvable dont les biens pourront être saisis et vendus.

Ces attributs sont à classer dans trois groupes; ils comprennent :

1° Des mesures *conservatoires*;

2° Des mesures *d'exécution*;

3° Des mesures *intermédiaires*, prises en prévision d'une exécution imminente.

Section I. — MESURES CONSERVATOIRES

652. Définition. — On entend par *mesures conservatoires* celles qui tendent à maintenir le patrimoine du débiteur dans son état actuel, et, du même coup, à sauvegarder le droit de gage de ses créanciers; ceux-ci y procèdent, quand bien même ils n'auraient pas l'intention de recourir aussitôt à des mesures d'exécution; leur but est de conserver les positions acquises, de réserver l'avenir.

653. Exemples d'actes conservatoires. — Il faut citer : 1° L'apposition ou la levée des *scellés* à la suite du décès ou de la déclaration de faillite du débiteur; 2° La

confection d'un *inventaire*; 3° L'*interruption* d'une prescription; 4° L'*inscription* de l'hypothèque garantissant la créance, fût-elle conditionnelle ou même simplement éventuelle (Req. 8 mars 1853, *D. P.* 1854, 1, 341); 5° Une demande en *reconnaissance d'écritures*; 6° Ou en passation de *titre nouvel* (art. 2263); 7° L'*intervention* dans une *instance* engagée par le débiteur ou contre lui (art. 613, § 2; 1447); 8° L'*intervention* à un partage et la défense adressée aux copropriétaires qu'il y soit procédé hors de la présence de l'opposant (art. 882).

On remarquera qu'en procédant à ces mesures, tantôt le créancier agit dans son propre patrimoine (interruption de la prescription, inscription d'une hypothèque) et tantôt il intervient dans le patrimoine de son débiteur (scellés, inventaire); mais, dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit pas de prendre une initiative; on veut seulement maintenir la situation actuelle en la préservant de toute tentative de fraude ou de collusion.

654. Qualité en laquelle ces mesures sont prises. — Il est important d'observer que les créanciers, lorsqu'ils procèdent à des actes conservatoires, agissent, non pas du chef de leur débiteur, mais bien *proprio nomine*, pour leur propre compte et en leur nom personnel; comme on l'a écrit, ils exercent des « droits auxiliaires » qui leur appartiennent personnellement (Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, § 311, p. 193).

Il résulte de là qu'ils peuvent procéder à de telles mesures sans courir le risque de se voir objecter qu'ils ne sont pas dans les conditions voulues pour exercer obliquement, indirectement les droits de leur débiteur en vertu de l'article 1166 (*inf.* n° 669); alors même que leurs droits seraient à terme ou conditionnels, alors même que, sauf controverse, ces droits seraient purement encore éventuels, les mesures d'ordre conservatoire pourraient encore être prises (Req. 8 mars 1853, arrêt précité).

655. Capacité. — Il est rappelé que les actes conservatoires n'exigent d'autre capacité chez qui y procède que celle qui résulte du discernement : ils sont donc à la portée d'un mineur même non émancipé.

Section II. — MESURES D'EXÉCUTION

656. Définition. — Les mesures d'exécution sont celles qui tendent directement à la réalisation des biens du débiteur; ce sont les *voies d'exécution*; le créancier saisit les

biens de son débiteur, il les met sous la main de justice pour les faire vendre et se payer sur le prix de vente.

657. Différentes saisies. — Les formes de la *saisie* varient avec la nature du bien à réaliser : pour les immeubles, c'est la *saisie immobilière*, dont les formalités ont été bien simplifiées par un décret-loi du 17 juin 1938 : pour les meubles corporels, la *saisie-exécution*; pour les créances, la *saisie-arrêt* ou *opposition*. Nous n'avons pas, dans ce cours de droit civil, à traiter de questions ressortissant spécifiquement à la procédure : les dispositions contenues au titre 19e du livre III du Code civil, sous la rubrique « *De l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers* » seraient à leur place dans un Code de procédure civile; elles sont partie intégrante du droit sanctionnateur.

Nous nous bornerons à présenter à leur sujet quelques remarques.

658. Quelques remarques.

1° Tous les biens d'un débiteur ne peuvent pas être saisis indistinctement; il est des biens qui sont insaisissables, tels le *bien de famille* (*sup.*, t. I, nos 1539 et suiv.), les *rentes sur l'Etat* (V. L. Josserand, *Précis élémentaire des voies d'exécution*, 7e éd., nos 23 et suiv.), les objets énumérés dans l'art. 592 C. pr., modifié par la loi du 13 avril 1932; pour les salaires, appointements et traitements. V. le Code du travail, livre I, titre 3, art. 61 et suiv., modif. par la loi du 4 août 1930 et le décret-loi du 8 août 1935, *fixant la quotité saisissable des traitements et salaires*; V. aussi, pour les traitements et soldes des fonctionnaires, civils et militaires, la loi du 24 août 1930 et le même décret-loi de 1935; pour les *biens indivis*, v. *sup.* t. I, n° 1788;

2° En principe, les créanciers peuvent saisir les biens de leur débiteur sans être astreints à suivre un ordre ou une cadence quelconques; libre à eux de saisir simultanément tous les biens, ou de commencer par saisir celui-là plutôt que tel autre.

Cependant, cette latitude comporte des limites :

a) Aux termes de l'article 2206, « *les immeubles d'un mineur, même émancipé, ou d'un interdit, ne peuvent être mis en vente avant la discussion du mobilier* ». Le créancier doit donc, s'il a en face de lui un débiteur en état de minorité ou d'interdiction, s'en prendre d'abord à sa fortune mobilière, et c'est seulement si la vente du mobilier ne donne pas un produit suffisant, qu'il pourra saisir les immeubles; on veut qu'il « discute » préalablement le mobilier. Il y a, dans cette disposition, une nouvelle application

de la vieille maxime, bien périmée aujourd'hui : *res mobilis, res vilis.*

On en revient au droit commun de la liberté de saisie : 1. Lorsque l'immeuble est indivis entre un majeur d'une part, un mineur ou un interdit d'autre part, et que la dette leur est commune; 2. Quand la saisie immobilière avait été engagée avant l'interdiction du débiteur (art. 2207) ;

b) Lorsque le créancier a hypothèque sur un ou plusieurs biens du débiteur, et non sur tous, on veut qu'il s'attaque d'abord aux biens qui sont ainsi spécialement affectés au règlement de ses droits; c'est seulement au cas d'insuffisance qu'il pourra saisir les immeubles non hypothéqués en garantie de sa créance (art. 2209) ;

c) Notre jurisprudence prévoit et sanctionne les *abus* commis dans l'exercice des voies d'exécution, soit que le créancier agisse méchamment ou en vue d'exercer une pression sur sa victime, à qui il se propose d'arracher des prestations injustifiées, soit qu'il y ait défaut de proportions entre les cause de la saisie et la valeur des biens saisis, comme si ce sont tous les immeubles du débiteur ou tout un portefeuille de valeurs qui sont mis sous la main de justice alors que le débiteur n'est redevable que d'une somme modique. (V. *sup.* n° 433.)

Section III. — MESURES INTERMÉDIAIRES PRÉPARATOIRES OU CONCOMITANTES AUX MESURES D'EXÉCUTION

659. Idée générale ; énumération. — Les mesures étudiées dans cette troisième section tiennent le milieu entre les actes conservatoires et les voies d'exécution : d'une part, elles ne réalisent pas, par elles-mêmes, les biens du débiteur, elles ne les placent pas sous la main de justice; mais, d'un autre côté, elles tendent à cette réalisation dont elles constituent la préface; elles interviennent en vue de la préparer; en y recourant, le créancier s'achemine vers la saisie des biens de son débiteur à laquelle il est même possible qu'il ait déjà procédé.

Ces mesures *intermédiaires* sont au nombre de trois; la loi donne au créancier les trois ressources suivantes : 1° l'action *indirecte* ou *oblique*; 2° l'action *paulienne*; 3° la *séparation des patrimoines.*

Ce dernier bénéfice n'a pas une portée générale : il est accordé seulement aux créanciers héréditaires et aux légataires, à l'encontre des créanciers de l'héritier : nous en

réservons l'étude qui trouvera naturellement sa place dans la matière des *successions* (t. III, n° 981, et *inf.*, n° 1766).

Ici, nos explications porteront sur l'action *indirecte* et sur l'action *paulienne*.

§ I. — *L'ACTION INDIRECTE OU OBLIQUE*

(EXERCICE, PAR LE CRÉANCIER, DES DROITS ET ACTIONS DU DÉBITEUR)

660. Principe. — Aux termes de l'article 1166, « *...les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ».

661. Idée générale de l'action indirecte. — Un débiteur est titulaire d'un droit qu'il néglige d'exercer : la loi permet à ses créanciers de l'exercer pour lui, en son nom, en ses lieu et place, indirectement. Si, par exemple, ce débiteur avait fait une donation accompagnée de charges demeurant inexécutées, ils vont pouvoir poursuivre la révocation de cette libéralité, pour inexécution des charges, et faire ainsi rentrer dans le patrimoine de leur débiteur les biens qui en étaient jadis sortis, après quoi, ils procèderont à leur saisie : l'action indirecte aura servi de préface à la mesure d'exécution.

662. Justification. — La faculté, pour les créanciers, d'agir ainsi indirectement, d'exercer, par la voie oblique, les droits et actions du débiteur, se justifie en équité et en droit; en *équité* : il ne faut pas qu'un débiteur puisse compromettre le gage de ses créanciers par une administration négligente ou malveillante; qui a des dettes est tenu de ne rien faire qui puisse en compromettre le paiement. En *droit*, l'action exercée par les créanciers faisait partie de leur gage, puisqu'elle constituait un élément du patrimoine de leur débiteur; ce gage, il faut qu'ils puissent l'utiliser, le réaliser; et c'est à quoi ils s'emploient lorsqu'ils agissent aux lieu et place du débiteur.

663. Remarque. — Il ressort de ces explications que l'action dite indirecte n'est pas, à vrai dire, une action *sui generis*, toujours identique à elle-même; elle est telle l'action appartenant au débiteur (action en révocation d'une donation, en réméré, en paiement d'une indemnité, etc.) et

exercée par ses créanciers de son chef, par la voie oblique, indirectement.

664. Plan. — Nous rechercherons :
1° Quel est le *champ d'application* de l'action indirecte;
2° Quelles *conditions* sont exigées pour son exercice;
3° Quels *résultats* elle donne.

665. I. Champ d'application de l'action indirecte. — Quels sont les droits et actions que la loi permet aux créanciers d'exercer au nom de leur débiteur?

Principe. — Ce sont, en principe, tous les *droits* et *actions* qui peuvent être exercés indirectement, en vertu de l'article 1166, mais à l'exclusion des simples *facultés*; il ne dépendrait pas des créanciers de s'immiscer dans l'administration des biens du débiteur, de décider, par exemple, que ses terres seront affermées, que telle maison sera donnée à bail; le débiteur est resté à la tête de son patrimoine; il n'est frappé, en cette qualité, d'aucune incapacité, générale ou spécialisée; les créanciers ne peuvent pas prendre la direction de ses affaires.

666. Les dérogations. — Il est des droits, de véritables droits, acquis et bien acquis, qui échappent aux créanciers, que ceux-ci ne sauraient exercer aux lieu et place du titulaire; ils sont à classer dans deux catégories comprenant, l'une, les droits et actions qui sont hors du gage des créanciers, les autres les droits et actions qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur.

1° **Droits et actions qui sont hors du gage des créanciers.** — L'action indirecte constitue le préliminaire, la préface des voies d'exécution; l'article 1166 est sous la dépendance de l'article 2093, dont il constitue la sanction; cette action devient donc sans application possible aux droits portant sur des biens qui ne font pas partie intégrante du gage général des créanciers, c'est-à-dire :

a) Aux droits et actions *extra-patrimoniaux* : un créancier ne pourrait pas introduire une action en désaveu pour faire tomber la présomption de paternité pesant sur son débiteur, pas plus qu'il ne saurait demander son divorce, sa séparation de corps ou exercer, sur ses enfants et de son chef, les attributs de la puissance paternelle;

b) Aux droits et actions dont l'objet, sans être hors du patrimoine du débiteur, est cependant situé en marge du gage général de ses créanciers; c'est-à-dire aux droits qui portent sur des choses *insaisissables* : droits à une pension alimentaire, à une pension de retraite. C'est vainement, en effet, que les créanciers feraient rentrer de tels biens dans le patrimoine de leur débiteur; ils ne pourraient les y saisir; l'action indirecte manquerait donc son but qui est de préparer, d'amorcer la saisie.

667. 2° Droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur. — Il faut entendre par là les droits et actions dont l'exercice implique une appréciation d'ordre moral, d'ordre intime, donc d'ordre personnel; de tels droits échappent à l'intervention des créanciers, et cela *quand bien même ils auraient un fondement et un résultat pécuniaire*; ce qui est décisif, ce n'est ni l'origine, ni l'objet du droit, c'est le *cas de conscience* que représente leur utilisation, leur mise en œuvre; la faculté de détermination du titulaire du droit est ici intégrale, sans entrave, sans concurrence possible.

Exemples. — Sont considérés comme exclusivement attachés à la personne et ne sauraient donc être exercés obliquement par les créanciers :

a) Le droit, pour la femme, de demander la *séparation de biens* (art. 1446);

b) Le droit de poursuivre la réparation d'un *préjudice moral*, par exemple, de demander une indemnité à raison d'une injure ou d'une diffamation;

c) L'action en révocation d'une donation pour cause d'*ingratitude* du donataire;

d) L'action en révocation d'une *donation entre époux*;

e) La révocation d'une stipulation pour autrui (*sup.* n° 313);

f) La faculté d'accepter une donation : l'offre adressée au débiteur est tellement personnelle qu'elle ne survit pas à son décès (*sup.* n° 47); au contraire, les créanciers pourraient accepter une *succession* de son chef, car, par suite, de la dévolution héréditaire, la qualité d'héritier lui appartenait de plein droit; il ne s'agit que de la consolider.

g) L'action en exécution d'une *obligation alimentaire* entre conjoints ou entre ascendants et descendants (Limoges, 17 déc. 1935, *S.* 1936, 2, 201, note Maurice Costes), déjà exclue pour une autre raison (*sup.* n° 666).

668. Cas douteux. — Des difficultés se sont élevées au sujet de certaines actions dont le caractère strictement personnel est contesté :

a) Pour les *actions en nullité* d'un contrat, notamment lorsqu'elles sont fondées sur l'*incapacité*. La tendance est favorable à la prérogative des créanciers; on considère que l'intérêt pécuniaire qui est en jeu dépasse et domine l'intérêt moral (Civ. 25 avril 1853, *S.* 1853, 1, 172, *D. P.* 1853, 1, 160; 5 janv. 1921, *D. P.* 1924, 1, 133). Comp. Civ. 5 janv. 1921, *D. P.* 1924, 1, 133. Pour les nullités du *mariage*, v. *sup.* t. I, nos 817 et 844.

b) Pour les actions en *dommages-intérêts* à raison d'un accident, d'un dommage matériel. Il semble que l'intérêt matériel soit ici encore prédominant, et l'exercice de telles voies de droit ne pose pas, à vrai dire, un cas de conscience; cependant, il a été jugé que de telles actions sont exclusivement attachées à la personne (Trib. civ. Seine, 9 janv. 1879, *S.* 1881, 2, 21, note Labbé; *Ref.* t. XII, 2, 197).

669. II. Conditions mises à l'exercice d'une action par la voie indirecte.

Triple condition exigée. — A supposer que le droit en cause se prête à l'exercice par la voie oblique, trois conditions sont requises pour que les créanciers puissent recourir à ce procédé :

1° Il faut qu'ils aient intérêt à agir : si le débiteur est certainement solvable, une pareille immixtion dans son patrimoine serait injustifiée; nous sommes tous débiteurs et il nous est impossible de nous acquitter de nos dettes au fur et à mesure qu'elles naissent; nos créanciers ne sont pas fondés, pour cela, à exercer nos droits et actions; ils ne peuvent le faire qu'en cas de menace d'insolvabilité; on doit se rappeler que l'action indirecte est la préface des mesures d'exécution (Req. 13 janv. 1873, *D. P.* 1873, 1, 151);

2° Il faut que le débiteur néglige ou refuse d'agir : s'il exerce ses droits, il n'y a plus de place pour l'intervention de ses créanciers (Civ. 14 avril 1886, *D. P.* 1886, 1, 220; Amiens, 6 août 1901, *D. P.* 1903, 2, 21). Il résulte de là que, si le débiteur jouit d'un délai pour se décider, par exemple pour prendre parti sur une succession, ses créanciers ne sauraient, jusqu'à l'expiration de ce délai, agir et prendre position à sa place (Agen, 28 janv. 1896, *D. P.* 1897, 2, 417, note de Loynes);

3° Le créancier intervenant doit être muni d'une créance

certaine, *exigible* et *liquide* (Civ. 26 juill. 1854, *S.* 1854, 1, 563, *D. P.* 1854, 1, 303; Req. 25 mars 1924, *S.* 1924, 1, 67; *D. H.* 1924, 282). La voie indirecte est donc fermée à un créancier éventuel, à un créancier conditionnel, et même à un créancier à terme. Il faut que la dette soit exécutoire, dès maintenant, et qu'elle soit liquide, c'est-à-dire certaine dans son principe et dans son montant; il faut qu'on sache *an et quantum debeatur*; comment en serait-il autrement, puisque l'action directe tend à l'exécution vers laquelle elle est invariablement orientée? Il s'agit non d'une mesure conservatoire, mais bien de modifier la consistance du patrimoine du débiteur, d'y substituer une chose à un droit; il n'est pas possible de reconnaître cette faculté de transformation à un créancier dont le droit n'est par certain ou n'est pas exigible et qui ne pourrait même pas engager la procédure de la saisie-arrêt, encore qu'elle présente, à son origine, un caractère conservatoire.

670. Conditions non requises. — Après des discussions, depuis longtemps éteintes, il est admis que les conditions suivantes ne sont pas exigées.

1° On n'exige pas que le créancier agissant soit muni d'un *titre exécutoire* : il ne procède pas encore à une mesure d'exécution (Req. 8 juill. 1901, *D. P.* 1901, 1, 498; *S.* 1902, 1, 113, note Lyon-Caen);

2° Il n'est pas nécessaire, pour la même raison, de mettre le débiteur en *demeure*;

3° Ni d'obtenir, du tribunal, une *subrogation* dans les droits du débiteur; c'est *ipso jure* que les créanciers sont subrogés, de par l'article 1166, aux droits et actions de leur débiteur (Civ. 26 juill. 1854 précité; Dijon, 17 fév. 1897, *S.* 1898, 2, 157, *D. P.* 1898, 2, 31; Bourges, 7 nov. 1900, *D. P.* 1902, 2, 124);

4° Ni de mettre le débiteur en cause : il n'est pas nécessaire qu'il figure dans l'instance; mais, dans la pratique, cette *mise en cause* se produit presque toujours; le débiteur peut avoir des objections à présenter; il faut que la décision lui soit opposable, et il est prudent de lui enlever la qualité de tiers qui lui permettrait ensuite de former la tierce opposition contre le jugement intervenu;

5° Il est certain qu'on n'exige pas du créancier qu'il produise un titre antérieur à l'acquisition, par le débiteur, du droit exercé. L'article 1166 n'est que l'application et la sanction du droit de gage général des créanciers; or, ce droit

leur appartient sans distinguer d'après la date de naissance de leurs créances; il porte sur les biens à venir comme sur les biens présents. Un créancier est donc qualifié pour exercer un droit que son débiteur n'avait pas encore acquis au jour où sa créance est née.

6° Enfin, on serait mal fondé à objecter au créancier qu'il aurait pu se contenter de saisir les biens de son débiteur : *l'action indirecte n'est pas une action subsidiaire* (Req. 7 mars 1933, *D. H.* 1933, 218).

671. III. Résultats de l'action indirecte. — Principe. — Les résultats de l'action sont dominés par cette idée que le créancier se borne à exercer les droits et actions de son débiteur; c'est au nom, du chef de celui-ci qu'il agit, et non pas *nomine proprio*. Tout doit donc se passer, autant que possible, comme si le droit était réalisé par son titulaire lui-même, le débiteur.

672. Applications. — 1° Le défendeur à l'action, quel qu'il soit, va pouvoir se défendre contre le créancier demandeur, comme il aurait pu le faire contre le débiteur en personne, puisque c'est l'action de ce dernier qui est intentée : il lui sera loisible d'opposer à son adversaire tous les *moyens de défense*, toutes les *exceptions* qu'il aurait pu utiliser contre son contradicteur normal.

On avait cependant voulu distinguer entre les moyens antérieurs à l'exercice de l'action indirecte et ceux qui ne sont nés que par la suite, au cours de l'instance, en proposant de ne permettre au tiers poursuivi que les premiers, à l'exclusion des seconds : il ne faut pas, disait-on, que le débiteur puisse, par des actes tardifs et tendancieux, neutraliser l'action indirecte de son créancier, par exemple, en confirmant un acte annulable, en renonçant à une prescription, en concluant une transaction. Mais cette distinction a été repoussée par la Cour de cassation qui s'en tient justement au principe que la situation du défendeur ne doit pas varier selon qu'il a devant lui le titulaire de l'action ou bien le subrogé légal : une transaction conclue, au cours de l'instance, entre le débiteur et le tiers défendeur, sera opposable au créancier, réserve faite du cas de fraude (Req. 18 fév. 1862, *D. P.* 1862, 1, 248, *S.* 1862, 1, 415) ;

2° Le bénéfice de l'action indirecte n'est point limité au créancier demandeur; le bien visé rentre dans le patrimoine du débiteur, comme il y serait rentré si l'action eût été exercée par celui-ci; du même coup, il rentre dans le gage

des créanciers, *de tous les créanciers*, poursuivants ou non, sans que le demandeur puisse se réclamer d'aucun droit de priorité; bien mieux, il sera peut-être primé par tel créancier qui n'a pas été lié à l'instance et qui peut faire valoir un privilège, une cause de préférence quelconque. Il est vrai que la chose jugée n'a qu'un effet relatif, qu'elle n'existe pas au regard de ceux qui n'ont pas été parties à l'instance; mais cette règle de la relativité cède ici le pas à cet autre principe que l'action, exercée *au nom et du chef du débiteur*, doit faire rentrer le bien visé dans le gage de tous les créanciers : les résultats de l'action prennent exactement la place de l'action elle-même, laquelle figurait dans le gage commun des créanciers. D'ailleurs, en fait, le débiteur aura été mis en cause; il est alors de toute nécessité que le jugement produise les mêmes effets que s'il avait été obtenu par son initiative (Poitiers, 14 déc. 1899, *D. P.* 1902, 2, 169, note H. Capitant).

673. Insuffisance de l'action indirecte. — Cas d'action directe. — Les explications précédentes mettent en pleine lumière l'imperfection inhérente au mécanisme de l'action indirecte qui, traversant, en quelque sorte, le patrimoine du débiteur, ne confère au créancier demandeur aucun avantage particulier et l'expose à souffrir de l'insolvabilité du débiteur en le faisant concourir avec les autres créanciers, donc en le laissant soumis à la loi du dividende : tant vaut le gage général et tant vaut l'action indirecte.

Le créancier serait dans une situation plus avantageuse s'il lui était permis d'agir, non plus au nom et du chef de son débiteur, mais *proprio nomine*, de son propre chef; non plus indirectement, mais directement : alors, le bénéfice de son initiative lui serait intégralement et exclusivement réservé; c'est dans son patrimoine que rentrerait le bien récupéré et non dans celui du débiteur; le chemin le plus court est, en pareille matière, le plus sûr.

Cette *action directe*, ou plutôt ces *acitons directes*, car elles n'obéissent pas à un statut uniforme, mais elles appartiennent à des familles très différentes (Solus, thèse, Paris, 1914) sont conférées à certains créanciers par la loi ou par la jurisprudence; nous en rencontrerons des applications chemin faisant; dès maintenant, il convient de noter et de grouper les principales d'entre elles.

1° Le *bailleur* peut agir directement contre le *sous-locataire* en paiement du prix de la sous-location (art. 1753; *inf.* n° 1226);

2° L'*ouvrier* a une action directe contre le *maître* pour le compte duquel des ouvrages ont été effectués, jusqu'à concurrence de la somme dont ce maître est redevable envers l'entrepreneur (art. 1798; *inf.* n° 1294);

3° Le *mandant* peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée dans sa gestion (art. 1994, § 2; *inf.* n° 1420);

4° L'*ouvrier* victime d'un accident professionnel, bénéficie, au moins pour les *rentes* auxquelles il a droit, mais non pas pour le paiement des simples indemnités journalières (Rouen, 18 mars 1931, *D. H.* 1931, 424), d'une action directe contre l'assureur avec lequel l'employeur avait traité (L. 9 avril 1898, art. 16, modif. par L. 31 mars 1905, art. 1er, puis par la loi du 1er juill. 1938, art. 15; — *inf.* n° 1277);

5° Cette même loi accorde, dans son art. 4, nouvelle rédaction, une action directe aux médecins, aux pharmaciens et aux établissements hospitaliers, contre le chef d'entreprise;

6° La victime d'un accident, par exemple d'un accident d'automobile, bénéficie d'une action directe contre l'assureur de l'auteur responsable (L. 28 mai 1913; C. Civ., art. 2102 - 8°; Civ. 14 juin 1926, *D. P.* 1927, 1, 57, rapport A. Colin, note L. Josserand, et une série de décisions, *D. P.* 1930, 2, 1, note L. Josserand; Alger, 12 nov. 1930, *D. H.* 1931, 89; — *inf.* n° 1380*u*), action que l'on peut, sauf controverse, rattacher au concept de la stipulation pour autrui.

Plus généralement, dans *toutes les assurances de responsabilité*, l'assureur doit retenir la somme dont il est redevable, aussi longtemps que le tiers lésé n'a pas été désintéressé des conséquences du fait dommageable (L. 13 juill. 1930, *relative au contrat d'assurance*, art.53) : cette obligation de rétention implique, comme celle qui est inscrite dans l'art. 2102 *in fine*, l'existence d'une action directe au profit du tiers et contre l'assureur, par exemple, au cas d'incendie, au profit du propriétaire sinistré et contre la compagnie qui avait couvert le risque locatif ou le risque du voisin (ancien art. 3 de la loi du 19 fév. 1889, abrogé par l'art. 86 de la loi du 13 juill. 1930, laquelle englobe, dans sa généralité, ce cas particulier d'assurance de responsabilité) V. P. Hébraud, *L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur*, *Rev. crit.* 1931; et *inf.* n° 1380*u*;

7° L'*avoué*, qui a fait l'avance des frais de justice, peut agir en remboursement par voie d'action directe, contre l'adversaire de son client, lorsque cet adversaire est condamné aux dépens; la *distraction des dépens* lui est accor-

dée, sur sa demande, par le tribunal qui a connu de l'affaire (C. pr., art. 133).

674. — Dans ces diverses éventualités, on voit un créancier agir contre *le débiteur de son débiteur*, avec qui il n'a pas traité, sans passer par l'intermédiaire de son propre débiteur, directement, *omisso medio*; c'est une véritable extension du droit de gage qui déborde le patrimoine du débiteur pour atteindre un *tiers patrimoine*; l'action directe est une sorte de procédé de paiement, une espèce de voie d'exécution qui donne au créancier une situation prépondérante, vraiment exorbitante du droit commun. Aussi doit-elle être limitée strictement aux cas prévus par la loi; la méthode d'interprétation restrictive s'impose en pareille matière : pas d'action directe sans texte l'instituant expressément ou, du moins, clairement.

De plus, et comme nous l'avons déjà noté, ces différentes actions directes obéissent à des statuts qui sont loin de coïncider entre eux et dont le plus original est assurément celui qui régit l'action accordée, contre l'assureur de responsabilité, à la victime d'un dommage, car cette action est nettement distincte de celle qui peut être exercée contre l'auteur du dommage et qu'elle vient doubler. Son indépendance est telle qu'elle n'est pas influencée par les événements qui, postériurement à la production du dommage, peuvent survenir dans les rapports de l'assureur et de l'assuré : les exceptions qui seraient opposables à ce dernier ne le sont pas à la victime, investie, dès le jour du dommage, d'une action directe qui lui appartient en propre (*inf.* n° 1380*v*).

§ II. — *L'ACTION PAULIENNE OU ACTION RÉVOCATOIRE*

675. Bibliographie. — GROUBER, thèse.

676. Idée générale. — Avec l'action indirecte, nous avons vu un créancier agir aux lieu et place de son débiteur; avec l'action dite *paulienne* ou *révocatoire*, nous allons voir un créancier critiquer un acte de son débiteur et en poursuivre la révocation. Tandis que la première protège le créancier contre l'inertie, voulue ou non, du débiteur qui néglige de réaliser un de ses droits, la deuxième met ce même créancier à l'abri de l'activité malfaisante de ce même débiteur, à l'abri des actes positifs qu'il aurait commis à son détriment. Le créancier ne se contente plus de se substituer au débiteur inerte; il s'attaque à ses actes, il les

fait anéantir dans la mesure où ils lui sont préjudiciables. Ce n'est donc plus du chef de ce débiteur qu'il agit, mais bien de son propre chef; ce qu'il demande et ce qu'il obtient, le débiteur ne pourrait pas l'obtenir lui-même; il agit, comme le dit l'article 1167, *en son nom personnel*.

677. Objection. — On pourrait s'étonner de cette facilité donnée au créancier de s'attaquer aux actes de son débiteur, car elle paraît inconciliable avec sa qualité d'ayant cause à titre universel : à ce titre, il doit subir les répercussions, heureuses ou néfastes, des actes passés par le débiteur, demeuré à la tête de ses affaires, et dans lesquels il a été représenté par lui (*sup.* n° 649).

Mais il est facile de répondre que le débiteur ne représente légitimement ses créanciers que jusqu'à la fraude, exclusivement; on ne représente pas ceux que l'on trahit; or, ce sont précisément les *actes frauduleux*, accomplis en fraude des droits du créancier, que celui-ci peut attaquer au moyen de l'action paulienne; en ce qui concerne de tels actes, il se présente comme un *tiers*; et, en cette qualité, il en repousse l'autorité, quant à lui et en vertu du principe même de l'aricle 1165 : *les conventions ne nuisent point au tiers*.

678. Origine. — L'action paulienne remonte au droit romain; elle fut introduite dans l'édit par un prêteur qui lui a laissé son nom (*Dig.*, liv. XLII, titre 8). Notre législateur s'est montré moins explicite que le prêteur Paulus et ses successeurs; il n'a consacré à l'action paulienne, au moins dans son principe, qu'un texte unique et des plus brefs, l'article 1167, d'après lequel les créanciers « ...*peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». En adoptant ainsi une formule qui consacre, de sa part, presque une abdication, le législateur a entendu s'en référer à la tradition et s'en remettre au juge du soin de réaliser l'application du principe marqué au coin de l'*imperatoria brevitas* : l'action paulienne est une institution de *droit coutumier*, sinon dans son principe, du moins dans sa réglementation.

679. Plan. — Nous étudierons :

1° Les *conditions* requises pour que l'action paulienne soit exercée avec succès;

2° Les *résultats* auxquels elle conduit;

3° Sa *nature*;

4° Enfi, nous établirons un parallèle entre l'action paulienne et l'action en *déclaration de simulation*.

I

Conditions requises pour l'exercice de l'action paulienne

680. Directive. — Les conditions requises pour l'exercice et le succès de l'action paulienne gravitent autour de deux notions essentielles et traditionnelles : l'*eventus damni* et le *consilium fraudis*. Il faut que l'acte visé ait causé un préjudice au créancier et il est indispensable qu'il présente, vis-à-vis de lui, un caractère frauduleux, qu'il ait été accompli en fraude de ses droits.

681. Enumération. — Les conditions requises se réfèrent :

1° A *l'acte* critiqué;
2° Au débiteur, au *fraudator*;
3° Au *défendeur* à l'action, le tiers;
4° Au *créancier* demandeur.

682. I. Conditions requises dans l'acte critiqué. — Dans cet ordre d'idées, deux grands principes sont à formuler :

1° *Tous actes* comportent, à l'occasion, l'action paulienne;
2° Mais c'est à la condition qu'ils aient été véritablement *préjudiciables* au créancier.

A. **Tous actes sont, en principe, tributaires, à l'occasion, de l'action paulienne.** — Comme l'édit du préteur romain — *haec verba generalia sunt* — l'article 1167 est conçu dans les termes les plus compréhensifs; on ne distingue pas suivant la nature de l'acte : gratuit ou onéreux, contractuel ou de formation unilatérale, synallagmatique ou unilatéral, il est soumis à la loi commune : la *société* (Req. 14 avril 1930, *S.* 1930, 1, 342); les *acceptations*, d'une succession ou d'une communauté conjugale; les *renonciations*, à une dette, à une succession avantageuse (art. 788), à un usufruit (art. 622); l'*autorisation maritale*, jadis exigée, en principe, pour tous les actes de la femme mariée (Civ. 29 juill. 1902, *D. P.* 1903, 1, 383); l'*assurance sur la vie* au profit d'autrui, du moins pour les primes et jusqu'à concurrence de leur caractère excessif (L. 13 juill. 1930, art. 69); les *jugements* eux-mêmes peuvent être attaqués comme entachés de fraude; seulement, dans cette dernière application, l'action paulienne se présente sous un aspect et sous un nom particuliers : elle s'appelle la *tierce opposition*, voie de recours extraordinaire contre les jugements.

683. Dérogations certaines. — Il est cependant des actes qui, bénéficiant d'une immunité exceptionnelle, échappent à l'action paulienne : il existe des dérogations au principe, annoncées d'ailleurs par l'article 1167, § 2, en matière de succession et de régimes matrimoniaux; elles ont trait au *partage* soit d'une succession, soit d'une communauté conjugale.

1° Pour le partage d'une *succession*, l'article 882 est formel : un partage successoral, lorsqu'il est consommé, ne peut pas être attaqué par les créanciers d'un copartageant; on ne veut pas qu'un acte aussi important et aussi complexe, qui intéresse toute une famille, puisse tomber sous les coups des créanciers. Ceux-ci ne sont d'ailleurs pas laissés sans défense; à défaut de l'action paulienne, la loi leur donne le droit d'intervenir au partage, afin de sauvegarder leurs intérêts; à défaut de moyens de répression, ils ont une une arme *préventive* très efficace (même texte);

2° L'article 1476 déclare applicables au partage de la *communauté conjugale* les règles édictées pour le partage successoral, telles qu'elles sont établies au titre de successions; au nombre de ces règles figurent évidemment celles qui sont contenues dans l'article 882.

Quant aux autres partages, on décide généralement que, n'étant pas exceptés par le droit du principe, ils y demeurent soumis; il en va ainsi notamment du partage d'une *société*, contre lequel l'action paulienne peut parfaitement être dirigée (Civ. 17 nov. 1890, *D. P.* 1891, 1, 25, *S.* 1894, 1, 399; et la note de M. Bourcart, *S.* 1922, 1, 337. Voy. cependant, *contra*, Camille Humbert, thèse, Lyon, 1901, *De l'application des règles du partage des successions aux autres partages*) et de même du partage d'un bien isolé (Montpellier, 7 juill. 1932, *D. P.* 1933, 2, 97, note M. Nast).

684. Dérogations contestables. — 1° Nous venons d'en rencontrer une, en ce qui concerne les partages autres que ceux d'une succession ou d'une communauté conjugale; à notre avis, il n'y a pas lieu d'en admettre la réalité;

2° On a prétendu que le *paiement* bénéficierait, par sa nature même, d'une complète immunité : acte *nécessaire*, il porterait en lui-même sa propre justification. Mais les partisans de cette dérogation se voient bientôt forcés d'admettre qu'elle comporte elle-même des dérogations; c'est fréquemment que la jurisprudence annule non seulement des paiements *fictifs* (Civ. 18 fév. 1878, *D. P.* 1878, 1, 291), mais aussi des dations en paiement consenties à vil prix

(Civ. 30 janv. 1900, *D. P.* 1900, 1, 166) ; comme le constate la Cour de cassation, les paiements peuvent être annulés s'il a existé entre les parties un concert frauduleux en vue de causer aux créanciers un préjudice illégitime (Civ. 7 juill. 1896, *motifs*, *D. P.* 1896, 1, 519; voy. L. Josserand, note *D. P.* 1925, 1, 146, col. 1).

3° On a encore voulu soustraire à l'action paulienne les *options légales* : le débiteur, lorsqu'il exerce une option qui lui est accordée par la loi, accomplirait un acte discrétionnaire que ses créanciers ne pourraient pas critiquer. Mais l'arrêt dont on invoque en ce sens l'autorité n'a pas une telle portée; il dit seulement, ce qui est bien différent, que « la fraude ne saurait résulter uniquement de l'exercice d'une faculté légale », et on pourrait en dire autant de tous les actes (Req. 19 juin 1901, *S.* 1903, 1, 459).

Ce sont donc seulement les partages de succession et de communauté conjugale qui répugnent à l'action paulienne.

685. B. **Il faut que l'acte ait été véritablement préjudiciable au créancier :** *eventus damni*. — Cette condition du préjudice ne figure pas dans le texte de l'article 1167; mais on la trouve dans les articles 622 et 788 qui réalisent des applications de l'action paulienne en matière d'usufruit et de succession; traditionnellement, elle est incontestée.

Précision. — La tradition ne confirme pas seulement la réalité de cette condition, elle en précise la portée, la signification : un acte est considéré comme préjudiciable aux créanciers *lorsqu'il détermine ou qu'il aggrave l'insolvabilité du débiteur*.

En conséquence, il appartient au créancier demandeur à l'action paulienne de prouver : 1° Que le débiteur est insolvable; 2° Que son insolvabilité a été déterminée ou tout au moins aggravée par l'acte critiqué. Sur le premier point, la preuve sera ordinairement facile : l'insolvabilité du débiteur est notoire; ou même ses biens ont déjà été discutés, c'est-à-dire saisis et vendus, et ils n'ont pas suffi, par hypothèse, à désintéresser les créanciers.

686. Conséquences de cette idée que l'acte critiqué doit avoir déterminé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. — 1° L'action paulienne n'est recevable que contre un acte intéressant un bien, une valeur qui figurait et dans le patrimoine du débiteur et dans le gage des créanciers; car c'est un tel acte seulement qui a pu déterminer

ou aggraver l'insolvabilité . Les principes sont les mêmes que pour l'action indirecte et s'expliquent par les mêmes considérations; l'une comme l'autre de ces actions constituent des sanctions du droit de gage qui appartient aux créanciers. Il faut donc éliminer les actes portant sur des biens insaisissables, et, à plus forte raison, ceux qui concernent l'état des personnes, tel un acte d'*adoption* (Trib. civ. Indre, 22 nov. 1927, *D. P.* 1928, 2, 1, note Lalou); et, si le débiteur avait contracté une *assurance sur la vie* au profit d'autrui, l'action paulienne ne saurait atteindre le capital assuré, lequel, à raison du droit direct reconnu au tiers bénéficiaire, est considéré comme n'ayant jamais figuré dans le patrimoine du stipulant (*sup.*, n° 308); et les primes elles-mêmes ne tombent sous le coup de l'action paulienne que dans la mesure où elles présenteraient un caractère excessif eu égard aux ressources du souscripteur (L. 13 juill. 1930, art. 69);

2° L'action paulienne ne réussit que contre les actes par lesquels le débiteur a *diminué* son patrimoine et s'est donc effectivement appauvri, à l'exclusion de ceux par lesquels il aurait seulement négligé de s'enrichir; il est en droit de maintenir le *statu quo ante*.

La distinction est traditionnelle entre les actes d'appauvrissement et les actes de non-enrichissement; en *répudiant une succession*, le débiteur s'appauvrit, car il fait sortir de son patrimoine les biens successoraux qui y étaient entrés *ipso facto*, à l'instant de l'ouverture de la succession à son profit; mais, en *refusant une offre de donation*, il néglige seulement de s'enrichir, car l'offre n'avait fait entrer aucune valeur dans son patrimoine; son refus n'en fait donc rien sortir (pour la renonciation à un legs, v. Rouen, 9 juill. 1935, *S.* 1936, 2, 30);

3° Enfin, l'acte n'est tributaire de l'action paulienne qu'autant qu'il est postérieur à la naissance du droit du créancier demandeur; s'il en était autrement, il ne lui aurait causé aucun préjudice : la condition de l'*eventus damni* ne serait pas remplie (*inf.* n° 695); à cet égard, comme à bien d'autres, l'action paulienne obéit, très logiquement, à un statut opposé à celui de l'action indirecte (*sup.* n° 670).

687. II. Condition requise dans la personne du débiteur du « fraudator ». — La fraude paulienne. — Une seule condition est requise dans la personne du débi-

teur, et c'est la *fraude*, le *consilium fraudis*, l'intention de causer un préjudice aux créanciers.

C'est là la condition spécifique de l'action paulienne; par elle, cette action s'apparente à la notion plus large de l'*abus des droits*; le débiteur s'expose à la révocation de ses actes lorsqu'il abuse du droit qui lui était resté d'administrer son patrimoine, en dépit de sa situation obérée; la fraude vicie l'exercice de ce droit comme celui de tout autre; le motif illégitime est ici constitué par l'intention de nuire, par la *fraude* (v. GROUBER, *Thèse sur l'action paulienne*, notamment p. 2; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, n^os^ 105 et suiv.).

688. Caractère absolu de la règle. — C'est un principe absolu que l'action paulienne implique la fraude; à cet égard, les actes à titre gratuit obéissent au même statut que les actes onéreux. Une théorie qui prétendait se passer de cette condition de la fraude pour les *simples renonciations*, lesquelles seraient susceptibles d'être critiquées du moment qu'elles sont préjudiciables aux créanciers, est, depuis longtemps, complètement abandonnée; si les articles 622 et 788, dont on se réclamait dans cette thèse, ne mentionnent pas la condition de la fraude, c'est évidemment parce que, réalisant de simples adaptations de l'action paulienne à des actes déterminés, ils n'avaient pas la prétention d'énumérer toutes les conditions requises pour le succès de l'action; au surplus, l'article 1464, qui vise la renonciation à la communauté légale, fait expressément mention de la condition de fraude. La cause est jugée, en doctrine et en jurisprudence.

689. Difficulté de preuve. — Il peut être malaisé, pour le créancier demandeur, de prouver le *consilium fraudis* chez le débiteur; comme toute intention, celle-là peut être difficile à saisir. Aussi la coutume vient-elle au secours du créancier : traditionnellement, le débiteur est considéré en état de fraude du moment que, lors de l'acte, il avait connaissance du préjudice qui allait en résulter pour ses créanciers; au critère trop abstrait de la fraude, on substitue le critère plus saisissable de la conscience du préjudice causé, et l'on objective ainsi la théorie qui en devient plus praticable (Civ. 18 déc. 1893, *D. P.* 1894, 1, 263; Bourges, 5 avril 1916, *D. P.* 1917, 2, 105).

A la réflexion, on s'aperçoit que c'est une *présomption* qui est ainsi établie traditionnellement, et depuis le droit

romain : de ce fait connu, la conscience du préjudice causé, on conclut à cette circonstance indémontrable ou difficilement démontrable par un procédé direct : l'intention frauduleuse. Mais ce n'est là qu'une *présomption de l'homme*; aucun texte ne la consacre; si elle a une valeur obligatoire pour le juge, cette valeur ne peut ni lui venir que de la coutume; si vraiment, comme le dit la Cour de cassation, la fraude paulienne consiste, en général, « dans la connaissance qu'avait le débiteur de la dette dont il était tenu, et dans le fait qu'il a passé un acte par lequel il se rend insolvable » (arrêt du 18 déc. 1893), il y a là une nouvelle preuve et une nouvelle application de la force créatrice de la coutume.

690. III. Conditions requises dans la personne du tiers, défendeur à l'action. — C'est contre un tiers que l'action paulienne est exercée, non contre le débiteur; le défendeur est un acheteur, un échangiste, un donataire, en un mot un *ayant cause du débiteur* : cet ayant cause est-il indistinctement exposé aux coups de l'action paulienne? Ou bien ne doit-on pas distinguer selon son état d'esprit, sa *moralité* au moment de l'acte?

691. Actes à titre gratuit et actes à titre onéreux. — La question se résout, depuis le droit romain, par une distinction entre les ayants cause à titre gratuit et les ayants cause à titre onéreux : les premiers sont passibles de l'action paulienne, même s'ils ont été de bonne foi, même s'ils étaient dans l'ignorance de la fraude commise par le débiteur, leur auteur; car ils sont moins intéressants que les créanciers de celui-ci; ils luttent pour réaliser un gain (*certant de lucro captando*), au lieu que les créanciers cherchent à éviter une perte (*certant de damno vitando*). Mais l'ayant cause à titre onéreux, l'acheteur par exemple, lutte, lui aussi, pour éviter une perte; entre les créanciers et lui la partie est égale; c'est pourquoi l'action paulienne ne peut l'atteindre que s'il a été de mauvaise foi, s'il connaissait le caractère frauduleux de l'acte, s'il a été *conscius fraudis*; s'il en était autrement, il serait à l'abri de l'action révocatoire, et fort équitablement, puisqu'il est aussi intéressant que les créanciers, puisqu'il n'a rien à se reprocher, tandis que ceux-ci ont eu le tort de suivre la foi d'un insolvable. (Req. 25 juin 1895, *D. P.* 1895, 1, 486; 16 nov. 1910, 1er *arrêt*, *S.* 1912, 1, 100; 3 déc. 1923, *S.* 1923, 1, 352.)

692. Précision. — Il semble que la fraude devrait s'apprécier chez le tiers exactement comme dans la personne du débiteur; la mentalité du complice n'est-elle pas nécessairement celle de l'auteur principal du délit? Cependant, telle n'est pas la réalité juridique : tandis que, chez le débiteur, la jurisprudence se contente de la connaissance du préjudice causé aux créanciers (*sup.* n° 689), elle exige, dans la personne du défendeur à l'action, quelque chose de plus; il arrive, en effet, que le tiers ait eu un *intérêt légitime* à traiter avec le débiteur, par exemple en se faisant accorder par lui une hypothèque; cette hypothèque, il ne peut l'ignorer, est de nature à nuire aux autres créanciers, mais, en l'exigeant, il n'a fait que défendre, que protéger ses propres intérêts, ce que nul ne saurait lui reprocher; son but n'était pas de nuire aux autres créanciers, mais, ce qui est moralement très différent, de sauvegarder ses droits; et c'est pourquoi le contrat hypothécaire échappe en principe à l'action paulienne (Req. 22 août 1882, *D. P.* 1883, 1, 296; Grenoble, 20 juin 1900, *D. P.* 1902, 2, 277). Pour la *cession de loyers*, v. Req. 6 janv. 1913 (*D. P.* 1914, 1, 40); la Cour de cassation exige, pour que l'action paulienne atteigne le cessionnaire, qu'il y eût entre les contractants accords frauduleux dans le but de causer un préjudice *illégitime* à d'autres créanciers (Comp. Montpellier, 7 juill. 1932, *D. P.* 1933, 2, 97, note M. Nast : la Cour vise l' « entente frauduleuse » entre le débiteur et l'acquéreur de son immeuble; — *contra*, Paris, 23 juill. 1937, *D. H.* 1937, 454 : ce dernier arrêt se contente de la connaissance du préjudice). Les *mobiles* du tiers jouent donc ici un rôle essentiel; c'est seulement s'il a été vraiment *complice* qu'il sera passible de l'action révocatoire.

693. Les sous-acquéreurs. — Lorsque l'action paulienne est exercée contre un sous-acquéreur, contre une personne qui tient la chose de l'acquéreur primitif, on applique, en l'absence de texte, un système rationnel :

1° Si le premier acquéreur était à l'abri de l'action paulienne (c'était, par exemple, un acheteur de bonne foi), le sous-acquéreur ne pourra jamais être inquiété; il a tous les droits de son auteur;

2° Si l'action paulienne eût pu atteindre l'acquéreur primitif (c'était, par exemple, un donataire), on applique au sous-acquéreur le critère établi pour le premier acquéreur, ce qui revient à dire que l'action paulienne ne l'atteint qu'autant que les deux ayants causes successifs, acquéreur

et sous-acquéreur, isolément envisagés, en sont également tributaires (Req. 25 juin 1895, précité; Paris, 9 août 1898, *D. P.* 1899, 2, 485).

694. Remarque. — La différence des traitements appliqués aux ayants cause suivant qu'ils sont à titre gratuit ou à titre onéreux donne un grand intérêt à la distinction des actes lucratifs et des actes inéressés; or, il arrive que cette distinction soulève des difficultés, précisément dans ses rapports avec l'action paulienne; c'est ainsi que la *constitution de dot* présente un caractère complexe et que les auteurs ne sont pas d'accord sur les conditions à exiger pour qu'elle puisse être révoquée au moyen de l'action paulienne. Nous retrouverons cette question et nous l'étudierons en nous occupant des régimes matrimoniaux (t. III, n° 415).

695. IV. **Conditions requises chez le créancier, demandeur à l'action paulienne.** — Deux conditions sont exigées :

1° Il faut que le demandeur ait une créance *liquide* et *exigible* : un créancier à terme ou conditionnel ou éventuel ne saurait être admis à critiquer les actes accomplis par son débiteur; sans doute, les actes conservatoires lui sont permis, mais l'exercice de l'action révocatoire ne saurait être rangé dans cette catégorie, et d'autant moins qu'il implique la vérification préalable de l'insolvabilité du débiteur, c'est-à-dire, dans certains cas, la réalisation, la vente forcée de ses biens. Aussi les auteurs mêmes qui ouvrent au créancier à terme l'action indirecte lui refusent-ils le bénéfice de l'action paulienne;

2° Il faut, en outre, que la créance du demandeur ait préexisté à l'acte attaqué, sans quoi on ne peut plus dire que celui-ci ait causé un préjudice au plaignant; s'il y a eu fraude, seuls en ont souffert ceux qui étaient déjà créanciers au moment où elle a été commise (Civ. 6 fév. 1872, *D. P.* 1873, 1, 80; Req. 5 janv. 1891, *S.* 1891, 1, 146, *D. P.* 1891, 1, 331). Il en irait cependant autrement si le débiteur avait accompli l'acte précisément en considération de la créance à naître, dans le but d'enlever par anticipation à son futur créancier les garanties sur lesquelles celui-ci pouvait légitimement compter; il aurait alors commis une fraude à l'encontre de ce créancier futur qui serait donc fondé à attaquer l'acte au moyen de l'action paulienne; il n'est pas permis de destituer une situation juridique des effets que lui confèrent la loi ou la convention, en prenant, frauduleuse-

ment et à l'avance, des mesures de préservation (Req. 30 mai 1905, *S.* 1906, 1, 512, *D. P.* 1905, 1, 408; Civ. 23 janv. 1928, *S.* 1928, 1, 168; Req. 25 juin 1935, *D. H.* 1935, 474; Paris, 24 juill. 1928, *D. H.* 1928, 563; *S.* 1929, 2, 97, note de M^lle^ Béquignon; Montpellier, 7 juill. 1932, arrêt précité; Poitiers, 12 oct. 1932, *S.* 1933, 2, 91; Paris, 1^er^ juin 1934, *S.* 1935, 2, 4) [1].

Il va sans dire que le créancier hypothécaire ou privilégié peut exercer l'action paulienne en vue de sauvegarder ses intérêts légitimes (Paris, 23 juill. 1937, *D. H.* 1937, 457).

696. Question de la date certaine. — Nous estimons que, conformément au droit commun, il appartient au créancier demandeur de prouver l'antériorité de son droit par rapport à l'acte qu'il incrimine, et que, ayant en face de lui un tiers — le défendeur à l'action — il doit faire cette preuve soit au moyen d'un acte authentique, soit, s'il produit un acte privé, dans les termes de l'article 1328, c'est-à-dire, pratiquement, au moyen de l'*enregistrement* (*Sic*, Paris, 16 mars 1893, *motifs*, *D. P.* 1893, 2, 280. Vainement objecte-t-on que la fraude fait échec à toutes les règles de droit, notamment à celle qui est incluse dans l'article 1328 (Bourges, 18 juill. 1892, *D. P.* 1892, 2, 609, *S.* 1893, 210); c'est résoudre la question par la question, car il s'agit précisément de savoir si l'acte est frauduleux par rapport au créancier demandeur.

697. Caractère individuel de l'action. — L'action paulienne appartient individuellement à chacun des créanciers du *fraudator*; elle a perdu le caractère de mesure collective qui lui appartenait en droit romain, alors qu'elle était exercée par le *curator bonorum* au cours de la *venditio bonorum* et au nom des créanciers. Notre droit français ne connaît rien d'analogue, pour les débiteurs civils, à ce qu'est la *faillite* pour les débiteurs commerçants en état de cessation de paiements; le régime de la déconfiture est, dans notre pays, un régime inorganisé; les initiatives individuelles peuvent se donner libre carrière et le mot d'ordre est « chacun pour soi ». Nous sommes, sur ce point, bien en retard sur les autres pays dont certains appliquent aux débiteurs civils le même régime qu'aux commerçants (*Alle-*

[1] Cette solution est à rapprocher de celle que la jurisprudence donne pour les actes auxquels un prodigue a procédé en prévision de la nomination prochaine d'un conseil judiciaire (*Sup.*, t. I, n° 590).

magne, Angleterre), dont d'autres instituent, à côté de la faillite pour commerçants, une procédure de liquidation, une sorte de faillite civile pour les débiteurs ordinaires (*Autriche, Espagne*).

II

Résultats de l'action paulienne

698. Directives. — Dans l'état actuel de la jurisprudence, les résultats de l'action paulienne tiennent dans les trois règles suivantes :

1° L'acte frauduleux est révoqué;

2° Mais il ne l'est que relativement, dans l'intérêt du demandeur et jusqu'à concurrence de cet intérêt;

3° Le jugement de révocation ne produit d'effets qu'au profit du demandeur, à l'exclusion des autres créanciers du *fraudator*.

699. I. L'acte frauduleux est révoqué. — En conséquence, la valeur frauduleusement sortie du patrimoine du débiteur va y rentrer; elle rentre du même coup dans le gage du créancier demandeur qui pourra la saisir. Si, par exemple, il s'agissait d'une donation, la chose donnée, réintégrée dans le patrimoine du donateur et, par conséquent, dans le gage du créancier demandeur, peut être saisie par celui-ci (Pau, 17 déc. 1890, *D. P.* 1892, 2, 18); si c'est une remise de dette qui a été révoquée, le poursuivant pourra saisir-arrêter la créance à laquelle son débiteur avait frauduleusemet renoncé.

700. Conséquence. — Il résulte de là que le créancier poursuivant n'a pas à redouter le concours des *créanciers du tiers défendeur*; du moment que la valeur rentre automatiquement dans le patrimoine du *fraudator*, elle échappe à l'emprise des créanciers du tiers, dans le patrimoine duquel elle cesse de compter. Toutefois, ce n'est là qu'une vue théorique, du moins lorsque la valeur qui avait pénétré dans le patrimoine du tiers était une somme d'argent; en pareille éventualité et par la force même des choses, le concours s'établit entre le poursuivant et les créanciers du tiers défendeur : si ce dernier est insolvable, la loi du dividende fera sentir son pouvoir; chacun des ayants droit sera payé au prorata du montant de sa créance.

701. II. La révocation ne se produit que dans l'intérêt du poursuivant et dans la mesure où cet intérêt existe. — Le but de l'action paulienne est de rendre au droit de gage du poursuivant l'ampleur qui lui appartiendrait si l'acte frauduleux n'était pas intervenu; du moment que cet objectif est atteint, la révocation n'a plus de raison d'être. En conséquence :

1° Dans les rapports entre le *fraudator* et son ayant cause, le tiers défendeur, l'acte subsiste, même une fois révoqué au regard du poursuivant; le *fraudator* reste vendeur ou donateur ou échangiste; l'ayant cause demeure acheteur ou donataire ou échangiste;

2° Si la valeur transmise par le *fraudator* à son ayant cause est plus élevée que le montant de la créance du poursuivant, elle reste acquise au défendeur pour le surplus;

3° Le tiers défendeur a un moyen sûr d'arrêter l'action paulienne : c'est de désintéresser le créancier demandeur; désormais, le principe même de l'action a disparu.

702. III. Le jugement de révocation n'a produit d'effet qu'au profit du poursuivant, à l'exclusion des autres créanciers du « fraudator ». — Les solutions précédemment énoncées présupposent l'existence de cette règle qui a cependant été contestée.

On a soutenu que l'action paulienne faisait rentrer la valeur, le bien réclamé, dans le gage commun à tous les créanciers du *fraudator*, sans que le poursuivant eût aucun droit de préférence à faire valoir. On fait appel en ce sens à la solution acceptée pour l'action indirecte, et aussi à l'idée de mandat ou de gestion d'affaires : le poursuivant aurait agi comme mandataire ou comme gérant d'affaires de ses cocréanciers; ceux-ci auraient été représentés par lui à l'instance et pourraient profiter de la révocation intervenue (Bordeaux, 28 mai 1832, *S.* 1832, 2, 626).

Cette opinion est bien délaissée : autre chose est l'action indirecte, exercée au nom et du chef du débiteur, autre chose l'action paulienne que le poursuivant intente *en son nom personnel* (art. 1167), ce qui exclut l'idée de mandat comme celle de gestion d'affaires : la volonté de représentation n'existe pas chez le demandeur; on ne saurait la lui prêter qu'au prix d'un contre-sens évident. Et dès lors, on doit s'en tenir à la règle de la *relativité de la chose jugée* : ce qui a été jugé entre le poursuivant et le tiers défendeur n'a aucune autorité au regard des autres créanciers du *fraudator*, lesquels, on le suppose, n'ont point été parties à l'instance.

C'est donc au regard du seul poursuivant que l'acte est révoqué; vis-à-vis des autres créanciers, il subsiste; seul, le demandeur peut prétendre aux résultats de l'action paulienne, au bénéfice de la révocation. Ce n'est même pas là une cause de préférence; c'est la différenciation de deux situations juridiques distinctes; pour les autres créanciers, le bien figure toujours dans le patrimoine du tiers où il demeure hors de leurs atteintes (*Sic*, Req. 28 août 1871, *S.* 1878, 1, 316; Civ. 4 déc. 1923, *S.* 1923, 1, 254, rapp. A. Colin, *D. P.* 1923, 1, 222; Bordeaux, 2 juill. 1890, *D. P.* 1892, 2, 440). Ainsi s'affirme à nouveau le caractère *individuel* de l'action paulienne qui ne profite qu'à qui l'exerce.

III

Nature de l'action paulienne

703. Enumération. — L'action paulienne présente les caractères suivants :

1° Elle a un caractère strictement *individuel*;

2° Elle sanctionne un *abus* de droit : le *fraudator* avait abusé du droit qu'il avait conservé d'administrer librement son patrimoine;

3° Elle rentre dans la catégorie des actions *personnelles* : sans doute, les résultats peuvent en rejaillir sur des tiers, des acquéreurs ou des sous-acquéreurs, et c'est pourquoi des auteurs avaient pensé y voir une action réelle. Mais celui qui l'exerce est, par hypothèse, un créancier; il est muni d'un droit personnel; or, on ne conçoit pas qu'un droit de créance soit sanctionné par une action réelle;

4° Il ne faut pas voir dans l'action paulienne une simple action en indemnité, basée sur la notion de délit, de quasi-délit ou de quasi-contrat. (Cette opinion avait cependant été soutenue par M. Planiol, *Rev. crit.*, 1882, p. 494) : le poursuivant, nous l'avons vu, ne concourt pas, théoriquement du moins, avec les créanciers du tiers défendeur (*sup.* n° 700); or, il concourrait avec eux s'il réclamait une simple indemnité pécuniaire;

5° En réalité, l'action paulienne, mal à propos dénommée *action révocatoire*, est une *action en nullité*.

704. L'action paulienne, action en nullité. — La justesse de cette conception ressort des articles 622 et 788, § 2, qui, visant les résultats de l'action paulienne, emploient le mot « *annuler* »; elle explique que cette action retentisse

contre les tiers — c'est le propre des actions en nullité —, et aussi que le poursuivant ne concoure pas avec les créanciers du défendeur : l'annulation fait sortir rétroactivement le bien du patrimoine de celui-ci, donc du gage de ses créanciers.

Seulembent, si l'action paulienne est une action en nullité, il faut bien reconnaître qu'elle est d'une espèce particulière :

1° Elle est exercée, non pas par un contractant, mais par un *tiers* (*sup.* n° 677) ;

2° Elle atteint, non pas un tiers quelconque, mais seulement celui qui répond à des conditions déterminées (ayant cause à titre gratuit ou ayant cause à titre onéreux complice de la fraude) ;

3° Elle ne réalise pas nécessairement l'annulation intégrale de l'acte qui ne disparaît qu'au regard du poursuivant et dans la mesure où l'exigent ses légitimes intérêts.

C'est donc une action en nullité d'un modèle réduit, et qui est à base d'indemnité. Dans cette mesure, l'idée jadis émise par M. Planiol est exacte : la nullité intervient sous une forme indemnitaire et minimisée.

705. La prescription de l'action paulienne. — Ces particularités expliquent que l'action paulienne ne comporte pas la prescription décennale de l'article 1304 : cette prescription abrégée est faite pour les actions en nullité proprement dites, qui appartiennent aux parties à l'acte; elle repose sur une idée de *confirmation* (*sup.* n° 349) ; or, il n'appartient pas à un tiers de confirmer un contrat, un acte auquel il est demeuré étranger. C'est donc seulement par le délai de *trente années* que l'action paulienne se prescrira, conformément au droit commun de l'article 2262 (Civ. 9 janv. 1865, *D. P.* 1865, 1, 19).

IV

Action paulienne et action en déclaration de simulation

706. Rappel. — Nous savons qu'en cas de simulation, les tiers — et parmi eux figurent ici les créanciers des parties contractantes — ont le choix entre deux attitudes : ils peuvent, à leur gré, soit s'en tenir à l'acte ostensible et repousser la contre-lettre (art. 1321), soit au contraire, prouver le caractère mensonger de l'acte apparent pour se placer sous la protection de la contre-lettre (*sup.* n° 328) ; lorsqu'ils

optent pour ce dernier parti, ils intendent *l'action en déclaration de simulation*, destinée à écarter de leur route l'acte ostensible qui les gêne.

Cette action ne se confond-elle pas avec l'action paulienne? Ne poursuit-elle pas le même objectif? Ne produit-elle pas les mêmes effets? Nous allons voir qu'il n'en est rien.

707. Différences entre les deux actions. — La différence essentielle consiste en ceci que l'action paulienne tend à faire rentrer dans le patrimoine du débiteur un bien qui en était *effectivement* sorti, au lieu que l'action en déclaration de simulation est destinée à établir que le bien visé n'est en réalité jamais sorti dudit patrimoine, en sorte qu'il n'a pas cessé de figurer dans le gage des créanciers du prétendu aliénateur.

Il résulte de ce point de départ que l'action en déclaration de simulation est soumise, à tous égards, à des règles plus larges que l'action paulienne.

1° Quant aux *personnes* qui sont admises à l'intenter : tandis que la paulienne n'est accordée qu'aux seuls créanciers, l'action en déclaration l'est également aux ayants cause à titre particulier (*sup.* n° 327).

Pour les créanciers eux-mêmes, les règles sont plus libérales : alors que l'action paulienne n'est accordée qu'aux créanciers antérieurs à l'acte incriminé, l'action en déclaration de simulation est ouverte à tous les créanciers, sans distinction de date et fussent-ils *postérieurs* à l'acte; un mensonge ne peut pas s'imposer à telles personnes et non à telles autres; tous intéressés sont admis à le dénoncer (Civ. 2 avril 1924, *D. P.* 1926, 1, 37; Grenoble, 19 fév. 1892, *D. P.* 1893, 2, 475);

2° Quant aux *actes* qui comportent ces actions : certains partages échappent à l'action paulienne (*sup.* n° 683) : ils sont exposés, comme tous autres actes, à l'action en déclaration de simulation; on peut toujours démontrer qu'un acte est fictif (Civ. 17 nov. 1890, *D. P.* 1891, 1, 25; Dijon, 24 juin 1896, *D. P.* 1897, 2, 31);

3° Quant à la nature de la *fraude* : Le demandeur en déclaration de simulation n'a pas à prouver la fraude du débiteur; il lui suffit d'établir le caractère mensonger de l'acte;

4° Quant à la *complicité du tiers*. Cette complicité, exigée pour l'action paulienne en ce qui concerne les actes à titre onéreux, est indifférente au cas de simulation; les actes fictifs obéissent à un statut unique, sans distinguer selon

qu'on les a modelés sur le type gratuit ou sur le type onéreux; ils sont mensongers et cela suffit pour qu'ils ne puissent être opposés à des tiers et à leur préjudice;

5° Il semble même qu'on ne puisse pas demander au poursuivant la preuve d'un *préjudice;* il demande à saisir tel bien qu'il affirme appartenir encore à son débiteur, donc figurer dans son gage; on ne saurait le renvoyer à saisir d'autres biens; c'est à lui de déterminer l'incidence des poursuites et des voies d'exécution (Bordeaux, 5 mars 1896, *Rec. Bordeaux*, 1896, 1, 241);

6° Tandis que l'action paulienne se prescrit par trente ans, l'action en déclaration de simulation est imprescriptible en soi; il n'est jamais trop tard pour prouver qu'un prétendu acte juridique n'a jamais existé; une *apparence* ne saurait, en se prolongeant, devenir une réalité (V. Pic, note *D. P.* 1929, 2, 65; — *Contra*, dans le sens de l'application de la prescription trentenaire, Civ. 13 mars 1934, *motifs*, *D. P.* 1936, 1, 79).

708. La jurisprudence. — La distinction entre l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation n'est pas nettement faite en jurisprudence : certaines décisions qualifient de paulienne l'action en déclaration de simulation. Mais, le plus souvent, la confusion est dans les mots, non dans le fond des choses; cependant, il est arrivé qu'une Cour d'appel ait refusé à un créancier postérieur à l'acte le droit d'en prouver la simulation; et alors l'erreur est bien plus grave (Nîmes, 14 déc. 1849, *D. P.* 1855, 2, 122).

Chapitre IV

Les obligations naturelles

709. Bibliographie. — Ripert, *La règle morale*, n^os^ 186 et suiv.; Aubry et Rau, 4^e^ éd., t. IV, § 297; Planiol, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*; *Rev. crit.*, 1913; Et. Perreau, *Les obligations de conscience devant les tribunaux*, *Rev. trim.*, 1913, p. 503; thèses de MM. Siefert, Barreau, 1915, Savatier, 1916, Claude Thomas, 1932. — Pour l'ancien droit, Pothier, *Traité des obligations*, n^os^ 191 et suiv.

710. Définition. Difficultés du sujet. — L'idée la plus générale qu'on puisse donner de l'obligation naturelle, sans

pénétrer dans le domaine des controverses, c'est qu'elle constitue une *obligation sans sanction*, du moins, *sans action* : le créancier ne peut pas en exiger, en imposer l'exécution au débiteur qui reste donc le maître, l'arbitre de la situation.

Et tout de suite surgissent les difficultés : le propre de toute obligation juridique, c'est de lier le débiteur (*ob ligare*) : qu'est-ce donc qu'une prétendue obligation qui ne lie pas le prétendu obligé? Et qu'est-ce qu'un droit sans sanction, sans action? Dans l'économie juridique actuelle, le droit implique l'action, comme l'action postule un droit correspondant; l'action est le droit en action; sans action, pas de droit, de même que sans sanction pas d'obligation. Et cependant, la théorie des obligations naturelles, auxquelles le Code civil se réfère dans un unique texte, l'article 1235, § 2, a reçu un très grand développement, grâce à la tradition et à la jurisprudence; en cette matière encore, nous sommes *en plein droit coutumier*, et aussi, *en pleine morale*.

711. Plan. — Pour le comprendre, recherchons :

1° Quels sont les *principaux cas* d'obligation naturelle;

2° Quels *effets* y sont attachés;

3° Nous pourrons alors prendre parti sur la *nature* de ces obligations.

712. I. Principaux cas d'obligation naturelle. — En droit *romain*, ces cas étaient fort nombreux; la théorie, qui paraît être apparue sous l'influence du stoïcisme, tendait, pour une bonne part, à réagir contre certains principes trop rigoureux du *jus civile*, contre divers préjugés, par exemple contre cette idée que certains êtres humains n'étaient point des personnes : un esclave ne pouvait pas faire naître une obligation civile; il pourra donner naissance à une obligation naturelle; de même pour l'individu qui a subi une *capitis diminutio* : libéré civilement de ses dettes antérieures, il demeure tenu *naturaliter*; de même pour le fils de famille et, plus généralement, pour les personnes soumises à la *patria potestas*; entre le *paterfamilias* et elles, il ne saurait naître d'obligations civiles; mais le champ reste ouvert aux obligations naturelles (P. Huvelin, t. II, pp. 250 et suiv.); enfin, les pactes, qui ne sont pas sanctionnés par le *jus civile*, sont générateurs d'obligations naturelles.

Ces différentes sources d'obligations naturelles avaient disparu par la suite, avec l'avènement de tous les êtres humains à la personnalité et avec l'atténuation du formalisme : dans

notre *ancien droit*, la théorie s'est rétrécie, et dans notre *droit moderne également* : quantité d'obligations, jadis naturelles, sont devenues civiles : il n'est plus d'esclaves ni de *capitis deminutio*; la personnalité des enfants ne s'absorbe plus dans celle des parents; les contrats ne sont plus soumis à des formes solennelles, mais le besoin se fait toujours sentir d'ouvrir l'accès du prétoire à certaines obligations qui ne sont pas civiles, qui ne sont pas parfaites, et de faire aussi une place dans le droit à la morale, à « l'impératif de la conscience » (COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 276). Sans doute, le créancier ne peut pas imposer l'exécution au débiteur, mais, si celui-ci exécute volontairement, il ne peut pas revenir sur la prestation effectuée; on lui refuse la *condictio indebiti*; on considère qu'il *devait* (art. 1235, § 2); et cela en tous pays (v. pour l'*Allemagne*, art. 814 C. civ.; v. aussi, l'art. 180 du Code civil de la *Chine*; les art. 2 et suiv. du code *libanais* des obligations; l'art. 66, § 2 du projet de code des obligations *franco-italien*).

713. — Voici quelques applications, pour ce qui est de notre droit *français*; pour plus d'ordre, on les range dans deux catégories : tantôt l'obligation naturelle est la survivance d'une obligation civile dégénérée, minimisée; d'autres fois, et plus souvent, l'obligation *naît* naturelle.

A. **Obligations naturelles qui sont la survivance d'obligations civiles dégénérées.**

1° Le cas le plus typique est celui de la *prescription extinctive* : lorsqu'une obligation est éteinte par la prescription que le débiteur a opposée au créancier, elle se survit à elle-même, en tant qu'obligation naturelle, en sorte que, si le débiteur exécute plus tard volontairement, ce n'est pas un cadeau qu'il fait au créancier, c'est un paiement qu'il effectue;

2° Lorsque les créanciers d'un failli lui accordent un *concordat*, c'est-à-dire pratiquement une remise partielle des dettes qui lui incombaient, il est admis que le bénéficiaire de cette opération demeure tenu naturellement envers eux; si, plus tard, revenu à meilleure fortune, il fait honneur à ses engagements, c'est un paiement qu'il accomplit; il exécute volontairement une obligation naturelle qui avait survécu à l'obligation civile abolie (Civ. 29 janv. 1900, *S.* 1900, 1, 337, *D. P.* 1900, 1, 200; Bordeaux, 14 juin 1869, *D. P.* 1874, 5, 357);

3° De même encore, en cas d'*annulation* d'un acte atteint

de *nullité relative*, par exemple pour cause d'incapacité : jusqu'au jour où la nullité est prononcée, l'obligation est civile; ensuite elle n'est plus que naturelle. Si le mineur devenu majeur, saisi d'un scrupule, désintéresse ses créanciers, sans doute il fait une chose à laquelle on ne pouvait le contraindre, mais tout de même il exécute une obligation; c'est un paiement qu'il fait (v. pour l'acte passé par un prodigue sans l'assistance de son conseil, Civ. 9 mars 1896, *S.* 1897, 1, 225, note A. Esmein, *D. P.* 1896, 1, 391).

Mais, si l'acte était nul pour erreur, dol ou violence, l'annulation ne laisserait pas subsister d'obligation naturelle : c'est du moins la solution dominante, d'ailleurs *très contestable*. A ce point de vue, la nullité pour cause d'incapacité serait gouvernée par d'autres règles que la nullité dérivant d'un vice de consentement proprement dit.

714. B. **Obligations naturelles qui sont nées telles.** — 1° Ce sont d'abord certaines obligations d'ordre *délictuel*; un enfant, un aliéné commettent un dommage dont ils ne sont pas responsables, n'étant pas doués de discernement; plus tard, devenu majeur ou revenu à la raison, ils décident d'indemniser leur victime : ils s'acquittent d'une obligation naturelle; de même pour l'homme qui répare le préjudice par lui causé à une femme séduite qu'il abandonne (Dijon, 27 mai 1892, *S.* 1892, 2, 197; *D. P.* 1893, 3, 183; Rennes, 7 mars 1904, *D. P.* 1905, 2, 305, note Planiol), ou pour l'administrateur qui a commis une faute dont il n'est pas responsable civilement (Civ. 5 avril 1892, *D. P.* 1892, 1, 234, *S.* 1895, 1, 129, note Balleydier);

2° Une *libéralité* est faite en dehors des formes requises : une *donation entre vifs* est consentie par acte privé; un *legs* est fait verbalement. Une obligation naturelle incombe aux *héritiers* du disposant (et non pas au disposant lui-même, fût-il un donateur, art. 1340). Pour le *legs verbal*, la jurisprudence est ferme (v. *inf.* t. III, n° 1294);

3° L'*obligation alimentaire* n'existe qu'entre proches parents (*sup.* t. I, n^{os} 1140 et suiv.); mais cela n'est vrai que de l'obligation *civile*; si un frère vient au secours d'un frère, un oncle au secours d'un neveu ou inversement, il n'y a pas libéralité, mais acquittement d'une obligation naturelle. V. pour les aliments servis par une belle-fille à sa belle-mère remariée, Limoges, 17 nov. 1896 (*D. P.* 1897, 2, 463). En tout cas, il est admis qu'une obligation alimentaire naturelle existe à la charge du père d'un *enfant naturel non reconnu* (Req. 5 mars 1902, *S.* 1902, 1, 312) et celui-ci fût-il

adultérin ou incestueux (Req. 2 nov. 1932, *D. H.* 1932, 572, *S.* 1933, 1, 50; Civ. 23 déc. 1935, *Bull. Cass. civ.* 1935, p. 372, *S.* 1937, 1, 31; Paris, 9 oct. 1928, *D. H.* 1928, 532), comme aussi à la charge des ascendants, des parents de l'enfant, encore qu'ils ne soient unis à lui par aucun lien de parenté civile (trib. d'Alençon, 28 janv. 1931, *D. P.* 1931, 2, 127; Nîmes, 3 avril 1933, *D. H.* 1933, 389), comme enfin entre *concubins*, du moins s'ils vivent maritalement (Rennes, arrêt précité);

4° Aux termes de l'article 204, « *l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement* »; mais la jurisprudence admet du moins l'existence d'une obligation naturelle à la charge des parents, d'où elle déduit cette conséquence que la constitution de dot intervient valablement par acte sous seing privé; elle n'est pas une véritable donation, mais l'acquittement d'une obligation imparfaite (Req. 30 juill. 1900, *D. P.* 1901, 1, 502; 5 mars 1902, *D. P.* 1902, 1, 220; Poitiers, 26 avril 1923, *D. P.* 1923, 2, 121, note Savatier; V. *inf.* t. III, n° 413):

5° En matière de *jeu* et de *pari*, l'art. 1695 refuse au gagnant toute action pour le règlement (*inf.* n° 1383); mais l'art. 1967 refuse aussi l'action en répétition au perdant qui a payé volontairement; le paiement effectué était donc valable, ce qui peut s'expliquer — mais ce n'est pas le point de vue de la jurisprudence (*inf.* n° 1386) — par l'existence d'une obligation naturelle.

715. II. **Effets attachés aux obligations naturelles.** — Sur ce point encore, la théorie moderne s'éloigne de celle des Romains.

A *Rome*, nombreux étaient les effets attachés aux obligations naturelles qui pouvaient, comme dans notre droit, servir de cause à un paiement, mais qui, en outre, pouvaient servir de support à un *cautionnement*, à une *hypothèque*, à un pacte de *constitut*, et qui étaient même susceptibles, au moins certaines d'entre elles, d'entrer en *compensation* d'une obligation civile. (Huvelin, t. II, pp. 556 et 257).

En *droit moderne*, et comme Pothier le constatait déjà (*Traité des obligations*, n° 191), les principes sont bien différents; l'obligation naturelle n'a plus la même efficacité qu'à Rome. Bien qu'on ait soutenu le contraire, elle ne saurait être *cautionnée*, à moins de considérer qu'en fournissant la caution, le débiteur naturel ne se transforme par là même en débiteur civil; car la caution est, par définition même,

un débiteur de seconde ligne qui ne doit payer que si le débiteur principal ne peut pas le faire; or, si celui-ci n'était tenu que *naturaliter*, il ne pourrait pas être actionné par le créancier, en sorte que la caution deviendrait, en réalité, le débiteur de premier plan et qu'elle perdrait nécessairement le bénéfice de *discussion* auquel elle a droit, par définition même (*inf.* n° 1487). Pour les mêmes raisons, on ne conçoit pas qu'une dette naturelle puisse, tout en demeurant telle, être garantie, fortifiée au moyen d'un *gage* ou d'une *hypothèque* : le droit accessoire ne saurait être plus énergique que le droit principal. La *compensation* est inconcevable : si le créancier d'une obligation naturelle qui est en même temps débiteur d'une obligation civile, pouvait opposer la première au créancier qui lui réclame l'exécution de la seconde, il en arriverait à se faire payer contre le gré de celui-ci, et d'autorité; car la compensation n'est qu'un procédé de paiement forcé; or, le débiteur d'une obligation naturelle ne peut jamais être contraint à s'acquitter.

716. Effets admis. — 1° L'obligation naturelle peut servir de cause à un *paiement;* en conséquence : *a*) en s'exécutant, le débiteur ne fait pas une libéralité; il s'acquitte véritablement d'une dette; on écarte donc les règles du droit des donations (capacité, rapport, réduction, révocation, etc.; en ce qui concerne la révocation pour cause de survenue d'enfants, v. en ce sens, Paris, 25 avril 1932, *D. H.* 1933, *Somm.*, p. 26, col. 3) [1]; *b*) le débiteur ne peut pas revenir sur la prestation effectuée en connaissance de cause, volontairement (*inf.* n° 839); ce qu'il a payé, ce n'est pas l'indu, mais bien ce qu'il devait; on lui refuse donc l'action en répétition (art. 1235, § 2);

2° Le débiteur peut, sans payer immédiatement, s'engager à le faire; il peut signer un billet; désormais il sera tenu *civilement*; l'obligation naturelle sera muée en obligation civile; et, comme il n'y a pas là une libéralité, l'écrit ne sera soumis à aucune condition de forme particulière : de même qu'elle sert de cause à un paiement, l'obligation naturelle suffit à causer un engagement civil, et aussi un contrat différent qui est venu se greffer sur elle (Civ. 9 mars 1896, précité; Req. 30 avril 1934, *S.* 1934, 1, 391);

[1] Il en va cependant autrement pour la constitution de dot effectuée par les parents : c'est seulement au point de vue de la forme que l'acte est traité ainsi qu'un paiement ; mais la dot est sujette à rapport et à réduction ; quant au fond, elle est assimilée à une libéralité (*Inf.* t. III, n°s 412 et suiv.).

3° L'obligation naturelle est transmissible aux héritiers, activement et passivement; il est même possible qu'elle prenne naissance dans leur personne (art. 1340).

Et c'est tout [1]. Aucune autre efficacité n'est reconnue à l'obligation naturelle qui mérite bien la qualification qu'on lui a donnée d'obligation sans sanction; elle n'existe, pour ainsi dire, que sous la condition purement potestative du débiteur qui la laisse, à son gré, à l'état de chimère ou qui lui insuffle la vie en l'exécutant : elle ne relève que de sa conscience et de son honneur (Nancy, arrêt précité). Le créancier ne pourrait certainement pas procéder à des actes même strictement conservatoires; notamment, une interruption de prescription serait inconcevable de sa part : il n'y a pas de prescription en cours. Ainsi, l'obligation naturelle figure au-dessous même de l'obligation éventuelle qui confère au créancier la faculté de procéder à des actes conservatoires.

On a cependant soutenu que l'obligation naturelle serait à considérer comme une obligation civile parfaite (Claude Thomas, thèse précitée, p. 122) ayant sa source dans une manifestation unilatérale de la volonté du débiteur; mais cette vue n'est exacte qu'à partir du moment où cette manifestation unilatérale a transformé l'obligation naturelle en obligation civile, en l'éteignant du même coup.

717. III. **Nature de l'obligation naturelle.** — 1° L'obligation naturelle n'est autre chose qu'un devoir moral élevé au rang d'obligation imparfaite; comme l'écrit M. Ripert, c'est «un devoir moral qui monte à la vie civile ». (*La règle morale*, n° 192), et, « il ne faut prendre l'expression que comme une fiction commode pour introduire le devoir moral dans la vie juridique ». (*Op. cit.*, n° 201.) Il est des devoirs moraux tellement pressants que leur exécution doit être considérée comme le dénoûment d'un lien juridique. Aucune théorie, mieux que celle des obligations naturelles, ne démontre la pénétration du droit par la morale; à cet égard, cette théorie marche de pair avec celle de l'abus des droits; l'une comme l'autre ont entrepris la *moralisation du droit*.

718. — 2° C'est au juge qu'il appartient de décider si un devoir moral est assez pressant pour être haussé au rang d'obligation naturelle; à cet effet, il puise discrétionnairement dans le monde des idées morales; il fait office de cen-

[1] Il semble cependant qu'une obligation naturelle puisse servir de base, de cause à une *novation* (*Inf.*, n° 916).

seur et presque de législateur : toute cette théorie des obligations naturelles se ramène à un procédé technique dont use la jurisprudence pour faire passer des devoirs moraux dans le domaine du droit.

Les notions de l'ordre public même et des bonnes mœurs ne limitent pas nécessairement les pouvoirs du juge, ou du moins ces notions ne font pas obstacle à l'existence d'une obligation naturelle dans toute la mesure où elles s'opposeraient à la naissance d'une obligation civile : sans doute, une convention entre malfaiteurs en vue de la commission d'une infraction ou du partage du butin ne produit pas d'obligation naturelle; mais il en va autrement du jeu, du pari; le concubinage, l'adultère (*sup.* n° 714;Civ. 23 déc. 1935), l'inceste sont parfois l'occasion d'obligations naturelles; et, d'autre part, un être privé de discernement peut s'engager naturellement; *inexistante* civilement, une obligation peut exister naturellement.

Deux critères sont à prendre en considération dans l'accomplissement de la tâche qui incombe au juge : *a*) le critère *social* : étant donné le milieu social, tel devoir moral est-il en passe de devenir un lien de droit, de revêtir un caractère obligatoire? *b*) le critère *individuel* : celui qui exécute une prestation se considérait-il comme lié? Si oui, il fait un paiement; sinon, c'est une libéralité qu'il consent. La jurisprudence use de ce critère individuel en matière de *dons rémunératoires*, intervenus à la suite et à raison d'un service rendu : le disposant se considérait-il comme lié, comme moralement obligé? Il fait un paiement, il exécute une obligation naturelle; n'a-t-il agi que par générosité, par délicatesse? Son geste rentre dans le cadre du titre gratuit et il faudra donc observer les règles de la forme des libéralités. (Req. 7 janv. 1862, *D. P.* 1862, 1, 188; Civ., 23 mai 1876, *D. P.* 1876, 1, 254; Riom, 12 déc. 1883, *D. P.* 1885, 2, 101); tout cela revient à dire que la volonté se lie elle-même, du moins *naturaliter*; on est obligé naturellement, parce qu'on a voulu l'être, parce qu'on a cru l'être (V. Emm. Lévy, *La confiance*, dans *La vision socialiste du droit*, p. 43 et suiv.; Claude Thomas, *op. cit.*). La volonté individuelle est plus forte que la règle de droit.

Il ressort de là qu'on ne pourra jamais dresser une liste complète des obligations naturelles dont le domaine ne comporte point de limites exactes : la réaction exercée par la morale sur le droit est incessante et la théorie des obligations naturelles, hommage rendu à la morale par le droit, est en perpétuel devenir.

719. — 3° Comme on l'a vu, c'est l'*exécution* qui donne la vie à l'obligation naturelle, et c'est bien ce qui a suggéré l'idée d'assigner comme source à l'obligation naturelle une déclaration unilatérale de volonté (Claude THOMAS, *op. cit.*) : jusque-là, aussi longtemps que le débiteur n'a pas accompli le geste spontané et volontaire, cette obligation est comme si elle n'existait pas; *elle ne s'affirme que lorsqu'elle meurt*; c'est lorsqu'elle disparaît, qu'on s'aperçoit pratiquement de son existence; et ce paradoxe n'en est pas un, puisque l'obligation était dénuée de sanction; elle n'a vécu que parce qu'elle a été spontanément exécutée, parce qu'elle a été éteinte, parce qu'elle est morte : pratiquement, sa vie est purement posthume.

TROISIÈME DIVISION

LES DIFFÉRENTS TYPES D'OBLIGATIONS DIVERSES MODALITÉS

720. Classification. — En négligeant désormais la division des obligations en civiles et naturelles que nous venons d'étudier, les *modalités*, c'est-à-dire les manières d'être, les conditionnements, les variantes dont ces droits peuvent être l'occasion, ont trait :

1° A l'*exigibilité* (obligations *à terme*) ou à *l'existence* (obligations *conditionnelles*) des obligations;

2° A l'*objet* de l'obligation, lequel peut être un ou multiple (obligations *alternatives* ou *facultatives*);

3° Aux *sujets* de l'obligation : il peut y avoir plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs (obligations *solidaires* ou *indivisibles*).

CHAPITRE PREMIER

Modalités affectant l'obligation dans son exigibilité ou dans son existence

Le terme et la condition

721. Rappel. — Ces modalités sont les *modalités par excellence*, les seules que l'on vise ordinairement en employant cette expression.

Nous ne revenons pas sur les définitions précédemment données (*sup.* t. I, n^{os} 108 et suiv.); nous rappelons seulement que le terme est un événement futur et certain (c'est-à-dire qui arrivera fatalement, un jour ou l'autre), tandis que la condition est un événement futur et incertain, dont la survenance est problématique : elle peut, soit se réaliser, soit défaillir.

Nos explications seront limitées, à cette place, aux modalités dites *suspensives*, à celles qui font obstacle à l'exécution ou à la naissance de l'obligation.

Il sera traité, d'abord du *terme suspensif*, puis de la *condition suspensive*.

Section I. — LE TERME SUSPENSIF

722. Classification. — 1° On oppose le terme *certain*, dont on sait à l'avance quel jour il arrivera, par exemple telle date, au terme *incertain* qui ne se prête pas à une prévision de ce genre, par exemple le décès de telle personne.

2° En se plaçant à un autre point de vue, on classe les termes suspensifs d'après leur origine, en *légaux*, *conventionnels* et *judiciaires*.

a) *Le terme conventionnel*, qui constitue le droit commun, est *exprès* ou *tacite* : lorsqu'une obligation est insusceptible, par sa nature même, d'une exécution immédiate, telles les obligations de construire une maison, d'effectuer un voyage, elle est affectée d'un terme implicite, fixé, en cas de contestation, par l'usage ou par le juge. Dans la plupart des *baux*, le terme est exprès, fixé à l'avance par les parties;

b) Le terme *légal* est assez fréquent, par exemple en matière de *baux* : la législation de guerre et d'après-guerre a imparti divers délais pour le paiement des loyers et pour la prorogation du bail : les moratoires en matière de loyers impliquent tout un jeu de termes légaux. (Comp. les dispositions de la loi du 21 août 1936, suspendant *de plein droit*, au profit des commerçants, industriels et artisans, et pour certaines de leurs dettes, toutes poursuites et mesures d'exécution, ainsi que toutes mesures conservatoires qui seraient susceptibles d'empêcher l'exercice normal de la profession). Dans un ordre d'idées différent et à propos de la *restitution de la dot*, l'article 1565 accorde au mari un terme légal;

c) Le terme *judiciaire* intervient lorsque le créancier a exercé des poursuites contre son débiteur, ce qui suppose donc que la créance est exigible, que l'obligation était pure et simple; le juge a la faculté, s'il estime que le débiteur est intéressant, de lui accorder un ou plusieurs délais pour se libérer : c'est le *terme judiciaire*, le *délai de grâce* de l'article 1244, § 2, lequel a le caractère et la signification d'une *faveur* et s'oppose ainsi au *terme de droit*, conventionnel ou légal; il doit être accordé par le jugement même qui statue sur la contestation et il est régi par un statut spécial.

722*bis*. Développement du délai de grâce en droit actuel. — Cette institution du délai de grâce devait recevoir, à notre époque si favorable au débiteur, si dure au créancier, un développement qui fut l'œuvre de deux lois récentes : celle du 25 mars 1936, laquelle confère, en cas d'urgence, au *juge des référés*, le pouvoir d'accorder au débiteur, « *en tout état de cause* », les délais qui, jusqu'alors, n'étaient à la disposition que du tribunal lui-même (art. 1244 § 3, réd. nouv.); puis celle du 20 août 1936 qui a remanié, en ce qui concerne les pouvoirs reconnus à ce tribunal — et, par suite, désormais, au juge des référés lui-même — la teneur du second alinéa de l'article 1244 : tandis que la rédaction primitive parlait de « délais modérés », tout en prescrivant aux juges de n'user de leur pouvoir qu'avec « une grande réserve », ces formules prudentes ont disparu de la rédaction actuelle qui recommande seulement aux magistrats de s'inspirer, en même temps que de « *la position du débiteur* », comme l'ancien texte leur en faisait déjà le devoir, de la « *situation économique* », ce qui est une nouveauté : de plus en plus, le juridique subit la loi de l'économique. En outre, en ce qui concerne la longueur des délais, le législateur de 1936 n'exige plus, comme celui de 1804, qu'ils soient modérés, mais il veut seulement qu'ils empruntent « *leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an...* » On le voit, ce n'est plus seulement la position du débiteur qui est prise en considération, mais ausi les éléments d'ordre extrinsèque, extérieurs à l'obligé; la détresse et la conduite du débiteur sont appréciées en fonction du milieu dans lequel elles se situent, du climat dans lequel elles se réalisent, de la crise économique qui a pu les déterminer : criterium *objectif* et *social*, s'opposant au point de vue purement subjectif et individuel des rédacteurs du code civil et qui vient élargir singulièrement le domaine de l'institution du délai de grâce.

Un décret-loi du 25 août 1937 est venu permettre, à titre provisoire et pendant une année, le renouvellement des délais atteignant une année et précédemment obtenus par un débiteur, en vertu de l'article 1244.

D'autre part, des mesures ont été fréquemment prises en faveur de certaines classes de débiteurs (V. par exemple, pour les *commerçants, industriels et artisans*, un décret-loi du 25 août 1937, pour les *producteurs agricoles*, la loi du 12 juillet 1937; et pour les *débiteurs hypothécaires*, le décret-loi du 31 août 1937, qui prévoit, d'une part l'octroi de délais de grâce dont la durée ne pourra excéder deux années, art. 8, et, d'autre part, l'aménagement des échéances au profit du

débiteur qui remboursera au moins la moitié de la dette, art. 5 et suiv. Mais ce sont là des dispositions qui appartiennent au droit *transitoire*).

723. Plan. — Recherchons :
1° *Dans l'intérêt de qui* le terme est établi;
2° Quelle est la *situation respective* du créancier et du débiteur à terme;
3° Comment l'obligation à terme devient exigible.

724. I. Dans l'intérêt de qui le terme est-il établi? — Intérêt de la question. — On conçoit que le terme existe dans l'intérêt exclusif du débiteur, ou dans l'intérêt exclusif du créancier, ou enfin dans l'intérêt des deux parties. Il est très important de savoir à quoi s'en tenir à ce sujet, car il est évident que celui-là seul est fondé à renoncer au bénéfice du terme en faveur de qui il avait été établi; à cet égard, des distinctions s'imposent :
1° Aucune difficulté pour le *terme judiciaire* : c'est dans l'intérêt du seul débiteur que le *délai de grâce* est accordé par le tribunal; c'est donc le débiteur seul qui peut renoncer à la faculté qui lui a été concédée;
2° Il faut en dire autant du *terme légal;* c'est invariablement l'intérêt du débiteur que le législateur a en vue lorsqu'il affecte une obligation d'un terme.

725. — 3° Pour le terme *conventionnel*, l'article 1187 pose un principe directeur : « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier* »; présomption conforme à l'article 1162, d'après lequel la convention s'interprète, dans le doute, contre le stipulant et en faveur de l'obligé. La règle est d'ailleurs traditionnelle; elle remonte jusqu'au droit romain; elle se justifie, en équité et en raison, mais étant entendu que la présomption qu'elle établit n'est point irréfragable : il appartient à l'intéressé de prouver qu'exceptionnellement et dans l'espèce le terme existait dans l'intérêt commun des parties ou dans l'intérêt exclusif du créancier; cette preuve contraire peut être administrée à l'aide de la teneur de la convention ou au moyen des circonstances de la cause (art. 1187); il faut ajouter : ou encore à l'aide d'un texte de loi.
a) Preuve contraire administrée au moyen d'un texte de loi. — Dans le *dépôt*, le terme fixé pour la restitution est établi, non dans l'intérêt du débiteur, mais dans celui du créancier, le *déposant* : aussi appartient-il à ce dernier d'y

renoncer et d'exiger la restitution par anticipation (art. 1944) ; le dépositaire rendait un service au déposant; il n'a pas intérêt à garder la chose le plus longtemps possible;

b) Preuve contraire par la convention. — Il a été expliqué, dans la convention, que le terme était apposé dans l'intérêt du créancier ou dans celui des deux parties;

c) Preuve contraire à l'aide des circonstances de la cause. — Il peut ressortir des conditions mêmes dans lesquelles une opération est intervenue que le terme a été apposé dans un intérêt autre que l'intérêt exclusif du débiteur; parfois la recherche de l'intention sera délicate, notamment en ce qui concerne le *prêt à intérêt*. Ce n'est pas toujours que le terme, qui est prévu pour le remboursement, est apposé dans le seul intérêt de l'emprunteur; il arive qu'il le soit aussi dans celui du prêteur qui a entendu faire un placement durable et qui serait donc désagréablement surpris par un remboursement anticipé. C'est au juge qu'il appartient de rechercher l'intention des parties et de dire si l'emprunteur peut imposer à son bailleur de fonds un remboursement anticipé, par exemple — s'il s'agit d'un emprunt contracté par l'Etat, par un département, par une commune — au moyen d'une *conversion*. C'est là une *question de fait*, abandonnée aux lumières du juge du fond et qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. (Req. 21 avril 1896, *S.* 1897, 1, 481, note Chavegrin, *D. P.* 1896, 1, 484; 24 janv. 1934, *D. H.* 1934, 145; Bordeaux, 21 août 1877, *D. P.* 1880, 1, 38).

725*bis*. Le remboursement anticipé des dettes. — Les principes ci-dessus exposés ont été mis en échec par une législation récente, et, on doit l'espérer, provisoire; de même que le législateur a accordé, ou a incité le juge à accorder au débiteur des délais non prévus par la convention, ainsi, et par une vue symétrique, il n'a point hésité à provoquer la chute des termes dont les obligations pouvaient être affectées en vertu de cette même convention : après l'exécution différée, nous connaissons ainsi l'exécution ou plutôt la clôture prématurée, *le remboursement anticipé des dettes* : il est dit que notre malencontreuse législation d'après-guerre violera toutes les règles du droit naturel, et plus spécialement celle de la force obligatoire des contrats, à laquelle elle s'attaque de préférence. Un décret-loi du 16 juillet 1935, complété par un décret-loi du 30 octobre 1935, a décidé que « *toute dette civile ou commerciale contractée par une personne publique ou privée antérieurement à la publication du présent*

décret », pouvait, nonobstant toute clause contraire, être remboursée par anticipation; le décret spécifie formellement que sa disposition ne s'appliquera pas aux contrats conclus postérieurement à sa publication; mais elle intéresse toutes les dettes antérieures, y compris celles résultant d'un emprunt garanti par une hypothèque(*D. L.* 31 août 1937, art. 1 à 4). Comme l'exposait brièvement le rapport du Garde des sceaux au Président de la République, ces mesures procédaient de « la disparité apparue entre les charges de capital contractées pendant la période de prospérité et les ressources amoindries dont disposent aujourd'hui les débiteurs pour s'acquitter de ces engagements », et elles tendaient à « rétablir le régulier fonctionnement de la loi de l'offre et de la demande en permettant à tout débiteur de rembourser sa dette afin d'être à même d'adapter, s'il y a lieu, sa situation aux conditions plus favorables du marché ou de la conjoncture économique »; le maintien de clauses rigides aurait constitué, ajoutait-on, une « anomalie économique » et « quelque peu une injustice sociale ». Singulière conception que celle d'après laquelle la justice sociale est assurée par la rupture des contrats, la violation de la foi jurée et l'expropriation du créancier pour cause d'utilité du débiteur! Il est vrai que l'expédient auquel on a eu recours en 1935 rappelle celui qu'on imagina sous le règne de Henri IV et qui a été promu au rang d'institution régulière sous le nom de « subrogation conventionnelle consentie par le débiteur » (*inf.* n^os^ 891 et s.) ; mais cette dernière opération est soumise, par l'article 1250 - 2°, à des conditions de forme extrêmement rigoureuses et elle implique, pour son fonctionnement pratique, que le créancier primitif disposait de sûretés dans lesquelles le nouveau bailleur de fonds sera subrogé; le remboursement anticipé, aménagé par les décrets-lois de 1935, ne suppose rien de pareil; il peut être imposé à tout créancier par tout débiteur, nonobstant toute clause contraire et en dehors de toute subrogation conventionnelle, comme en dehors des formalités instituées par l'art. 1250 - 2° pour la subrogation consentie par le débiteur; il constitue bien un véritable expédient momentané auquel il est à souhaiter que les pouvoirs publics recourent le moins souvent possible.

726. II. **Situation respective du créancier et du débiteur à terme.** — Distinguons entre la période antérieure à l'arrivée du terme et celle qu'inaugure l'échéance.

A. **Avant l'échéance. — Directive.** — Avant l'arrivée du terme, le droit, l'obligation existe déjà; seule, l'exécution est différée (art. 1185).

1° *L'exécution est différée.* — Nous allons faire application de ce principe en nous plaçant dans l'éventualité normale, c'est-à-dire en supposant que le terme affecte l'obligation dans l'intérêt du seul débiteur;

a) Jusqu'à l'arrivée du terme, le créancier ne peut procéder à aucun acte d'exécution : les *voies d'exécution* proprement dites lui sont interdites; les mesures qui en constituent le préléminaire le sont également (action *paulienne* et, à notre avis, action *indirecte*; *sup.* n^os^ 695 et 669);

b) Le créancier à terme ne peut pas opposer sa créance en *compensation*, car il obtiendrait, par ce moyen, l'exécution de sa créance par anticipation et au mépris du terme dont elle était assortie. Cependant, il est à noter que le *terme de grâce* n'est point un obstacle à la compensation (art. 1292) : le débiteur alléguait qu'il n'avait pas de quoi payer; mais l'événement lui permet de se libérer en monnaie de compensation;

c) La créance à terme est *imprescriptible*; on ne saurait reprocher au créancier une inaction forcée, pas plus qu'on ne saurait présumer une libération du débiteur, contraire à toute probabilité (art. 2257, § 4).

727. — 2° *L'obligation existe, même avant l'arrivée du terme* : « Qui a terme, doit » :

En conséquence :

a) Si le débiteur paie avant l'échéance, il n'a pas l'action en répétition, car il ne peut pas prétendre qu'il a payé l'indu; (art. 1186). Cette solution serait à maintenir alors même que le *solvens* aurait cru, à tort, que le terme était échu; son erreur n'est pas prise en considération.

b) Le créancier à terme peut procéder aux actes *conservatoires*, lesquels s'opposent précisément aux actes d'exécution qui lui demeurent interdits. A vrai dire, aucun texte ne lui confère cette prérogative; mais elle appartient au créancier conditionnel (art. 1180); c'est *a fortiori* qu'elle doit lui être reconnue;

c) La question des *risques* est résolue, dans les dettes à terme, comme dans les dettes pures et simples.

728. B. **Après l'arrivée du terme.** — La dette devient exigible; elle est échue; elle se transforme automatiquement en une obligation pure et simple; mais rien de plus :

le débiteur n'est pas constitué en demeure par l'arrivée du terme; la règle « *dies interpellat pro homine* » n'a pas cours dans notre droit; il faudra que le créancier interpelle le débiteur devenu un débiteur pur et simple; jusque là, il n'aura pas droit à des dommages-intérêts (*sup.* n^{os} 619 et suiv.).

729. III. **Comment l'obligation à terme devient exigible.** — Si l'on néglige le cas particulier de la *purge des hypothèques* dont il sera traité à l'occasion de cette catégorie de sûretés (*inf.* n° 1918), celui de la *subrogation* consentie par le débiteur (*inf.* n° 891), celui du *remboursement anticipé des dettes* (*sup.* n° 725 bis) et celui du *rapport des dettes* (*inf.* t. III, n° 1152) [1], on peut dire que l'obligation à terme devient exigible :

1° Par l'*échéance*; 2° par la *renonciation* au bénéfice du terme; 3° par la *déchéance* du terme.

A. **Echéance.** — Pour la computation du délai, on fait abstraction du jour initial (*dies a quo*), tandis qu'on compte le jour de l'échéance (*dies ad quem*), ce qui revient à dire que le délai est compté par jours et non par heures : un délai de dix jours étant accordé au débiteur à partir du premier jour du mois, c'est seulement le 12 que le créancier pourra poursuivre l'exécution de son droit, le débiteur ayant un répit de dix jours pleins.

B. **Renonciation** au bénéfice du terme : il est rappelé que cette renonciation ne peut émaner que de la personne ou des personnes dans l'intérêt de qui le terme avait été établi (*sup.* n° 724).

730. C. La **déchéance** du terme. La concession d'un terme implique une confiance du créancier en son débiteur; lorsqu'il apparaît que cette confiance a été mal placée et que les intérêts du créancier sont menacés, il est juste que le terme tombe. Article 1188 : « *Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.* »

Donc, deux causes de déchéance d'après ce texte : la *faillite* du débiteur; la *diminution des sûretés*.

[1] Dans ces quatre éventualités, l'abolition du terme se réalise, soit contre le créancier (dans les trois premiers cas), soit contre le débiteur (dans le quatrième), en l'absence et même à l'encontre de leur volonté.

731. 1° La faillite du débiteur. — Le débiteur est un commerçant dont la faillite a été déclarée par le tribunal : le jugement déclaratif rend exigibles toutes les dettes du failli (C. com., art. 444), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dettes civiles et les dettes commerciales. C'est là une conséquence nécessaire de la faillite et qu'elle produit de plein droit : il faut absolument procéder à une liquidation générale et complète de la situation, sans réserver les droits des créanciers à terme; d'ailleurs, une fois la faillite déclarée, la confiance que le créancier avait placée dans le débiteur se trouve ruinée.

732. — Cette solution a reçu un double développement, grâce au législateur et à la jurisprudence.

a) La *liquidation judiciaire*, succédané, diminutif de la faillite, produit les mêmes effets : elle comporte *de plano* la déchéance du terme pour les engagements qui incombaient au commerçant (L. 4 mars 1889, art. 8, § 1);

b) On s'accorde à reconnaître que la déchéance du terme est encourue par le *débiteur civil en état de déconfiture*, c'est-à-dire en état d'*insolvabilité*. Sans doute, la déconfiture, à la différence de la faillite, ne détermine pas la liquidation collective des biens du débiteur; sans doute aussi elle n'est pas *prononcée*; il n'existe pas de jugement déclaratif de déconfiture comme il existe un jugement déclaratif de faillite; la déconfiture est une situation inorganisée, un état de fait plutôt que de droit. Mais il n'en est pas moins vrai que la confiance du créancier est désormais ruinée, et que, d'autre part, ses intérêts sont menacés; cette double considération est même plus pressante au cas de déconfiture qu'elle ne l'est au cas de faillite, car la première situation, à la différence de la seconde, implique absolument l'*insolvabilité* du débiteur, et non pas seulement la cessation des paiements. D'ailleurs, l'article 1913 attache à la déconfiture, dans un cas particulier, la déchéance du terme, lorsqu'il déclare que « *le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur* »; l'assimilation établie par ce texte en vue de l'obligation issue d'un contrat de rente perpétuelle doit valoir pour toutes les obligations; la raison s'oppose à une distinction injustifiable : Bourjon écrivait que « la déconfiture rend la dette non échue exigible » (*Droit commun de la France*, livre VI, chap. VIII, n° 34) et, dans les travaux préparatoires, Bigot-Préameneu fut tout aussi net : il assimila la déconfiture du débiteur civil à la faillite du débi-

teur commerçant en tant que cause de déchéance du terme. La jurisprudence est d'ailleurs nettement établie en ce sens (Civ. 30 mars 1892, *S.* 1892, 1, 481, note Labbé, *D. P.* 1892, 1, 281, note Planiol; 6 fév. 1907, *S.* 1907, 1, 67, *D. P.* 1908, 1, 408).

733. Nécessité d'un jugement. — Ces décisions ne se bornent pas à attribuer à la déconfiture du débiteur civil un effet destructif sur le terme; elles prennent aussi parti sur une autre question, plus délicate, qui est de savoir si la déchéance est encourue de plein droit ou si elle doit être prononcée par un jugement : c'est dans ce dernier sens que la Chambre civile s'est prononcée; la déchéance du terme doit être demandée en justice et le tribunal ne la prononce, s'il y a lieu, qu'après vérification des faits qui la motivent. Cette solution a été approuvée par M. Labbé (note précitée), mais critiquée par M. Planiol (note précitée). Ses avantages pratiques sont incontestables : en dehors d'une décision judiciaire, il serait bien difficile de déterminer le moment auquel s'est produite l'insolvabilité du débiteur, donc le moment de la déchéance du terme; l'utilisation des voies d'exécution elle-même n'est point absolument décisive; comme l'écrit M. Labbé, « l'apparence de l'insolvabilité est un fait complexe, muable, susceptible de progrès, qui éclate et se fixe par une décision du juge ». On peut seulement se demander si la déchéance sera encourue seulement au jour du jugement, ou bien s'il ne convient pas de la reporter au jour de la demande; c'est dans ce dernier sens que se prononce la Cour de cassation (arrêts précités).

Il est donc acquis en jurisprudence : 1° que la déconfiture du débiteur civil entraîne la déchéance du terme; 2° que cette déchéance ne peut résulter que d'un jugement; 3° qu'elle est reportée au jour de la demande en justice.

734. 2° La diminution des sûretés. — Il résulte de l'article 1188 que diverses conditions sont requises pour que la déchéance du terme soit encourue de ce chef :

a) Il faut supposer que le créancier possédait des sûretés, et, bien que le texte ne s'en explique pas, des sûretés *spéciales*. La déchéance est étrangère aux sûretés qui portent sur un ensemble de biens, donc, non seulement au droit de gage général lui-même, ce qui est de toute évidence, mais aux *privilèges généraux* de l'article 2101, ainsi qu'aux *hypothèques générales*, *légales* ou *judiciaires*. D'ailleurs, une autre raison existe d'exclure les sûretés de ce genre :

b) L'article 1188 suppose que les sûretés avaient été conférées au créancier *par le contrat*, ce qui vise : les *hypothèques conventionnelles*, le *nantissement* (mobilier ou immobilier), le *cautionnement* et *certains privilèges*, ceux qui sont spéciaux et qui s'expliquent par une convention tacite intervenue entre le créancier et le débiteur, tel le privilège du vendeur;

c) On suppose enfin que le débiteur a diminué *par son fait* les sûretés spéciales ainsi constituées par contrat. Par exemple, le débiteur, qui avait accordé au créancier une hypothèque sur son fonds, démolit les constructions qui en faisaient partie ou abat la forêt dont il était recouvert; c'est bien par son fait qu'il diminue la sûreté conventionnelle; le créancier est en droit de demander la déchéance du terme et de réclamer le paiement immédiat de son dû. Si, au contraire, la diminution des sûretés était attribuable à un événement étranger au débiteur, le terme serait maintenu : par exemple, le fonds hypothéqué diminue de valeur, pour des raisons d'ordre économique ou fiscal; c'est tant pis pour le créancier hypothécaire : le risque hypothécaire est à sa charge.

735. Interprétation large. — La jurisprudence interprète largement l'article 1188 en ce qu'elle considère que la déchéance est possible lorsqu'un débiteur néglige de fournir au créancier les sûretés qu'il lui avait promises par le contrat; le fait de ne pas prester les garanties promises est aussi grave et produit les mêmes conséquences que le fait de diminuer les sûretés effectivement concédées (Douai, 21 nov. 1846, *D. P.* 1847, 2, 28; Montpellier, 23 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 879).

736. Nécessité d'un jugement. — La déchéance pour diminution des sûretés promises n'est jamais encourue de plein droit; elle doit être demandée au tribunal qui la prononce ou qui la refuse après examen des faits.

737. Terme de grâce. — Le terme de grâce comporte des causes de déchéance supplémentaires, qui lui sont particulières et qui relèvent de la procédure. V. art. 124 C. pr.

Section II. — LA CONDITION SUSPENSIVE

738. Renvoi. — Nous ne revenons pas sur les différentes catégories de conditions : *casuelles*, *protestatives* ou *purement potestatives*, *mixtes* (*sup.* t. I, n° 112) et nous rappe-

lons seulement que toute condition a un caractère adventice et accidentel, en ce sens qu'elle n'est jamais nécessaire à la validité d'un contrat, dont elle ne représente en aucun cas l'un des éléments constitutifs et dont elle pourrait être détachée sans dommage juridique; en cela, elle diffère de la *cause*, au sens classique du mot, laquelle fait partie intégrante de l'acte (*sup.* n° 131).

739. Condition et cause. — Condition impossible ou illicite. — Il semble que, précisément à raison de son caractère accessoire et adventice, la condition, à la différence de la cause, ne soit jamais susceptible de vicier le contrat dans lequel elle est insérée, auquel elle est adjointe : à la supposer illicite ou irréalisable, on en fera abstraction, tout simplement, mais l'acte lui-même restera debout, pur et simple.

Tel est bien le système du Code civil pour les conditions insérées dans les libéralités : impossibles ou illicites, elles sont réputées *non écrites* (art. 900). Mais, pour les actes à titre onéreux, l'article 1172 établit une règle différente en décidant que de telles conditions, nulles en elles-mêmes, rendent également nulle la convention qui en dépend.

Seulement, il est remarquable que notre jurisprudence limite la sanction établie par l'article 1172 aux conditions qui ont joué, dans la conclusion de l'opération, un rôle déterminant, aux conditions *sine qua non*; c'est seulement si les parties ont entendu faire dépendre de la condition l'existence même de la convention, que cette dernière se trouvera contaminée par la condition illicite ou impossible qui l'entraînera alors avec elle dans sa chute; mais les conditions accessoires et qui n'intéressent pas l'opération dans son essence, n'ont pas cette importance; leur nullité n'implique pas celle de la convention qui en était assortie; l'article 1172 ne les vise pas (Req. 13 déc. 1921, *D. P.* 1923, 1, 62; 22 déc. 1930, *motifs*, *S.* 1932, 1, 6, *D. H.* 1931, 33; Civ. 21 nov. 1932, *D. H.* 1933, 19; Poitiers, 24 mai 1897, *D. P.* 1897, 2, 270; Paris, 23 mars 1927, *S.* 1927, 1, 118; Limoges, 12 oct. 1928, *D. P.* 1931, 2, 41, note Baudoin; trib. civ. Seine, 27 avril 1933, *D. H.* 1933, 375). Tout cela revient à dire que la condition ne vicie l'acte, *onéreux* ou *gratuit*, dans lequel elle a été intégrée, qu'autant qu'elle a joué le rôle de *cause impulsive et déterminante* (*sup.* n^{os} 142 et suiv.); les notions de mobile et de but sont, comme d'ordinaire, décisives, en pareille matière, et les deux titres, onéreux et gratuit, gouvernés par les deux statuts opposés des articles 900 et 1172,

ont fini, grâce à la jurisprudence, par se rejoindre pratiquement.

Il est cependant à noter que la condition purement potestative (*sic volo*) entraîne nécessairement la nullité de l'obligation et du contrat, du moins lorsque c'est au profit du débiteur que la *potestas*, inconciliable avec la notion même du *vinculum juris*, a été réservée (Civ. 25 nov. 1896, *D. P.* 1897, 1, 34, conclusions de l'avocat général Desjardins).

C'est au juge du fond qu'il appartient d'apprécier si la condition jouait, dans l'opération, un rôle tellement essentiel que sa chute doive entraîner celle du contrat lui-même; appréciation délicate, mais qui sera parfois facilitée par certains indices, certaines circonstances de la cause, telle cette particularité que, dans l'espèce et lors de l'exécution de la convention, la condition n'avait jamais été appliquée par les parties ou encore qu'elle avait l'aspect et la valeur d'une simple clause de style (v. arrêt précité, 21 nov. 1932).

740. Situation créée par la condition suspensive. — Pour apprécier et pour fixer cette situation, nous nous placerons successivement *pendente conditione*, au moment où on ne sait pas encore si la condition se réalise ou défaillera, puis après que l'incertitude a cessé.

I. **Situation « pendente conditione ».** — La situation faite au créancier conditionnel est fort délicate à définir; les jurisconsultes romains la ramenaient à un simple espoir « *spes est debitum iri* »; cette formule ne rend pas un compte exact de la réalité juridique; le créancier sous condition suspensive a, en quelque mesure, des droits *actuels* :

1° Il peut procéder aux actes *conservatoires* (art. 1180); donc, requérir un inventaire, faire apposer les scellés, faire inscrire une hypothèque, etc. (Sur les actes conservatoires, v. *sup.* n^{os} 652 et suiv.);

2° S'il *décède*, il transmet ses droits à ses héritiers (art. 1179) : à cet égard, le droit conditionnel se différencie nettement des simples offres, lesquelles deviennent caduques par le décès du destinataire comme par celui du pollicitant (*sup.* n° 47)

3° Le droit conditionnel suffit à mettre son titulaire à l'abri du principe de la non-rétroactivité des lois : vainement une loi ultérieure modifierait-elle, dans l'intervalle, les conditions de validité du contrat; les destinées de celui-ci n'en seraient pas compromises (P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, t. II, p. 44).

Si l'on ajoute à cela que la condition se réalise rétroactivement, ainsi que nous allons le voir, ce qui implique qu'elle trouve alors un point d'appui solide dans le passé, il est permis de penser que l'obligation affectée d'une condition suspensive comporte des éléments actuels, qu'elle est pourvue d'une certaine dose d'actualité; après quoi, il est évident qu'elle présente un caractère d'imperfection manifeste.

741. Imperfection de l'obligation conditionnelle. — Il va sans dire que les actes interdits au créancier à terme le sont *a fortiori* au créancier conditionnel : actes d'exécution, exercice de l'action paulienne ou de l'action indirecte, tandis que, d'autre part, ce créancier n'est pas menacé par la *prescription* (art. 2257, § 2), mais il y a lieu de noter, en outre :

1° Que l'obligation conditionnelle, à la différence de l'obligation à terme, ne peut pas justifier, par elle-même et en tout cas, un paiement : si, plus tard, la condition fait défaut, la prestation est sans cause entre les mains du créancier qui sera donc exposé à la *condictio indebiti* (art. 1185 et 1186, *arg. a contrario*; solution traditionnelle);

2° La question des *risques* se pose, pour les obligations conditionnelles, tout autrement que pour les obligations à terme : dans les contrats synallagmatiques qui tendent à transférer la propriété d'un corps certain, les risques sont normalement pour le créancier de la prestation devenue impossible (art. 1138, § 2); mais si ce même contrat est affecté d'une condition suspensive, c'est le débiteur de la prestation qui supporte la perte; car, désormais, et précisément à raison de cette perte, le contrat ne peut plus se former, en dépit du principe de la rétroactivité de la condition qui ne trouve plus de prise (art. 1182, §§ 1 et 2); pour qu'une condition rétroagisse, il faut d'abord qu'elle puisse agir (*sup.* n° 372).

A vrai dire, le problème se pose dans des termes différents lorsque la perte n'est que *partielle* : la convention trouve un objet au jour de l'événement de la condition; elle peut se former et il semble donc qu'on doive alors en revenir à la règle de l'article 1138 et laisser les risques de la perte partielle au compte du créancier. Mais cette solution, qui était celle de notre ancien droit, a été écartée par le Code civil : en donnant au créancier le choix ou de résoudre le contrat ou d'exiger la chose dans son état actuel et sans diminution de prix, l'article 1182, § 3, met en fait les risques à la charge du débiteur, car, si la détérioration est impor-

tante, le créancier, et par exemple l'acheteur, préférera utiliser la faculté de résolution.

742. II. Situation après que l'incertitude a pris fin. — Nous supposerons successivement que la condition s'est réalisée, puis qu'elle a défailli.

Auparavant, une double observation doit être présentée :

1° La condition se réalise ou défaille pour le tout, intégralement; il n'y a pas de solution intermédiaire; c'est là ce qu'on appelle le principe de l'*indivisibilité de la condition*;

2° La question de savoir si la condition s'est ou non réalisée est une question de fait résolue par les juges du fond dont la décision est souveraine, à condition d'être motivée.

Le code civil fournit d'ailleurs quelques directives : article 1175 : « *Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût* »; article 1178 : « *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.* »

A. **La condition s'est réalisée. — Règle de la rétroactivité.** — C'est une règle générale que toute condition se réalise rétroactivement (art. 1179) : tout se passe donc, en principe, comme si le contrat avait été conclu purement et simplement, dès l'origine; les parties sont ainsi mises dans le même état que si elles avaient traité de façon ferme; et cela conformément à leur intention probable : l'événement mis *in conditione* est simplement *déclaratif* des obligations; celles-ci découlent non de cet événement, mais de la convention elle-même. Nous avons rencontré ce principe, à plusieurs reprises déjà (*sup.* t. I, n° 111) et notamment en étudiant le droit de propriété (*sup.* t. I, n^{os} 1815 et suiv.); nous nous bornons à indiquer les conséquences qui en découlent, *en matière d'obligations* :

1° Si le débiteur s'est acquitté *pendente conditione*, la répétition lui est interdite une fois que la condition s'est réalisée, car il se trouve que la dette existait lors du paiement;

2° Une fois la condition réalisée, le créancier va pouvoir intenter l'action paulienne contre les actes intervenus, de la part de son débiteur, *pendente conditione*, car son droit se trouve reporté, après coup et rétrospectivement, à une date antérieure auxdits actes;

3° A supposer que la créance conditionnelle fût garantie par une hypothèque, celle-ci prendra rang au jour du con-

trat, et non pas seulement à celui de la réalisation de la condition : ceci pourvu que le créancier ait eu la précaution de faire inscrire son hypothèque à l'avance, car il s'agit là d'un droit sujet à publicité.

Remarque. — Il a été jugé que la rétroactivité de la condition réalisée n'est point d'ordre public : il dépend de la volonté des parties d'y déroger, expressément ou implicitement (Req. 10 fév. 1925, *S.* 1925, 1, 61).

743. B. **La condition est défaillie.** — En cette occurrence aussi intervient la règle de la rétroactivité; conformément à l'intention des parties, qui n'auraient pas contracté si elles avaient eu la certitude de la défaillance de la condition, la convention est non avenue; elle est censée n'avoir jamais existé; les effets en sont effacés, réserve faite de ce qui a été dit pour les actes conservatoires (*sup.* t. I, n° 1816).

743*bis*. Condition et charge. — La condition et la charge présentent ce trait commun d'être des éléments simplement *accessoires* du contrat et de l'obligation, lesquels seraient constitués et parfaits en dehors d'elles; ce sont des annexes, des modalités, au sens large du mot.

Mais plusieurs différences les séparent :

1° Alors que la condition est indivisible, au sens que nous avons précisé (*sup.* n° 742), la charge n'offre pas ce caractère : son exécution partielle peut être retenue et prise en considération par le juge, de telle sorte que le contrat subsistera encore que la charge qu'il imposait à l'une des parties — par exemple le service d'une rente — soit demeurée partiellement inexécutée;

2° Le créancier dispose d'une action pour exiger l'exécution de la charge, au lieu que la réalisation de la condition — casuelle, potestative ou mixte — échappe à son pouvoir de détermination;

3° Mais, venant à se réaliser, la condition a un *effet rétroactif* qui demeure complètement étranger à la charge.

Ces notions sommaires seront complétées à l'occasion des libéralités (*inf.* t. III, n° 1533) : c'est surtout dans les donations entre vifs et dans les testaments que les charges trouvent leur place.

CHAPITRE II

Modalités relatives à l'objet de l'obligation
Obligations à objets multiples

744. Différents types. — Les obligations à objets multiples ressortissent à différents types.

I. **Plusieurs choses sont dues et toutes doivent être payées.** — Les différents objets de la dette sont tous à la fois *in obligatione* et *in solutione* : on dit alors que l'obligation est *conjonctive;* par exemple, un testateur a légué à la même personne une somme d'argent et tant de livres à prendre dans sa bibliothèque. Il y a deux choses dues, dont le paiement peut être exigé cumulativement.

A supposer qu'il y ait là une dette *unique* (et la question est parfois sujette à discussion; elle est affaire d'interprétation de volonté), les règles suivantes sont applicables :

1° Le créancier peut demander le paiement simultané et cumulatif des choses dues;

2° Il est en droit de refuser l'une des prestations qui lui serait offerte isolément; car on ne peut le contraindre à recevoir un paiement partiel (art. 1244; *inf.* n° 853);

3° La nature de l'obligation est facile à déterminer : mobilière en tant que le droit a pour objet des meubles, immobilière en tant qu'il porte sur des immeubles.

745. II. **Plusieurs choses sont dues (*in obligatione*), mais une seule doit être payée (*in solutione*).** — On dit alors que l'obligation est *alternative* : le débiteur doit livrer au créancier telle somme d'argent ou bien une voiture de tel type, de telle série, ou bien telle étendue de terrain à prendre dans tel domaine. Toutes ces choses sont dues, figurent *in obligatione*, mais une seule d'entre elles sera payée, rentrera *in solutione*. L'acquittement d'une telle dette implique une option dont la signification est de concentrer les effets du lien obligatoire sur l'un des objets et de dégager les autres. En conséquence :

1° Si l'une des prestations stipulées est illicite, l'obligation n'en subsiste pas moins; un autre objet demeure qui lui servira de support;

2° L'une des prestations devenant impossible à exécuter, et cela à raison d'un fait étranger au débiteur, l'obligation

subsiste : le débiteur n'est libéré que par une impossibilité d'exécution affectant toutes les prestations envisagées (art. 1195) ;

3° Quant à savoir si l'obligation est mobilière ou immobilière, il faudra attendre, pour être fixé à ce sujet, le jour du paiement : c'est la chose livrée au créancier qui détermine la nature, mobilière ou immobilière, de la dette, car c'est sur elle que se concentre décidément le lien obligatoire.

746. Option. — En principe, c'est au débiteur que l'option appartient, par application de la règle inscrite dans l'article 1162 (art. 1190) ; mais on peut stipuler que le choix sera exercé par le créancier (même texte; Req. 17 juill. 1929, *D. P.* 1929, 1, 143, avec le rapport de M. Bricout).

Il est admis que l'option, une fois effectuée, rétroagit au jour du contrat, ce qui explique notamment que l'obligation soit censée avoir eu, dès sa naissance, la nature qui lui est imprimée par l'objet choisi, meuble ou immeuble.

747. III. **Des objets stipulés, un seul est *in obligatione*.** — Le débiteur doit telle chose, et uniquement celle-là; toutefois, il lui est loisible de se libérer en effectuant une autre prestation. L'obligation est dite alors *facultative*. Par exemple, un testateur lègue à une personne une partie de son mobilier ou de sa bibliothèque; mais, prévoyant que l'exécution de cette disposition pourrait être désagréable à son héritier, désireux de conserver en nature les biens en question, il l'autorise à se libérer en remettant au légataire une somme d'argent. Parfois, c'est la loi elle-même qui institue l'obligation facultative : l'article 1681 en consacre une application en matière de rescision de vente d'immeuble pour cause de lésion : l'acheteur est tenu, en principe, de restituer l'immeuble au vendeur; toutefois, il peut conjurer cette éventualité en versant à celui-ci le supplément du juste prix (*inf.* n° 1055).

En pareil cas, un seul objet est dû, se trouve *in obligatione*; quant à l'autre, il n'est envisagé par les parties qu'à titre subsidiaire; il correspond à une facilité de paiement qui est reconnue au débiteur, à une *facultas solutionis*; il se trouve *in facultate solutionis*. En conséquence :

1° Si l'objet unique de l'obligation est illicite, le contrat est inefficace, sans qu'il y ait lieu de s'en référer à la prestation subsidiaire;

2° Si cet objet périt par cas de force majeure, le débiteur est libéré;

3° On connaît à l'avance la nature de l'obligation : elle est déterminée, quoi qu'il advienne par la suite et même si le débiteur use de la *facultas solutionis*, par l'unique objet qui se trouve *in obligatione*.

748. Obligations avec clause pénale. — Il ne faut pas les confondre avec des obligations facultatives : avec elles, il ne dépend pas du débiteur de choisir entre deux prestations; c'est une seule qu'il doit et *c'est une seule qu'il est tenu d'exécuter*; aussi longtemps que l'exécution en nature reste possible, le créancier peut s'y tenir, et, par exemple, s'il s'agit d'une obligation de faire, il pourra fort bien faire exécuter l'ouvrage aux frais du débiteur récalcitrant (*sup.* n° 592).

Chapitre III

Modalités relatives aux sujets de l'obligation
Pluralité de sujets actifs ou passifs

749. Position de la question. — Une même obligation peut-elle exister, soit au profit de plusieurs créanciers, soit à la charge de plusieurs débiteurs?

750. Principe. — En principe, la pluralité de sujets, actifs ou passifs, entraîne la pluralité des rapports obligatoires, — et cela soit qu'elle s'affirme dès l'origine, soit qu'elle ne se manifeste que par la suite.

1° *Dès l'origine.* — Un bailleur de fonds prête trois mille francs à deux emprunteurs. Il y a, non pas une dette, mais deux, dérivant d'un même acte; chacun des co-emprunteurs doit quinze cents francs; c'est de plein droit que le fardeau se divise entre eux;

2° *Par la suite.* — Le prêt a été consenti à une seule personne, laquelle décède, laissant plusieurs héritiers, par exemple trois enfants; il y a désormais trois dettes au lieu d'une, chacun des héritiers étant tenu jusqu'à concurrence du tiers; et si le prêteur vient lui-même à décéder, laissant deux enfants, il y a désormais six rapports obligatoires, chacun des héritiers du créancier comptant trois débiteurs : l'obligation s'est divisée de plein droit, passivement d'abord, activement ensuite, conformément à l'article 1220.

On dit, dans ces deux éventualités, que la dette est *conjointe*; l'expression est malheureuse; elle s'explique par la

communauté d'origine des différentes obligations, mais elle ne rend pas du tout la situation juridique; en réalité, l'obligation est *disjointe*, ce qui revient à dire qu'il y a plusieurs obligations, dès l'origine dans le premier cas, au décès de l'une des parties dans le deuxième.

751. Règles applicables. — La *pluralité* et l'*indépendance* des dettes ayant une même origine, conduisent aux conséquences suivantes :

1° Chacun des créanciers ne peut demander à chacun des débiteurs que ce qui lui est dû par ceux-ci, soit, dans la dernière éventualité envisagée, cinq cents francs;

2° A supposer que l'un des débiteurs devienne *insolvable*, la perte est pour le créancier qui ne peut pas s'en prendre aux autres débiteurs : à chacun sa dette et à chacun son dû;

3° Si l'un des créanciers met l'un des débiteurs en *demeure* de payer, l'interpellation ne s'étend pas aux autres : la position de la demeure est strictement personnelle, activement et passivement, pour le créancier qui l'a déterminée comme pour le débiteur qui la subit;

4° De même pour l'*interruption* ou la *suspension* de la prescription : en interrompant la prescription contre tel débiteur, le créancier ne l'interrompt pas contre les autres obligés, et son geste ne profite pas aux autre créanciers; et de même, si la prescription est suspendue au profit de l'un des créanciers, qui est mineur, elle n'en court pas moins contre les autres, supposés majeurs et maîtres de leurs droits.

752. Les dérogations au principe de la disjonction des obligations issues d'un même acte. — Exceptionnellement, il arrive que les obligations, issues d'un même acte, ne se fragmentent pas entre les divers sujets, actifs et passifs, ou entre leurs héritiers.

Dérogation apparente. — Il est des dérogations qui sont apparentes, mais non effectives. Le législateur lui-même s'y est laissé prendre en écrivant l'article 1221. A en croire ce texte, le principe de la division des obligations comporterait certaines dérogations, notamment *en matière hypothécaire*.

La dette est garantie par une *hypothèque*; alors, le créancier peut demander le paiement intégral à celui des débiteurs ou à celui des héritiers qui possède l'immeuble hypothéqué; la règle de la division des dettes serait donc écartée (art. 1221 - 1°). En réalité, elle ne l'est aucunement; la dette,

même hypothécaire, se divise entre les obligés et entre leurs héritiers; ce qui ne se divise pas, c'est l'hypothèque; mais ceci est une tout autre affaire; la preuve en est que le créancier peut exiger un paiement intégral même d'un *tiers détenteur*, c'est-à-dire d'un propriétaire de l'immeuble hypothéqué, complètement étranger à la dette : les rédacteurs du Code civil ont confondu ici l'obligation et l'hypothèque qui en garantit l'exécution; seule, l'hypothèque est indivisible, et son indivisibilité ne retentit pas sur l'obligation.

753. Dérogations effectives. — La règle de la division des obligations entre les sujets, actifs et passifs, est écartée au cas de *solidarité* et au cas d'*indivisibilité* : on voit alors l'obligation conserver son unité encore qu'elle intéresse plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs; la pluralité de sujets, actifs ou passifs, ne compromet pas l'unité du rapport obligatoire.

Nous étudierons d'abord la *solidarité*; puis l'*indivisibilité*, en notant préalablement que la première est établie par la volonté des parties (ou de la loi) dans le but de renforcer la situation, soit du créancier, soit du débiteur, au lieu que la deuxième est imposée par la nature de la prestation; elle tient à l'objet de la dette.

Section I. — LES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

754. Idée générale et définitions. — La solidarité est une modalité qui fait obstacle à la division d'une obligation, en soi et par sa nature divisible : c'est le tout (*solidum*) qui est dû à chacun ou par chacun; de là le nom de *solidarité* qui vise une obligation au tout. C'est la *solidité* de nos anciens auteurs, la *corréalité* des Romains.

Lorsque la solidarité est établie entre créanciers, elle est *active* : instituée entre débiteurs, elle est dite *passive*; les deux formes peuvent d'ailleurs coïncider pour un même rapport de droit, et alors l'un quelconque des créanciers peut exiger de l'un quelconque des débiteurs un paiement intégral qui éteindra l'obligation au regard de tous.

Ces quelques indications accusent la complexité de l'obligation solidaire : une quant à son objet (*una res vertitur*), elle est complexe quant aux sujets, actifs ou passifs, qui y sont engagés (pluralité de liens). La conciliation de ces deux directives n'est point toujours aisée : le législateur, la jurisprudence, les auteurs se sont employés à la réaliser.

§ I. — *LA SOLIDARITÉ ACTIVE*
(Art. 1197 à 1199)

755. Hypothèse. — Pour qu'il y ait solidarité entre créanciers, conformément aux articles 1197 à 1199, il faut supposer qu'aux termes du contrat ou du testament une obligation unique existe au profit de plusieurs personnes, de telle façon que chacune d'elles soit à même d'exiger et de recevoir un paiement intégral qui sera libératoire *erga omnes* (art. 1197).

756. Utilité de la solidarité active. — Il semble que cette institution ait pour destinée de permettre de tourner certaines règles gênantes : à Rome, et primitivement, le dogme de l'intransmissibilité des créances, puis la règle « *nemo alieno nomine lege agere potest* » : en multipliant les créanciers, on diminuait les chances d'extinction des créances, de même qu'on accroissait les chances pour que, l'action en justice devenant nécessaire, il se trouvât une personne qui fût apte à l'exercer, en droit et en fait. De nos jours, la solidarité active avait trouvé une utilité inattendue avec la pratique des *comptes-joints* pour les dépôts effectués en banque : des déposants, ordinairement le mari et la femme, se font ouvrir un compte-joint qui les constitue créanciers solidaires de la banque; de cette façon, l'un des déposants venant à décéder, le survivant retirera les valeurs ou les sommes d'argent déposées en commun, et cela en *son seul nom*, à titre personnel, et non pas comme héritier du prédécédé, ce qui lui évite le règlement de droits de succession fort élevés. Mais le fisc veillait et les lois de finances du 31 mars 1903 (article 7) et du 30 novembre 1903 (art. 3) ont déjoué cette combinaison en décidant que ces comptes seraient considérés comme étant des comptes en commun et comme dépendant donc de la succession pour une part virile; mais il va sans dire que cette disposition ne vise que les comptes ouverts dans des banques françaises.

Hors de là, la solidarité active ne se conçoit guère que dans l'intérêt du débiteur à qui elle donne la facilité de se libérer, à son choix et indifféremment, entre les mains de l'un quelconque des créanciers; elle représente ainsi pour lui une facilité de paiement, mais qui peut être avantageusement remplacée par un simple mandat intervenu entre les créanciers en vue de recevoir la somme due, mandat qui a l'avantage d'être révocable et de prendre fin avec le décès

du mandataire comme avec celui du mandant, au lieu que la situation aménagée par la solidarité est définitive et irrévocable.

On le voit, bien minime est l'utilité de la solidarité active qui est une institution à peu près morte.

757. Effets de la solidarité active. — Cette solidarité, *qui n'est jamais légale*, mais qui résulte toujours d'une clause conventionnelle ou testamentaire, a pour effet essentiel de mandater réciproquement les divers créanciers en vue de *l'acquittement* et de la *conservation* de l'obligation.

1° *En vue de l'acquittement de la dette* : chaque créancier peut exiger et poursuivre en justice le paiement intégral qui sera effectué valablement entre ses mains (art. 1197) et qui libèrera le débiteur envers tous les créanciers;

2° *En vue de la conservation de la dette* :

a) Si l'un des créanciers met le débiteur en demeure, cette position juridique existe vis-à-vis des autres créanciers : le débiteur est réputé en demeure à l'égard de tous les ayants droit : en conséquence, les intérêts de la somme due courront au profit de tous;

b) Tout acte qui interrompt la prescription au regard de l'un des créanciers, l'interrompt aussi vis-à-vis des autres : il n'y a qu'une seule obligation (art. 1199).

758. Limites du mandat réciproque. — Le mandat réciproque n'englobe par les actes de disposition : il ne dépendrait pas de l'un des créanciers d'éteindre l'obligation au moyen d'une *remise de dette* (art. 1198, § 2), ni même par une *novation*.

759. Recours. — Il est évident que le créancier qui a encaissé le montant intégral de la dette ne peut pas tout garder pour lui; il doit remettre à chacun des ayants droit la part qui lui revient d'après les termes du contrat ou du testament; autre chose est la question de *poursuite*, autre chose celle de *contribution* : un mandataire doit rendre des comptes à ses mandants; il ne saurait s'appliquer le bénéfice de l'opération effectuée pour leur compte.

§ II. — *LA SOLIDARITÉ PASSIVE*

(Art. 1200 à 1216)

760. Idée générale ; utilité. — Il y a *solidarité passive* lorsqu'une obligation unique est établie à la charge de plusieurs débiteurs, de telle sorte que l'un quelconque d'entre

eux puisse être contraint à effectuer un paiement intégral qui sera libératoire pour tous vis-à-vis du créancier (art. 1200). Par exemple, un capitaliste prête trois mille francs à trois co-emprunteurs qui s'engagent solidairement à restituer cette somme au jour convenu, étant entendu que le créancier pourra s'adresser indifféremment à l'un quelconque d'entre eux, puisque chacun des coobligés s'engage à payer le tout : *solidum*. Ces trois coobligés, Primus, Secundus et Tertius, sont des *codébiteurs solidaires*.

Le but de cette combinaison est de donner au créancier une plus grande sécurité : au lieu d'un débiteur unique, il en aura deux, trois ou davantage; son droit de gage général, au lieu d'être limité à un patrimoine, planera sur une série de patrimoines; la solidarité passive est une forme de *sûreté personnelle*.

761. Solidarité passive et cautionnement. — Le rapprochement vient aussitôt à l'esprit avec une autre forme de sûreté personnelle, le cautionnement. Et il est bien vrai qu'à aller au fond des choses, les codébiteurs solidaires jouent, dans la réalité, le rôle de cautions; dans l'espèce sur laquelle nous avons raisonné, il est bien probable que l'emprunt effectué intéresse les trois emprunteurs, par exemple chacun jusqu'à concurrence de mille francs : dès lors, chacun joue, vis-à-vis des autres, le rôle de caution dans la mesure qui excède sa part d'intérêt, soit pour deux mille francs. Mais, ce point de contact signalé, les différences abondent entre les deux variétés de sûretés personnelles; elles découlent essentiellement de cette idée que la caution n'est qu'un débiteur de second plan, un débiteur subsidiaire, qui doit payer seulement si le débiteur ne paie pas; tandis que les codébiteurs solidaires sont tous des débiteurs principaux de première ligne. Il résulte de là notamment que la caution, poursuivie par le créancier, peut lui opposer l'*exception de discussion*, c'est-à-dire le renvoyer à discuter, à saisir les biens du débiteur principal; mais cette ressource est étrangère à la solidarité passive sous le règne de laquelle il n'y a pas de débiteurs de seconde ligne, mais uniquement des débiteurs tout court, des *codébiteurs*. La solidarité entre débiteurs offre donc au créancier plus de sécurité que le cautionnement, précisément parce que le débiteur principal et la caution ne sont pas des codébiteurs, mais des débiteurs situés, par une même obligation, sur des plans différents : c'est ce qui sera mieux compris par la suite.

Historiquement, la solidarité passive est née des adoucis-

sement apportés à Rome à la situation des cautions (bénéfices de discussion, de division); on peut se demander si elle ne subit pas à son tour l'évolution qui a enlevé au cautionement son efficacité première : comme on le verra, dans certains pays, en *Allemagne*, en *Suisse*, en *Pologne*, le lien solidaire est moins rigoureusement compris que dans notre pays; il semble que, d'une façon générale, il tende, en législation, à se relâcher.

762. Plan.
1° *Effets* de la solidarité passive;
2° *Sources;*
3° *Cessation.*

I

Effets de la solidarité passive

763. Distinction. — Il faut distinguer : 1° les rapports des codébiteurs avec le créancier; 2° les rapports des codébiteurs entre eux.

I. **Rapports des codébiteurs avec le créancier.** — Ces rapports donnent l'occasion d'étudier la question d'*obligation* à la dette, c'est-à-dire la question du droit de poursuite : ils gravitent autour de trois idées essentielles :
1° L'*unité d'obligation*, ou, plus précisément, l'objet de la dette;
2° La *pluralité de liens*;
3° La *représentation réciproque.*

764. A. **Unité d'obligation, et surtout unité d'objet.** — *Una res vertitur* : une seule chose est due; et de là la solution qui caractérise la solidarité pasive : l'*obligation au tout*; chacun des codébiteurs peut être contraint pour la totalité (art. 1200), sans avoir la ressource de prétendre imposer au créancier un paiement partiel, pour sa part et portion : le *bénéfice de division*, qui appartient à la caution, est refusé aux codébiteurs solidaires (art. 1203); en sorte que chacun d'eux est exposé à faire l'avance du montant intégral de la dette et que le paiement ainsi effectué libère, au moins vis-à-vis du créancier, tous les codébiteurs.

765. B. **Pluralité de liens.** — Encore que l'obligation soit une et qu'une seule chose soit due, il y a plusieurs dé-

biteurs, donc plusieurs liens de droit, et c'est là une particularité dont il est impossible de faire abstraction; elle est fertile en conséquences qui sont en définitive, autant de limitations apportées à l'idée de solidarité, idée qui, poussée jusqu'au bout, ferait obstacle à toute différenciation.

1° L'un des codébiteurs peut être engagé purement et simplement alors qu'un autre bénéficie d'une terme et que l'engagement d'un troisième est affecté d'une condition : les *modalités* de l'obligation ont ou peuvent avoir un caractère individuel (art. 1201);

2° Individuelles aussi sont les causes de *nullité* ou de *rescision* : si l'un des codébiteurs était, lors du contrat, en état de minorité, l'obligation qu'il a assumée, seul, lui-même et sans assistance, est annulable ou rescindable; mais les obligations contractées par les autres codébiteurs, majeurs et maîtres de leurs droits, n'en sont pas moins valables;

3° A supposer tous les engagements valables, il peut arriver que l'un d'eux prenne fin alors que les autres subsistent : il est des modes d'extinction qui ont un caractère personnel, qui n'opèrent pas *in rem* (*inf.* n° 773);

4° Le créancier n'est pas obligé d'englober tous les codébiteurs dans les poursuites qu'il exerce; il s'adresse à qui bon lui semble; il a un *droit d'élection*. D'ailleurs, les poursuites exercées contre l'un des débiteurs ne l'empêchent pas d'en exercer de pareilles contre les autres, à supposer que les premiers ne lui aient pas donné complète satisfaction : nous ne connaissons plus l'effet extinctif de la *litis contestatio* (art. 1204; Civ. 5 mars 1935, *S.* 1935, 1, 175, *D. H.* 1935, 211);

5° Le créancier qui cède son droit d'action contre l'un des codébiteurs, le conserve en principe contre les autres (même arrêt).

766. C. **Idée de représentation réciproque.** — On conçoit une solidarité gouvernée uniquement par les règles précédentes et ne produisant, en faveur du créancier, qu'un seul effet se résumant dans l'obligation au tout et dans le droit d'élection, jusqu'à complète satisfaction. C'est là le système du droit *allemand*, du droit *suisse*, du droit *polonais* (code des obligations, art. 13 et s.), et aussi, sous certaines réserves, du code civil de la République de la *Chine* (art. 271 et s., notamment art. 279). Mais, dans notre droit français, une troisième directive vient se juxtaposer aux précédentes, et c'est celle de représentation réciproque : on considère que les codébiteurs se sont donné un mandat réciproque dans l'inté-

rête du créancier, en sorte qu'ils constituent une sorte de société, d'association de crédit mutuel.

Cette idée de représentation réciproque n'est pas neuve : on la trouve dans les traités de nos anciens auteurs, Renusson, Bretonnier, Bourjon (V. la thèse de M. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, 1897) ; notre jurisprudence actuelle s'y réfère constamment : chaque codébiteur est « le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts » (Civ. 15 janv. 1873, *D. P.* 1873, 1, 249) ; leur « représentant légal et nécessaire » (Civ. 25 mars 1902, *S.* 1903, 1, 484) ; on voit en lui « un associé qui a la signature sociale » (Agen, 28 oct., 1891, *D. P.* 1893, 2, 540).

767. Précision. — Quelle est l'étendue de ce mandat réciproque? Quel est l'objet de cette société? La loi, ou la jurisprudence, y attachent les effets suivants qui en sont autant de manifestations :

1° Du moment que la *prescription* est interrompue à l'égard de l'un des codébiteurs, elle l'est, du même coup, vis-à-vis des autres, et cela sans distinguer selon que l'interruption tient au fait du créancier qui a interpellé son obligé (art. 1206), ou qu'elle provient du fait du débiteur qui a reconnu la dette (art. 2249, § 1) ;

2° et 3° Les codébiteurs se représentent réciproquement quant à la *demeure* et quant à la *faute* : la demeure de l'un entraîne celle des autres; la faute de l'un engage la responsabillité des autres : si la chose due vient à périr alors que l'un des codébiteurs était en demeure, ou bien par la faute de l'un d'eux, le créancier peut demander raison de cette inexécution en nature même à ceux qui n'avaient point été mis personnellement en demeure ou qui n'ont pas commis de faute (art. 1205) ;

Cependant, l'idée de représentation n'est pas poussée ici jusqu'à ses dernières conséquences; les débiteurs innocents ne sont pas traités absolument comme le débiteur coupable : c'est seulement de la valeur de la chose que le créancier peut leur demander raison; mais, quant à des *dommages-intérêts*, il ne saurait en réclamer qu'au coupable lui-même, au débiteur qui était effectivement en demeure ou qui a commis une faute (art. 1205, § 1 et 2) : la solidarisation n'est donc pas complète, à ce point de vue, entre les codébiteurs; elle existe, elle est réalisée *jusqu'aux dommages-intérêts exclusivement*. Cette différenciation est d'ailleurs injustifiable rationnellement; elle ne s'explique qu'historiquement, par une inter-

prétation inexacte que nos anciens auteurs donnaient de deux textes du Digeste qui leur paraissaient contradictoires et qu'ils ont voulu concilier à tout prix, sans le moindre besoin [1]; l'erreur commise par Dumoulin est devenue la vérité législative du XX^e siècle; ce n'est pas la seule fois qu'un contre-sens juridique ait passé dans nos lois sous le patronage usurpé de la raison écrite (V. en matière de compensation, *inf.* n° 934);

4° L'acte qui fait courir les *intérêts moratoires* à l'égard de l'un des débiteurs, les fait courir aussi à l'encontre des autres : c'est une nouvelle manifestation de l'idée de représentation réciproque (ar. 1207). Ce texte vise la demande en justice, laquelle était jadis nécessaire pour faire courir les intérêts des sommes d'argent; mais une loi du 7 avril 1900 a changé tout cela : une sommation suffit (*sup.*, n° 618); il aurait fallu mettre la teneur de l'article 1207 en harmonie avec cette nouveauté législative;

5° Le *serment décisoire* déféré par le créancier à l'un des codébiteurs profite aux autres (art. 1365, § 4).

768. — 6° La jurisprudence fait encore produire un effet à l'idée de représentation réciproque, mais qui n'est pas mentionné par la loi et qui a été contesté : si le créancier actionne l'un des débiteurs, la décision rendue aura *l'autorité de la chose jugée* au regard de tous les coobligés, et cela sans distinguer selon qu'elle est intervenue en faveur du créancier ou contre lui (Civ. 28 déc. 1881, *D. P.* 1882, 1, 377; 1^er déc. 1885, *S.* 1886, 1, 55, *D. P.* 1886, 1, 251; 25 mars 1902; *S.* 1903, 1, 484, *D. P.* 1905, 1, 325).

Si, au contraire, le créancier a compris tous les codébiteurs dans une même poursuite, l'idée de représentation ne trouve plus d'emploi : *on ne représente pas ceux qui sont présents à l'instance* et qui ont donc été mis en demeure individuellement de se défendre : en pareil cas, chacun doit user, pour son propre compte et par lui-même, des voies de

[1] Les deux textes sont le fragment 18 au *Digeste*, XLV, 2, et le fr. 32, § 4, XXII, 2 ; d'après le premier texte « *alterius factum alteri nocet* », tandis que, d'après le second, « *alterius mora alteri non nocet* ». Au lieu de conclure de ces deux fragments que la faute et la demeure étaient traitées différemment en droit romain, Dumoulin s'est mis l'esprit à la torture pour découvrir une explication qui les conciliât ; il a pensé la trouver en disant que la faute et la demeure de l'un des codébiteurs nuisent aux autres en ce sens que tous sont tenus de la valeur de la chose, mais qu'elles lui demeurent personnelles, en ce sens qu'il est seul passible de dommages-intérêts. C'est cette interprétation divinatoire, fausse pour le droit romain, qui a passé dans l'article 1205.

recours ouvertes par la loi, ou, du moins, se joindre au recours exercé, en temps utile, par l'un des coobligés, sinon les abstentionnistes seront sans qualité pour se prévaloir de la décision qui, sur le recours exercé par l'un des débiteurs, a infirmé la décision première : celle-ci conserve, à leur égard, l'autorité de la chose jugée (Civ. 27 nov. 1893, *S.* 1894, 1, 233, note Tissier; *D. P.* 1894, 1, 378; 1er mai 1901, *S.* 1902, 1, 433, note Lacoste, *D. P.* 1901, 1, 443; trib. civ. Lille, 29 avril 1931, *D. H.* 1931, 311; Comp. la note Em. Cohendy, *D. P.* 1892, 1, 177).

Cependant, si un jugement intervient en faveur des coobligés, la signification effectuée par l'un d'eux au créancier fait courir le délai d'appel au profit de tous, en sorte que l'appel formé par ledit créancier est irrecevable, une fois le délai expiré, même à l'encontre des codébiteurs demeurés étrangers à la signification (Req. 28 juin 1928, *D. P.* 1930, 1, 153, note Holleaux);

7° Enfin, il a été jugé que, si le créancier cède la créance, il suffit que la cession soit signifiée à l'un des codébiteurs : le cessionnaire est par cela même saisi de la créance vis-à-vis des tiers (Rouen, 14 juin 1847, *D. P.* 1849, 2, 241).

769. Portée du mandat réciproque. — On voit quels effets la loi et notre jurisprudence attachent au mandat réciproque et à l'idée de représentation; on a voulu les inclure dans une formule qui remonte au moins à Dumoulin et d'après laquelle les codébiteurs solidaires se représenteraient les uns les autres, vis-à-vis du créancier, *ad conservandam obligationem, non ad augendam*; ils ont qualité pour conserver l'obligation, mais non pas pour en alourdir le poids. La formule, qui était celle de Dumoulin et qui l'avait conduit à commettre un contre-sens dans l'explication de deux textes romains (*sup.* n° 767), est devenue courante; on la relève dans les décisions judiciaires (Civ. 16 déc. 1891, *D. P.* 1892, 1, 177, note Em. Cohendy, *S.* 1893, 1, 81). Elle n'est cependant pas d'une rigoureuse exactitude puisqu'elle ne rend pas parfaitement compte des solutions légales ou jurisprudentielles; notamment, elle n'explique pas que la décision intervenue contre un codébiteur soit opposable à ceux qui n'avaient pas été parties à l'instance et dont la situation peut se trouver, de ce chef, empirée. En réalité, le mandat est intervenu, non dans l'intérêt des codébiteurs, mais dans celui du créancier : c'est ce qu'on semble oublier parfois et c'est ce que Dumoulin, et après lui le Code civil, ont perdu de vue, ou ont méconnu en limitant la condamnation à des

dommages-intérêts, au cas de faute ou de demeure, au débiteur coupable (art. 1205). La véritable formule serait celle qui donnerait aux codébiteurs le pouvoir de se représenter les uns les autres *pour la sauvegarde des intérêts légitimes du créancier* : la société des codébiteurs existe pour le créancier, non pour les associés.

770. Origine du mandat. — Bien que les décisions judiciaires fassent allusion au mandat que les codébiteurs sont réputés s'être donné entre eux (Civ. 16 déc. 1891, 1er mai 1901, précités), il nous paraît évident que c'est la loi elle-même qui attache cet effet à la solidarité passive; suivant une formule usitée par la Cour de cassation, chacun des débiteurs est le représentant *légal et nécessaire* des autres (Civ. 25 mars 1902, précité); sans doute, l'existence de ce mandat n'intéresse pas l'ordre public, mais c'est la loi elle-même qui y voit une des conséquences, un des traits distinctifs, un des avantages de la solidarité passive.

771. Prétendue solidarité imparfaite. — Nous conclurons de là que l'idée de représentation, étant de la nature de la solidarité passive, se retrouve en toute occurrence, à moins qu'elle n'ait été formellement écartée par les parties, lors de l'engagement. Il n'existe pas, dans notre droit français, deux formes de solidarité passive, l'une, *parfaite*, qui comporterait l'idée de représentation, l'autre, *imparfaite*, qui ne recevrait pas la notion du mandat mutuel et dont les effets se résumeraient dans l'obligation au tout : elle correspondrait aux cas où la solidarité est établie en dehors de la volonté des codébiteurs et où, par suite, la supposition d'un mandat conventionnel réciproque devient inadmissible, notamment entre coauteurs d'une même infraction, lesquels sont solidairement tenus du paiement des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais (C. pén., art. 55).

Cette opinion, qui se réclamait faussement de l'autorité du droit romain [1], est à repousser :

1° Parce qu'elle repose sur une conception fausse du mandat mutuel : ce n'est pas la convention des parties qui l'institue consciemment, c'est la loi qui l'insère dans le cadre de

[1] Jusqu'à ces dernières années, les romanistes croyaient à l'existence, au-dessous de la corréalité passive, d'une solidarité imparfaite, à effets limités. Mais ce n'était là, paraît-il, qu'une apparence dont les compilateurs devraient être rendus responsables ; ces faussaires obstinés étaient parvenus, à coup d'interpolations, à masquer l'unité de la théorie (Huvelin, t. II, p. 337).

la solidarité passive; elle a évidemment autant de raisons pour le faire dans le cas de solidarité légale — et notamment entre coauteurs d'une même infraction — que dans celui de solidarité conventionnelle;

2° Nulle part le législateur ne distingue deux sortes de solidarité; dans les articles 1200 et suivants, il étudie les effets de la soidarité, *de toute solidarité*, quelle qu'en soit la source . il n'appartient pas à l'interprète de rompre l'unité du système.

C'est en ce sens que se prononcent la jurisprudence (Req. 17 mars 1902, *D. P.* 1902, 1, 541; Paris, 28 mai 1900, *D. P.* 1902, 2, 453), et la majorité des auteurs (Paul Esmein, Radouant et Gabolde, n° 1089; Lagarde, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, t. VIII, n°s 848 et suiv.); V. cependant, en sens contraire, Léon Mazeaud, *Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels*, *Rev. crit.* 1930, p. 31.

772. Opposabilité des moyens de défense. — Les rapports que nous venons de décrire, tels qu'ils existent entre les créanciers et les codébiteurs solidaires, permettent de déterminer la mesure dans laquelle les *moyens de défense* nés dans la personne de l'un des codébiturs appartiennent aux autres et peuvent être utilisés par eux.

Trois catégories sont à distinguer :

1° **Moyens de défense communs à tous.** — Ils sont énumérés par l'article 1208, de façon assez malheureuse. Simplement, sont communs à tous, les moyens de défense tirés de circonstances qui intéressent la dette dans son ensemble, envisagée abstraitement de ses sujets passifs, et qui présentent donc un caractère objectif;

a) Moyen tiré d'un vice dont l'obligation elle-même est affectée (son objet est illicite; le contrat est rescindable pour cause de lésion, etc);

b) Moyen tiré d'une modalité affectant l'obligation elle-même : terme, condition;

c) Moyens tirés d'un mode d'extinction de l'obligation : *paiement* et événements qui opèrent comme un paiement : *dation en paiement*, *novation*, *compensation*, mais seulement lorsqu'elle a été opposée par le débiteur-créancier (art. 1294, § 3); la *remise de la dette*, lorsqu'elle est *générale*.

773. 2° **Moyens de défense purement personnels,** dont l'intéressé direct est seul admis à se prévaloir.

a) Moyen tiré d'une modalité insérée au profit d'un des coobligés, à l'exclusion des autres : terme, condition;

b) Moyen tiré d'un vice qui n'existe que par rapport à l'un des débiteurs : incapacité, erreur, dol, violence;

c) Moyens tirés de certaines causes d'extinction : de la *compensation*, en ce sens que, seul, le codébiteur, devenu à son tour créancier du créancier, est admis à l'opposer; la *remise* de dette incluse dans un *concordat* (C. com., art. 545);

d) Moyen tiré d'un *moratoire*, légal, judiciaire ou conventionnel (L. 12 juill. 1937, art. 1er, *in fine*).

774. 3° **Moyens de défense mixtes :** ils peuvent être opposés, pour le tout par celui dans la personne duquel ils naissent, pour partie par les autres codébiteurs et jusqu'à concurrence de la part de l'intéressé.

a) Moyen tiré d'une *remise de dette* consentie spécialement à l'un des codébiteurs, Primus : celui-ci est libéré; les autres codébiteurs restent tenus, mais ne peuvent être poursuivis par le créancier que déduction faite de la part de Primus; sans quoi celui-ci ne serait en réalité pas mis hors de cause, car ses codébiteurs, ayant acquitté le montant intégral de la dette, seraient fondés à exercer un recours contre lui; si l'on veut que la remise profite définitivement à son bénéficiaire, il faut bien alléger le fardeau de ceux qui demeurent tenus (art. 1285, § 2);

b) Moyen tiré de la *confusion*. Si, par exemple, le créancier décède et si sa succession est dévolue à l'un des codébiteurs, la confusion se réalise, dans la personne de celui-ci, entre créance et dette, dans la mesure de la part de l'héritier qui ne peut donc plus agir contre les autres obligés que déduction faite de sa propre part (art. 1209).

775. Remarque essentielle. — Les effets que nous venons de décrire et que la solidarité passive établit entre créancier et codébiteurs, sont *personnels* à ces derniers : à supposer que l'un d'eux décède, l'obligation se divise entre ses héritiers dont chacun ne peut être poursuivi que dans la mesure de sa part héréditaire. Si, par exemple, la dette était de trois mille francs et si le défunt laisse trois enfants, le créancier ne peut demander à chacun de ceux-ci que mille francs : *le lien solidaire n'est point héréditaire*, ou, du moins, il se fractionne entre les héritiers du débiteur primitif (Civ. 14 déc. 1920, *D. P.* 1924, 1, 127).

776. II. **Rapports des codébiteurs entre eux. — Question de contribution à la dette. — Principe directeur.** — Une fois le créancier désintéressé, la situation

change du tout au tout : le lien de la solidarité disparaît; il n'a plus que faire désormais; entre les débiteurs, l'obligation devient une obligation conjointe; elle se divise entre eux; chacun des associés doit supporter en définitive une part du fardeau obligatoire, doit *contribuer* à l'acquittement; ainsi se pose la question de la *contribution*, c'est-à-dire de la répartition définitive de la dette : un seul des codébiteurs, peut-être, a fait l'avance; il faut déterminer maintenant *l'incidence définitive* du fardeau. Article 1213 : « *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.* »

777. Mode de répartition. — Il est normal que la convention ait déterminé la part de chacun dans la dette; elle sera exactement obéie. Sinon, on devra rechercher la mesure dans laquelle l'affaire intéresse chacun des codébiteurs : il est possible qu'un seul d'entre eux soit intéressé, et alors, les autres coobligés jouent, par rapport à lui — mais non vis-à-vis du créancier — le rôle de caution (art. 1216) : si c'est celui-là qui a payé la dette, il n'aura aucun recours contre ses coobligés; dans l'éventualité inverse, ces derniers exerceront contre lui un recours intégral.

Sans aller jusqu'à ce cas-limite, il arrive que l'opération intéresse inégalement les codébiteurs : l'un pour la moitié, les deux autres pour un quart chacun; c'est dans cette mesure inégale que le fardeau de la dette leur incombera définitivement.

Comme il n'est pas toujours aisé de prouver la part d'intérêt de chacun, la loi a établi une présomption : elle considère que l'opération intéresse également les codébiteurs qui sont donc tenus de la dette, dans leurs rapports réciproques, chacun jusqu'à concurrence de sa part virile (art. 1213), cela jusqu'à plus ample informé, jusqu'à preuve du contraire : la présomption d'égalité est une présomption simple.

778. Recours. — Le codébiteur qui a versé au créancier plus que sa part définitive, plus que sa part contributive, exercera un recours contre les autres coobligés. Deux actions lui appartiennent à cet effet :

1° Une action dont il est investi en propre, personnellement : action de *mandat* ou de *gestion d'affaires*, selon que l'engagement des codébiteurs a été ou non volontaire et conscient;

2° L'action du créancier désintéressé, dans laquelle le *solvens* est subrogé *ipso jure*, en vertu de l'article 1251 - 3° :

en effet, étant tenu *avec d'autres* et *pour d'autres*, il rentre bien dans la formule de ce texte (*inf.* n° 883).

En général, le *solvens* préfèrera se présenter comme *subrogé*, plutôt que d'agir en son nom personnel; souvent, la créance comportait des garanties spéciales, autres que celle qui résultait de la solidarité, une hypothèque par exemple; ces garanties passent au subrogé avec la créance elle-même et accessoirement à elle. Mais, d'autre part, l'action de mandat ou de gestion d'affaires assure au *solvens* les intérêts de ses débours à compter du jour du paiement par lui effectué (art. 2001), tandis que la subrogation ne lui confère le même droit, à supposer du moins que la dette ne soit pas par elle-même productive d'intérêts, que du jour de la mise en demeure des codébiteurs (art. 1153). A quoi il convient d'ajouter qu'en agissant de son chef, le *solvens* évite l'application d'une règle qui peut être gênante pour lui : *nemo contra se subrogasse censetur* (V. *inf.* n° 901).

779. Division du recours. — Dans tous les cas, que le *solvens* agisse de son propre chef ou du chef du créancier, il ne peut réclamer à chacun de ses coobligés que la part qu'ils doivent supporter, personnellement et définitivement dans la dette (art. 1214, § 1). Cette solution s'explique, non pas, comme le disait Pothier et comme le répètent les auteurs modernes, afin d'éviter un *circuit d'actions* (ce résultat est illusoire et, de toute façon, il y aura autant de demandes qu'il y a de débiteurs), mais parce que le lien de la solidarité a pris fin à l'instant où le créancier a été désintéressé; entre débiteurs, il n'existe pas ou il n'existe plus; la dette se divise de plein droit entre eux, en sorte que chacun ne peut être recherché que pour sa part et portion.

780. Insolvabilité. — Il fallait cependant prévoir le cas où l'un des codébiteurs pour le compte de qui l'avance a été faite serait en état d'insolvabilité; il serait injuste d'en faire supporter le poids intégral au *solvens* : entre associés, les pertes se partagent, comme les bénéfices. La perte résultant de l'insolvabilité sera donc répartie entre tous les codébiteurs solvables, proportionnellement à leurs parts d'intérêt dans la dette : c'est *la contribution à la perte*, prévue dans l'article 1214, § 2.

II

Sources de la solidarité passive

781. Deux sources de la solidarité entre les débiteurs. — Il ressort de l'article 1202 qu'il existe deux sources de la solidarité passive : la volonté de l'homme et celle du législateur; mais la jurisprudence constitue en réalité une troisième source, distincte des deux précédentes.

I. **La volonté de l'homme.** — Cette volonté peut s'exprimer dans une *convention* ou dans un *testament*. La loi exige une stipulation expresse (art. 1202, § 1) : ce n'est point à dire qu'elle demande une formule sacramentelle, ni même l'emploi des mots *solidarité*, *obligation solidaire*. Il suffit que la volonté des parties ou du testateur ressorte *clairement* de l'acte lui-même; les présomptions ne sont pas de mise en pareille matière; *la solidarité ne se présume point* (même texte); et, par exemple, ceux qui empruntent en même temps une somme d'argent, ne sont pas soumis au lien solidaire.

Cependant, la règle n'est vraie qu'en droit civil : *en matière commerciale*, la solidarité existe de plein droit du moment que les débiteurs sont engagés dans une même dette issue d'une même opération (Req. 20 oct. 1920, *S.* 1922, 1, 201, note Hamel; 13 janv. 1926, *S.* 1926, 1, 104; civ. 18 juill. 1929, *S.* 1929, 1, 380); par exemple, entre acheteurs qui ont traité en commun (mêmes décisions), plus généralement, du moment que le lien solidaire « se justifie par l'intérêt commun des parties en cause » (Req. 4 juill. 1932, *S.* 1932, 1, 381).

En *Allemagne*, la règle admise chez nous en matière commerciale, a une valeur générale : les débiteurs qui s'obligent en commun par un même contrat sont, sauf dérogation, tenus solidairement (C. civ. *allemand*, art. 427); mais il est rappelé que la solidarité du droit allemand est moins rigoureusement entendue que la nôtre (*sup.* n° 766).

782. II. **La volonté du législateur : solidarité légale.** — L'article 1202, § 2, annonce des cas de solidarité légale; on en découvre : 1. Dans le Code civil; 2. Dans des textes extérieurs à ce Code; 3. Dans la jurisprudence.

A. **Dans le Code civil.** — Les cas de solidarité légale sont assez nombreux :

1° Le mari de la femme tutrice est solidairement respon-

sable avec elle des *suites de la tutelle* (art. 395 et 396; *sup.*, t. I, n° 372);

2° Les *exécuteurs testamentaires* sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié (art. 1033; *inf.* t. III, n° 1568);

3° Si le survivant d'un ménage commun en biens, ayant un ou plusieurs enfants mineurs, ne procède pas à l'inventaire des biens de la communauté, la loi le déclare solidairement responsable, avec le subrogé tuteur, lui-même en faute de n'avoir pas veillé à l'observation de cette formalité, de toutes les condamnations à intervenir au profit des enfants dont les intérêts ont été ainsi mis en danger (art. 1442; *inf.* t. III, n° 214);

4° L'article 1887 établit la solidarité entre ceux qui empruntent une même chose; il s'agit là, non du prêt d'argent, du prêt de consommation, mais uniquement du prêt à usage, du *commodat* : c'est entre les *commodataires* que la solidarité existe et au profit du prêteur;

5° L'article 2002 institue la solidarité entre ceux qui donnent en commun mandat d'agir dans leurs intérêts respectifs : ces *co-mandants* sont tenus solidairement envers le mandataire qu'ils ont constitué : l'*avoué*, qui a occupé dans une instance pour la défense d'intérêts communs à plusieurs clients peut se prévaloir de cette disposition, comme aussi le *notaire*, pour le règlement des frais et honoraires dus par les parties ayant figuré dans le même acte (Civ. 30 janv. 1889, S. 1889, 1, 433, *D. P.* 1889, 1, 400; Req. 17 juin 1890, *D. P.* 1891, 1, 272).

Cette disposition comporte l'interprétation restrictive; elle est inapplicable :

a) A la *gestion d'affaires* : celui qui entreprend spontanément une gestion profitable à plusieurs personnes, n'a pas d'action solidaire contre elles;

b) Aux co-mandataires, lesquels ne sont pas tenus solidairement de plein droit envers le mandant (art. 1925);

c) Aux co-mandants eux-mêmes lorsqu'ils n'ont pas *constitué* le mandataire : l'article 2002 ne vise pas le mandat *légal*.

783. B. **En dehors du Code civil.** — La solidarité est établie, par des textes non compris dans le Code civil, soit en droit rural, soit en droit commercial, en matière d'assurance de dommages, ou en matière fiscale ou pénale, soit enfin dans les transports aériens.

1° En droit *rural* : la solidarité existe de plein droit entre

propriétaires de chèvres conduites en commun, à raison des dommages qu'elles causent (L. 4 avril 1889, art. 3) : ce cas particulier rentre d'ailleurs dans un cadre plus général que nous indiquerons plus loin ;

2° En droit *commercial* : sont tenus solidairement les *associés en nom collectif* (C. com., art. 22) ; les cosignataires d'une *lettre de change* (C. com., art. 151 ; d.-l. 30 oct. 1935) ou d'un *billet à ordre* (C. com., art. 185, d.-l. 30 oct. 1935) ; en cas d'*abordage* de navires ou de bateaux de navigation intérieure, les bâtiments en faute sont tenus solidairement à l'égard des tiers, pour les dommages causés à leurs personnes (C. com., art. 407, mod. par l. 15 juill. 1915 ; l. 5 juill. 1934, art. 4, § 1) ;

3° En *législation du travail* : lorsqu'un salarié, ayant rompu abusivement un contrat de travail, engage à nouveau ses services, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent dans trois cas qu'énumère l'article 23*a* du Livre I du Code du Travail (L. 5 fév. 1932 ; — *sup.* n° 261) ;

4° En matière *d'assurance de dommages* : au cas de transmission successorale ou d'aliénation de la chose assurée, les héritiers ou les acquéreurs sont tenus solidairement du paiement des primes (L. 13 juill. 1930, art. 19, § 3 ; v. André Besson, *Rev. gén. ass. terr.*, 1934, p. 38) ;

5° En matière *fiscale* : les *cohéritiers légitimes* (à l'exclusion des successeurs irréguliers et des légataires), sont tenus solidairement du paiement des droits de mutation dus à l'Etat (L. 22 frim. an VII, art. 32 ; *inf.* t. III, n° 931) ;

6° En droit *pénal* : les individus condamnés pour un même *crime* ou pour un même *délit* sont tenus solidairement des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais (C. pén., art. 55) : le principe de *la personnalité des peines* cède le pas devant la nécessité d'assurer l'exécution de la condamnation pécuniaire et l'indemnisation de la victime de l'infraction. Comme nous l'avons vu, il s'agit bien ici d'une véritable solidarité, comportant l'idée de mandat réciproque (*sup.* n° 771).

La solidarité n'existe pas à la charge des auteurs d'une même *contravention* ;

7° En matière de *navigation aérienne*, et au cas de location d'un aéronef, le propriétaire et l'exploitant sont solidairement responsable vis-à-vis des tiers des dommages causés (L. 31 mai 1924, art. 55, § 1).

784. — C. La *jurisprudence* admet des cas de solidarité légale non prévus par un texte de loi et qui constituent donc,

en réalité, des cas de *solidarité jurisprudentielle*; une telle liberté, prise avec l'article 1202, § 2 s'explique par des raisons d'utilité, parfois de nécessité pratique.

1° La Cour de cassation admet la solidarité entre débiteurs *contractuels*, lorsque, l'inexécution du contrat étant imputable à tous, la faute de chacun d'eux aurait suffi à produire l'intégralité du dommage, en sorte que les fautes commises sont individisibles dans leurs résultats (Civ. 3 juin 1902, *D. P.* 1902, 1, 452; Req. 9 déc. 1929, *D. H.* 1930, 117; 2 juin 1930, *S.* 1931, 1, 350; 18 avril 1932, *S.* 1932, 1, 222);

2° Elle admet également que, si *la femme commune en biens* s'engage avec l'autorisation de son mari, les deux époux sont tenus solidairement envers le créancier (Req. 16 juill. 1902, *D. P.* 1903, 1, 401, note H. Capitant; Civ. 27 juin 1922, *D. P.* 1922, 1, 200). Cependant, l'article 1419, qui prévoit cette éventualité, ne dit rien de semblable (*inf.* t. III, n° 135; cette jurisprudence a d'ailleurs perdu beaucoup de son importance depuis que la loi du 18 février 1938 a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile. La Cour de cassation décide aussi que la femme séparée de biens peut être tenue solidairement avec son mari de l'engagement contracté par celui-ci dans son intérêt personnel, du moins si cet engagement est à considérer comme dette de ménage (Req. 31 oct. 1934, *D. P.* 1935, 1, 73, note M. Nast, *S.* 1935, 1, 16; — v. *inf.* t. III, n° 527).

785. — 3° Il est de jurisprudence que la solidarité existe entre *les coauteurs d'un même délit ou quasi-délit civil*. A vrai dire, des flottements ont existé et existent encore sur la portée et sur la base qu'il convient de donner à cette proposition. Certaines décisions (assez anciennes) ont refusé d'admettre la solidarité; il en est d'autres qui, faisant intervenir l'article 55 du Code pénal et prétendant modeler la responsabilité civile sur la responsabilité devant la loi pénale, ont voulu limiter le domaine de la solidarité aux délits civils, aux fautes intentionnelles, à l'exclusion des simples quasi-délits. Mais ces deux opinions sont inacceptables, l'une parce qu'elle n'assure pas l'indemnisation de la victime, l'autre parce qu'elle confond les points de vue civil et pénal qui sont cependant très divergents (*sup.* n°s 414) : l'intention du coupable, son degré d'*imputabilité* ne jouent pas, en matière civile, le même rôle que devant la loi pénale.

Il vaut mieux chercher la base de la solidarité délictuelle civile dans la notion objective de *la communauté dans le dommage causé* : c'est cette communauté dans l'efficience et dans le résultat qui est décisive, en dehors même de toute

communauté d'action. La condamnation solidaire s'impose du moment que *l'intégralité du dommage peut être rattachée à la faute ou au fait de l'un quelconque des auteurs du délit ou du quasi-délit;* du moment qu'il y a « entre chaque faute et la totalité du dommage une relation directe et nécessaire » (Civ. 11 juill. 1892, *D. P.* 1894, 1, 561, note LEVILLAIN; Req. 26 nov. 1907, *S.* 1908, 1, 183, *D. P.* 1908, 1, 139; 13 déc. 1911, *D. P.* 1913, 1, 455; 27 déc. 1921, *D. P.* 1922, 1, 109; Req. 19 juin 1929, *D. H.* 1929, 428; 2 juin 1930, *D. H.* 1930, 377; Riom, 12 janv. 1885, *D. P.* 1886, 2, 133; — comp. Req. 18 oct. 1932, *D. H.* 1932, 523; Civ. 20 mai 1935, *D. H.* 1935, 394, *S.* 1936, 1, 54). Le départ de responsabilité devient alors impossible, comme si un abordage est dû aux fautes distinctes des commandants des deux bateaux (et ici, il y a des textes, *sup. n° 783*), ou comme si l'accident causé par le tir de pièces d'artifice a été le résultat d'une véritable coopération quasi-délictuelle (arrêt du 12 janv. 1885); ou comme si les dommages subis par un immeuble ont pour cause les travaux faits simultanément et imprudemment par plusieurs voisins (Req. 23 mars 1927, *S.* 1928, 1, 364).

Toute cette jurisprudence s'affirme cohérente : le fondement de la solidarité jurisprudentielle est compris sous le même angle, en matière d'obligatons contractuelles et de responsabilité délictuelle; invariablement, il est constitué par la communauté, l'indivisibilité dans la cause et dans la réalisation du dommage, communauté et indivisibilité qui s'opposent à tout fractionnement logique de l'obligation : *una res vertitur.*

786. — Par cette objectivité du critère adopté, la théorie civiliste se distingue de celle de l'article 55 du Code pénal, qui inflige, dans tous les cas, la solidarité aux coauteurs de l'infraction, quand bien même la part efficiente de chacun dans l'acte illicite pourrait être ventilée.

Voir sur cette question de la responsabilité solidaire en matière de délits civils, la thèse de M. Lafay, Lyon, 1902.

III

Comment cesse la solidarité passive

787. Principe. — La solidarité passive ne peut prendre fin, l'obligation subsistant, que par une *remise* qui est consentie par le créancier aux codébiteurs, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux.

On a cependant prétendu que le créancier encourrait la *déchéance* de la solidarité lorsqu'il aurait commis la faute

de renoncer aux sûretés spéciales, fournies par un des codébiteurs solidaires, et rendu par là moins efficiente la subrogation légale au profit du *solvens*; on pourrait alors lui refuser le paiement intégral en lui opposant l'exception *cedendarum actionum* que l'article 2037 accorde, en pareil cas, à la caution (*inf.* n° 1490). Mais, à la différence de la caution, débiteur subsidiaire qui ne s'est engagé qu'en contemplation de son recours éventuel, les codébiteurs solidaires sont des débiteurs de premier plan qui, vis-à-vis du créancier, ne s'engagent nullement pour autrui. Pour le créancier, la question de contribution à la dette, de recours, est inexistante. S'il cède ses actions au *solvens*, c'est dans la mesure où elles existent lors du paiement qu'il reçoit (*Sic*, Civ 3 avril 1861, *D. P.* 1861, 1, 153).

788. **Précision.** — Il faut se garder de confondre la *remise de solidarité* avec la *remise de la dette* elle-même : après la remise de dette, les débiteurs sont libérés complètement; après la remise de solidarité ils ne sont libérés que du lien solidaire; on en revient au principe de la division des dettes; chaque débiteur peut être poursuivi jusqu'à concurrence de sa part et portion.

789. I. **Effets de la remise de solidarité.** — Il n'y a pas de difficulté si la remise est consentie à tous les codébiteurs; le lien solidaire est alors aboli, comme nous venons de l'indiquer.

Si la remise est limitée à l'un ou à quelques-uns des débiteurs, elle profite évidemment au bénéficiaire, à qui le créancier ne peut plus demander que sa part et portion; mais, en outre, le Code civil décide qu'elle profite indirectement aux autres codébiteurs à qui le créancier ne peut plus demander que le montant de la créance, déduction faite de la part du bénéficiaire; son action solidaire subsiste bien contre les non-participants à la remise, mais l'objet en est réduit (art. 1210). En revanche, la remise ne profite pas toujours définitivement au bénéficiaire lui-même : à supposer que l'un des non-participants devienne insolvable, la perte est répartie entre tous les coobligés, y compris le bénéficiaire de la remise qui rentre donc en scène pour les besoins de la cause (art. 1215) : la remise n'avait été consentie que sous la condition de la solvabilité des débiteurs restés dans le lien solidaire.

790. II. **D'où résulte la remise de solidarité.** — La remise peut être *expresse* ou *tacite*. Dans le premier cas, elle n'appelle pas d'observation particulière; dans le deuxième,

il faut faire intervenir les articles 1211 et 1212 qui établissent des *présomptions* légales de remise de solidarité.

1° Le créancier reçoit, de l'un des débiteurs, le paiement de sa part dans la dette; et, dans la quittance, il est spécifié que ce paiement est bien fait *pour sa part*. La loi présume alors la remise individuelle au profit de ce débiteur, à moins que le créancier n'ait formellement réservé tous ses droits (art. 1211, § 1 et 2);

2° Le créancier poursuit en justice l'un des débiteurs et seulement *pour sa part*; de plus, le débiteur intéressé a acquiescé à la demande ainsi formulée, ou bien un jugement de condamnation est intervenu. Ici encore, la remise de solidarité est présumée (art 1211, § 3);

3° La dette solidaire est productive d'intérêts ou d'arrérages; le créancier pourrait en exiger le service intégral de l'un quelconque des débiteurs. Or, il a reçu divisément et sans réserve la part d'intérêts de l'un d'eux. Il perd alors le bénéfice de la solidarité, mais contre ce débiteur seulement et uniquement pour les intérêts échus : l'avenir est réservé. Cependant, si ce procédé particulier de règlement des intérêts ou arrérages a été pratiqué pendant *dix années consécutives*, le débiteur qui y participe est libéré de la solidarité et pour les intérêts ou arrérages à venir et pour le capital lui-même (art. 1212).

791. Remarque. — En dehors des trois éventualités visées dans les articles 1211 et 1212, il peut y avoir remise tacite de solidarité, mais les présomptions légales ne jouent plus; il apppartient au débiteur intéressé d'établir les faits, les circonstances d'où se peut induire, chez le créancier, la volonté de remise; après quoi, le juge appréciera.

Section II. — LES OBLIGATIONS INDIVISIBLES

Articles 1217 à 1225.

792. Définition. — L'obligation indivisible est celle qui est insusceptible de fractionnement à raison de son objet, lequel répugne à une division : l'indivisibilité de l'objet réagit sur l'obligation qui en devient elle-même indivisible.

793. Réputation d'obscurité. — La matière de l'indivisibilité a la réputation d'être une des plus absconses qui figurent dans la science juridique; il s'est créé à ce sujet une véritable légende dans laquelle Dumoulin garde une bonne part de responsabilité : son traité, qu'il avait inti-

tulé assez prétentieusement « *Extricatio labyrinthi dividui et individui* », donnait au lecteur des fils et des clefs afin de se guider dans ce labyrinthe juridique et d'ouvrir les portes les mieux fermées. Pothier a écarté cette mise en scène et a réduit le problème à sa juste valeur en lui consacrant quelques pages (*Traités des obligations*, n^os^ 287 et suiv.).

794. Plan. — Nous suivrons l'exemple donné par le guide des rédacteurs du Code civil, en examinant rapidement :

1° Quelles sont les différentes *formes* et les différentes *sources* de l'indivisibilité;

2° Quels *effets* sont attachés à cette situation juridique;

3° Après quoi nous *comparerons* la solidarité passive et l'indivisibilité.

795. I. Différentes formes et diverses sources de l'indivisibilité. — Dumoulin, le grand spécialiste en la matière, distinguait trois sortes d'indivisibilité; bien que les auteurs les plus récents s'efforcent de simplifier en ramenant les différents cas d'indivisibilité à deux types, nous croyons que la division tripartite de Dumoulin, à laquelle se ralliait Pothier, est justifiée.

1° L'indivisibilité est parfois *nécessaire* : l'obligation porte sur un objet qui répugne, par sa nature et quand bien même on l'envisagerait en soi abstraction faite de tout rapport de droit, à toute tentative de division, soit matérielle, soit même idéale. Pothier citait un seul exemple : l'obligation de constituer une servitude; une servitude est constituée ou elle ne l'est pas; il n'y a pas de milieu; c'est tout ou rien. On peut citer encore les obligations *de ne pas faire* : obligation de ne pas troubler quelqu'un dans la possession de son bien (obligation de garantie envisagée sous sa forme négative; *inf.* n^os^ 1097 et 1098), ou de ne pas s'établir dans un rayon déterminé ou de ne pas construire au-dessus d'une certaine hauteur.

Dumoulin qualifiait cette indivisibilité nécessaire d'indivisibilité *contractu*, mais la terminologie est peu heureuse et prête à l'équivoque;

2° Il arrive que l'objet, divisible si on l'envisage en soi, cesse de l'être à raison du but poursuivi par les parties, de l'angle sous lequel elles l'ont considéré, comme la construction d'une maison ou d'un bateau. Le propriétaire du terrain aurait pu confier à différents entrepreneurs la construction du bâtiment, envisagé dans ses différentes parties : c'est donc que l'objet est divisible. Mais, dans l'espèce, ce

propriétaire s'est adressé à un entrepreneur unique, à un seul architecte; il a traité pour la construction considérée dans son ensemble, pour l'ouvrage consommé : ce qui a fait l'objet de l'obligation, c'est un bloc intangible qui a communiqué son indivisibilité au rapport de droit lui-même. Il y a alors indivisibilité *obligatione*;

3° Reste enfin l'indivisibilité *solutione tantum*. Comme son nom l'indique, elle n'intéresse que le paiement; elle n'affecte pas l'obligation elle-même, car l'objet ne répugne à la fragmentation ni considéré en soi, ni même si on l'envisage en tant qu'objet d'une obligation : c'est, par exemple et le plus souvent, une somme d'argent. Seulement, les parties ont convenu, *expressément* ou *tacitement*, que le paiement serait indivisible.

a) *Expressément*. — La clause intervient couramment dans les actes notariés lorsqu'une dette est assumée par plusieurs débiteurs; on stipule que ceux-ci seront tenus *solidairement et indivisiblement*;

b) *Tacitement*. — On peut supposer, avec Demolombe, que je prête une somme d'argent jusqu'à telle date, en prévenant l'emprunteur que j'aurai besoin de mon argent au jour fixé, à raison d'un emploi que je dois en faire, par exemple afin d'exercer la faculté de rachat d'un immeuble : j'imprime ainsi à l'objet de la dette un caractère indivisible, mais seulement quant au paiement.

L'indivisibilité *solutione tantum* est prévue par l'article 1221 - 5°; le législateur la présente, à juste titre, non comme une indivisibilité véritable, mais comme une dérogation partielle au droit commun de la divisibilité des obligations.

796. II. **Effets qui sont attachés à l'indivisibilité. — Principe.** — C'est alors qu'il convient de simplifier en réduisant à deux les trois termes que nous venons de distinguer: en effet, les deux premiers types d'indivisibilité — les seuls véritables — produisent des effets identiques, au lieu que l'indivisibilité *solutione tantum*, qui n'est qu'une fausse indivisibilité, a une vertu limitée.

797. A. **Effets produits par l'indivisibilité proprement dite** (nécessaire ou *obligatione*). — Aussi longtemps qu'il n'y a qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur, l'indivisibilité de l'obligation est sans intérêt pratique; elle demeure à l'état latent, car, la dette fût-elle parfaitement divisible, qu'elle devrait être exécutée comme si elle était indivisible, le créancier étant en droit de refuser un paiement partiel (art. 1220; *inf.* n° 853). C'est seulement au cas de

pluralité de sujets actifs ou passifs que le statut de l'indivisibilité s'affirme pratiquement; pour en décrire le mécanisme, il faut supposer distinctement la pluralité de créanciers, puis la pluralité de débiteurs.

1° **Pluralité de créanciers.** — Cette pluralité peut être initiale comme elle peut se manifester ultéreurement, par suite du décès de l'unique créancier qui laisse plusieurs héritiers.

La situation des différents sujets actifs est alors dominée par cette idée traditionnelle que le *vinculum* est indivisible, alors que le *commodum* se fragmente entre les divers créanciers.

a) Le *vinculum*, la vertu astreignante de l'obligation est indivisible. En conséquence : 1. Chacun des créanciers peut exiger le paiement intégral (art. 1224, § 1); 2. En interrompant la prescription, un des créanciers l'interrompt au profit de tous; 3. Toute cause de suspension de la prescription qui existe en faveur de l'un des créanciers, profite automatiquement aux autres (arg. 709 et 710 qui font application de ce principe aux servitudes);

b) Le *commodum*, le profit de la créance se fragmente entre les créanciers. En conséquence : 1. Il ne dépend pas d'un des créanciers de faire *remise* de la totalité de la dette; 2. Ni de consentir à recevoir une somme d'argent en guise de la chose due, d'une façon plus générale, de consentir une *dation en paiement*. Ce n'est pas à dire que ces actes soient inefficaces; ils produisent effet en ce sens limité que les autres créanciers ne peuvent réclamer désormais l'exécution au débiteur que déduction faite de la part de l'auteur de la remise ou de l'*accipiens* (art. 1224, § 2); 3. Si l'un des créanciers reçoit le paiement intégral, comme c'est son droit, les autres créanciers ont un recours contre lui, chacun d'eux devant recevoir sa part contributive.

798. 2° **Pluralité de débiteurs.** — Les mêmes règles s'appliquent, *mutatis mutandis*.

a) Le *vinculum* est indivisible; par conséquent; 1. Le créancier peut exiger le paiement intégral de l'un quelconque des débiteurs (art. 1222 et 1223); 2. En interrompant la prescription contre l'un des débiteurs, le créancier l'interrompt par cela même contre les autres (art. 2249, § 2);

b) Le *commodum*, ou plutôt l'*incommodum* est divisible. Il résulte de là : 1° que le débiteur qui a payé le tout — ou au delà de sa part — a un recours contre les autres débiteurs, pour la part de chacun d'eux; 2° que le débiteur,

actionné en paiement intégral, a le droit d'exiger la *mise en cause* de ses codébiteurs; à cet effet, un *délai dilatoire* lui sera accordé (art. 1225); si la dette est de telle nature qu'elle ne puisse être acquittée que par lui-même, force lui sera de s'exécuter, sauf à exercer un recours contre les codébiteurs. Mais on admet que, même dans cette éventualité, il peut exiger la mise en cause de ses codébiteurs, non pas pour échapper partiellement à l'exécution qui lui est demandée, mais pour faire statuer sur son recours contre ses coobligés; à cet égard, l'article 175 du Code de procédure est considéré comme ayant dérogé à la disposition de l'article 1225 du Code civil.

799. Remarque. — On voit, en résumé, que l'obligation n'est indivisible que dans les rapports de créanciers à débiteurs et en ce qui concerne le *droit de poursuite*; dans les relations entre cocréanciers ou entre codébiteurs, et pour ce qui est du problème de la *contribution*, elle se divise parfaitement; en fin de compte, chacun n'obtiendra ou ne paiera qu'une part dans l'obligation.

800. B. **Effets produits par l'indivisibilité *solutione tantum*.** — L'indivisibilité de l'objet ne rejaillit pas sur l'obligation elle-même qui demeure divisible; tout ce qu'on a voulu, c'est que la dette ne pût être acquittée fragmentairement, quoiqu'il advînt. C'est uniquement dans l'intérêt du créancier que cette fausse indivisibilité, cette indivisibilité restreinte au paiement, a été stipulée; en conséquence, les principes généraux reçoivent une exacte application *du côté actif* : si le créancier décède, l'obligation se divise entre ses héritiers; c'est seulement *au point de vue passif*, du côté du débiteur, que le droit commun est mis en échec : s'il vient à décéder, ses héritiers seront tenus chacun pour le tout (art. 1221, *in fine*).

801. III. **Comparaison entre la solidarité passive et l'indivisibilité.** — Les deux situations juridiques se rapprochent en ceci que les débiteurs peuvent, dans un cas comme dans l'autre, être contraints chacun au paiement intégral, encore qu'ils ne doivent supporter en définitive qu'une part du fardeau obligatoire.

Mais, cette constatation faite, nombreuses sont les différences à signaler : elles se rattachent toutes à cette idée que, dans l'obligation indivisible, l'obstacle à la division procède de l'objet, et uniquement de l'objet, au lieu que, dans l'obli-

gation solidaire, elle vient directement de la volonté des parties ou de la loi : l'objet de l'obligation n'y est pour rien; on a voulu seulement donner au créancier plus de sécurité.

De là découlent des différences qui sont en faveur, les unes de la solidarité, les autres de l'indivisibilité.

A. **En faveur de la solidarité.**

1° Les codébiteurs solidaires sont unis par un mandat mutuel, conçu dans l'intérêt du créancier et qui s'affirme dans différentes solutions favorables à celui-ci (*sup.* n^os^ 766 et suiv.); ce mandat n'existe pas entre codébiteurs d'une dette indivisible;

2° L'indivisibilité, procédant de l'objet, disparaît si, d'aventure, cet objet devient divisible, par exemple lorsqu'une obligation de faire se résout en dommages-intérêts (art. 1142; Civ. 14 mars 1933, *D. H.* 1933, 234). Mais l'objet d'une obligation solidaire a beau se transformer, la solidarité subsiste; son rôle survit à la transformation; la sécurité du créancier reste à l'ordre du jour.

B. **En faveur de l'indivisibilité.**

1° A la différence de la solidarité passive, l'indivisibilité s'oppose au fractionnement de l'obligation, activement comme passivement : elle est à double action;

2° Elle fait obstacle à ce fractionnement *in infinitum* : quel que soit le nombre des débiteurs et des dévolutions héréditaires, chacun des obligés peut être contraint au tout. Si, par exemple, la dette est assumée initialement par trois co-débiteurs et qe ceux-ci décèdent laissant chacun trois héritiers, c'est contre l'un quelconque des neufs successeurs que le créancier peut agir pour le tout : l'obligation indivisible constitue un bloc, qui ne saurait être dissocié aussi longtemps que l'objet demeure lui-même indivisible. Au contraire, l'obligation solidaire se divise entre les héritiers des codébiteurs, suivant le droit commun des successions; dans l'espèce supposée, le créancier ne peut demander que le tiers à chacun des groupes d'héritiers : à la différence de l'indivisibilité, la solidarité n'est point héréditaire (*sup.* n° 775).

On comprend donc que le créancier ait intérêt à stipuler de ses débiteurs à la fois *solidairement et indivisiblement* : l'indivisibilité renforce la solidarité en venant se conjuguer avec elle; et c'est pourquoi, nous l'avons noté, cette conjugaison se retrouve couramment dans les actes notariés qui sont générateurs d'obligations, par exemple dans les actes de prêt d'argent.

QUATRIÈME DIVISION

LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

802. Sources. — Code civil, articles 1689 à 1701.

Bibliographie. — HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances.*

803. Généralités. — L'obligation étant un rapport entre deux ou plusieurs personnes, la question se pose de savoir si elle se prête à un changement de sujets, actifs ou passifs, ou si ses termes ne sont pas immuables. L'ancien droit romain résolvait le problème dans le sens le plus rigoureux : lorsqu'on voulait changer l'un des termes du rapport obligatoire, on devait éteindre l'obligation pour y substituer un rapport juridique nouveau. Bientôt, les inconvénients de cette conception rigide se firent sentir et l'on s'ingénia à la tourner par des procédés ingénieux et subtils (notamment à l'aide de la *procuratio in rem suam*) dont l'étude rentre dans le cadre du droit romain.

Depuis longtemps. cette organisation archaïque ne relève plus que de l'histoire : de plus en plus, l'obligation apparaît comme une *valeur*, un bien comme un autre, dont la transmission est réalisable par des procédés directs et avoués; le point de vue économique domine et colore la thèse juridique. Toutefois, l'évolution n'est pas encore achevée, il s'en faut : si la transmission s'opère sans difficulté, à titre successoral, tant du côté du débiteur que du côté du créancier, le transfert entre vifs n'est vraiment aménagé qu'au point de vue *actif*; Le Code civil a réglementé la transmission des *créances*, sans parler de la transmission des *dettes* qui est restée à l'état inorganisé et embryonnaire; d'autre part, on verra que la transmission des créances elle-même, par voie de *cession*, est soumise à une réglementation précise, assez rigoureuse. Il y a donc place encore pour des progrès législatifs en cette matière.

804. Plan. — Nous étudierons, d'abord la transmission des *créances*, puis celle des *dettes*.

CHAPITRE PREMIER

Transmission des créances

La cession de créance

805. Enumération. — La transmission d'une créance peut se produire dans les conditions et à des occasions très diverses :

1° Par voie de *dévolution successorale*, au décès du créancier;

2° En vertu d'un *legs particulier* : on peut léguer une créance comme tout autre bien;

3° A l'occasion d'un *paiement* : celui qui acquitte une dette dont il ne doit pas supporter le fardeau intégral et dont il était tenu avec d'autres, est *subrogé* dans les droits du créancier (art. 1251 - 3°; *inf.* n^os^876 et suiv., 883); il bénéficie ainsi d'une transmission de créance;

4° En vertu d'une *convention* passée à cet effet, tendant à substituer un nouveau créancier à l'ancien, sans éteindre le rapport obligatoire dont un des termes se trouve ainsi modifié : il y a alors *cession, transport* de créance.

Il sera traité des deux premières éventualités, dans le tome III, à propos des successions et des libéralités testamentaires; la troisième sera examinée à l'occcasion du paiement (*inf.* n^os^ 876 et suiv.); nous concentrons donc ici nos explications sur la cession de créance proprement dite.

Cette cession peut intervenir à titre onéreux ou à titre gratuit; dans le premier cas, elle s'apparente à la vente, dans le deuxième à la donation. Les rédacteurs du Code civil ont donc adopté un point de vue trop étroit lorsqu'ils ont traité de la cession de créance au titre de la *vente*; nous nous placerons à un point de vue plus général tout en envisageant de préférence le cas normal qui est celui d'une cession à titre onéreux.

806. Plan. — Il sera traité :

1° Des *effets* de la cession de créance;

2° Des *conditions* requises pour la validité et l'efficacité de cette cession.

Section I. — EFFETS DE LA CESSION DE CRÉANCE

807. Directives. — Lorsqu'une créance est cédée, l'acquéreur, qu'on appelle le *cessoinnaire*, prend la place de l'ancien créancier, le *cédant*; par exemple, Primus, créancier de Secundus, cède ses droits à Tertius. Le titulaire du droit a changé, mais non le droit qui demeure identique à lui-même, qui a passé sur la tête du cessionnaire avec les *accessoires* qu'il comporte : hypothèque, privilège, caution (art. 1692); avec les *avantages* qui y sont inhérents — tels ceux qui dérivent de la forme de l'acte, lequel est peut-être un acte notarié ou un jugement, donc un titre exécutoire — comme avec les *imperfections*, les *tares* dont il pouvait être atteint et qui le rendent annulable, rescindable, résoluble; il se comporte sur la tête du cessionnaire ainsi que jadis sur celle du cédant, — civil ou commercial, pur et simple ou à terme : le débiteur, qu'on appelle le *débiteur cédé*, pourra opposer à son nouveau créancier les moyens de défense dont il disposait à l'égard de l'ancien : le cessionnaire est « aux droits » du cédant.

808. Réserves. — Cependant, une double réserve est de rigueur :

1° Si la cession a été *acceptée* par le débiteur, la question s'élève de savoir si celui-ci n'a pas renoncé, par cela même, à se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, des moyens de défense dont il était armé à l'encontre du cédant (*inf.* n° 820);

2° Abstraction faite des particularités inhérentes à l'acceptation, il est évident que le cessionnaire ne sera pas toujours et fatalement dans la même situation que jadis le cédant; il faudra bien tenir compte de sa personnalité qui exercera peut-être un retentissement sur la créance cédée; par exemple, le cédant était un majeur, exposé à la prescription; si le cessionnaire est en état de minorité, la prescription est suspendue; il n'emprunte pas la personnalité de son auteur, mais il conserve la sienne, intacte.

809. Obligations qui découlent de la cession de créances; la garantie. — **Distinction.** — Les effets de la cession varient selon qu'elle est consentie à titre onéreux ou à titre gratuit; sans doute, des règles sont communes aux deux éventualités : en toute occurrence, la *délivrance du titre* doit être effectuée par le cédant au cessionnaire

(art. 1689). Mais nombreuses sont les particularités inhérentes, les unes au droit des libéralités, les autres au statut des actes intéressés; il en est une sur laquelle il convient d'insister, parce qu'elle met en jeu l'importante théorie de la *garantie*.

Si la cession a lieu à titre gratuit, le cédant n'est point garant, pas même de l'existence de la créance : il ne répond que de son propre fait; envers qui se dépouille sans contrepartie, on ne saurait se montrer exigeant; la créance est cédée telle qu'elle se comportait dans le patrimoine du cédant, sans plus. Mais si la cession est effectuée à titre onéreux, si le cessionnaire a payé le droit qu'il pensait acquérir effectivement, il fait figure d'acheteur; le cédant a la position d'un vendeur et, à ce titre, il est tenu à garantie (art. 1693).

810. Objet de l'obligation de garantie. — Aux termes de l'article 1693, celui qui vend une créance (ou autre droit incorporel) doit en garantir l'*existence* au temps du transport, c'est-à-dire lors de la cession, et cela même en l'absence de toute clause insérée en ce sens dans le contrat; il garantit également, et dans les mêmes conditions, l'existence des accessoires de la créance (Req. 19 mars 1894, *D. P.* 1895, 1, 70; *S.* 1898, 1, 318).

La responsabilité du cédant est donc mise en œuvre : 1° si la prétendue créance ou ses garanties n'existaient pas du tout; 2° si elles existaient au profit d'une personne autre que le cédant; 3° si elles étaient paralysées par une exception qui les rendait inefficaces : elles étaient annulables ou rescindables.

L'obligation de garantie permet au cessionnaire évincé de réclamer au cédant, outre la restitution du prix de cession, des dommages- intérêts (différence entre le prix de cession et le montant de la créance).

811. — Mais le cédant ne garantit pas la *solvabilité* du débiteur cédé, à moins qu'il ne s'y soit engagé formellement; encore une clause de ce genre ne s'entendrait-elle que de la solvabilité *actuelle* du débiteur, et non de sa solvabilité dans l'avenir; pour qu'il en fût autrement, une précision serait nécessaire (art. 1694 et 1695). Comme on le voit, la volonté des parties se donne ici libre carrière; cependant, elles ne pourraient pas convenir que, dans le cas d'insolvabilité du débiteur, le cédant devra servir au cessionnaire impayé des *dommages-intérêts*; son obligation ne doit pas

excéder le montant du prix de la cession (art. 1694); il est quitte en restituant ce prix avec les frais; mais il n'est pas comptable de l'excédent, de la différence entre le prix de la cession et le chiffre de la créance. En édictant cette règle, qui est d'ordre public, on a voulu décourager les usuriers, gent haïssable qui n'aurait pas manqué de spéculer sur la naïveté du cédant et qui aurait trouvé le moyen de recouvrer des créances irrecouvrables, grâce au recours intégral exercé contre leur auteur; ce calcul sera déjoué avec la disposition de l'article 1694 : en cas de non paiement par le débiteur, le cessionnaire ne pourra rien espérer au delà du remboursement du prix de cession : il aura fait une opération « blanche ».

812. — De même que la garantie peut être élargie par une stipulation expresse, de même et à l'inverse elle peut être restreinte; le cédant stipule valablement qu'il ne sera pas garant, même de l'existence de la créance; mais cette clause n'est pas prise à la lettre; en principe, et *sauf précision aggravante*, elle est entendue seulement en ce sens que le cédant, au cas d'éviction du cessionnaire, ne sera pas tenu à des dommages-intérêts : mais il devra restituer le prix de la cession (arg. art. 1629).

813. L'expropriation du cessionnaire par le débiteur cédé : RETRAIT DE DROITS LITIGIEUX. — Avec ce retrait, nous rencontrons une nouvelle différence de traitement entre la cession à titre onéreux et celle qui intervient à titre gratuit : seule, la première peut devenir l'occasion d'un retrait religieux.

D'une façon générale, exercer un retrait c'est prendre pour soi, c'est s'appliquer le marché d'autrui; il y a donc, au fond de cette opération, une expropriation pour des raisons d'utilité privée et au profit d'un particulier.

814. Hypothèse et mécanisme du retrait. — On suppose qu'une cession porte sur un droit *litigieux*, par exemple sur une créance *litigieuse*, c'est-à-dire, comme le précise l'article 1700, une créance au sujet de laquelle est engagé un procès qui intéresse le fond du droit, donc l'existence ou la validité de ladite créance. La cession intervenue dans ces conditions est valable; mais elle présente des dangers pour le débiteur cédé; il est à craindre que le cessionnaire ne soit un professionnel, un usurier, un agent d'affaires dans le sens péjoratif du mot, bien décidé à traquer le débiteur

sans merci en utilisant toutes les ressources de la chicane : ayant payé mille francs une créance de cinq mille, il poursuivra impitoyablement le débiteur, et, s'il parvient à lui faire rendre gorge, la différence entre le prix de la cession et le montant de la créance représentera, déduction faite des frais de recouvrement, le bénéfice de l'opération.

Les législateurs voient cette combinaison d'un œil défavorable; ils s'efforcent de venir au secours du débiteur cédé, de le protéger contre l'âpreté d'un tel cessionnaire; à cet effet, le Code civil lui fournit une arme défensive excellente, sous la forme du *retrait litigieux* : il va pouvoir éliminer le nouveau créancier en lui remboursant le prix *réel* de la cession, avec les frais et loyaux coûts ainsi que les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a versé le prix de son acquisition entre les mains du cédant : à supposer, comme nous l'avons déjà fait, que ce prix soit de mille francs pour une créance de cinq mille, il n'en coûtera au débiteur que mille francs, plus les frais accessoires, pour évincer le cessionnaire qui se trouvera exproprié par ses soins et dont les calculs seront ainsi déjoués; la créance se trouvera éteinte par *confusion* puisqu'elle a été acquise par le débiteur lui-même qui cumule ainsi les deux qualités contradictoires de débiteur et de créancier, ce qui revient à dire qu'il n'est plus ni l'un ni l'autre.

Il est essentiel d'observer que la substitution du retrayant au retrayé se produit *rétroactivement*, au moins dans leurs rapports entre eux; tout se passe comme si le retrayant eût été le cessionnaire initial de la créance, en sorte que les saisies-arrêts pratiquées entre temps sur ladite créance par les créanciers du cessionnaire vont tomber comme tomberont les droits réels consentis, dans l'intervalle, sur la chose à laquelle ressortissait le droit cédé; le retrait rentre dans la catégorie des actes *déclaratifs*, comme le partage ou la transaction.

Tel est le mécanisme du retrait litigeux dont l'origine remonte à deux constitutions romaines, les constitutions *Per diversas* et *Ab Anastasio* (*Code de Justinien*, IV, 35, lois 22 et 23), et qui est consacré par l'article 1699. Le débiteur, qui exerce le retrait, est le *retrayant*, tandis que le cessionnaire, qui le subit, est le *retrayé*.

815. Circonstances exclusives du retrait. — Les raisons qui sont à la base de l'institution conduisent à en exclure le fonctionnement dans les cas suivants :

1° Il n'y a pas lieu à retrait si la cession a eu lieu *à titre*

gratuit : d'une part, il ne saurait alors être question de remboursement du prix de cession, prévu par l'article 1699, puisque ce prix n'existe pas; d'autre part et surtout, le cessionnaire à titre gratuit n'inspire aucune défiance; il n'est pas animé de l'esprit spéculatif; il n'a pas fait une affaire;

2° Le retrait est encore à exclure si la cession, bien qu'ayant été faite à titre onéreux, est intervenue dans des conditions qui sont susceptibles de la justifier, qui donnent tous apaisements au sujet des intentions du cessionnaire, de l'esprit dont il est animé. Trois circonstances *justificatives* sont visées dans l'article 1701 :

a) La cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé; elle trouve alors sa justification dans la situation à laquelle elle se rattache et qu'elle tend à dénouer;

b) Elle a été consentie par le cédant au profit de son propre créancier et afin de se libérer envers lui; le but de cette opération, sorte de dation en paiement, est des plus légitimes : le cessionnaire se propose de toucher son dû, sous forme de cession d'une autre créance;

c) La cession est faite au *possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux*. Cette formule de l'article 1701 - 3° a soulevé des difficultés d'interprétation : elle vise, sans doute, principalement du moins, la cession réalisée au profit du propriétaire de l'immeuble hypothéqué en sûreté de la dette; grâce à cette opération, ce propriétaire libère sa chose de l'hypothèque qui la grevait et qui, accessoire de la créance, disparaît avec celle-ci; il avait une raison valable d'acquérir la créance; sa conduite n'est pas supecte.

Dans ces trois cas, la cession échappe à la perspective du retrait, à raison des *mobiles* qui animent le cessionnaire et qui jouent un rôle *justificatif*, qui sont des mobiles *sauveurs* (V. L. Josserand, *Les mobiles*, n^os^ 234 et suiv.).

816. Généralité du retrait litigieux; transcription. — Le retrait litigieux n'est plus, comme jadis en droit romain, spécial aux cessions de créance; il concerne toutes les cessions de *droits litigieux*, même de droits *réels* : servitudes, hypothèques et droit de propriété même : la généralité des termes des articles 1699, 1700 et 1701 autorise cette large interprétation (*Sic*, Req. 22 juill. 1851, *D. P.* 1851, 1, 265; 27 janv. 1931, *motifs*, *D. P.* 1931, 1, 165, rapport Paul Dumas), d'ailleurs conforme aux précédents de notre ancienne purisprudence [1]; mais, en fait, c'est surtout à l'occasion des cessions de créance que fonctionne le retrait.

Lorsqu'il intéresse un immeuble ou un droit immobilier,

[1] Toutefois, le *demandeur* en revendication d'un immeuble n'a pas

il faut décider, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, qu'il ne devient opposable aux tiers que par la *transcription*; en effet, l'article 1er — 5°, nouvelle rédaction, de la loi du 23 mars 1855, soumet à cette formalité « *tout acte... déclaratif de propriété immobilière ou de droits immobiliers* » (*sup.* t. I, n° 1731; Voirin, *Lois nouvelles*, 1936, p. 175; P. Durand, *Le régime de la transcription dans le décret-loi du 30 oct. 1935*, n° 12, *Rev. crit.* 1936; Nerson, *Les dispositions du décret-loi de 1935 relatives à la transcription en matière immobilière*, p. 143).

Section II. — CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ ET L'EFFICACITÉ DE LA CESSION: SES FORMALITÉS

817. Principe. — Les formalités requises pour la validité et l'efficacité d'une cession de créance doivent être appréciées sous deux angles différents : *inter partes* et à l'égard des tiers; ainsi réapparaît ici la distinction établie pour les actes translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels immobiliers.

1° *Inter partes*, la convention de transport de créance n'est soumise à aucune exigence particulière; elle se forme par le seul échange des consentements, comme la vente dont elle ne constitue qu'une variété.

Toutefois, si la cession a lieu à titre gratuit, les règles de forme des donations sont à observer, en principe du moins; l'acte portant donation d'une créance est soumis à la forme notariée (art. 931).

Mais, en toute occurrence, on se passe du consentement du débiteur cédé, à qui on ne demande même pas son avis : en cela, la cession de créance présente une supériorité marquée sur d'autres procédés de substitution de créancier, notamment sur la novation *mutato creditore* (*inf.* n° 908).

818. — 2° *A l'égard des tiers*, la situation est tout autre : la cession ne devient opposable que le jour où certaines formalités ont été remplies; jusque là, son autorité ne dépasse pas le cercle des parties contractantes.

Ces formalités assurent à l'opération une certaine publicité; elles méritent d'être rapprochées, toutes proportions gardées, de la transcription; comme elles, elles constituent pour les tiers des mesures de protection, et il est remarquable

qualité pour exercer le retrait litigieux contre celui qui a acheté ledit immeuble au cours de l'instance (arrêt précité du 27 janv. 1931 et rapport du conseiller Paul Dumas).

que le Code civil ait pris ces mesures en ce qui concerne la cession de créance alors qu'il les négligeait pour les actes à titre onéreux, translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de démembrement de cette propriété.

819. En quoi consistent les formalités de publicité. — Elles sont indiquées dans l'article 1690, d'après lequel « *le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.* » Le cessionnaire n'est donc saisi, à l'égard des tiers, que par la signification faite au débiteur ou par l'acceptation de celui-ci par acte authentique.

1° La *signification* : le cessionnaire notifie au débiteur que, la créance ayant été cédée, c'est à lui qu'il aura désormais affaire. Cette notification est faite par *acte d'huissier*; effectuée par lettre, même recommandée, elle serait sans valeur;

2° L'*acceptation* du transport par le débiteur : elle doit intervenir dans un acte *authentique*, c'est-à-dire un acte dressé par un officier public compétent : notaire, huissier, greffier, officier de l'état civil, etc.

820. Valeur respective des deux modes de publicité. — 1° La signification présente cet immense avantage de ne point exiger l'assentiment du débiteur cédé et d'être toujours possible : c'est pourquoi l'article 1690 la fait figurer au premier plan;

2° Mais l'acceptation produit des effets plus complets, du moins si le débiteur la donne *sans réserves*, car il perd alors le droit d'invoquer la *compensation* (art. 1295, § 1); mais il conserve celui de se prévaloir de tous autres moyens de défense : s'il accepte la cession, c'est à la condition qu'elle n'aggrave pas sa situation; comme il a été indiqué, la créance cédée est transmise telle quelle, avec ses qualités et ses défauts.

821. Utilité des formalités de publicité. — Pour faire comprendre cette utilité, il suffit d'énumérer les dangers auxquels le cessionnaire reste exposé aussi longtemps que la cession n'a été signifiée, ni acceptée.

1° Le débiteur peut, comme par le passé, se libérer entre les mains du cédant; sans doute, ce dernier engage gravement sa responsabilité en se prêtant à cette opération; mais le débiteur est libéré (art. 1691);

2° Ce débiteur devrait, logiquement, pouvoir refuser le paiement au cessionnaire en déclarant qu'il ne se connaît pas d'autre créancier que le cédant; en effet, ce débiteur a, nous l'indiquerons, la qualité de tiers.

Tel est du moins le principe, mais la Cour de cassation l'entame profondément en décidant que le cessionnaire est fondé à exiger le paiement, même avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690, lorsque ce paiement ne doit nuire ni au débiteur cédé, ni aux tiers (Civ. 4 mars 1931, *D. P.* 1933, 1, 73, note RADOUANT); en conséquence, il va pouvoir, indépendamment de toute cession et notification, poursuivre le débiteur en justice (même arrêt), (mais non pas recourir à la saisie et à l'expropriation de ses immeubles; l'article 2214 s'y oppose formellement). En somme, cette jurisprudence revient à distinguer selon que le cédé a ou non un *légitime motif* d'ignorer la cession et de se refuser au paiement entre les mains du cessionnaire; elle procède du concept de l'*abus des droits*; le débiteur abuserait de son droit d'ignorer la cession s'il l'exerçait arbitrairement, capricieusement et sans un juste motif.

3° Ce débiteur continue à acquérir des moyens de défense qu'il fera valoir contre le cédant : devenu à son tour créancier de celui-ci, il opposera la *compensation*;

4° Le cédant peut céder à nouveau la même créance à un autre cessionnaire; si ce dernier se hâte d'opérer la signification de l'article 1690, il sera préféré au premier cessionnaire, de même que l'acquéreur d'un immeuble qui transcrit l'emporte sur l'acquéreur plus ancien qui a négligé de publier son titre;

5° Les créanciers du cédant continuent à pouvoir saisir la créance cédée, laquelle, demeurée dans le patrimoine du cédant, fait donc toujours partie de leur gage. Car, eux aussi, ils rentrent dans la catégorie des tiers (Civ. 24 déc. 1894, *D. P.* 1895, 1, 206).

822. Comparaison avec le régime de la transcription. — Les formalités de l'article 1690 jouent donc un rôle comparable à celui qui, dans un autre domaine, est dévolu à la transcription. Mais, entre ces deux régimes, des différences notables s'affirment.

1° Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, les mutations *mortis causa* sont elles-mêmes tributaires de la transcription (*sup.* t. I, n^os^ 1730 et suiv.), au lieu que l'article 1690 ne vise que les cessions de créance entre vifs (*inf.* n° 823).

2° Le cercle des personnes fondées à se prévaloir du défaut de publicité d'une cession de créance est plus étendu que

celui des personnes admises à invoquer le défaut de transcription : il comprend et le débiteur cédé, que l'on a voulu protéger, et les créanciers chirographaires du cédant : on ne trouve pas, dans l'article 1690, une formule limitative analogue à celle qui est insérée dans l'article 3 de la loi du 23 mars 1855.

Cependant, il faut noter que le débiteur cédé n'est plus à même d'opposer le défaut de publicité de la cession :

a) Lorsqu'il l'a accepté dans un acte *privé* : ce n'est pas dans son intérêt que la forme authentique est exigée (Req. 6 fév. 1878, *D. P.* 1878, 1, 275) ; son acceptation peut même n'être que tacite (Req. 22 déc. 1937, *D. H.* 1938, 83) ;

b) Lorsque le débiteur se rend coupable de *fraude* : ayant eu connaissance de la cession, il cherche à en paralyser l'effet; la fraude faisant échec à toutes les règles de droit, il ne peut plus se réclamer de l'inobservation des formalités de l'article 1690 (Req. 17 fév. 1874, *D. P.* 1874, 1, 281) ; la solution est symétrique à celle qui prévaut en matière de transcription (*sup.* t. I, n^os^ 1724 et 1725) ;

c) Certaines décisions vont même plus loin en admettant que la cession devienne opposable au débiteur du moment qu'il en a eu connaissance par une voie quelconque (Req. 17 août 1844, *D. P.* 1845, 4, 508; Orléans, 14 déc. 1886, *S.* 1888, 2, 54) ; mais cette solution est loin d'être universellement admise (*Contra*, Bastia, 10 mars 1856, *D. P.* 1856, 2, 178), et le débiteur fera sagement, en pareille occurrence, de considérer que le cédant est demeuré son créancier et de s'acquitter envers lui.

3° La publicité organisée au moyen de la transcription est plus effective que celle qui est tentée à l'aide des moyens de l'article 1690. Le débiteur cédé, touché par la signification ou acceptant dans un acte authentique, n'est pas un agent de publicité de la cession; à la différence de la conservation des hypothèques, il n'est pas à lui seul un bureau de renseignements. En fait, il est le seul à être renseigné; et il faut convenir qu'on pourrait difficilement faire mieux, car les créances se prêtent mal à un régime de publicité, n'étant point identifiables comme le sont les immeubles. Cependant, il en va autrement des *créances hypothécaires* : leur cession pourrait être notifiée au bureau du lieu de la situation de l'immeuble hypothéqué, comme l'exige la loi belge du 16 décembre 1851.

823. Portée d'application du régime institué dans l'article 1690. — Ce régime a une portée générale (il est

valable, par exemple, pour le droit résultant d'une *promesse de vente*, Civ. 4 mars 1931, *D. H.* 1931, 267), mais non pas absolue; nombreuses sont les créances qui échappent à son emprise.

1° En *pur droit civil*, les formalités en question ne s'appliquent pas :

a) Aux cessions d'universalité juridique, notamment à la cession de droits successifs (Req. 16 avril 1889, *D. P.* 1890, 1, 260);

b) Aux créances *léguées* : la transmission est opposable aux tiers dès le décès du testateur; mais le débiteur est protégé contre les surprises par la disposition de l'article 1240 (*inf.* n° 850);

c) Aux cessions de *loyers* ou de *fermages non échus* lorsqu'elles portent sur une somme équivalente à *trois années* ou davantage; la transcription est alors requise par la loi du 23 mars 1855 (art. 2 - 5°).

824. — 2° *En dehors du droit civil*, il y a lieu de signaler, comme soumises à des régimes particuliers, les cessions suivantes :

a) Cession de droit de *propriété littéraire ou artistique*, ou cession de *brevet* d'invention (L. 5 juill. 1844, art. 20, § 3);

b) Les créances commerciales constatées par des *titres à ordre* se transmettent par le procédé simplifié de *l'endossement* (*lettre de change, billet à ordre*); le débiteur s'engage à payer, non seulement à telle personne dénommée, mais à qui le créancier initial lui donnera l'ordre de payer; cette *clause à ordre* permet la substitution de créanciers successifs : c'est le dernier d'entre eux, le dernier *endossataire* qui réclamera le paiement au débiteur, sans que les formalités de l'article 1690 aient fait leur apparition;

c) Il existe aussi, en matière commerciale, des titres qui sont *au porteur* : ils circulent de main en main, sans aucune mention écrite constatant leur transmission, donc plus facilement encore que les titres à ordre; le débiteur doit payer au porteur, quel qu'il soit; posséder le titre, c'est être créancier; la créance s'incorpore dans l'écrit qui en constate l'existence; la forme domine le fond du droit. La plupart des valeurs de Bourse sont ainsi aménagées au porteur;

d) D'autres titres sont *nominatifs* : ils se transmettent par le procédé compliqué du *transfert*. Le nom du titulaire figurant et sur le titre et sur les registres de l'établissement émetteur (Etat, banque, compagnie de chemins de fer, etc.), la transmission est assez lente et assez laborieuse; elle

implique une déclaration de transfert sur les livres de l'établissement émetteur. On s'est efforcé récemment de simplifier et d'activer les formalités (L. 26 mars 1927, art. 36 à 54; *D.* 9 mai 1928; l. 6 juill. 1934, art. 11; d. 25 et 26 oct., 20 déc. 1934; d.-l. 30 oct. 1935. — V. P. Esmein, *Les transferts et mutations de titres nominatifs*, 1929, J. Hardoin, *Le nouveau régime des titres nominatifs*, *Ann. dr. com.* 1935).

825. — 3° Les procédés de transmission accélérée assurés par les titres à ordre ou au porteur ont été imaginés pour les créances commerciales : le commerce vit de rapidité. Mais il est arrivé qu'on a songé à les utiliser dans le domaine du droit civil, à aménager des créances purement civiles dans la forme à ordre ou au porteur; on s'est demandé si de telles combinaisons étaient licites, s'il dépendait des parties d'écarter l'application de l'article 1690 ou si les dispositions incluses dans ce texte n'étaient pas d'ordre public.

La question a été jugée depuis longtemps pour la forme *au porteur* dont l'utilisation, en matière civile, a été admise, on peut dire, de tout temps (Cass. 10 nov. 1829, S. chr.; Bordeaux, 22 janv. 1839, *S.* 1839, 2, 258, *D. P.* 1839, 2, 187; Civ. 31 oct. 1906, *D. P.* 1908, 1, 497), mais qui a été cependant interdite pour la police d'*assurance sur la vie* (L. 13 juill. 1930, art. 61, § 1).

Il y a eu plus de difficultés pour la *clause à ordre* dont certaines cours d'appel voulaient limiter l'emploi aux créances commerciales; mais la Cour de cassation s'est montrée plus libérale; elle estime que les dispositions de l'article 1690 ne sont nullement d'ordre public : ne peut-on pas considérer d'ailleurs que le débiteur a accepté, à l'avance, par anticipation, les cessions que le créancier pourra faire de sa créance, de même que le souscripteur d'un bon au porteur accepte à l'avance les différents porteurs pour ses créanciers directs? (Civ. 31 oct. 1906, précité). Avec cette conception, l'article 1690 n'est pas écarté, mais accommodé aux circonstances (*Sic*, Civ. 8 mai 1878, *D. P.* 1878, 1, 241, note Ch. Beudant, *S.* 1878, 1, 291; Req. 15 mars 1892, *D. P.* 1893, 1, 309, *S.* 1894, 1, 495; 18 janv. 1922, *S.* 1922, 1, 222); il y a là un exemple remarquable de l'influence exercée par le droit commercial sur le droit civil. La clause à ordre s'est introduite même dans les *actes notariés* rédigés en vue de constater l'existence de créances purement civiles : la créance se transmet par voie d'endossement de la *grosse* (V. les arrêts précités, et Riom, 17 fév. 1911, *D. P.* 1913, 2, 305, note Feuilloley).

826. — Le droit civil prend d'ailleurs parfois sa revanche et réagit à son tour sur le droit commercial : il a été jugé que le transfert n'a pas, pour la cession des titres nominatifs, un caractère obligatoire et que les parties ont toute liberté pour se conformer aux dispositions de l'article 1690 qui contient le droit législatif commun en pareille matière (Civ. 5 janv. 1926, *D. P.* 1926, 1, 97, note Lyon-Caen; Paris, 12 déc. 1934, *D. H.* 1935, 89).

Chapitre II

Transmission des dettes

Cession de dettes

827. **Bibliographie.** — Eug. Gaudemet, *Essai sur le transport de dette à titre particulier*, thèse 1898; Saleilles, *De la cession de dettes*, *Ann. dr. comm.*, 1890; *Théorie de l'obligation*, nos 81, 105 et suiv.

828. **Vue générale.** — Logiquement, le transport de dette se présente comme la contre-partie de la cession de créance : de même que cette dernière opération se présente comme réalisant la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, ainsi la cession de dette devrait consister dans la substitution d'un nouveau débiteur au débiteur initial, le rapport obligatoire demeurant identique à lui-même.

Cependant, cette économie est dérangée par cette particularité que le créancier a le plus grand intérêt à ne pas changer de débiteur contre sa volonté ou même à son insu : il ne saurait être question de substituer, en dehors de son assentiment, un débiteur nouveau, peut-être insolvable, à un obligé qui présentait toutes garanties. En conséquence, au lieu que, dans la cession de créance, on se passe de l'adhésion du débiteur, on ne voit pas comment, dans le transport de dette, on pourrait se passer de celle du créancier.

829. **Silence du Code civil.** — Le Code civil ne contient pas de théorie générale, ni même d'application consciente et formelle du transport de dette; sans doute, on peut bien changer le débiteur, mais, pour en arriver là, on doit changer la dette elle-même au moyen d'une novation *mutato debitore*, ce qui entraîne la disparition des accessoires, des sûretés dont l'obligation ancienne pouvait être

assortie : le moyen n'est pas adéquat au but poursuivi qu'il dépasse très visiblement.

830. — Cependant, l'infériorité de notre droit français par rapport au droit *allemand*, qui admet et qui organise, sous le nom de *reprise de dette*, la cession de dette (C. civ. allemand, art. 414 et suiv.), comme aussi le code *suisse* des *obligations* (art. 175 et suiv.), ainsi que le code civil de la république de *Chine* (art. 300 et suiv.), n'est pas aussi complète qu'on l'affirme parfois.

1° La reprise de dette du droit allemand n'est point la contre-partie exacte de la cession de créance; c'est une opération spécialisée, dont l'efficacité est doublement limitée;

a) Elle n'est point, par elle-même, opposable au créancier; son efficacité, à son égard, est subordonnée à son adhésion, à son acceptation (art. 414 C. civ. *allemand*; art. 301 C. civ. républ. de *Chine*);

b) Le transport entraîne l'extinction, sinon de la dette elle-même, qui est reprise par le nouveau débiteur, du moins des accessoires, des sûretés qui l'accompagnaient; les cautions sont libérées; le gage est éteint; les hypothèques disparaissent en principe, sauf à être rattachées à nouveau à la dette par une stipulation formelle. A ce point de vue, le Code *suisse* des obligations va plus loin que son aîné, dans la voie de la cession : il admet la permanence, la survivance, de plein droit, des sûretés non inséparables de la personne du débiteur (*C. fédéral des obligations*, art. 178; C. civ. rép. de *Chine*, art. 304);

2° En droit français, la cession de créance peut être utilisée en vue de réaliser un résultat approché de celui que donnerait le transport de dette, au moins dans un cas déterminé. Primus étant créancier de Secundus lui-même créancier de Tertius, on peut simplifier la situation en éliminant Secundus qui cèdera à Primus sa créance contre Tertius; il n'y aura désormais qu'un seul rapport obligatoire au lieu de deux. Il est vrai que Primus n'a plus sa créance primitive; c'est une autre créance qui lui est attribuée, et l'on sait que chaque créance a sa physionomie particulière : elle est civile ou commerciale, susceptible ou non d'être paralysée par une exception, constatée par un titre exécutoire ou par un acte privé. A cet égard, la cession de créance ne donne pas les mêmes résultats qu'eût assurés le transport de dette, lequel eût permis à Primus de conserver sa créance primitive;

3° Notre Code civil a admis implicitement le transport de

dette en matière de bail d'immeubles : l'acquéreur d'un immeuble doit respecter les baux établis par ses auteurs (art. 1743) ; ce résultat ne peut guère s'expliquer que par cette idée que l'acquéreur succède à l'aliénateur dans les obligations issues du bail (*inf.* n° 1219) ;

4° La cession d'une universalité (droits successifs, fonds de commerce, portefeuille d'assurances), implique et renferme en elle-même la cession du passif inclus dans ladite universalité;

5° Il est toujours possible de céder un contrat, avec les obligations qu'il imposait aux parties; il advient même que cette cession soit réalisée d'autorité et impérativement par une disposition législative (V. pour *l'assurance des choses*, la loi du 13 juill. 1930, art. 19, § 1 : au cas d'aliénation de la chose assurée, l'assurance continue de plein droit au profit de l'acquéreur, mais à charge pour lui d'exécuter toutes les obligations dont son auteur était tenu envers l'assureur; — A. Besson, *L'aliénation de la chose assurée*, *Rev. gén. ass. terr.*, 1934, p. 17; — pour le *contrat de travail*, v. l'art. 23 § 7 du livre I du Code du Travail, et *inf.* n° 1278) ;

6° Il ne semble pas que rien s'oppose à ce que les parties construisent une opération sur le type de la reprise de dette; le silence du Code civil n'est pas une objection. Le grand principe de la liberté des conventions qui a permis la naissance et le développement d'opérations telles que les assurances sur la vie, la fondation, le contrat d'édition, est capable de donner asile à cette catégorie juridique particulière que représente la cession d'une dette (V. Civ. 3 janv. 1928, S. 1929, 1, 85).

831. — En résumé, on peut vivre sans un transport de dettes scientifiquement et généralement aménagé, en tant qu'institution juridique classée et cataloguée; l'imperfection de notre Code civil en cette matière est d'ordre théorique et dogmatique plutôt que pratique; l'empirisme législatif n'est pas recommandable, mais il ne constitue pas un obstacle invincible au développement des institutions non systématisées.

CINQUIÈME DIVISION

EXTINCTION DES OBLIGATIONS

832. Sources. — C. civ. art. 1234 à 1314 (Liv. III, titre III, chap. V); art. 2219 et suiv. (Titre de *la prescription*).

833. Généralités et plan. — L'article 1234 énumère neuf causes d'extinction des obligations; la liste est encombrée de causes qui agissent, à vrai dire, non directement sur l'obligation, mais bien sur le contrat lui-même, lequel est annulé, rescindé ou résolu. Nous ne revenons pas sur ces événements déjà étudiés à propos des contrats (*sup.* n^os^ 333 et suiv.) et nous ne retenons ici que les causes d'extinction qui agissent directement sur l'obligation elle-même.

Pour ordre, nous les classerons dans quatre catégories :

1° Une catégorie est occupée uniquement par le *paiement* et ses diverses modalités, c'est-à-dire par l'extinction naturelle des obligations provenant de leur exécution même;

2° Il est des modes d'extinction qui supposent que le créancier a obtenu une satisfaction autre que celle à laquelle il avait droit : *dation en paiement*, *novation*, *compensation*, *confusion*;

3° Parfois, il arrive que l'obligation soit éteinte en dehors de toute satisfaction obtenue par le créancier : *remise de dette*, *impossibilité d'exécution*, *terme extinctif*;

4° Enfin, la *prescription* dite *extinctive* est à ranger dans une catégorie spéciale.

CHAPITRE PREMIER

Extinction de l'obligation par son exécution même

LE PAIEMENT

Articles 1235 et suivants; 1376 et suivants.

834. Définition; généralités. — Payer, c'est exécuter la prestation même à laquelle on était tenu, que cette prestation consiste dans la remise d'une somme d'argent ou d'un corps certain, dans un fait ou dans une abstention. La terminologie juridique est donc ici plus large que le langage courant : l'architecte qui dirige des travaux, l'ouvrier qui exécute un travail, effectuent un paiement aussi bien que l'emprunteur qui restitue la somme prêtée.

Le paiement est le mode d'extinction par excellence des obligations; il constitue le dénoûment normal (*solutio*, d'où *solvere*, payer) de l'obligation; il se différencie donc très profondément de tous les autres modes d'extinction qui présentent, plus ou moins, un caractère accidentel, anormal, inattendu; le Code fédéral *suisse* des obligations a souligné cette opposition en traitant du paiement à propos de l'exécution des obligations (titre II de la première partie) et séparément des modes d'extinction proprement dits qui sont réglementés sous une rubrique différente (titre III).

835. Plan. — Il sera traité :

1° Des *conditions* requises pour l'efficacité d'un paiement;

2° De la *preuve* du paiement;

3° Des *effets* qu'il produit.

SECTION I. — CONDITIONS REQUISES POUR L'EFFICACITÉ DU PAIEMENT

836. Plan. — Les conditions de validité du paiement sont multiples; elles ont trait :

1° A l'obligation elle-même;

2° A celui qui paie (le *solvens*);

3° A celui qui reçoit (l'*accipiens*);

4° A la prestation effectuée (*objet* du paiement);

5° Aux *circonstances* qui entourent le paiement;

6° Enfin, encore faut-il qu'aucun *obstacle* particulier ne s'oppose au paiement.

§ I. — *CONDITIONS REQUISES DANS L'OBLIGATION*

837. Principe. — Le paiement suppose l'existence d'une obligation civile, ou du moins d'une obligation naturelle dont le *solvens* connaît la portée exacte; s'il paie alors qu'il croyait faussement être tenu de le faire, la loi lui donne l'action en répétition à raison de l'erreur qu'il a commise (art. 1235, § 1 et 2).

838. Paiement de l'indu. — Lorsque la prestation a été effectuée sans que le *solvens* fût le débiteur de l'*accipiens*, et *sans qu'il eût l'intention de consentir une libéralité*, on dit qu'il y a *paiement de l'indu*, c'est-à-dire paiement sans cause juridique; le *solvens* peut réclamer la restitution en exerçant à cet effet une *action en répétition de l'indu*. La théorie n'est qu'une adaptation à une situation particulière de la théorie plus vaste de l'enrichissement sans cause, et l'action en répétition n'est qu'une variété d'action *de in rem verso* : l'*accipiens* s'est enrichi injustement sans cause aux dépens du *solvens* à qui il doit compte de son enrichissement (*sup.* n^{os} 559 et suiv.).

839. Eléments constitutifs du paiement de l'indu. — Pour qu'il y ait paiement de l'indu, deux conditions sont requises, d'après les articles 1376 et suivants.

1° Il faut qu'il n'y ait pas de dette. L'*indebitum* est une notion assez simple; il faut cependant rappeler qu'une obligation *conditionnelle* laisse subsister l'*indebitum* (*sup.* n° 741), mais non l'obligation à *terme* : le débiteur qui paie avant l'arrivée du terme n'a jamais, de ce chef, l'action en répétition (*sup.* n° 727); quant à l'obligation *naturelle*, l'article 1235 établit la distinction ci-dessus signalée d'après la mentalité du *solvens* qui croyait ou non être tenu civilement (*sup.* n° 716). V. sur un cas particulier, Civ. 7 janv. 1925 (*S.* 1925, 1, 14);

2° Il faut, en effet, pour qu'il y ait paiement de l'indu, que le *solvens* ait commis une *erreur*, qu'il ait payé se croyant tenu civilement (art. 1377, § 1) : s'il a payé sciemment la dette d'autrui, ou s'il savait n'être tenu que *naturaliter*, ou s'il a voulu faire une libéralité à l'*accipiens*, on lui refuse l'action en répétition.

Du moment que ces deux conditions existent (et c'est au

demandeur qu'il incombe d'en établir l'existence, Req. 22 oct. 1929, *S.* 1929, 1, 383), l'action en répétition est ouverte au *solvens*, à moins cependant que le créancier n'ait sup primé son titre sur la foi du paiement reçu (art. 1377, § 2), ou n'ait perdu les sûretés qui lui appartenaient en vue du paiement (Civ. 27 nov. 1912, *D. P.* 1913, 1, 96).

Mais la bonne foi de l'*accipiens* n'est pas prise en considération et ne fait pas obstacle à l'action en répétition (art. 1376); elle influe seulement sur le montant des restitutions dont il est redevable.

840. Montant des restitutions. — Lorsqu'il y a eu paiement de l'indu, l'*accipiens* doit faire certaines restitutions dont le montant varie selon une distinction tirée de sa bonne foi ou de sa mauvaise foi. Sans doute, dans tous les cas, il peut exiger que le demandeur lui tienne compte des impenses faites sur la chose dans l'intervalle entre le paiement et la restitution; on sait que cette théorie des impenses ne distingue pas entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (art. 1381; *sup.*, t. I, n° 1613). Mais à cela se borne le point de contact; à tous autres égards, la bonne foi de l'*accipiens* est décisive lorsqu'il s'agit de déterminer le montant des restitutions auxquelles il est assujetti.

1° De mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a reçu sciemment l'indu, il est redevable, non seulement de la somme ou de la chose reçue, mais aussi des intérêts et des fruits, du jour du paiement (art. 1378); de bonne foi, on le tient quitte s'il restitue la somme d'argent ou la chose;

2° Si, lors de la répétition, il n'est plus en possession de la chose reçue, il faut sous-distinguer :

a) A supposer que la chose ait péri, de bonne foi il ne répond que de sa faute; de mauvaise foi, il répond même du fait étranger, du cas de force majeure; les *risques* sont pour lui (art. 1379);

b) S'il a aliéné, de bonne foi il se libère en restituant le prix reçu, donc rien du tout s'il a aliéné à titre gratuit (art. 1380); mais, de mauvaise foi, il est comptable, par argument *a contrario* puisé dans ce dernier texte, de la *valeur réelle* de la chose qu'il ne peut représenter.

Si l'*accipiens* est un incapable, par exemple un mineur, il n'est tenu, fût-il de mauvaise foi, que dans la mesure de son enrichissement au jour de la demande (arg. art. 1312). La solution est faite pour surprendre, car le mineur s'engage par ses quasi-délits comme par ses délits, mais, en

réalité, lorsqu'il reçoit l'indu, il ne commet pas un délit ou un quasi-délit; il s'enrichit sans cause, ce qui est différent; les règles de la capacité ne sont pas les mêmes en matière délictuelle et en matière d'enrichissement sans cause (*sup.* n^os^ 565 et 578).

841. Preuve. — Il appartient au demandeur, à celui qui exerce l'action en répétition, de prouver que l'*accipiens* était de mauvaise foi, *lors du paiement*; la bonne foi est toujours présumée.

841*bis*. Qui peut agir en répétition de l'indu. — L'action en répétition de l'indu peut être exercée par le *solvens* et aussi par ses créanciers agissant obliquement de son chef (art. 1166), mais non par le véritable créancier à qui on la refuse contre l'*accipiens*, sauf à lui reconnaître la possibilité d'agir au moyen de l'action *de in rem verso*, laquelle est de plus large envergure (V. Civ. 17 nov. 1914, *S.* 1918-1919, 1, 52; Lenoan, *Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place*, *Rev. trim.* 1923, p. 925).

§ II. — *CONDITIONS REQUISES CHEZ LE « SOLVENS »*

842. Principe trop général. — L'article 1238, § 2, déclare que, pour payer valablement, il faut être *propriétaire* de la chose donnée en paiement et être *capable* de l'aliéner.

Mais cette double condition ne concerne que certains paiements, ceux qui doivent être translatifs de propriété, par exemple à la suite d'une vente de genre qui n'a pas pu, par elle-même, tranférer la propriété.

843. — Cette remarque faite, reprenons les deux conditions visées par l'article 1238.

1° *Le solvens doit être propriétaire* de la chose remise en paiement; sans quoi, le paiement serait nul et la nullité pourrait être invoquée, soit par l'*accipiens* qui a des raisons de n'être point satisfait, puisqu'il n'a pas obtenu pleinement son dû, et aussi par le *débiteur* qui peut agir en restitution de la chose livrée; il est vrai que la nullité du paiement n'est pas édictée dans son intérêt, mais il faut songer au propriétaire de la chose à qui le *solvens* est sans doute désireux de restituer son bien et que l'on ne veut pas

réduire à son action en revendication; le créancier aurait mauvaise grâce à se refuser à la restitution alors qu'on lui offre une autre chose dont il pourra, cette fois, devenir propriétaire; sa résistance ne deviendrait légitime que s'il avait consommé de bonne foi la chose reçue, et l'article 1288, § 2, le dispense précisément alors de restituer; il a un *motif légitime* de ne pas le faire.

2° *Le* solvens *doit être capable d'aliéner la chose qu'il remet en paiement.* — A défaut de cette condition, le paiement, ici encore, est nul, mais la nullité ne peut être invoquée, suivant le droit commun, que par l'incapable lui-même, non par l'*accipiens*. Comme dans le cas précédent, ce dernier est dispensé de restituer s'il a consommé de bonne foi la chose reçue (art. 1238, § 2, qui est commun aux deux conditions indiquées dans le premier alinéa).

844. Personnes qualifiées pour effectuer un paiement. — Laissant de côté le cas d'un paiement translatif de propriété, et envisageant le sujet dans son ensemble, ne doit-on pas dire que, pour effectuer un paiement, il faut être le débiteur? Non; le paiement peut émaner :

1° Du *débiteur* lui-même;

2° D'un *coobligé* qui s'est engagé avec lui ou pour lui : codébiteur solidaire, codébiteur engagé dans une même dette indivisible, caution;

3° D'un *tiers juridiquement intéressé* à l'extinction de la dette, tel le détenteur d'un immeuble hypothéqué en sûreté de ladite dette (art. 1236, § 1);

4° D'un *tiers quelconque*, même non intéressé (art. 1236, § 2), et cela soit qu'il prétende agir au nom et pour le compte du débiteur, en se comportant alors comme un gérant d'affaires, soit qu'il déclare agir en son nom, ou même qu'il ne déclare rien du tout; sans doute, il ne pourra pas exiger la subrogation dans les droits du créancier (le texte le souligne dans les termes défectueux), mais le créancier ne serait pas admis à refuser le paiement qui lui est offert, et cela *parce qu'il est sans intérêt à le faire* : que lui importe de recevoir son dû, par exemple une somme d'argent, de Pierre ou de Paul? Du moment qu'il est payé, peu lui échet la qualité, la personnalité du *solvens*.

845. — Mais il en irait autrement si cette personnalité jouait un rôle dans le contrat et dans son exécution, ce qui se produit fréquemment dans les *obligations de faire* : le

créancier a traité avec un architecte, un médecin, un artiste, en considération de leur savoir, de leur talent, de leurs aptitudes; il ne saurait dépendre d'une tierce personne de s'interposer entre les parties, quand bien même elle exercerait la même profession que le débiteur; le paiement a été prévu *intuitu personæ*, et même un coobligé, même une caution, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, ne pourraient émettre la prétention de se substituer au débiteur sans l'assentiment du créancier (art. 1237).

D'autre part, le débiteur lui-même serait fondé à s'opposer à l'intervention d'une tierce personne s'il avait un *intérêt légitime* à le faire (Req. 7 juin 1937, *motifs*, D. H. 1937, 427, *S.* 1937, 1, 251).

Si le créancier et le débiteur sont d'accord pour écarter l'intervention d'un tiers, toutes difficultés sont, par là-même, aplanies, en principe. Cependant, leur responsabilité sera engagée s'il y a entre eux collusion en vue de porter atteinte aux *intérêts légitimes* d'une tierce personne, par exemple afin de faire tomber l'hypothèque de celle-ci au moyen de l'action en résolution du vendeur qui, dans ce but, entend demeurer impayé et se refuse donc à recevoir son paiement des mains d'une personne étrangère à la dette (*Sic*, arrêt du 7 juin 1937) ; en se comportant ainsi, il *abuse* du droit qui lui appartient d'exiger le paiement du débiteur lui-même, d'accord avec celui-ci; il exerce ce droit sans motif légitime et engage de ce chef sa responsabilité envers le tiers — ici, le créancier hypothécaire lésé par cette déviation du droit.

§ III. — *CONDITIONS REQUISES CHEZ L'« ACCIPIENS »*

846. Principe. — Le paiement doit être fait soit au créancier, soit à une personne ayant qualité pour le recevoir à sa place.

847. I. Paiement fait au créancier lui-même. — Il s'agit du créancier *lors du paiement*, et ce peut être l'héritier du créancier primitif ou un cessionnaire de la créance.

Le créancier actuel est tout désigné pour recevoir paiement, à la condition d'être *capable* : le paiement fait à un incapable serait inefficace, non libératoire; le créancier pourrait exiger un second paiement : « qui paie mal paie deux fois »; cependant, le paiement est valable et libératoire dans la mesure où l'incapable en a tiré profit, mais

c'est au débiteur qu'incombe la charge de la preuve (art. 1241).

848. II. Paiement fait à une personne ayant qualité pour le recevoir à la place du créancier. — Ordinairement, cette personne qualifiée est un *mandataire* du créancier : mandataire légal (tuteur, administrateur légal), judiciaire (curateur donné à un absent en vertu de l'article 112) ou conventionnel : un mandat *général* confère les pouvoirs de recevoir un paiement, cet acte rentrant dans la catégorie des actes d'administration *lato sensu*. En dehors des mandataires, le paiement peut être fait encore valablement au créancier du créancier lorsqu'il a pratiqué une *saisie-arrêt* entre les mains du débiteur et que son opposition a été validée par un jugement (art. 1242).

849. Paiement fait à une personne non qualifiée. — Ce paiement est nul; il ne libère pas celui qui l'effectue et qui demeure donc tenu.

Cependant, il en est autrement, et le paiement fait à personne non qualifiée devient libératoire, en tout ou en partie, dans les cas suivants :

1° Le créancier *ratifie* le paiement (art. 1239, § 2);

2° Il en a profité; dans la mesure du profit retiré, le débiteur est libéré (art. 1239, § 2; Req. 21 fév. 1905, *D. P.* 1906, 1, 182);

850. — 3° Le débiteur a payé *de bonne foi* entre les mains d'un tiers qui était en *possession de la créance* (art. 1240).

a) Le paiement doit avoir été fait de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance, chez le *solvens*, que l'*accipiens* était le véritable créancier. On suppose donc une erreur qui devient, ici comme en d'autres circonstances, créatrice de droit. Mais la bonne foi de l'*accipiens* n'est pas exigée : qu'il ait cru ou non être créancier, cette circonstance n'influe pas sur la valeur libératoire du paiement;

b) Il faut que l'*accipiens* fût, lors du paiement, en *possession de la créance*. Cette seconde condition est dans un rapport étroit avec la précédente : c'est la possession de la créance par l'*accipiens* qui explique et qui légitime l'erreur du *solvens*, donc la bonne foi de celui-ci.

Il ne s'agit d'ailleurs nullement ici de la possession du titre, de l'acte instrumentaire, mais bien de la possession du droit, de la créance elle-même : la loi veut que l'*acci-*

piens passe aux yeux du public comme étant le titulaire de la créance, qu'il eût la *possession d'état* de créancier, qu'il fût un créancier apparent. C'est, par exemple, un *héritier apparent*, un *légataire* institué par un testament plus tard reconnu nul, un *cessionnaire* en vertu d'un acte ensuite annulé ou rescindé : ces différentes personnes sont qualifiées pour recevoir un paiement libératoire, définitivement libératoire, quoi qu'il advienne pas la suite; mais il en irait autrement d'un prétendu mandataire, lequel ne saurait être considéré comme le titulaire de la créance; il appartient au débiteur de s'assurer de la réalité du mandat allégué par l'*accipiens* (Civ. 22 mars 1921, *D. P.* 1924, 1, 194). L'article 1240 contient une *mesure de sûreté* pour le débiteur; il n'a pas de surprise à craindre s'il a payé de bonne foi, par erreur, à condition cependant que l'erreur soit excusable, et elle l'est du moment que l'*accipiens* avait la possession d'état de créancier.

§ IV. — *CONDITIONS REQUISES DANS LA PRESTATION: QUELLE CHOSE DOIT ÊTRE PAYÉE ?*

851. Principe. — Conformément à cette règle que les conventions font la loi des parties, le paiement doit être effectué dans les termes mêmes qui avaient été prévus; il doit porter sur l'objet même de l'obligation, non sur un équivalent, un succédané : la *dation en paiement* est possible, mais elle implique le consentement des deux parties (art. 1243).

852. Applications; paiement en espèces et paiement par chèque. — 1° Si la dette a pour objet une *somme d'argent*, le débiteur doit se libérer en espèces, soit en monnaie métallique, soit en coupures, en valeurs ayant cours légal.

Les monnaies de billon, c'est-à-dire celles dont la valeur intrinsèque est inférieure à la valeur nominale, ne peuvent être employées dans les paiements entre particuliers, que comme *appoint*, savoir, les monnaies d'argent jusqu'à concurrence de 250 francs, les monnaies en bronze d'aluminium jusqu'à 50 francs, les monnaies en nickel et en bronze, dont la composition a été modifiée par un décret du 24 février 1938, jusqu'à 10 francs (*Loi monétaire* du 25 juin 1928, art. 7 et 8) : Les monnaies d'or et d'argent frappées antérieurement à la date de la promulgation de cette loi, ont cessé d'avoir cours légal (art. 9). Les *billets de banque* ont cours légal sans limitation de somme.

Le règlement a lieu fréquemment au moyen d'un *chèque* (payable dans une banque), ouvert ou barré; cette pratique s'est beaucoup développée depuis quelques années (J. Bouteron, *Le chèque*, 1924; *Le droit nouveau du chèque*, 1928; *La jurisprudence du chèque*, 1937; J. Valéry, *Des chèques en droit français*); elle présente de la *commodité* et de la *sécurité*, surtout si le chèque est barré et ne peut, dès lors, être encaissé que par un banquier (V. cependant un article de M. Cordonnier, *La sécurité du chèque barré*, *D. H.* 1933, *Chr.* p. 17). D'autre part, le législateur a frappé pénalement l'émission consciente de chèque sans provision (L. 14 juin 1865, art. 66, mod. par d.-l. du 30 oct. 1935 et du 24 mai 1938, art. 1er).

Malgré ces mesures destinées à donner le maximum de sécurité au porteur, nous croyons cependant qu'un créancier peut toujours, sauf clause contraire, refuser le paiement par chèque qui le contraint à un déplacement et qui est moins sûr qu'un règlement en espèces (*Sic*, Req. 3 mars 1930, *D. H.* 1930, 210; Civ. 12 mars 1930, *D. H.* 1930, 241; Req. 13 fév. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 742; — J. Valéry, *Des chèques en droit français*, n° 335), car peut-être le chèque ne sera-t-il pas payé (défaut de provision, opposition au paiement. V. note P. Esmein, *S.* 1931, 1, 249), ou peut-être sera-t-il payé à un tiers non qualifié (Paris, 18 fév. 1932, note A. Besson, et, sur pourvoi, Req. 20 juin 1934, *D. H.* 1934, 409); aussi comprend-on que le voiturier, qui s'est chargé d'une expédition contre remboursement, commette une faute et engage sa responsabilité s'il livre la marchandise contre remise d'un chèque; c'est seulement contre des espèces qu'il devait s'en dessaisir (Douai, 23 fév. 1933, *S.* 1934, 2, 83); — Mais on ne saurait s'opposer au règlement par *mandat-poste*, ou par *virement* soit à un compte en banque, soit à un compte de chèques postaux (même note de P. Esmein).

Il est à remarquer qu'au cas de règlement par chèque, le débiteur n'est libéré que par *l'encaissement* de cet effet par le créancier, non par la remise qu'il lui en consent (Civ. 17 déc. 1924, *S.* 1925, 1, 19; 16 déc. 1931, *D. H.* 1932, 66; Req. 21 mars 1932, *D. H.* 1932, 217); au cas de paiement par virement, le créancier n'est considéré comme payé qu'autant que le virement a eu lieu. (Req. 9 juill. 1924, *S.* 1925, 1, 5, note Lyon-Caen.) De même, si le débiteur a adressé au créancier une valeur postale, c'est seulement l'encaissement effectif de cette valeur par le créancier qui réalise sa libération. (Civ. 30 mars 1925, *S.* 1926, 1, 73, note Delpech);

2° Si la dette porte sur un *corps certain*, le débiteur le

livre dans l'état où il se trouve lors du paiement, mais à condition que les détériorations survenues dans l'intervalle ne viennent point de son fait ou de sa faute ni de celle des personnes dont il est responsable, à condition aussi qu'il ne fût pas déjà en demeure au moment où ces détériorations se sont produites (art. 1245);

3° Si l'obligation porte sur des choses déterminées seulement *in genere*, le débiteur n'est pas tenu d'offrir la meilleure qualité, mais il ne saurait imposer au créancier la plus mauvaise (art. 1246).

853. Principe de l'indivisibilité du paiement. — L'article 1244, § 1, poussant jusqu'à son extrême conséquence le principe que le débiteur doit payer exactement ce qui est dû, décide qu'il ne saurait forcer le créancier à recevoir un *paiement partiel*, et cela quand bien même la dette serait parfaitement divisible. C'est qu'en effet, un paiement par fractions ne présenterait peut-être pas pour le créancier la même utilité qu'un paiement total, effectué en une seule fois : le paiement est *indivisible*, sauf, bien entendu, pour le créancier, la faculté d'accepter un paiement partiel; mais il n'est pas tenu de le faire; théoriquement, créancier de mille francs, il peut refuser les neuf cent cinquante francs que lui offre son débiteur.

854. Dérogations. — La règle de l'indivisibilité du paiement comporte diverses dérogations, dont l'une n'est qu'apparente : en cas de décès du débiteur laissant plusieurs héritiers, le créancier ne peut demander qu'une part à chacun de ceux-ci; mais c'est parce que la dette elle-même s'est divisée; il y a désormais, non pas une dette, mais deux, trois, ou davantage, et pour chacune de ces dettes intervient le principe de l'indivisibilité du paiement.

Les dérogations effectives sont au moins au nombre de quatre, pour le seul droit civil :

1° Au cas de *compensation*, les deux obligations coexistant en sens inverse sont éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible : le créancier pour la somme la plus forte se trouve ainsi de recevoir un paiement partiel en monnaie de compensation (*inf.* n^os^ 930 et suiv.);

2° En matière de *cautionnement*, le créancier qui poursuit l'une des cautions peut se voir opposer le bénéfice de *division*; si, par exemple, il y a trois cautions, la caution poursuivie pourra n'acquitter que le tiers de la dette; le créancier doit alors se contenter d'un paiement partiel (art. 2026, § 1, *inf.* n° 1486);

855. 3° *Terme de grâce.* — Le tribunal — ou le juge des référés (l. 25 mars 1936, modifiant l'art. 1244) — peut accorder au débiteur poursuivi par son créancier, un *terme de grâce* (art. 1244, § 2), c'est-à-dire un délai pour le paiement, ou *des délais* qui se traduisent par des échéances successives sur lesquelles l'acquittement de la dette sera échelonnée; il est décidé que le débiteur de 3.000 francs, en paiera 1.000 à telle date, 1.000 à telle autre, et que le solde devra être versé à telle époque. Ainsi se trouve mise en échec la règle de l'indivisibilité du paiement, puisque le créancier doit se contenter d'un acompte. Le code civil invitait le juge à n'user de son pouvoir qu'avec une *grande réserve* et à n'octroyer au débiteur que des « délais modérés »; mais ces formules prudentes ont disparu dans la tourmente économique et sociale de ces dernières années, et c'est la « situation économique » que le tribunal — ou le juge des référés — prendra surtout en considération pour relâcher le lien obligatoire (art. 1244, nouv. réd.; l. 20 avril 1936; *sup.* n° 722) qui devient ainsi de moins en moins solide (*sup. ibid.*);

4° Lorsque plusieurs dettes d'argent incombent au même débiteur vis-à-vis du même créancier, le procédé d'*imputation légale* est susceptible d'aboutir à la consécration d'un paiement partiel (*inf.* n° 875).

5° En *droit commercial*, le paiement partiel ne peut être refusé par le porteur d'une lettre de change (C. com. art. 136, nouv. réd.), ni par celui d'un billet à ordre (C. com. art. 185, nouv. réd.), pas plus que par le porteur d'un chèque (D. du 30 oct. 1935, *unifiant le droit en matière de chèques*, art. 34 § 2).

856. En quelle monnaie le paiement doit être fait. — A. *Régime normal.* En temps normal, le paiement doit être effectué dans la monnaie que les parties ont envisagée, expressément ou tacitement, étant entendu que le lieu et les modalités du paiement ne fournissent à cet égard qu'une présomption comportant la preuve contraire (Req. 28 nov. 1932, *D. H.* 1933, 18; Ch. des Lords, 15 mars 1937, note J. Hamel, *D. P.* 1937, 2, 73) et que la monnaie de billon ne peut servir que d'appoint (*sup.* n° 852); comme les billets de banque ont *cours légal*, ils peuvent servir indéfiniment d'instruments de paiement, sans limitation de somme, mais rien n'empêche les parties de stipuler que le paiement aura lieu en monnaie métallique exclusivement, par exemple en or, « en bonnes espèces d'or sonnantes et trébuchantes »,

selon la formule conservée par les traditions notoriales; le principe du cours légal ne constituerait pas un obstacle à cette combinaison (arg. c. com., ar. 138 nouv. réd. du 30 oct. 1935 et art. 338).

L'opinion contraire, soutenue par quelques auteurs (Aubry et Rau, 5e éd. t. IV § 598, notes 9 et 14; Planiol et Ripert, t. II, n° 423 *bis*) est de plus en plus délaissée; sans aucun doute, les parties pourraient convenir que le paiement aura lieu exclusivement en telle ou telle monnaie, française ou étrangère, de tel type déterminé, ou en coupons de la rente française, comportant une garantie de change (4 % 1925, 4 1/2 % 1937); elles écarteraient par là indirectement le billet de banque; on ne voit pas pourquoi elles ne pourraient pas arriver au même résultat directement, par une clause d'exclusion formelle (*Sic*, Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 295; G. Lagarde, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, t. VIII, nos 507 et 508; — Civ. 11 fév. 1873, *S.* 1873, 1, 97, note Labbé; 17 mai 1927, *S.* 1927, 1, 289, note P. Esmein, *D. P.* 1928, 1, 25, note H. Capitant).

857. B. **Régime du cours forcé.** — Mais il arrive, au cours de périodes troublées, que les pouvoirs publics attribuent au billet de banque, non seulement cours légal, mais *cours forcé* : la Banque de France est dispensée de rembourser ses billets en espèces métalliques; elle préserve, de cette façon, son encaisse, au moyen d'un *moratoire* qu'elle impose aux détenteurs de son papier. Ainsi fut-il fait, d'abord en 1848 (décret du 15 mars 1848), puis lors de la guerre de 1870 (du 12 avril 1870 jusqu'à la fin de 1877), pendant la guerre mondiale (L. 5 août 1914, jusqu'à la loi monétaire du 25 juin 1928), enfin, dans ces dernières années (Loi monétaire du 1er octobre 1936, dont l'article premier a suspendu l'application des dispositions inscrites à l'article 3 de la loi précédente, lesquelles assurèrent, dans une certaine mesure, la convertibilité des billets en or; v. le décret-loi du 30 juin 1937 qu ia modifié à son tour la dite loi).

858. Clauses « or » et « valeur or ». — Le cours forcé a pour conséquence l'*inflation* et la diminution du *pouvoir d'achat* des billets mis à profusion par la Banque, ainsi que l'instabilité de leur valeur effective. De là le désir, chez les particuliers, chez les contractants, d'échapper à la dépréciation et surtout aux variations de la valeur du billet de banque, aux aléas du change, en stipulant que le paiement sera effectué en *or*, ou bien en *valeur or* (c'est-à-dire en

billets représentant en monnaie d'or la somme convenue); dont la validité a été et est toujours fort discutée [1].

La jurisprudence se montre très sévère pour elles; elle proclame, dans l'ensemble, *pour le temps de cours forcé*, la nullité de la stipulation « payable en or » et aussi de la plupart des combinaisons similaires, au moins lorsqu'elles sont pures de tout élément d'ordre international (pour l'application des clauses-or dans les rapports internationaux, clauses qui déterminent un mouvement de va-et-vient, « de flux et reflux au-dessus des frontières » — conclusions Paul Matter, *D. P.* 1928, 1, 28 — et dont on s'étonne que l'efficacité ait pu être contestée, V. civ. 3 juin, 9 juill. 1930, 14 janv. 1931, *D. P.* 1931, 1, 5, note Savatier, avec les conclusions du Procureur général Paul Matter, *S.* 1931, 1, 124; 18 avril 1931, *D. H.* 1931, 313; 7 juill. 1931, *D. H.* 1931, 1, 409; 8 et 17 juill. 1931, *D. H.* 1931, 457; 7 juill. 1931, *D. H.* 1931, 409; 17 nov. 1931, *D. H.* 1932, 3 et une série de décisions, *D. P.* 1931, 1, 137, note Savatier; 14 févr. 1934, deux arrêts, *D. H.* 1934, 177; Civ. 2 juill. 1935, *D. H.* 1935, 457. — V. la loi du 18 fév. 1937 *tendant à modifier l'article 6 de la loi monétaire du 1er oct. 1936*, article qui confirme l'immunité des payements internationaux par rapport à la prohibition des clauses-or), et qu'elles relèvent uniquement du droit interne, de l'économie intérieure de notre pays; l'argument capital est tiré du caractère d'ordre public qui s'attache aux lois ayant institué le cours forcé et ayant proclamé du même coup l'équivalence obligatoire du franc-or et du franc-papier (Civ. 11 fév. 1873, *D. P.* 1878, 1, 177, note Boistel; *S.* 1873, 1, 97, note Labbé; 17 mai 1927, *D.* 1928, 1, 25, note Capitant, *S.* 1927, 1, 289, note P. Esmein; 31 déc. 1928, *S.* 1930, 1, 41, note Hubert; Paris, 16 avril 1926; *D. P.* 1926, 2, 105, note Savatier; 23 mars 1927, *S.* 1927, 2, 118; Nîmes, 9 janv. 1928, *D. P.* 1928, 2, 28).

[1] La littérature juridique sur ce sujet est fort abondante. V. P. Esmein, Radouant et Gabolde, nos 1166 et suiv. ; Gény, deux articles, dans la *Rev. trim.*, 1926 p. 557 ; 1928, p. 5 ; H. Capitant, trois articles dans *D. H., Chron.*, 1926, p. 1 et p. 17, 1928, p. 53 ; notes *D. P.* 1926, 2, 57 ; 1928, 1, 25 ; Lyon-Caen, *S.* 1920, 1, 193 ; Dupuich, *D. P.* 1920, 1, 137 ; Lalou, *D. P.* 1924, 2, 12 et 97 ; 1926, 2, 95 ; Savatier, *D. P.* 1926, 2, 105 ; F. Hubert, *S.* 1930, 1, 1 ; 1930, 1, 41 ; 1930, 1, 97 ; Perroud, *Clunet*, 1924, p. 629; Voirin, *Rev. crit.*, 1926; Lagarde, *op. cit.*, t. VIII, nos 499 et s. ; Albert Richard, *Le séquestre de la propriété privée en temps de guerre : la clause-or au point de vue juridique.* On trouvera une bibliographie complète (à cette date) dans le premier article précité de M. Gény, p. 58, note 2; et, plus récemment, dans le livre précité de MM. P. Esmein, Radouant et Gabolde, p. 497.

859. Clauses qui ne se réfèrent pas aux variations monétaires. — L'argument n'est pas péremptoire et des auteurs éminents en contestent l'autorité; mais, à le supposer valable, il ne porte que pour les clauses les plus caratéristiques, la clause-or et ses dérivés, non pour celles qui prévoient un paiement *en nature*, *en marchandises*, ou encore un paiement fixé en billets de banque, mais eu égard au cours d'une marchandise déterminée (clauses dites d'*échelle mobile*; v. pour le bail, *inf.* n° 1186), puisque la valeur alors envisagée — par exemple du blé, du vin, des matériaux de construction, — n'est point tributaire uniquement de la notion du change, mais aussi de facteurs différents : abondance de la récolte, de la main-d'œuvre, ect.; la monnaie se trouve alors expulsée du rapport obligatoire, non seulement sous sa forme papier, mais aussi sous sa forme métallique; le principe de l'équivalence du papier et de l'or n'est plus même en cause; le problème a été transposé sur un plan différent, en dehors de celui de la monnaie, en sorte que le cours forcé n'est plus en question; il n'y a pas de cours forcé pour le blé (tout au plus et exceptionnellement un cours minimum ou maximum), le vin, les matériaux de construction (*Sic*, Req., 18 fév. 1929, *S.* 1930, 1, 1, note F. Hubert; 18 mars 1929, *D. H.* 1929, 202; 1er août 1929, *S.* 1930, 1, 97, note F. Hubert; Angers, 10 juill. 128, *D. H.* 1928, 502; *Contra*, Rouen, 16 nov. 1922, *D. P.*, 1926, 2, 57, note Capitant).

860. — Il est à noter :

1° Que la jurisprudence a parfois une tendance à faire intervenir dans le problème la notion de la *fraude à la loi* (trib. com. Issoudun, 11 mars 1927, *D. P.* 1927, 2, 153, note Savatier; Rennes, 4 mai 1927; trib. com. Havre, 23 mai 1927, *D. P.*, 1927, 2, 156);

2° Que la nullité de la clause, à supposer qu'elle soit reconnue par le tribunal, n'entraîne pas fatalement la nullité de la convention dans laquelle elle figure, mais seulement lorsqu'elle a été impulsive et déterminante (*sup.* n° 739; comp. Req. 22 déc. 1930, *S.* 1932, 1, 6; Rouen, arrêt précité du 16 nov. 1922 et note Capitant; Trib. civ. Seine, 7 janv. 1929, *D. H.*, 1929, 170; 22 janv. 1930, *D. H.* 1930, 223; Capitant, *D. H.*, 1927, chron. p. 1).

860*bis* C. La suppression du cours forcé et ses conséquences. — La loi monétaire du 25 juin 1928 (art. 1er) était venue abroger l'art. 3 de la loi du 5 août 1914, qui avait établi le cours forcé des billets émis par la Banque

de France et par la Banque d'Algérie; en même temps, elle abandonnait le système du bimétallisme et elle substituait au franc de germinal, constitué par 322 milligrammes d'or fin, le franc stabilisé, représenté par 65,5 milligrammes, au même titre de 900 millièmes, lui-même remplacé ultérieurement par un franc à nouveau dévalué, dont le poids était susceptible de varier entre 43 et 49 milligrammes d'or, au même titre (Loi monétaire du 1er octobre 1936, art. 2, mod. par d.-l. 30 juin 1937), puis par un franc *flottant* ou tout au moins *souple*. En outre, la loi de 1936 (art. 1er) a suspendu jusqu'à nouvel ordre la convertibilité des billets en or et a ainsi rétabli, implicitement, le régime du cours forcé sous lequel nous vivons encore (en juillet 1938).

A raison de ce jeu de bascule, de cette succession de régimes de liberté, effective ou illusoire, et de contrainte, de périodes de convertibilité, complète ou limitée, et de cours forcé, il y a lieu de rechercher ce qu'il advient, au cas de passage d'un régime à l'autre tant pour l'avenir que pour le passé, des clauses stipulant le paiement en or ou en valeur-or.

a) Aucune difficulté lorsque c'est un régime de cours forcé qui succède à une période de simple cours légal : non seulement l'insertion de telles clauses est interdite pour l'avenir, au moins dans le cadre de l'économie interne (*sup.* n° 858), mais encore les stipulations, antérieurement et valablement inscrites dans des contrats, deviennent aussitôt et provisoirement inopérantes; désormais, il est officiellement acquis qu'un franc-papier égale un franc-or; aussi longtemps que règne le régime du cours forcé, le créancier ne pourra exiger d'être payé en or, en livres ou en dollars, ainsi qu'il l'avait cependant spécifié.

(Pour une nouvelle période de liberté succédant derechef au régime du cours forcé qui a reçu application dans l'intervalle, v. Req. 25 juin 1934, *D. H.* 1934, 426.)

b) Lorsque c'est une période normale qui succède à un temps de cours forcé, il faut distinguer entre l'avenir et le passé.

1° Pour l'*avenir*, les clauses dont s'agit ont le champ libre puisque le cours forcé, seul obstacle à leur validité, est aboli, théoriquement ou pratiquement; mais leur utilité sera à peu près nulle, puisque la valeur du nouveau franc sera constante, à raison même de la convertibilité des billets et puisque les fluctuations du change seront donc infimes. Cependant, il arrive que cette convertibilité soit restreinte, n'étant admise que pour des quantités minima représentant des sommes

assez élevées, cent mille francs ou même davantage (régime de la loi monétaire du 25 juin 1928, art. 3, § 3); dans de telles conditions, l'utilité des clauses-or et des clauses dérivées fait sa réapparition, pour partie tout au moins.

2° Pour le *passé*, rien n'est changé. D'une part, dans l'*ordre intérieur*, les clauses que la jurisprudence frappait de nullité demeurent inefficaces, comme ci-devant; on ne comprendrait pas qu'une clause, nulle originairement comme contraire à l'ordre public, redevînt après coup valable en suite d'un ordre de choses nouveau; son inefficacité était définitive et irréparable. Au contraire, les contrats dits *internationaux* et qui échappaient, d'après la jurisprudence, à l'application du cours forcé, continueront à produire tous leurs effets, ainsi qu'il ressort de l'art. 2, § 2 de la loi du 25 juin 1928, aux termes duquel « *la présente définition n'est pas applicable aux paiements internationaux qui, antérieurement à la promulgation de la présente loi, ont pu valablement être stipulés en or* ».

En conséquence, l'établissement ou l'Etat étranger qui avait émis en France un emprunt international et qui s'était engagé à faire le service *en or* des coupons d'intérêt et des titres amortis, ne saurait émettre la prétention de s'acquitter en francs stabilisés, mais il continue à devoir des francs or, conformément aux engagements qu'il avait assumés. (V. les articles de M. H. Capitant, *D. H.*, 1928, chron. p. 53; 1937, chron. p. 21).

§ V. — *CONDITIONS RELATIVES AUX CIRCONSTANCES QUI ENTOURENT LE PAIEMENT*

861. Epoque du paiement. — La dette doit être acquittée le jour de l'échéance; toutefois, le débiteur a la faculté de se libérer par anticipation, mais seulement si le terme avait été insérée dans son seul intérêt (*sup.* n^os^ 724 et 729).

862. Lieu du paiement. — Le paiement doit être exécuté dans le lieu fixé par la convention (art. 1247); cette fixation peut être faite expressément ou tacitement; c'est ainsi que, si la dette a pour objet un *corps certain*, la livraison doit être faite, en principe, au lieu où la chose se trouvait lors de la convention (même texte); il y a là une présomption de volonté des parties contractantes. (V. Fenet, XIII, p. 267).

En l'absence de toute convention, expresse ou tacite, le paiement doit être effectué *au domicile du débiteur* (art.

1247, § 2) : il est donc *quérable* et non portable, sauf accord contraire des parties.

En cas de règlement par virement entre deux titulaires de comptes postaux, le lieu du paiement est celui de l'émission du chèque postal (Civ. 16 juin 1931, *D. H.* 1931, 410).

863. Frais du paiement. — Les frais du paiement sont à la charge du débiteur (art. 1248).

Les frais comprennent notamment les frais de *délivrance* et les frais de *quittance*.

1° Parmi les frais de délivrance figurent les frais de comptage, de mesurage, de pesage, d'arpentage;

2° Dans les frais de quitance, de décharge, rentrent le coût du papier timbré ou celui de l'acte notarié si l'on donne à la décharge un caractère authentique, et le prix du *timbre* apposé sur la quittance. (L. 23 août 1871, art. 23, § 3). Ce droit de timbre, primitivement fixé à 0 fr. 10, sans limitation de somme, a été élevé progressivement; les taux actuels, tels qu'ils résultent du décret-loi du 8 juillet 1937, sont de 0 fr. 50 jusqu'à cent francs; de 1 franc, entre 100 et 1.000 francs; de 2 francs entre 1.000 et 10.000 francs; et, au-delà, de 2 francs en sus par nouvelle fraction de 50.000 francs (art. 56 du décret-loi, modifiant l'art. 115 du Code du timbre). Si la dette acquittée avait pour objet autre chose que de l'argent (titres, valeurs, choses quelconques), le droit de timbre est fixé invariablement à 0 fr. 50 (V. C. du timbre, art. 115). Le tarif du droit de timbre des chèques et des ordres de virement, qui avait été porté à 0 fr. 75 (art. 57 d.-l. 8 juill. 1937), a été ramené à 0 fr. 50 (art. 2 d.-l. 24 mai 1938).

§ VI. — *OBSTACLES PARTICULIERS QUI PEUVENT S'OPPOSER AU PAIEMENT*

864. — Les obstacles au paiement peuvent être de *fait* ou de *droit*.

1. *Obstacles de fait.* — Le créancier ne *veut pas* ou ne *peut pas* recevoir son dû; il est éloigné de son domicile, il est malade, il est indisponible. Le débiteur doit pouvoir surmonter cette résistance ou cette indisponibilité; l'acquittement de l'obligation n'est pas seulement pour lui un devoir juridique, elle est aussi un droit; une procédure doit être intituée lui permettant de mettre fin au lien dans lequel il est engagé.

865. La demeure du créancier. — Le droit *allemand* a résolu le problème en imaginant la demeure du créancier, qui est la contre-partie de la demeure du débiteur; celui-ci mettra le créancier en demeure de recevoir le paiement; dès lors, les risques passeront au créancier interpellé et la dette cessera de produire des intérêts (C. civ. *allemand*, art. 293).

866. Système français des offres suivies de la consignation de la chose due. — Le système français est moins scientifique et moins satisfaisant; il consiste dans la procédure des *offres réelles et de la consignation;* les offres sont par elles-mêmes inefficaces; elles doivent, pour libérer le débiteur, être suivies de la consignation de la chose due; tout ce formalisme est d'une complication bien inutile (C. civ., art. 1257 à 1264; C. pr., art. 812 et suiv.).

1° Des *offres* doivent être faites au créancier par l'intermédiaire d'un officier public compétent (huissier ou notaire); ces offres sont *réelles*; la somme due est présentée au lieu fixé pour le paiement, sinon au domicile du créancier; elle est *portable*, en principe, au lieu que le paiement volontaire est quérable (art. 1258);

2° Si les offres sont acceptées, l'huissier remet, contre quittance, la chose due, généralement une somme d'argent; si elles sont refusées, il constate le refus, et l'objet de la dette est consigné à la *Caisse des Dépôts et Consignations*, c'est-à-dire à la *Trésorerie Générale* ou à la *recette particulière des finances*, sans intervention de la justice, mais après une sommation adressée au créancier pour l'aviser du jour, de l'heure et du lieu où elle sera effectuée (art. 1259).

867. Simplifications. — *a*) La procédure est simplifiée lorsque la dette porte sur un *corps certain*.

1° Les offres sont remplacées par une sommation d'avoir à enlever la chose due;

2° La consignation est facultative pour le débiteur, qui peut soit laisser la chose sur place, soit demander au tribunal de fixer un autre emplacement où la déposer (art. 1264);

b) S'il s'agit du paiement d'effets à ordre ou au porteur, les offres sont supprimées — elles seraient impraticables, puisque le débiteur ne sait pas qui est actuellement créancier — et on recourt d'emblée à la consignation (L. 6 thermidor, an III).

868. Effets de la consignation. — Principe. — Le principe est écrit dans l'article 1257 : « *Les offres réelles suivies d'une consignation, libèrent le débiteur; elles*

tiennent lieu à son égard de paiement... ». Le débiteur est donc libéré :

1° Les intérêts cessent de courir (art. 1259 — 2°);

2° Si la chose due était un corps certain, les risques passent au créancier (art. 1257 *in fine*).

Cependant, il ne faut pas dire que la situation soit telle qu'elle serait si un paiement était intervenu; on doit tenir compte de cette particularité que la procédure s'est déroulée en dehors du créancier; en conséquence :

1° Le débiteur peut retirer la chose consignée aussi longtemps que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier (art. 1261);

2° A supposer que la convention n'eût pas, d'elle-même, transféré la propriété de la chose due, le débiteur demeure propriétaire en dépit de la consignation, le créancier ne pouvant devenir propriétaire sans ou contre sa volonté.

869. Frais. — Les frais de l'opération sont à la charge du créancier (art. 1260); nous pensons que des dommages-intérêts pourraient être mis à son passif si sa résistance *injustifiée* avait causé au débiteur un préjudice particulier, non pas pour abus de droit — le créancier n'avait pas le droit de refuser le paiement — mais pour violation injuste du droit, qui appartient au débiteur, de se libérer.

870. II. Obstacles de droit. — Il arrive qu'une *opposition* soit faite à un paiement, afin qu'un débiteur ne se libère pas entre les mains de son créancier.

Diverses formes d'opposition. — L'opposition au paiement revêt des formes et intervient dans des circonstances diverses :

1° Au cas d'acceptation d'une succession *sous bénéfice d'inventaire*, les créanciers peuvent faire opposition à ce que l'héritier paye à sa guise; leur but est de l'obliger à désintéresser les ayants droit dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (art. 808, § 1), c'est-à-dire suivant les règles de la *distribution par contribution*, chacun étant payé au prorata de sa créance;

2° Lorsque des *titres au porteur* ont été perdus ou volés, la loi du 15 juin 1872 organise une procédure tendant à sauvegarder les droits de la victime et qui repose essentiellement sur une opposition par elle adressée à l'établissement débiteur, afin d'éviter qu'il ne fasse le service des coupons et qu'il ne rembourse le capital entre les mains du porteur actuel (*Sup.* t. I, n° 1643);

3° Le créancier d'un créancier peut pratiquer une saisie-arrêt entre les mains du débiteur de celui-ci, à qui il fait défense de se libérer; il fait *opposition* au paiement de la part de ce débiteur et au profit de son créancier. En ce faisant, il utilise simplement son droit de gage général, car la créance de son propre débiteur figurait évidemment dans son gage; il la saisit, il la place sous la main de justice pour s'en appliquer ensuite le montant; les sommes dues serviront à payer, non le créancier, mais le créancier de celui-ci. Pour en arriver là, le saisissant frappe ladite créance d'indisponibilité, en faisant opposition à tout paiement de la part du débiteur et au profit de son créancier; cette opposition est l'acte inaugural de la saisie-arêt. Nous n'avons pas à décrire ici le mécanisme de la saisie-arrêt, dont l'étude ressortit à la procédure, non au droit civil (C. pr., art. 557 et suiv.).

Section II. — PREUVE DU PAIEMENT

871. Principe. — En cas de contestation, c'est au débiteur qu'incombe la preuve du paiement (art. 1315); en effet, les apparences sont contre lui puisque, par hypothèse, le créancier a fait la preuve de l'existence de son droit; c'est à lui qu'il appartient de riposter en démontrant que ce droit est éteint. Il n'en irait autrement que si le créancier payé avait remis à son ancien débiteur le titre constatant l'existence de la dette; alors, ce débiteur n'aurait plus rien à craindre et n'aurait même pas à se justifier, puisque son contradicteur ne serait plus à même de prouver l'obligation; il se serait complètement désarmé.

872. Modes de preuve. — Lorsque le débiteur prétend que la dette, dont l'existence est prouvée, a été éteinte par un paiement, il doit justifier son allégation; comment, par quels procédés le fera-t-il?

1° Ordinairement, il produira une *quittance*; il recourra ainsi à la preuve écrite, preuve d'autant plus efficace que, d'après une jurisprudence, prétorienne mais bien établie et qui se recommande de nécessités pratiques impérieuses, la quittance fait foi de sa date, par elle-même, vis-à-vis de tous, et en dehors des circonstances qui, d'après l'article 1328, donnent une certitude en pareille matière (*sup.* n° 190);

2° A défaut de quittance, le débiteur peut utiliser les *registres et papiers domestiques du créancier* (et non pas les siens), ou il est admis à se réclamer d'une *mention* que le créancier aurait inscrite sur son titre (art.1331 et 1332);

3° En l'absence de toute preuve écrite, le débiteur pourrait recourir à la preuve *testimoniale* ou aux *présomptions de l'homme*, mais seulement jusqu'à concurrence de cinq cents francs (*sup.* n^{os} 202 et 218);

4° En toute occurrence, il peut, lorsqu'un certain délai s'est écoulé depuis la naissance de la dette, invoquer la *prescription extinctive*, qui se ramène à une *présomption légale de libération* (*inf.* n° 970).

Section III. — EFFETS DU PAIEMENT

873. Effet général. — Le paiement éteint l'obligation, et il l'éteint *absolument*, elle et ses accessoires : hypothèques, gage, cautionnement, solidarité, indivisibilité, disparaissent; seuls, des recours subsistent parfois, entre les différents obligés.

Cet effet intégral du paiement appelle des explications importantes sur les deux points suivants :

1° Il importe de déterminer quelle obligation au juste est éteinte; dans cette direction, surgit la question de l'*imputation* des paiements;

2° Le paiement n'est pas nécessairement extinctif *erga omnes*; il n'est pas toujours libératoire pour le débiteur; il faut tenir compte, en effet, de la *subrogation*.

§ I. — *L'IMPUTATION DES PAIEMENTS*

874. Hypothèse. — Plusieurs dettes existent à la charge du même débiteur et envers le même créancier; de plus, ces dettes ont des objets de même nature, par exemple des sommes d'argent. Le débiteur effectue un paiement qui ne suffit pas à éteindre tous ces rapports obligatoires; comment ce paiement doit-il être compris? Sur laquelle des dettes convient-il de l'imputer?

Tel est le problème de *l'imputation des paiements*.

875. Solutions. — Le code civil pose à cet égard une série de règles dans les articles 1253 à 1256; l'imputation est l'œuvre du débiteur, sinon du créancier, sinon et en désespoir de cause, de la loi.

1° **Imputation faite par débiteur.** — C'est le débiteur qui a la priorité, du moins à supposer que l'ordre d'imputation n'ait pas été déterminé par la convention elle-même. Cette priorité est appréciable : on comprend que le débiteur

tienne à éteindre telle dette de préférence à telle autre; elle lui est particulièrement lourde.

Cependant, des limites sont apportées à son pouvoir discrétionnaire.

a) Il ne pourrait pas opter pour l'extinction d'une dette non exigible, du moins si le terme a été apposé dans l'intérêt du créancier ou dans l'intérêt commun des parties;

b) Si, parmi les dettes existantes, il en est une dont le montant soit supérieur à la somme versée, l'imputation ne saurait l'atteindre, car ce serait, de la part du débiteur, faire un paiement partiel, ce qui serait contraire à la règle de l'indivisibilité du paiement (*sup.* n° 853);

c) Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou qui produit des arrérages, ne peut, de sa propre autorité, imputer le paiement sur le capital et par préférence aux intérêts et arrérages; ce sont ces derniers qui doivent d'abord être acquittés (art. 1254).

2° **Imputation faite par le créancier.** — Si le débiteur n'a pas choisi, s'il n'a rien dit, le créancier a la parole; c'est lui qui décidera de l'incidence du paiement. Cependant, comme l'article 1255 exige le consentement, l'adhésion du débiteur, l'imputation qui intervient dans ces conditions est, dans la réalité, une *imputation conventionnelle*. Le débiteur ne peut l'attaquer que s'il a été victime d'un dol ou d'une surprise de la part du créancier (art. 1255).

Observation commune à ces deux premières variétés d'imputation. — L'imputation ne peut pas être faite en vue de nuire à un autre créancier ou à un autre débiteur; d'une façon plus générale, elle doit intervenir en vue de satisfaire un intérêt légitime (Civ. 14 nov. 1922, *D. I.*, 1925, 1, 145, note L. Josserand); en d'autres termes, le droit d'imputation est susceptible d'*abus* et la sanction consistera dans le redressement de la situation : le paiement sera imputé, d'ordre du tribunal, conformément aux intérêts légitimes des parties.

3° **Imputation légale.** — Si les parties ne se sont pas expliquées sur l'incidence du paiement, si la quittance ne porte pas d'imputation, cette incidence est réglée par la loi; d'après l'article 1256, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, sinon sur la dette échue, sinon sur la plus ancienne, sinon enfin proportionnellement, ce qui semble bien conduire à la con-

sécration d'un paiement partiel, au moins dans certains cas, lorsqu'il s'agit de dettes identiques, nées le même jour.

§ II. — *LE PAIEMENT AVEC SUBROGATION*

876. Idées générales. — Le paiement n'est pas toujours extinctif de l'obligation *erga omnes*; il n'est pas nécessairement libératoire pour le débiteur; le *paiement avec subrogation* ne fait que déplacer le rapport obligatoire; le débiteur ne fait que changer de créancier.

Le mot *subrogation* évoque l'idée d'une substitution, soit d'une chose à une autre, soit d'une personne à une autre; dans le premier cas, elle est *réelle*; dans le deuxième, elle est *personnelle*; or, le paiement peut être l'occasion d'une subrogation d'ordre personnel.

A cet égard, une distinction est à faire : si le paiement émane de la personne qui doit supporter *définitivement* le fardeau *intégral* de la dette, il est extinctif à tous égards et il ne saurait être question de subrogation; mais, en toute autre occurrence, la subrogation intervient ou peut intervenir; du moment qu'un individu a acquitté une dette au-delà de la part q'il doit supporter définitivement, au delà de sa part contributive, un recours est concevable et la subrogation trouve à s'employer, soit qu'un *codébiteur solidaire* ou indivisible ait acquitté la totalité de la dette, soit qu'une *caution* ait payé pour le débiteur principal dont elle garantissait la solvabilité, soit encore que le paiement émane d'un tiers, complètement étranger à la dette. Toutes ces personnes ont, en somme, payé, au moins pour partie, la dette d'autrui, et, à moins qu'elles n'aient agi *animo donandi*, elles ont recours contre qui de droit.

Ce recours se concrétise dans différentes actions : 1° une action personnelle que le *solvens* exerce de son chef; action de mandat ou de gestion d'affaires; 2° les actions du créancier désintéressé dans lesquelles le *solvens* entre par effet de la subrogation; il est subrogé ou il peut être subrogé au créancier mis hors de cause; il est investi de ses droits et actions; il est « aux droits » de ce créancier dont il prend les lieu et place; bénéfice appréciable, car la créance pouvait être assortie de certaines sûretés qui vont passer, avec elle, sur la tête du subrogé dont le recours s'en trouvera consolidé, assuré.

La subrogation personnelle remonte au droit romain; avec le temps, elle a évolué dans le sens de l'unité : notre subrogation actuelle est le produit de la fusion de deux

institutions romaines, le *bénéfice de cession d'actions* et la *successio in locum*.

877. Plan. — Nous étudierons : 1° les *sources* et les différentes *variétés* de la subrogation; 2° les *effets* et la *nature* du paiement avec subrogation.

I

Sources de la subrogation; différentes variétés

878. Classification. — La subrogation est *légale* ou *conventionnelle*, mais, comme cette dernière peut émaner du créancier ou du débiteur, on en arrive ainsi à distinguer trois types nettement différents, sinon dans leurs effets, du moins dans leurs origines :

1° La subrogation *légale*;
2° La subrogation consentie par le *créancier*;
3° La subrogation consentie par le *débiteur*.

Dans tous les cas, les règles de la subrogation sont *de droit étroit*, puisqu'elle déroge au principe de l'effet extinctif absolu du paiement; les droits du créancier désintéressé ne peuvent survivre que dans les cas exactement prévus par la loi ou par la convention.

879. I. Subrogation légale. — Les cas de subrogation légale sont énoncés limitativement dans l'article 1251 qu'on s'accorde à interpréter restrictivement; ces cas sont, d'après le texte, au nombre de quatre; en réalité, ils se réduisent à trois, le 2° rentrant dans la catégorie plus vaste du 3°; il reste donc que la subrogation est accordée de plein droit à trois catégories de personnes.

880. A. Premier cas de subrogation légale : article 1251 - 1°. — La subrogation a lieu de plein droit « *au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* ».

Exemple : Primus, Secundus et Tertius, tous trois créanciers, sont tous trois pourvus d'hypothèques portant sur le même immeuble : Tertius peut désintéresser Primus dans les droits hypothécaires duquel il sera subrogé de plein droit; il aura donc toute sécurité, non pas pour le recouvrement de sa propre créance — à cet égard, sa situation est inchangée — mais pour le recouvrement des sommes par lui versées à Primus dans les droits duquel il est entré.

881. — Cette faculté de paiement avec subrogation légale n'est accordée qu'au créancier qui se trouvait primé par un autre créancier, lequel lui était préférable à raison des privilèges ou hypothèques dont il était investi, donc même au créancier simplement chirographaire; tout ce que la loi exige — et elle aurait pu s'en dispenser — c'est que l'*accipiens* fût préférable au *solvens*, et cela en tant que créancier hypothécaire ou privilégié : le créancier hypothécaire premier en rang qui paye un créancier hypothécaire d'un rang inférieur ne bénéficie pas de la subrogation légale.

Cette restriction est injustifiable logiquement : en effet, si la loi accorde au *solvens* le bénéfice de la subrogation de plein droit, c'est surtout afin de lui permettre de conjurer une expropriation de l'immeuble à un moment inopportun; or, l'initiative de cette expropriation peut être prise aussi bien par le dernier des créanciers hypothécaires que par le premier, et aussi par un simple créancier chirographaire. L'objectif poursuivi par le législateur dans l'article 1251 - 1° aurait dû le conduire à une disposition plus libéralement conçue.

882. — Il est à peine besoin de faire observer que cette disposition ne vise que les dettes hypothécaires qui sont des dettes d'argent : quant aux dettes à exécution personnelle et qui comportent un paiement fait *intuitu personæ*, il ne saurait dépendre d'un tiers d'en imposer le règlement au créancier (*sup.* n° 845).

883. B. **Deuxième cas de subrogation légale : article 1251 - 3° et 2°.** — La subrogation a lieu de plein droit « *au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

1° *Avec d'autres* : tel le codébiteur d'une dette solidaire ou indivisible; s'il paie au delà de sa part contributive, il a un recours contre ses codébiteurs; ce recours est garanti, est réalisé par la subrogation légale;

2° *Pour d'autres* : tels la *caution*, la *caution réelle*, le *tiers détenteur* d'un immeuble hypothéqué qui paie les créanciers hypothécaires; pour l'*assureur* et son recours contre l'auteur responsable du dommage, V. *inf.* n°s 887, 1380o et 1380*p*.

884. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué. — Il est à remarquer que l'article 1251 s'explique particulière-

ment au sujet de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie son prix à payer les créanciers hypothécaires (art. 1251-2°); en réalité, cette éventualité rentrait déjà dans la formule plus large de l'article 1251-3°, puisque cet acquéreur était tenu pour d'autres, pour les créanciers ayant hypothèque sur son bien. Le n° 2 du texte aurait donc pu être supprimé; son existence ne s'explique qu'historiquement et parce que, dans notre ancien droit, la subrogation légale n'était pas accordée en thèse générale à ceux qui étaient tenus avec d'autres ou pour d'autres, mais seulement à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué; du moment qu'on généralisait la solution, on aurait dû passer sous silence ce qui n'était plus qu'une application à un cas particulier.

885. — On peut se demander quel intérêt présente la subrogation pour cet acquéreur : elle l'investit d'*hypothèques sur sa propre chose*; que va-t-il bien pouvoir en faire? Elles lui serviront à repousser, voir à prévenir les attaques des créanciers non désintéressés qui se garderont de poursuivre l'expropriation de l'immeuble, sachant que, si celui-ci venait à être vendu, ils seraient primés par le propriétaire actuel, armé des hypothèques des créanciers par lui désintéressés; à ce point de vue et dans cette mesure, la subrogation légale a un *effet préventif* intéressant.

Cependant, les acquéreurs d'immeubles hypothéqués n'usent guère du moyen mis à leur disposition par l'article 1251 - 2° : ils préfèrent recourir à la procédure de la *purge* qui a ce mérite de débarrasser complètement l'immeuble de *toutes* les hypothèques dont il était grevé et qui constitue donc un instrument de libération autrement efficace que le paiement avec subrogation (*inf.* n° 1918) et aussi autrement sûr, car, si l'acquéreur désintéresse les créanciers, il est à craindre qu'il commette une erreur ou un oubli, qu'il laisse subsister l'hypothèque première au rang et que l'effet préventif de l'opération soit ainsi manquée.

Le seul avantage de la combinaison prévue dans l'article 1251 - 2°, c'est qu'elle évite les *frais* entraînés par la purge; mais cette supériorité est plus que compensée par les deux inconvénients signalés.

886. C. **Troisième cas.** — Un *héritier bénéficiaire* paie, de ses deniers, les dettes de la succession : il est subrogé légalement dans les droits des créanciers désintéressés (art. 1251 - 4°).

On veut ainsi permettre à l'héritier de conjurer la saisie

et la vente forcée des biens de la succession, à un moment inopportun. Il pourra, sans crainte, désintéresser les créanciers héréditaires trop pressés, certain qu'il sera de rentrer dans ses débours, grâce aux sûretés qui appartiennent, on le suppose, auxdits créanciers, dans lesquelles il sera de plein droit subrogé et qu'il pourra utiliser, lors de la liquidation de la masse successorale et contre la succession, plus exactement contre les créanciers héréditaires par lui non désintéressés.

887. Autres cas de subrogation légale. — Aux cas de subrogation énumérés dans l'article 1251, viennent s'ajouter plusieurs autres :

1° Dans l'*assurance de choses*, l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance, est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers responsables des dommages causés (L. 13 juill. 1930, *relative au contrat d'assurance*, art. 36, § 1; v. inf. n° 1380*o*); il en va autrement dans l'assurance de personne : l'art. 55 de la même loi prohibe toute subrogation, même d'ordre conventionnel (*inf.* n° 1380*p*).

2° Celui qui paie par intervention une lettre de change ou un billet à ordre, est subrogé aux droits du porteur (C. com., art. 172 et 185; d.-l. 30 oct. 1935);

3° Les officiers publics (notaires, huissiers, greffiers), qui font l'avance des droits d'enregistrement pour leurs clients, relativement aux actes passés devant eux, sont subrogés dans les droits et privilèges du Trésor (L. 22 frim. an VII, art. 29 et 30).

888. II. Subrogation conventionnelle consentie par le créancier. — Son domaine. — Un créancier reçoit son paiement d'une personne qui ne doit pas supporter définitivement le poids intégral de la dette et qui, d'autre part, ne rentrant dans aucune des catégories de l'article 1251, ne bénéficie pas de la subrogation légale; il lui est loisible de consentir au *solvens* une subrogation conventionnelle, pourvu qu'il ait qualité et capacité pour recevoir le paiement : le pouvoir et la capacité de recevoir paiement entraînent ceux de consentir subrogation à cette occasion; cependant, en matière d'*assurance de personnes*, l'art. 55 de la loi du 13 juill. 1930 paraît bien s'opposer à toute subrogation, même consentie par le créancier, au profit de l'assureur qui effectue le paiement de la somme assurée (*sup.* n° 887; *inf.* n° 1380*p*).

889. Conditions requises. — Il ressort de l'article 1250, § 1, que deux conditions sont exigées pour que la subrogation puisse être ainsi consentie efficacement par le créancier désintéressé.

1° Elle doit être faite *expressément*; non qu'une formule sacramentelle soit imposée aux parties, ni même qu'on leur demande d'employer les mots « subroger », « subrogation »; mais on veut que la volonté du créancier s'affirme *clairement*, et non pas seulement de façon tacite; aucune équivoque n'est tolérée;

2° La subrogation doit être consentie lors du paiement (art. 1210, § 1); *avant* ce moment, il serait trop tôt; le créancier pourrait bien s'engager à consentir la subrogation, mais celle-ci ne serait pas acquise au futur *solvens;* il y aurait *promesse de subrogation*, non subrogation; *après* le paiement, il serait trop tard; le moment décisif serait passé sans retour; le paiement, effectué purement et simplement, aurait éteint l'obligation dont la résurrection ne serait pas possible au profit du *solvens*. Ordinairement, c'est dans la quittance même que l'*accipiens* déclare consentir la subrogation : cette quittance est alors *subrogatoire*.

890. — Elle soulève une question : faisant preuve de sa date, même à l'égard des tiers, en ce qui concerne le paiement (*sup.* n° 190), jouit-elle du même privilège pour ce qui est de la subrogation qui y est mentionnée? Cette subrogation est-elle opposable aux tiers, à la date inscrite sur la quittance, et indépendamment de l'enregistrement de celle-ci? En général, on ne l'admet pas : on exige que la date ait été rendue certaine dans les termes de l'article 1328; jusque là, la subrogation n'est point opposable aux tiers, par exemple à un autre subrogé, à un cessionnaire de la même créance. C'est qu'en effet, à la différence du paiement ordinaire, la subrogation est une véritable convention; de plus, elle est d'une pratique infiniment moins répandue que le paiement; elle n'est pas un acte de tous les jours; ce n'est pas trop exiger des parties que de la soumettre au droit commun de l'article 1328.

Aucune autre condition n'est exigée : il n'est pas nécessaire que les parties énumèrent, dans la quittance subrogatoire, les droits et actions du subrogeant (Civ. 25 fév. 1913, *D. P.* 1913, 1, 473, note Donnedieu de Vabres).

891. III. Subrogation conventionnelle consentie par le débiteur. — Cette sorte de subrogation diffère de la

précédente non seulement en ce qu'elle est consentie par le débiteur et non pas par le créancier, mais encore en ce que ce dernier n'y figure même pas : c'est entre le débiteur et un créancier autre que l'*accipiens* que la convention intervient.

Il faut supposer que le débiteur, désireux d'éteindre sa dette, emprunte à cette fin une somme d'argent et subroge le bailleur de fonds dans les droits du créancier désintéressé. Par exemple, un emprunteur veut rembourser son créancier, soit que celui-ci le presse de s'acquitter de ses obligations, soit que le service des intérêts soit particulièrement onéreux; c'est à 8 % que le prêt avait été consenti. Dans ces conditions, ce débiteur va s'adresser à un autre bailleur de fonds qui lui prêtera la somme nécessaire à l'extinction de sa dette en lui accordant de larges délais pour le remboursement et aussi peut-être, en se contentant d'un intérêt moins élevé, 5 ou 6 % : c'est une sorte de conversion, et fort avantageuse, que ce débiteur aura ainsi réalisée (art. 1250, § 2).

Cette opération est évidemment aménagée dans l'intérêt du débiteur à qui elle permet de trouver les fonds qui lui sont nécessaires : le nouveau bailleur de fonds ne court pas de risques, puisqu'il est subrogé dans tous les droits et actions de son prédécesseur dont les sûretés (hypothèque, privilège, gage, etc.) passent sur sa tête. Il est vrai que ce prédécesseur se trouve ainsi *exproprié* de sa créance, peut-être à son corps défendant; il voit porter atteinte à des droits acquis, puisqu'on lui impose un remboursement peut-être anticipé; on lui enlève le bénéfice du terme qui avait été, dans bien des cas, inséré dans son intérêt; bailleur de fonds, on lui rend son argent prématurément; le placement de capitaux qu'il avait effectué ne tient plus. Et c'est bien le côté anormal, exorbitant de cette opération : les intérêts du créancier sont sacrifiés à ceux du débiteur qui se dégage, d'autorité et sous la protection de la loi, du lien dans lequel il s'était enserré.

892. Origines. — C'est sous le règne de Henri IV que cette institution, juridiquement paradoxale, mais équitable et bienfaisante, a vu le jour; en l'introduisant, l'édit de mai 1609, confirmé et généralisé par un arrêt de règlement du Parlement de Paris à la date du 6 juillet 1690, venait au secours des débiteurs qui s'étaient jadis procuré de l'argent, par voie de rente constituée, à un taux fort élevé, au denier douze, soit 8 1/3 %, et qui, après la période troublée des guerres de religion, avaient l'occasion de trouver des capitaux à un taux sensiblement inférieur, au denier seize, soit

6 1/4 %. Leur intérêt était de se procurer des fonds, aux conditions nouvelles, pour éteindre des dettes contractées jadis à des conditions plus onéreuses; mais les créanciers, les crédirentiers tenaient au contraire à conserver leurs positions, à perpétuer le bénéfice de la bonne opération par eux pratiquée; d'autre part, les nouveaux bailleurs de fonds exigeaient des garanties que les débiteurs aux abois étaient en peine de leur fournir : c'est alors qu'on imagina de permettre à ces débiteurs, à ces débirentiers, d'offrir à leurs nouveaux bailleurs de fonds les créances mêmes, accessoires compris, qui appartenaient aux anciens; on faisait ainsi d'une pierre deux coups; l'ancienne créance permettait d'en faire naître une nouvelle et cette nouvelle créance permettait d'éteindre l'ancienne.

Le *remboursement anticipé des dettes* (d.-l. 16 juill. et 30 oct. 1935, 31 août 1937; *sup.* n° 725*bis*) répond aux mêmes préoccupations, mais à titre accidentel et transitoire, et en dehors de toute opération de subrogation (*ibid.*)

893. Conditions de forme. — Des conditions de forme rigoureuses sont requises pour cette subrogation qui pourrait facilement, si on n'y mettait ordre, être utilisée frauduleusement. L'article 1250, § 2, exige :

1° Que l'acte du nouvel *emprunt* et la *quittance* délivrée par l'ancien créancier revêtent, l'un et l'autre, la forme *notariée*;

2° Que, dans l'acte d'*emprunt*, il soit déclaré que les fonds sont empruntés par le débiteur pour payer son ancienne dette;

3° Que, dans la *quittance* délivrée par l'ancien créancier, il soit spécifié que le paiement a été fait avec l'argent récemment emprunté.

894. — Ainsi sont mis à nu, sont démontés les différents éléments de l'opération qui apparaît à la fois dans son unité et dans sa complexité. Par ce formalisme inusité, on a voulu prévenir une fraude consistant dans la résurrection, pour les besoins de la cause, de sûretés déjà éteintes par un paiement antérieur. Par exemple, un débiteur a deux créanciers de 50.000 francs chacun, Primus et Secundus, lesquels ont des hypothèques sur un immeuble qui ne vaut que 80.000 francs; dans ces conditions, ce débiteur paie Primus, créancier premier en rang, avec ses deniers; désormais l'immeuble hypothéqué suffit amplement à garantir la créance de Secundus qui est sûr d'être payé. Mais voilà que plus tard, ce même

débiteur a besoin d'argent; il s'adresse à un capitaliste Tertius qui lui demande des garanties; peut-être serait-il tenté de faire revivre, au profit de ce nouveau bailleur de fonds et au détriment de Secundus, l'hypothèque de Primus, cependant définitivement éteinte; il suffirait, pour cela, de présenter les deniers prêtés par Tertius comme ayant servi à désintéresser Primus : une *antidate* du nouvel emprunt suffirait à l'affaire, et Secundus serait primé par un créancier plus récent. Toute cette combinaison savante et frauduleuse est rendue impraticable par le formalisme de l'article 1250, § 2 : grâce à l'intervention du notaire et à la rédaction simultanée des deux actes, les sûretés jadis éteintes ne pourront pas prétendre à une nouvelle vie.

895. — Du moins ne faut-il pas renchérir sur les exigences du législateur : l'article 1250, § 2, n'exige pas une déclaration expresse de subrogation; celle-ci résulte tacitement des formalités requises par la loi et accomplies par les parties; à la différence de la subrogation consentie par le créancier, elle est *implicite*.

II

Effets et nature du paiement avec subrogation

896. **Enumération.** — Les effets et la nature du paiement avec subrogation tiennent dans les trois règles suivantes :

1° Les effets sont indépendants du mode de subrogation;

2° La subrogation porte sur la créance elle-même et non pas seulement sur les accessoires;

3° La subrogation intervient en conséquence et à l'occasion d'un paiement; elle ne se ramène donc pas à une cession de créance.

897. I. **Les effets de l'opération sont indépendants du mode de subrogation.** — Qu'elle soit légale, qu'elle ait été consentie par le créancier ou par le débiteur, la subrogation produit des effets identiques, ceux qu'y attachent la loi, la tradition, la jurisprudence. Aucune contestation sur ce point : nulle part, la loi ne distingue.

898. II. **La subrogation porte sur la créance elle-même et non pas seulement sur les accessoires.** — On a prétendu et on a même jugé le contraire : la créance

aurait été éteinte par le paiement; seuls, les accessoires (hypothèques, privilèges, gage, etc.) survivraient et viendraient s'agglutiner à la créance nouvelle (*Sic*, Pau, 3 mars 1890, *D. P.* 1891, 2, 117).

Cette opinion est abandonnée; elle est controuvée : 1° par les textes qui présentent le subrogé comme entrant dans les *droits* du subrogeant, dans *tous ses droits*, dans ses *droits et actions* (art. 1249, 1250, § 1 et 2, 2029); 2° par la tradition; Pothier écrivait que « la créance ainsi acquittée est, en faveur de celui qui est subrogé, réputée subsister, avec tous les droits qui en dépendent »; 3° par les travaux préparatoires; Bigot-Préameneu a déclaré que l'obligation est éteinte par le paiement que fait un subrogé, sans que pourtant elle le soit à l'égard du débiteur (Fenet, XIII, p. 268); 4° par la logique enfin : on ne conçoit guère que l'accessoire survive au principal; s'il subsiste, c'est que celui-ci a lui-même survécu.

La question offre de l'intérêt pour les avantages attachés à la créance elle-même, faisant corps avec elle (caractère commercial, titre exécutoire) : ils passent ou non au subrogé suivant qu'on admet ou qu'on nie la translation de la créance elle-même.

899. III. La subrogation intervient à l'occasion et en conséquence d'un paiement; elle ne se ramène donc pas à une cession de créance. — Une vieille théorie, bien délaissée, prétendait voir dans la subrogation une variété de cession de créance dont elle aurait produit exactement les effets. C'était là se méprendre sur l'esprit même de ces deux institutions dont l'une, la cession, est un acte de spéculation (du moins si elle intervient, comme d'ordinaire, à titre onéreux), une *affaire*, alors que l'autre, la subrogation, est un mode de libération et un instrument de crédit : à la différence du cédant, le subrogeant se borne à recevoir son dû; à la différence du cessionnaire, le subrogé acquitte la dette dont il était tenu, ou bien s'emploie à consolider sa situation de créancier, ou bien enfin, exceptionnellement, rend service au débiteur, tout simplement. En un mot, la subrogation intervient à l'occasion et en conséquence d'un paiement dont elle est le corollaire, la modalité.

900. — De là des différences nombreuses et importantes entre les deux opérations :

1° La cession de créance implique le consentement, la participation du créancier; la subrogation fonctionne souvent

en dehors de sa volonté (subrogation légale) ou même contre sa volonté (subrogation consentie par le débiteur);

2° Les formalités de l'article 1690 sont spéciales à la cession de créance; elles n'ont pas d'application en matière de subrogation, laquelle est efficace *erga omnes* du moment que les formalités légales ont été observées;

3° Le cédant est *garant* de l'existence de la créance lors de la cession (art. 1693), ce qui est naturel, puisque cette opération, lorsqu'elle est consentie à titre onéreux, rentre dans la famille de la vente, laquelle produit l'obligation de garantie. Mais le créancier qui reçoit son dû n'assume aucune obligation de ce genre : il ne fait pas une affaire. Sans doute, il ne pourra pas conserver l'indu, à supposer qu'il l'ait reçu; mais l'action dont il sera passible à cette occasion n'est autre que l'action en répétition de l'indu par laquelle on ne pourra lui demander compte des intérêts depuis le jour du paiement que s'il était de mauvaise foi (art. 1378 et 1380), au lieu que, par l'action en garantie, le cessionnaire évincé obtient une complète réparation, même du cédant de bonne foi;

4° Le cessionnaire peut demander au débiteur cédé le montant intégral de la dette, fût-il supérieur au prix de la cession; mais le subrogé ne peut agir contre le ou les débiteurs que dans l'exacte mesure de ses déboursés; encore doit-il diviser son recours contre les codébiteurs solidaires ou les codébiteurs engagés dans une dette invisible, lesquels ne lui rembourseront que leurs parts et portions respectives (*sup.* n^os^ 779 et 798);

5° Le cessionnaire ne dipose d'aucune action de son propre chef; il n'a à sa disposition que les actions du cédant; tandis que le subrogé a le choix entre deux attitudes; il exercera, soit les actions du créancier désintéressé, soit l'action de mandat ou de gestion d'affaires qui lui permettra d'obtenir les intérêts de ses débours dès le jour du paiement.

901. — 6° A supposer que le subrogé agisse en cette qualité, et qu'il mette donc en œuvre les sûretés attachées à la créance du subrogeant, il peut advenir qu'il se trouve en conflit avec celui-ci, du moins s'il n'a fait qu'un paiement partiel; dans ce conflit, c'est le subrogeant qui l'emporte; ainsi le veut la règle que « *nemo contra se subrogasse censetur* », consacrée par la tradition et inscrite dans l'art. 1252 aux termes duquel la subrogation « *ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence*

à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel »; au lieu que, si un concours s'établit entre cédant et cessionnaire, ceux-ci sont traités à égalité; ils sont payés au marc le franc.

Il faut d'ailleurs se garder de forcer ici l'opposition entre la subrogation et la cession de créance.

a) Il est couramment admis que la règle « *nemo contra se...* » ne trouve à s'appliquer qu'autant le créancier avait une cause de préférence à faire valoir;

b) La préférence que le subrogeant s'est réservée tacitement en recevant un paiement partiel lui est personnelle, en ce sens du moins qu'il ne peut pas la transmettre par voie de subrogation : s'il reçoit un second paiement partiel avec subrogation, les deux subrogés concourent à égalité (Lyon, 12 fév. 1890, *D. P.* 1891, 2, 247) : l'ayant cause a donc moins de droits que son auteur; il ne succède pas au droit de préférence dont celui-ci était armé;

c) Le *solvens* échappe à l'application de la règle « *nemo contra se...* » lorsqu'il est un prêteur qui remet des fonds à un débiteur, en vue du *remboursement anticipé* que celui-ci veut effectuer à son propre créancier; aux termes de l'article 3 du décret-loi du 31 août 1937, ce prêteur exerce alors ses droits « *au même rang que le créancier qu'il aura remboursé partiellement* »; le débiteur trouvera ainsi plus aisément l'argent qui lui est nécessaire pour éteindre sa dette, devenue trop lourde à raison de la crise économique (*sup.* n° 725*bis*). Toutefois, et comme l'élimination de la règle « *nemo contra se...* » est de nature à causer un préjudice au créancier qui voit ainsi surgir, dans la personne du subrogé, un concurrent jouissant des mêmes droits que lui, cet article 3 du décret-loi lui donne la faculté de s'opposer au remboursement anticipé en consentant au débiteur les mêmes conditions que celles qui lui sont faites par le prêteur;

d) Si le *solvens* exerce l'action de mandat ou de gestion d'affaires, il échappe à l'application de la règle « *nemo contra se...* », et il concourt donc avec l'*accipiens*, sans que celui-ci puisse faire valoir une cause de préférence, du moins à raison de la subrogation dont, par hypothèse, le *solvens* ne se réclame pas; seulement, et précisément parce qu'il néglige sa qualité de subrogé, il se ferme le droit d'utiliser les sûretés afférentes à l'obligation par lui acquittée partiellement.

CHAPITRE II

Extinction de l'obligation par une satisfaction autre que celle à laquelle le créancier avait droit

902. Enumération. — Il arrive, exceptionnellement, que le créancier obtienne une satisfaction autre que celle qui lui était due et à laquelle il s'attendait; cette éventualité se produit :

1° Au cas de *novation*;
2° Lorsqu'il y a *dation en paiement*;
3° Par le jeu de la *compensation*;
4° Par suite de la *confusion*.

De ces quatre éventualités, les deux premières sont très voisines l'une de l'autre; elles se ramènent à la substitution d'une nouvelle obligation à l'ancienne.

SECTION I. — SUBSTITUTION CONVENTIONNELLE D'UNE NOUVELLE OBLIGATION A L'ANCIENNE

NOVATION ET DATION EN PAIEMENT

903. Distinction. — Lorsqu'une obligation est conventionnellement substituée à une autre, il y a généralement *novation*; cependant, lorsque la substitution porte sur l'objet et que, d'autre part, la nouvelle obligation comporte l'exécution immédiate, il y a *dation en paiement*.

§ I. *LA NOVATION*

904. Définition. — La novation consiste dans la substitution conventionnelle d'une obligation à une autre : le rapport juridique ancien est éteint par la naissance du nouveau qui prend sa place; une obligation chasse l'autre. Au lieu de recevoir son dû, le créancier accepte de devenir le titulaire d'un rapport obligatoire nouveau.

905. Déclin de la novation. — La novation n'a plus, de nos jours, l'intérêt pratique qu'elle offrait à Rome où son utilisation était rendue nécessaire par l'intransmissibilité, l'immutabilité du rapport obligatoire; lorsqu'on voulait mo-

difier ce rapport, on en était réduit à l'éteindre et en créer un autre. Aujourd'hui, on va plus droit au but : la loi permet aux parties de changer les termes d'un rapport obligatoire et, notamment, de le transmettre, activement ou passivement : la cession de créance enlève beaucoup de son utilité à la novation et l'on comprend que cette institution tende à se dissoudre, à se démembrer au profit d'institutions voisines : cession de créance, cession de dette, dation en paiement. Ce démembrement est chose faite en droit *allemand*; le Code civil *allemand* ignore la novation; le Code *polonais* des obligations de 1934 la règlemente brièvement (art. 263 à 266); le Code fédéral *suisse* des obligations lui consacre deux articles (art. 16 et 117); le Code civil *chinois*, un article seulement (art. 320). Cependant, dans notre droit français, cette institution conserve son utilité en tant qu'elle réalise le changement de l'*objet* ou de la *cause* de l'obligation; on peut aussi considérer que le *virement en banque* de compte à compte, réalise une double novation par changement de créancier et de débiteur (V. R. Drouillat, *Le virement en banque*, thèse 1931, pp. 23 et suiv.).

906. Plan. — 1° Certaines *conditions* sont requises pour que la novation s'accomplisse valablement; 2° une fois effectuée, elle produit certains *effets*; 3° il convient de rapprocher la novation de la *délégation*.

I

Conditions de la novation

907. Trois conditions. — Trois conditions sont requises pour la novation : 1° la nouvelle obligation doit différer de l'ancienne sur un certain point, en quelque mesure : 2° les parties doivent avoir l'intention de nover (*animus novandi*); 3° on exige chez elles une certaine *capacité*.

908. I. Première condition. — *La nouvelle obligation doit différer de l'ancienne sur un certain point, en quelque mesure* ; il faut « *aliquid novi* » et la nouveauté peut concerner le créancier, le débiteur, l'objet de l'obligation, sa cause, peut-être certaines modalités.

1° Le *créancier*. — Le débiteur, qui s'était engagé envers Primus, va s'engager envers Secundus; il y a novation *mutato creditore*. Cette opération rappelle la *cession de créance*; mais il faut remarquer : 1. qu'elle implique le consentement du débiteur; 2. qu'elle entraîne l'extinction, avec l'obligation elle-même, de ses accessoires (privilège, hypothèque,

gage, caution). A ces deux égards, la supériorité de la cession de créance s'affirme nettement.

2° Le *débiteur*. — Un nouveau débiteur prend, vis-à-vis du même créancier, la place de l'ancien : c'est la novation *mutato debitore*, qui évoque le souvenir de la *cession de dette*. Mais il faut observer : 1. qu'elle peut se réaliser en dehors du consentement et de l'intervention de l'ancien débiteur : du moment qu'un tiers quelconque peut payer, il peut également prendre la place du débiteur; au contraire, le transport de dette émane de l'ancien débiteur; 2. que la novation *mutato debitore* éteint l'obligation première et en fait naître une autre; le nouveau débiteur ne pourra donc pas toujours opposer au créancier les moyens de défense dont disposait l'ancien; de plus, les accessoires de l'ancienne obligation disparaissent avec elle. A ce double égard, la cession de dette agit, ou peut agir différemment : on conçoit que le nouveau débiteur prenne exactement la place de l'ancien (système *suisse*; v. *sup.* n° 830).

3° L'*objet*. — La dette est d'une somme d'argent; il est entendu qu'elle portera désormais sur tant d'hectolitres de vin ou tant de quintaux de blé [1];

4° La *cause*. — La dette est née d'une vente; il est convenu que l'acheteur retiendra le prix dont il sera comptable, en qualité d'emprunteur : son engagement a pour cause désormais, non plus la vente, mais un prêt d'argent. Ou bien la créance primitive est englobée dans un *compte-courant*, elle est portée en compte-courant; elle perd ainsi son individualité pour se fondre dans une masse juridique très compréhensive; en principe, elle est éteinte par novation pour revivre en tant qu'élément d'un compte plus vaste, lors du règlement définitif (Civ. 25 avril 1910, *D. P.* 1912, 1, 364), mais sauf intention contraire des parties (*inf.* n° 909; — V. Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, n°s 486 et suiv.);

5° Les *modalités*. — La concession ou la suppression du *terme* n'entraînent certainement pas novation, car cette modification ne touche pas au fond du droit (Nîmes, 10 nov. 1934, *S.* 1935, 2, 153, note de M^me^ Béquignon-Lagarde); mais l'opinion générale décide autrement pour la *condition*, laquelle intéresse le droit dans son existence

[1] Au contraire, le changement n'entraîne pas novation lorsqu'il porte seulement sur la nature de la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, comme si des livres sterling sont substituées à des francs (*Civ.*, 17 déc. 1928 ; *S.* 1929, 1, 100 ; *D. H.* 1929, 49) ; il n'y a pas alors, à vrai dire, changement d'objet.

même : l'insertion ou la suppression d'une condition emportent novation, car la physionomie du rapport obligatoire s'en trouve altérée.

Mais les modifications portant sur les *garanties* de la créance sont indifférentes à son existence : en acceptant une hypothèque ou en renonçant à celle qui lui appartenait, le créancier n'éteint pas sa créance; l'accessoire ne retentit pas sur le droit principal (Req., 8 nov. 1875, *S.* 1876, 1, 102, *D. P.* 1876, 1, 438; Civ. 2 mai 1919, *Gaz. Pal.*, 20 déc.).

909, II. **Deuxième condition.** — Les parties doivent avoir l'intention de nover, l'*animus novandi*. — Cette intention ne se retrouve pas toujours; les parties ont pu vouloir que la nouvelle obligation coexistât avec l'ancienne; deux interprétations sont possibles : juxtaposition ou substitution. Dans le doute, la loi se prononce en faveur de la juxtaposition des deux obligations; « *la novation ne se présume point...* » (art. 1273). On ne peut, en effet, prêter gratuitement au créancier l'intention de renoncer à son droit; il n'y a novation que si « *la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* », c'est-à-dire de l'opération, du *negotium juris*, et non pas de l'acte instrumentaire; cette volonté novatrice peut s'affirmer tacitement (Req. 19 nov. 1888, *D. P.* 1889, 5, 327; Civ. 7 juill. 1925, *D. P.* 1927, 1, 22); et c'est au juge du fait qu'il appartient de rechercher, en toute souveraineté, si elle existe dans l'espèce (Civ. 25 fév. 1885, *D. P.* 1885, 1, 281; 7 juill. 1925, précité; Req. 10 juin 1913, *S.* 1914, 1, 143; 17 juin 1933, *S.* 1933, 1, 390; pour le cas d'inscription d'une créance dans un compte-courant, Req. 29 juin 1935, *S.* 1935, 1, 387).

910. — Il est jugé que la volonté de nover ne ressort pas *de cette seule circonstance* que le débiteur a souscrit et que le créancier a accepté, en règlement de la dette, des *effets de commerce* (lettres de change ou billets à ordre), payables à des dates plus ou moins lointaines; malgré ce règlement, l'obligation demeure, en principe et en thèse générale, identique à elle-même; le créancier conserve donc toutes les sûretés qui lui appartiennent (Req. 5 août 1878, *S.* 1879, 1, 301, *D. P.* 1879, 1, 71; Civ. 28 avril 1900, *D. P.* 1901, 1, 17, note Thaller; Paris, 4 juill. 1935, *D. H.* 1935, 514). En ce qui concerne le *chèque*, c'est dans ce sens que la question a été résolue, formellement et *sans réserve*, par l'article 1er du décret-loi du 30 octobre 1935, *unifiant le droit en matière de chèques* et substituant au texte de la loi du 14 juin 1865 un

article 62 qui est ainsi conçu : « *La remise d'un chèque en payement, acceptée par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaire subsiste, avec toutes les garanties y attachées, jusqu'à ce que ledit chèque soit payé.* »

911. III. **Troisième condition. — Capacité des parties.** — Il faut que le créancier ait la capacité de disposer de la créance primitive à laquelle il renonce et que le débiteur soit capable de s'obliger.

II

Effets de la novation

912. Principe. — La novation a un double effet : créateur et extinctif; dans cette dernière fonction, elle opère *ainsi qu'un paiement* : l'obligation primitive est complètement éteinte, *erga omnes*, avec tous ses *accessoires*; c'est ainsi que, consentie à l'un des *codébiteurs solidaires*, elle libère tous les coobligés (art. 1281, § 1), ainsi que, si elle intervient entre le créancier et le débiteur principal, elle libère les *cautions* (art. 1281, § 2).

913. Garanties. — Quant aux *privilèges* et *hypothèques* attachés à la créance ancienne, ils sont également éteints (art. 1278), à moins cependant, ajoute ce texte, que le créancier ne les ait *expressément réservés* : ils peuvent donc être rattachés à la nouvelle créance par une clause spéciale, et ils conservent alors *toute leur valeur*; par exemple, l'hypothèque conserve le rang qui lui appartenait alors qu'elle était attachée à l'obligation aujourd'hui éteinte; ce ne sont pas des sûretés nouvelles qui sont constituées; ce sont les anciennes sûretés qui sont rattachées, telles quelles, à la nouvelle obligation, qui sont comme transplantées.

Il va sans dire que, du moins, ces sûretés ne changent pas d'assiette; elles ne se transportent pas d'un bien sur un autre; notamment, si c'est le débiteur qui est changé, les sûretés dont les biens de l'ancien étaient grevés ne passent pas sur les biens du nouveau (art. 1279). D'autre part, les sûretés réservées ne garantissent la dette nouvelle que jusqu'à concurrence de l'ancienne : si c'est une dette de 20.000 francs qui est substituée à une dette de 10.000, l'hypothèque ne garantira toujours que le paiement de 10.000 francs.

914. — Une seule question est vraiment discutée au sujet du rattachement des garanties à la nouvelle obligation : le consentement du propriétaire des biens grevés est-il nécessaire pour que ce rattachement soit opéré? Le problème s'élève au cas de novation *mutato debitore*; à notre avis, sa solution n'est guère douteuse : le consentement du propriétaire est indispensable : 1. parce que la tradition est en ce sens (POTHIER, *de la novation*, n° 599) ; 2. parce que l'article 1280 consacre cette solution traditionnelle dans un cas particulier, celui où la novation intervient entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires : le rattachement des privilèges et hypothèques ne peut être opéré que sur les biens du débiteur participant : les immeubles des non participants sont libérés. Après cela, il importe assez peu que l'article 1278 n'exige pas, pour le rattachement des privilèges et hypothèques et en thèse générale, le consentement du propriétaire; ce texte s'est placé dans l'hypothèse normale où la novation se réalise entre les mêmes parties, c'est-à-dire dans un cas où la question ne se pose même pas, le débiteur étant aussi le propriétaire des biens grevés.

915. Remarque. — L'effet extinctif de la novation marque l'opposition entre la novation *mutato creditore* et la cession de créance, laquelle n'éteint ni la créance, ni ses accessoires : l'ensemble passe dans le patrimoine du cessionnaire (*sup.* n° 807).

916. Rapports entre les deux obligations, l'ancienne et la nouvelle. — L'ancienne obligation ne disparaît que si elle est chassée par la nouvelle, et celle-ci ne naît qu'autant qu'elle trouve une prise suffisante dans l'obligation préexistante : il existe ainsi un étroit rapport d'interdépendance entre les deux rapports obligatoires successifs.

1° Si la dette ancienne n'existait pas ou si elle était *radicalement nulle*, la nouvelle obligation ne naît pas; elle est *sans cause* : la dette primitive est-elle *conditionnelle*? La novation présente elle-même ce caractère; l'obligation nouvelle ne viendra définitivement à la vie que par l'arrivée de la condition. La dette était-elle *naturelle*? Il semble qu'elle puisse servir de base à la novation, comme elle peut justifier un paiement, au moins si les parties agissent en connaissance de cause, si le débiteur savait qu'il n'était tenu que *naturaliter*. Enfin, cette dette était-elle *annulable*? Si la cause qui l'a viciée persiste lors de la novation, elle infecte celle-ci, au moins dans la plupart des cas (erreur non découverte, inca-

pacité persistante); si, au contraire, le vice avait cessé dans l'intervalle, la novation vaut renonciation à l'action en nullité; elle est un cas de *confirmation* tacite du contrat annulable;

2° Mêmes solutions, *mutatis mutandis*, lorsque c'est l'obligation nouvelle qui est inexistante, radicalement nulle, ou conditionnelle; la novation sera ou inexistante, ou radicalement nulle, ou conditionelle, ce qui revient à dire que l'ancienne obligation subsiste, certainement ou conditionnellement. Lorsque la nouvelle dette est *annulable*, la novation présente le même caractère; l'obligation ancienne est maintenue si celle qui devait prendre sa place est annulée. Cependant, on peut supposer que le créancier ait entendu substituer d'une façon ferme, à une obligation inattaquable une obligation annulable, et cela quoi qu'il advienne par la suite; sa volonté sera obéie; il y a là une question d'interprétation de volonté, une question de fait.

III

La délégation

917. Bibliographie. — H. Capitant, *La cause des obligations*, n^os^ 175 et suiv.; F. Hubert, thèse, Poitiers, 1899.

918. Définition. — La délégation est un acte par lequel une personne prescrit à une autre de s'engager envers une troisième : celui qui donne l'ordre est le *déléguant*, celui qui le reçoit est le *délégué*, celui qui en bénéficie est le *délégataire*.

919. Variétés et distinctions. — Cette espèce de mandat peut intervenir dans des conditions différentes :

A. Il est très possible que la délégation ne fût précédée d'aucun rapport obligatoire antérieur et qu'elle inaugure une situation entièrement nouvelle : comme le supposait Pothier, si je désire prêter à quelqu'un une somme d'argent que je n'ai pas, pour le moment, à ma disposition, je puis donner une « rescription » à un de mes débiteurs ou même à une personne quelconque, à un de mes amis, que je charge de compter cette somme à l'emprunteur (Pothier, *Traité du contrat de change*, n° 231).

920. — B. Souvent, la délégation intervient dans le cercle de rapports obligatoires préexistants : le déléguant était, an-

térieurement, créancier du délégué et débiteur du délégataire. Grâce à la délégation, la situation est simplifiée : les deux rapports obligatoires sont remplacés par un seul : le délégant se libère envers son créancier en lui adressant son débiteur; c'est alors que la délégation évoque l'idée de novation : le délégué, en effet, change de créancier, de même que le délégataire change de débiteur, tandis que le déléguant se met hors de cause, n'étant plus ni créancier ni débiteur.

Cependant, ce résultat n'est pas nécessaire; du moins il ne l'est pas immédiatement, et ici intervient une nouvelle distinction entre la délégation parfaite et la délégation imparfaite.

1° La délégation est *parfaite* si le délégataire a entendu libérer le déléguant, sur-le-champ, et comme conséquence de l'engagement du délégué envers lui : il y a alors substitution d'un débiteur à un autre, il y a *expromissio*; après comme avant, le délégataire n'a qu'un unique débiteur;

2° La délégation est *imparfaite* si l'engagement du délégué envers le délégataire laisse subsister celui du déléguant envers le légataire. Alors, il n'y a plus *expromissio*, il n'y a plus *novation;* il y a accession d'un nouveau débiteur à la dette du déléguant avec le délégataire; celui-ci a désormais deux débiteurs au lieu d'un.

921. Intérêt de la distinction. — Il est évidemment intéressant de distinguer les deux formes de délégation, parfaite et imparfaite, la première seule ayant un effet novatoire; mais il importe de préciser cet intérêt : 1. lorsque la délégation est *imparfaite*, le délégataire a, en face de lui, deux débiteurs qu'il peut poursuivre indifféremment, sans être tenu d'observer un ordre quelconque; le déléguant ne peut pas prétendre être passé en deuxième ligne et jouer le rôle de simple caution; il reste un débiteur principal, de premier plan; 2. si la délégation a été *parfaite*, le déléguant est, en principe, libéré, alors même que le délégataire se heurterait ensuite à l'insolvabilité du délégué; mais cela, toutefois, sous le bénéfice de certaines réserves : d'abord, à moins que le délégataire ne se soit réservé, dans l'acte et par une clause expresse, de recourir contre le déléguant au cas d'insolvabilité du délégué; puis, et surtout, à moins que, lors de la délégation, le délégué ne fût déjà « *en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture* » (art. 1276). On distingue donc selon que l'origine de l'insolvabilité est antérieure ou postérieure à la délégation : dans ce dernier cas, les risques

en sont laissés au délégataire; dans le premier ils sont mis à la charge du déléguant.

922. Preuve. — En principe, la délégation est *imparfaite* : on ne peut pas présumer, chez le délégataire, l'intention de renoncer à ses droits contre le déléguant, son débiteur, surtout lorsque sa créance comporte des sûretés particulières; la délégation ne sera parfaite, ne sera novatoire que si l'intention novatoire ressort expressément, c'est-à-dire *clairement*, de l'acte (art. 1275) : il n'y a là que l'application du principe formulé dans l'article 1273, sous une forme plus générale : la novation ne se présume point : la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte (*Sic*, Req. 29 juill. 1935, *D. H. 1936*, 21).

923. Délégation et novation. — On voit qu'autre chose est la délégation et autre chose la novation :

1° Il peut y avoir délégation sans novation, soit qu'aucun rapport obligatoire ne préexistât à l'opération, soit que la délégation ait un caractère imparfait;

2° Alors même que la délégation est parfaite, elle se distingue encore de la novation : elle la précède, elle la prépare; la novation en constitue la réalisation.

924. Délégation parfaite et cession de créance. — Il semble que la délégation parfaite aboutisse aux mêmes résultats que la cession de créance : n'est-ce point la créance du déléguant qui passe au légataire?

En réalité, les deux opérations sont très différentes :

1° La cession de créance peut s'effectuer en dehors du débiteur, non la délégation qui implique un engagement de sa part envers le délégataire;

2° Aussi les formalités de l'article 1690, exigées pour la pleine efficacité de la cession de créance, sont-elles sans emploi dans la délégation : il est inutile d'aviser le débiteur, partie à l'acte;

3° Ce n'est pas la créance du déléguant qui passe au délégataire, c'est une créance nouvelle qui naît au profit de celui-ci et contre le délégué. En conséquence, le délégataire a perdu les sûretés qui garantissaient son ancienne créance;

4° Le cédant ne garantit que l'existence de la créance cédée, non la solvabilité du débiteur (*sup.* n° 811); mais le déléguant est garant de la solvabilité du délégué, du moins lors de la délégation (art. 1276).

§ II. — *LA DATION EN PAIEMENT*

925. Bibliographie. — De Ségogne, thèse, Paris, 1880.

926. Idée générale et domaine de la dation en paiement. — Voilà encore une institution sur laquelle notre Code civil est d'un laconisme excessif : il n'y fait allusion qu'à mots couverts dans les articles 1243 et 1595, et aussi dans l'article 2038; force est donc de s'en référer à la tradition pour dégager les grandes lignes de la dation en paiement.

D'après Pothier, « la dation en paiement est un acte par lequel un débiteur donne une chose à son créancier, qui veut bien la recevoir à la place et en paiement d'une somme d'argent ou de quelque autre chose qui lui est due » (*Traité du contrat de vente*, n° 600).

Les auteurs se réfèrent toujours à cette définition, mais en supposant, dans la suite de leurs explications : 1° que la dette primitive était d'une somme d'argent ;2° que le créancier consent à recevoir, à la place de cette somme, un bien corporel, un corps certain, tel un immeuble, une maison.

Cette conception est trop étroite, comme le montre la définition même de Pothier : 1° la dette primitive pouvait avoir un objet quelconque, argent, denrées, immeuble; 2° la chose donnée en paiement pourrait fort bien consister en une somme d'argent ou en valeurs de bourse, titres au porteur ou titres nominatifs (Civ. 5 fév. 1908, *D. P.* 1909, 1, 294).

Tout ce qu'on doit exiger, c'est que la prestation faite par le débiteur, d'accord avec le créancier, soit une *dation* : la naissance d'une créance ne répondrait pas à cette condition; l'opération rentrerait dans le cadre d'une catégorie différente, cession de créance ou délégation.

927. Structure juridique de la dation en paiement. — 1° On a pensé voir dans la dation en paiement une simple modalité de *paiement*; et c'est bien à propos de ce mode d'extinction des obligations que le Code civil y fait allusion dans l'article 1243. Mais cette explication est trop simpliste; elle ne rend pas compte de la convention intervenue entre le créancier et le débiteur et qui a changé l'objet de la dette.

2° On a voulu aussi ramener l'opération à la *vente* : le créancier acquiert la propriété de la chose remise en paiement, et cela moyennant le sacrifice qu'il consent de la

somme qui lui était due, laquelle représente le prix. « La chose qui est donnée en paiement, écrit Pothier, tient lieu de la chose vendue, et la somme en paiement de laquelle elle est donnée tient lieu de prix »; et le jurisconsulte rappelle la formule romaine : *dare in solutum est vendere* (Pothier, *loc. cit.*).

Mais Pothier lui-même ne signale cette ressemblance que pour en déterminer les limites; il énumère trois différences qui séparent la dation de paiement de la vente; celle-ci notamment : si la dette que l' on a voulu éteindre n'existait pas, le *solvens* peut réclamer, au moyen de la *condictio indebiti*, la chose donnée en paiement, laquelle se trouve sans cause dans le patrimoine de l'*accipiens*, tandis que, s'il y avait eu vente, et que le prix en fût venu en compensation d'une prétendue dette d'argent en réalité inexistante, le vendeur ne pourrait pas répéter la chose livrée; il aurait seulement la faculté de réclamer le montant du prix compensé par erreur avec une dette imaginaire; il agirait, à cet effet, *ex vendito*. Il y a lieu d'ajouter que la tentative de réduction de la dation en paiement à la vente est parfois tout à fait inconcevable, comme si la dette avait primitivement pour objet des choses *in genere*, des denrées : lorsque le créancier d'une certaine quantité de blé accepte de recevoir à la place une certaine quantité de vin, il y a certainement dation en paiement, et cependant le concept de la vente ne saurait être évoqué, car on ne voit pas en quoi consisterait le prix. Dans ces conditions, et bien que les rédacteurs du Code civil aient implicitement ramené la dation en paiement à la vente lorsque, dans l'article 1595, ils ont prévu et admis la vente entre époux dans trois éventualités qui sont, en réalité, des cas de dation en paiement (*inf.* n° 1036), il est impossible de s'en tenir à une assimilation à laquelle répugnent deux opérations qui sont d'ailleurs conçues dans des esprits très différents, puisque l'une d'elles, la vente, est un acte de spéculation, alors que l'autre, la dation en paiement, est un règlement, un acte de liquidation.

928. — 3° Il faut renoncer à trouver une explication simpliste; la dation en paiement est une opération complexe qui participe à la fois du *paiement* et de la *novation* : les parties substituent à l'obligation primitive une obligation nouvelle, mais étant entendu que celle-ci sera exécutée *sur-le-champ* : au fond de toute dation en paiement, on découvre ainsi une *novation tacite par changement d'objet suivie de l'exécution immédiate de l'obligation nouvelle.*

Cette thèse est adoptée par la très grande majorité, par la quasi-unanimité des auteurs (*Sic* : DEMOLOMBE; AUBRY et RAU; BARDE, t. II, n° 1685; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 523; P. ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 1250; COLIN et CAPITANT, t. II, p. 511; — *contra*, DE SÉGOGNE, *op. cit.*, p. 83 et suiv.); elle trouve un point d'appui solide dans l'article 2038 aux termes duquel la dation en paiement décharge la caution définitivement, encore que le créancier vienne ensuite à être évincé de la chose remise en paiement; c'est donc que l'obligation primitive avait été elle-même définitivement éteinte, et elle l'avait été grâce à une novation par changement d'objet : le créancier avait renoncé à exiger du débiteur l'objet primitivement dû; si bien que, l'éviction venant à se produire, son ancienne action demeure éteinte, avec toutes les garanties qu'elle comportait (caution, hypothèque, privilège); il en est réduit à une action en garantie contre le *tradens*, action personnelle qui fait de lui un simple créancier chirographaire.

929. Conséquences de cette explication.

1° La dation en paiement éteint et l'obligation et ses accessoires, comme nous venons de le voir, et dans le cas même où le débiteur a livré la chose d'autrui, c'est-à-dire dans le cas où un paiement ne serait pas libératoire (art. 1238, § 1);

2° La capacité exigée chez les parties doit être la capacité de figurer dans une novation : il ne suffirait pas qu'elles fussent capables de faire ou de recevoir un paiement; on doit exiger qu'elles soient à même, l'une de renoncer à sa créance, l'autre de contracter une dette.

SECTION II. — LA COMPENSATION

Articles 1289 à 1299.

930. Définition. — La compensation s'effectue lorsque deux personnes sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre; les deux rapports obligatoires s'éteignent réciproquement, se soldent l'un par l'autre, se compensent, du moins jusqu'à concurrence du plus faible. La compensation peut être définie : l'extinction, jusqu'à concurrence de la plus faible, de deux dettes coexistant en sens inverse entre les mêmes personnes :*debiti et crediti inter se contributio*.

931. Utilité et signification de la compensation. — L'*utilité* de la compensation est double : 1° elle évite un double paiement, un double mouvement de fonds : si Primus doit mille francs à Secundus et si celui-ci devient à son tour débiteur de son créancier pour une somme égale ou supérieure, il est parfaitement inutile que chacun des débiteurs remette effectivement la même somme d'argent à chacun des créanciers; ce mouvement de va-et-vient est évité grâce à la compensation : chacun des intéressés est réglé en monnaie de compensation; 2° il y trouve, outre l'avantage d'une simplification, celui de la *sécurité* : il est sûr d'être payé, puisqu'il se paie sur ce qu'il doit lui-même, en retenant la somme dont il était débiteur; la compensation est une forme particulière de *rétention*; c'est une rétention à *titre définitif*. On peut donc y voir une véritable *sûreté*, conférant à celui qui en est investi, un droit de préférence, voire même une *exclusivité*, vis-à-vis de la masse des créanciers et en ce qui concerne la prestation retenue, laquelle est affectée exclusivement et définitivement au règlement de la créance du rétenteur.

La compensation trouve son application de tous les jours en matière commerciale, et surtout en matière *bancaire* : grâce à elle, des banquiers, respectivement créanciers et débiteurs pour des centaines, des milliers de rapports obligatoires et par le jeu des effets de commerce dont ils sont détenteurs, des opérations qu'ils ont pratiquées, parviennent à liquider leur situation sans bourse délier, sur le papier et sans mouvement de numéraire; les chambres de compensation, instituées sur le modèle des *clearing houses* anglaises, facilitent ce règlement liquidatif qui permet de réaliser une économie de numéraire, de réduire au strict minimum l'emploi des signes monétaires.

932. Plan. — Il faut s'inquiéter :

1° De la *nature* et des *effets* de la compensation;

2° Des *conditions* requises pour sa réalisation;

3° Des compensations dites *conventionnelles* ou *judiciaires*.

933. I. Nature et effets de la compensation. — Directives. — La nature et les effets de la compensation sont dominés par les directives suivantes :

1° La compensation opère ainsi qu'un double paiement;

2° Ce paiement est *forcé* : il s'impose au débiteur qui ne peut pas le refuser;

3° La compensation est *légale* (art. 1290).

Le premier caractère est traditionnel et conforme à la logique des choses. Mais les deux autres sont purement arbitraires.

934. Nature légale de la compensation. — Aux termes de l'article 1290, « *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs...* » : elle s'effectue donc *automatiquement* : la coexistence des deux dettes est le signal de leur extinction immédiate, de par la volonté du législateur, abstraction faite de la volonté des parties et même *à leur insu*.

En consacrant ce principe, les rédacteurs du Code civil ont cru faire du droit romain; sous Justinien tout au moins, la compensation opérait « *ipso jure* », et les rédacteurs ont traduit ces deux mots par « légalement ». Il semble bien qu'en ce faisant ils aient commis une erreur et que les mots « *ipso jure* » s'opposaient simplement à la formule « *exceptionis ope* »; on voulait dire que le défendeur n'était plus tenu, comme à l'époque classique, d'opposer la compensation au moyen d'une exception, *in limine litis*; mais on n'en maintenait pas moins l'ancienne règle d'après laquelle la compensation rentrait dans l'*officium judicis*; c'était au juge qu'il appartenait d'en faire état et de l'appliquer; elle n'était nullement légale (P. Huvelin, t. II, pp. 305 et 306). Ainsi, une fois de plus, un contre-sens des romanistes est devenu la vérité législative pour le droit français et commande à nos relations juridiques en plein vingtième siècle : le système qui en est l'aboutissement présente des inconvénients, sans aucun avantage correspondant.

935. Droit étranger. — En droit comparé, la compensation n'éteint les dettes que si elle est opposée par l'un des intéressés à l'autre, ce qui n'empêche d'ailleurs pas que l'extinction soit réalisée dès le jour de la coexistence des deux obligations, la déclaration de l'intéressé ayant une vertu rétroactive qui en reporte les effets à l'instant où cette coexistence s'est affirmée (*Sic*, Code civil allemand, art. 388; Code fédéral *suisse* des obligations, art. 124; Code civil *chinois*, art. 335; Code *libanais des obligations*, art. 328; Code *polonais* des obligations, art. 254; projet de Code *franco-italien, pour les obligations*, art. 215). Dans ce système, la compensation opère comme un paiement *volontaire*, au lieu que, dans notre droit, elle agit comme un paiement *forcé*, comme une voie d'exécution obligatoire.

936. Tempéraments apportés au point de vue français de la compensation légale. — Le législateur français n'a pas pu maintenir jusqu'au bout le principe de l'extinction automatique des obligations coexistantes.

1° Il permet à l'intéressé de renoncer à se prévaloir de la compensation, de revenir, par conséquent, sur l'œuvre légale, en payant sa propre dette et en récupérant ainsi la créance dont il avait été exproprié; la vertu extinctive de la compensation n'est point d'ordre public (Req. 11 mai 1880, *D. P.* 1880, 1, 470); elle peut être écartée par la volonté des intéressés, soit à l'avance, soit après la coexistence des deux dettes (même arrêt). Tout cela, cependant, sous la réserve des droits acquis à des tiers du chef de l'extinction d'abord réalisée : le renonçant ne pourra pas se prévaloir, au préjudice de ces tiers, des hypothèques et des privilèges dont il était précédemment investi (art. 1299), à moins cependant qu'il n'eût une juste cause d'ignorer l'existence de sa propre créance qui était, par exemple, comprise dans une succession dont il ne savait pas l'ouverture à son profit : l'erreur dans laquelle il était tombé lui devient alors secourable; elle est créatrice de droits en sa faveur; elle lui confère un droit plus fort que celui qui avait été acquis aux tiers du chef de la compensation (art. 1299);

2° La loi a même prévu un cas de *renonciation tacite* à la compensation : si un débiteur a accepté, sans réserve, purement et simplement, la cession que le créancier a faite de ses droits, il ne peut plus, à supposer qu'il fût aussi créancier du cédant, opposer la compensation au bénéfice de laquelle on considère qu'il a renoncé; il devra donc payer le cessionnaire, sauf à exiger ensuite du cédant le règlement de la créance qu'il a conservée contre lui (art. 1295, § 1). Il va sans dire que cette renonciation tacite ne trouve pas de place si la cession a été simplement notifiée par le débiteur qui n'y a pas donné son acceptation (art. 1295, § 2);

3° Précisément parce que le débiteur-créancier peut renoncer au bénéfice de la compensation, c'est à lui seul qu'on permet, en principe, d'invoquer ce bénéfice; nul autre que lui ne doit pouvoir prendre parti, ni un *codébiteur solidaire* (art. 1294, § 3), ni un *débiteur principal* par rapport à sa caution (art. 1294, § 2); cependant, et à l'inverse, la *caution* peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal (art. 1294, § 1);

4° Pour la même raison, le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen tiré de la compensation qui, à cet égard, ressemble au moyen fourni par la prescription (*inf.* n° 995);

le tribunal doit s'en tenir aux conclusions des parties; si le défendeur n'oppose pas la compensation, il devra être condamné. Voilà encore une solution qui ne cadre pas très bien avec le caractère *légal* et automatique de la compensation.

5° La compensation n'opère pas, par elle-même, interruption de la prescription extinctive; c'est seulement lorsqu'elle a été opposée qu'elle réalise cette fonction (*inf.* n° 986).

937. — En résumé, c'est seulement lorsque la compensation a été invoquée, qu'elle produit des effets définitifs; jusque-là, le débiteur n'a qu'un mot à dire pour être libéré, mais ce mot, il doit le prononcer; nul ne peut le faire à sa place (sauf la caution), pas même le tribunal. A aller au fond des choses, notre système français n'est pas aussi éloigné qu'on le supposerait d'abord du système allemand; la différence est dans les principes plutôt que dans la réalisation pratique.

938. Effets de la compensation française se rattachant aux directives indiquées.

1° La compensation éteint l'obligation comme le ferait un paiement; les accessoires disparaissent du même coup; les cautions sont libérées; les hypothèques et les privilèges sont éteints;

2° Lorsqu'il existe plusieurs obligations entre les parties, il y a lieu de déterminer l'incidence de la compensation; pour le faire, on suit les règles établies en ce qui concerne l'*imputation* des paiements (art. 1297; *sup.* n^{os} 874 et suiv.);

3° Comme il ressort de la définition même de la compensation, l'effet extinctif est limité au montant de la dette la plus faible, puisque c'est dans cette mesure seulement que le paiement aurait pu être exigé et qu'il aurait rempli sa fonction extinctive.

939. II. **Conditions requises pour la compensation.** — Elles sont exigées en fonction de la nature juridique et du mécanisme de la compensation qui se ramène à la conception d'un *paiement réciproque, automatique et forcé.*

1° Il faut que les deux dettes existent entre les mêmes personnes : un débiteur ne pourrait pas opposer en compensation la créance du mineur dont il administre les biens (Civ. 11 mars 1902, *S.* 1905, 1, 487), pas plus qu'un associé, débiteur personnel d'un autre associé, ne serait fondé à arguer de l'existence d'une créance de la société contre le

demandeur (Civ. 7 fév. 1905, *S.* 1906, 1, 15); de même encore, la compensation ne joue pas entre la pension que la femme divorcée doit servir à son mari et celle que ce dernier est tenu de verser pour sa part contributive à l'entretien d'un enfant commun (Crim. 30 juill. 1931, *S.* 1933, 1, 76, *D. H.* 1931, 476). Il faut donc soigneusenemt rechercher les qualités en lesquelles les parties sont poursuivies ou poursuivent;

2° Les deux dettes doivent être *liquides* (art. 1291, § 1), c'est-à-dire que leur existence et leur quotité doivent être certaines; on doit savoir *an et quantum debeatur*. Une dette dont l'existence est contestée, ou bien celle dont le chiffre ne pourra être connu qu'en suite de la vérification d'un compte (dette d'un gérant d'affaires, d'un mandataire tel qu'un tuteur) ne sont pas liquides et ne sauraient donc entrer en compensation : le paiement ne peut en être exigé, pas plus en monnaie de compensation qu'en nature;

3° Il faut que les deux dettes soient *exigibles* (art. 1291, § 2), puisque la compensation se ramène à un double paiement forcé, ce qui conduit à exclure :

a) Les dettes affectées d'un *terme* ou d'une *condition*. Cependant, le *terme de grâce* ne fait pas obstacle à la compensation (art. 1292; *sup.* n° 726); mais il va autrement du terme accordé à un failli dans le *concordat* (Civ. 18 déc. 1906, *D. P.* 1911, 1, 497, note Paul Appleton);

b) Les obligations *naturelles* (*sup.* n° 715);

940. — 4° Les deux dettes doivent avoir pour objet « *une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce...* » (art. 1291, § 1). Décider autrement serait obliger le créancier à recevoir en paiement une prestation autre que celle qui lui était due; la loi admet le paiement forcé, mais non la *dation en paiement obligatoire*.

a) Il résulte de là que la compensation est impossible du moment que l'une des deux dettes porte sur un corps certain : on ne saurait obliger le créancier d'une somme d'argent à recevoir en paiement, fût-ce sous forme de compensation, une maison ou une automobile;

b) Mais, de plus, la compensation suppose que les dettes portent sur des choses de la même *qualité* : le vin d'un cru vulgaire n'entre pas en compensation avec un vin de grande marque; ce ne sont pas là des choses fongibles entre elles, qu'un créancier reçoive indifféremment l'une pour l'autre; elles ne sont pas interchangeables.

941. Tempérament. — Cependant, « *les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles* » (art. 1291, § 2). L'argent se compense donc avec les grains et denrées dont le prix est réglé par les *mercuriales*, c'est-à-dire dont le cours est coté officiellement; d'une part, la valeur de ces grains et denrées est facilement traduisible en argent, grâce à la cote officielle; d'autre part, il est à peu près indifférent au créancier de recevoir argent ou denrées, tellement il lui est facile de convertir celles-ci en celui-là, ou inversement.

Cette disposition doit être interprétée restrictivement, d'abord parce qu'elle déroge au droit commun de l'article 1291, § 1, puis parce qu'elle constitue, de la part du code civil, une innovation; elle n'était pas admise dans notre ancien droit. On doit en conclure que la compensation ne serait pas possible entre dettes ayant pour objet des denrées différentes, encore que le cours en fût fixé par des mercuriales, par exemple entre du blé et des pommes de terre, ou même du vin de Bourgogne avec du vin de Bordeaux : l'article 1291, § 2 suppose que l'une des dettes a pour objet une somme d'argent;

942. — 5° Les deux créances doivent être *saisissables* : là où la saisie-arrêt est impossible, la compensation ne joue pas. L'article 1293 — 3° fait application de ce principe aux créances d'aliments; le créancier d'aliments ne saurait se voir opposer en compensation une dette dont il serait lui-même tenu envers le débiteur des aliments; s'il en était autrement, le résultat serait le même que si la créance d'aliments était saisie, ce qui, par hypothèse, n'est pas possible; il faut que les aliments aillent à leur destination, c'est-à-dire à celui qui y a droit.

Bien que la loi ne vise, dans l'article 1293 — 3°, que la créance d'aliments, on donne la même solution pour toutes les créances insaisissables, par exemple pour les arrérages de la rente due par un chef d'entreprise à l'ouvrier ou à l'employé victime d'un accident;

943. — 6° Il faut, enfin, qu'aucun obstacle ne s'oppose au paiement et au paiement *forcé*.

a) Ainsi, une créance qui a été frappée d'opposition n'entre pas en compensation. Tertius ayant saisi-arrêté les sommes dues par Primus à Secundus, Primus ne peut plus

se libérer envers son créancier Secundus, fût-ce en monnaie de compensation; s'il devient ensuite créancier de Secundus, sa dette n'en subsistera pas moins, dans l'intérêt du saisissant Tertius : *la compensation n'a pas lieu au préjudice de droits acquis à un tiers* (art. 1298);

b) La créance en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ne peut pas être paralysée par le jeu de la compensation (art. 1293 — 1°) : *spoliatus ante omnia restituendus*;

c) Il en va de même de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage (art. 1293 — 2°); c'est une dette sacrée que celle qui incombe à un dépositaire ou à un commodataire; ces débiteurs, devenus à leur tour créanciers, ne sont pas fondés à arguer de leurs créances pour se dispenser de restituer la chose reçue. D'ailleurs, dans la plupart des cas, un autre obstacle s'oppose alors à la compensation : la nature de l'objet de la dette du dépositaire ou du commodataire, laquelle porte sur un corps certain.

d) Enfin, aux termes de l'article 50 du livre I du *Code du travail et de la prévoyance sociale*, « *aucune compensation ne s'opère au profit des patrons entre le montant des salaires dus par eux à leurs ouvriers et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature...* ». On veut que l'ouvrier touche d'abord son salaire, quelle que soit d'autre part sa situation juridique envers l'employeur; là encore, il s'agit, pour ce dernier, d'une dette considérée comme sacrée.

944. III. **Compensation conventionnelle et compensation judiciaire.** — La compensation légale, telle que nous venons de l'étudier, est la seule que le code réglemente; mais les auteurs distinguent, à côté ou au-dessous d'elle, la compensation conventionnelle et la compensation judiciaire.

1° *Compensation conventionnelle.* — On suppose que, les conditions requises pour la compensation légale n'étant pas toutes réunies, les intéressés conviennent cependant que la dette de l'un se compensera avec celle de l'autre; par exemple, une dette portant sur un corps certain sera déclarée compensable avec une dette d'argent. Rien ne s'oppose à l'efficacité de cette combinaison, qui ne choque en rien l'ordre public;

2° *Compensation judiciaire.* — Le défendeur, actionné en paiement d'une dette, se prétend à son tour créancier du demandeur, et réclame, lui aussi, son dû; seulement, sa

créance, à la différence de celle du demandeur, n'est pas liquide; elle a sa source dans une gestion d'affaires, dans un délit. Le tribunal peut, s'il le juge expédient, procéder à la liquidation, et, du même coup, à la compensation des deux obligations qui, désormais, réunissent les conditions exigées par la loi. Mais c'est là, pour lui, une faculté qui se ramène, de sa part, à surseoir à statuer jusqu'à ce que l'obligation correspondante soit en état de compensation; c'est pourquoi on dit alors que la compensation est *facultative*, comme aussi lorsqu'elle a un caractère conventionnel (Civ. 22 août 1865, *D. P.* 1865, 1, 358; Req. 19 déc. 1971, *D. P.* 1872, 1, 139; Dijon, 23 déc. 1936, *D. H.* 1937, 141).

Judiciaire ou conventionnelle, la compensation facultative produit exactement les mêmes *effets* que la compensation légale.

Section III. — **LA CONFUSION**

(Articles 1300 et 1301)

945. Définition. — Il y a *confusion* lorsque les deux qualités contradictoires de créancier et de débiteur sont réunies sur la même tête; comme ces qualités s'excluent, comme on ne saurait être créancier de soi-même, le rapport obligatoire s'en trouve comprimé et neutralisé, au moins dans sa réalisation, sinon dans son existence même.

946. Exemples. — Un débiteur décède laissant comme héritier son créancier, ou bien la même personne recueille successivement les successions du créancier et du débiteur; ou encore, un débiteur acquiert, par voie de cession, la créance qu'une personne avait contre lui. En pareille occurrence, il se fait « *une confusion de droit* » qui, d'après l'article 1300, éteint « *les deux créances* ». Ici, le législateur a vu double, car il n'y avait qu'une seule créance, existant entre deux personnes, le créancier et le débiteur; en cela, la confusion diffère de la compensation qui, de nature plus complexe, met en cause deux obligations.

947. Précision. — Il faut comprendre que l'extinction de l'obligation ne se produit que parce qu'il y a désormais *impossibilité d'exécution* et dans la mesure seulement de cette impossibilité; la réunion, sur la même tête, des deux qualités complémentaires et antithétiques de créancier et de

débiteur « fait matériellement obstacle à l'exercice de l'action du créancier qui ne peut agir contre lui-même » (Req. 11 mai 1926, *S.* 1927, 1, 93, *D. H.* 1926, 314; Civ. 12 juill. 1933, *S.* 1935, 1, 289, note LAGARDE, dans un sens critique). On ne peut pas agir contre soi-même, et c'est tout; l'obligation, à vrai dire, n'est pas éteinte; elle est seulement atteinte dans ses attributs, dans son dynamisme; la confusion de fait détermine la confusion de droit et, avec celle-ci, la paralysie du rapport de droit : en pure logique, c'est à propos de *l'impossibilité d'exécution* qu'il devrait être traité de la confusion.

Ce point de vue (qui n'est pas admis sans conteste, *contra*, LAGARDE, note précitée), conduit aux conséquences suivantes :

1° Si l'impossibilité d'exécution n'est que partielle, la confusion n'aura elle-même qu'un effet partiel : la succession du débiteur étant recueillie par deux héritiers, dont le créancier, l'impossibilité d'exécution n'existe que dans la mesure de la part héréditaire de celui-ci, par exemple pour moitié; pour l'autre moitié, la créance subsiste et le paiement peut être réclamé au cohéritier qui, lui, est purement débiteur;

2° Au cas de *solidarité* et si le créancier succède à l'un des codébiteurs solidaires, l'impossibilité de paiement n'existant que dans la mesure de la part que le défunt devait supporter dans la dette, le créancier peut agir, pour le surplus, contre les codébiteurs survivants, ce qu'on exprime en disant que la confusion fournit à ces codébiteurs un moyen de défense mixte, ni commun à tous, ni purement personnel (*sup.* n° 774, art. 1301, § 3);

3° Au cas de *cautionnement*, si le créancier succède au débiteur principal, ou inversement, la caution est libérée; mais si c'est à la caution que succède le créancier, ou inversement, le débiteur principal reste tenu. (Art. 1301, § 1 et 2.);

4° Un *locataire*, bénéficiaire d'une prorogation légale, puis devenu propriétaire de l'immeuble, continue à jouir du bénéfice de cette prorogation qu'il a intérêt à opposer à une personne devenue elle-même locataire par un bail qui devait succéder au précédent. (Req. 11 mai 1926, précité);

5° On tiendra compte de la créance que le *de cujus* avait contre celui qui est devenu son héritier, tant pour le calcul du disponible et de la réserve que pour la déclaration à faire à l'enregistrement (trib. civ. Chartres, 25 mars 1859, *D. P.* 1859, 3, 80).

Bien d'autres conséquences découlent de l'idée directrice

énoncée plus haut; v. par exemple celles qui en ont été déduites par la Chambre civile (arrêt précité du 12 juill. 1933) et par la Chambre des requêtes (17 avril 1934, *Gaz. trib.* 20 oct.), la première au cas de nantissement (hypothèque) d'un fonds de commerce, la seconde en matière de rescision d'une vente immobilière pour cause de lésion et pour le calcul de la lésion.

948. Cessation de la confusion. — On peut supposer que la confusion de fait qui avait déterminé la confusion de droit et l'extinction de l'obligation vienne à prendre fin : l'obligation éteinte va-t-elle revivre? ou bien sa destruction est-elle irréparable?

Il faut distinguer selon que la cause qui avait déterminé la confusion disparaît elle-même avec ou sans rétroactivité.

1° Dans le premier cas, et, par exemple, si une acceptation de succession est annulée ou rescindée ou si le contrat qui avait produit la confusion est ensuite résolu (Aix, 29 avril 1933, *Sem. jur.* 1933, p. 938), ou si le testament est annulé, l'obligation revit intégralement, avec les accessoires dont elle était assortie;

2° Dans la deuxième éventualité, par exemple si l'héritier vend l'hérédité à laquelle il avait été appelé, la confusion a fait son œuvre définitivement, et la créance ne revit pas.

Pour le cas où une société, qui avait racheté ses titres, les remet ensuite en circulation, v. LAGARDE, *Du rachat de ses titres par une société*, n^os^ 44 et suiv.

CHAPITRE III

Modes d'extinction qui opèrent ou qui peuvent opérer en dehors de toute satisfaction obtenue par le créancier

949. Plan. — Comme nous rangeons la *prescription* dans une catégorie spéciale (*inf.* n^os^ 966 et suiv.), comme, d'autre part, le *terme extinctif* n'appelle pas d'explications particulières, il ne reste en cause que deux modes d'extinction ressortissant à la présente catégorie : la *remise de dette* et l'*impossibilité d'exécution*; nous les étudierons successivement.

SECTION I. — LA REMISE DE DETTE

Articles 1282 à 1288.

950. Définition et plan. — La remise de dette est l'acte par lequel un créancier renonce à sa créance, abdique ses droits.

Il faut en connaître : 1° la *nature* juridique; 2° les *conditions* d'existence et de validité; 3° les *effets*.

951. I. Nature juridique de la remise de dette. — La remise de dette est un acte *conventionnel, qui n'est pas nécessairement isolé* et qui n'est pas toujours consenti à titre gratuit.

1° La remise de dette est un acte *conventionnel*; elle suppose, outre le consentement du créancier renonçant, celui du débiteur bénéficiaire de l'opération; l'article 1285 l'entend bien ainsi : « La remise ou décharge *conventionnelle*... »; un abandon unilatéral demeurerait platonique aussi longtemps qu'il n'aurait pas été accepté par le débiteur; il faut être deux pour éteindre une obligation, de même que, en principe du moins, il faut se mettre à deux pour la créer. Au contraire, les droits réels comportent l'extinction par renoncement unilatéral (V. pour l'usufruit, *sup.* t. I, n° 1937; pour l'hypothèque, *inf.* n° 1956);

2° *La remise de dette ne se présente pas nécessairement à l'état isolé*; elle peut se relier à une opération juridique plus compréhensive dans laquelle elle vient s'encastrer, soit que le débiteur renonce, de son côté, à certaines précautions qu'il aurait pu faire valoir — en ce cas, la remise de dette s'absorbe dans une *transaction* —, soit qu'il fournisse au créancier une satisfaction d'un autre genre que celle qui avait été prévue primitivement, et alors la remise s'intègre dans une *novation* ou dans une *dation en paiement*;

3° *La remise de dette n'est pas toujours consentie à titre gratuit* : comme il ressort des développements précédents, elle peut-être la contre-partie d'avantages retirés d'autre part par le créancier renonçant.

Le droit *allemand* se fait, de la remise de dette, une conception plus rigide que notre droit français : il y voit un acte qui se suffit à lui-même et pouvant être isolé de son milieu, de sa cause, un *acte abstrait*, portant en lui-même sa justification : en conséquence, si le créancier n'obtient pas la prestation en considération de laquelle il avait fait remise de la dette, cette remise n'en subsiste pas moins et il

n'aura d'autre ressource qu'une *condictio* basée sur l'idée d'enrichissement sans cause. Notre droit français, plus spiritualiste, se préoccupe de la cause de la remise et envisage cet acte sous des angles différents suivant les cas, sans l'isoler jamais du milieu dans lequel il est apparu.

952. II. **Conditions d'existence et de validité.** — Il y a des conditions de *fond* et des conditions de *forme*.

A. **Conditions de fond.** — Elles varient selon que la remise est consentie à titre gratuit ou bien à titre onéreux : dans le premier cas, elle se ramène à une *libéralité*; le créancier doit donc être capable de faire et le débiteur de recevoir une donation; de plus, la remise sera sujette à révocation, à rapport, à réduction, comme toute autre libéralité. Consentie à titre onéreux, elle échappe à l'emprise du statut des libéralités.

953. B. **Conditions de forme. — Principe.** — La remise de dette est un acte dénué de toute solennité; elle peut intervenir par un écrit ou verbalement, expressément ou tacitement.

Cette absence de formes est remarquable lorsque, comme il advient souvent, la remise est *gratuite*; on considère que l'article 931, qui exige la forme notariée pour les actes portant donation entre vifs, n'est pas applicable à la remise de dette; cette solution libérale est traditionnelle; on estime que le Code civil s'y est référé du moment qu'il admet que la remise peut être *tacite*, qu'elle peut s'induire de certaines circonstances (art. 1282 et 1283); la jurisprudence a toujours été fixée en ce sens (Civ. 2 avril 1862, *S.* 1863, 1, 203, *D. P.* 1863, 1, 454; Lyon, 28 mars 1900, *Mon. Judic. Lyon*, 16 juin).

954. Présomptions légales de remise de dette. — La dispense de toute condition formelle est parfois une source de difficultés : le juge sera embarrassé lorsqu'il s'agira de savoir si le créancier a entendu renoncer à ses droits; afin de faciliter sa tâche, la loi a érigé certaines *présomptions*; elle a considéré une certaine circonstance comme de nature à impliquer, chez le créancier, la volonté de faire remise de la dette, et cette circonstance n'est autre que la remise, au débiteur, du titre constatant l'existence de la dette; on a pensé qu'en livrant à ce débiteur l'instrument de preuve qu'il avait à sa disposition, le créancier s'est

désarmé lui-même et qu'une telle attitude ne saurait s'expliquer que par la volonté de libérer son obligé.

955. Nuances et distinctions. — Cependant, cette interprétation ne serait pas toujours fondée; elle n'est admissible que si le créancier est vraiment désarmé, et dans la mesure où il l'est; or, la remise du titre ne place pas toujours le créancier à la merci de son débiteur; elle n'équivaut pas toujours à un complet désarmement probatoire; des distinctions sont à faire et sont établies par la loi à cette occasion.

1° *La créance était constatée par un acte sous seing privé.* En remettant le titre au débiteur, le créancier se désarme complètement; désormais, la preuve écrite lui fait entièrement défaut; son geste est interprété dans le sens d'une renonciation à son droit (art. 1282);

2° La créance était constatée par un acte *notarié*, et cet acte avait été rédigé en *brevet*, c'est-à-dire que l'original même avait été remis au créancier; en s'en dessaisissant, celui-ci se désarme encore complètement; il n'a plus de preuve écrite; bien que la loi ne s'en explique pas, il est admis, sans conteste, que le débiteur est libéré;

3° Mais supposons que l'acte *notarié* ait été rédigé en *minute*; comme cette minute demeure dans l'étude du notaire, c'est seulement une *copie* qui peut avoir été remise par le créancier à son débiteur; en agissant ainsi, ce créancier ne s'est pas désarmé, car l'original demeure qui atteste l'existence de la dette; il semble donc que la présomption de libération du débiteur ne trouve plus de place.

Cependant, la loi n'a pas admis cette solution absolue; elle distingue entre deux sortes de copies, l'*expédition* et la *grosse*. (Sur cette terminologie, v. *sup.* n° 195.)

a) Si c'est une simple *expédition* qui a été remise par le créancier à son débiteur, la loi n'établit aucune présomption de libération; car, après tout, le créancier devait savoir qu'il pourrait obtenir d'autres copies du même genre, s'il en était besoin;

b) Mais si c'est de la *grosse* elle-même qu'il s'est dessaisi, son cas est plus grave; il devait savoir que le notaire ne délivre, en principe, qu'une seule copie de ce genre, et qu'il en serait donc réduit, le débiteur n'exécutant pas volontairement, à prendre jugement contre lui; il s'est désarmé en ce sens qu'il s'est privé du titre *exécutoire* qu'il possédait; cette conduite ne peut raisonnablement s'expliquer que par la libération du débiteur, et, effectivement, la loi présume

cette libération (art. 1283) ; toutefois, comme la minute est toujours dans l'étude du notaire, permettant d'établir la naissance de l'obligation, le Code civil se contente ici d'une présomption *simple* que le créancier peut renverser en faisant la *preuve contraire* (même texte).

956. Résumé. — En résumé, trois éventualités sont à distinguer :

1° C'est une simple *expédition* de l'acte notarié qui a été remise par le créancier : elle n'entraîne aucune présomption de libération, car les armes probatoires du créancier subsistent toujours, à peu près intactes;

2° C'est la *grosse* elle-même dont le créancier s'est dessaisi; la situation est modifiée, mais non complètement compromise pour lui : la loi présume bien la libération du débiteur, mais seulement jusqu'à preuve du contraire; elle n'établit qu'une présomption *juris tantum;*

3° Le créancier a remis au débiteur, soit l'acte privé, soit le brevet d'un acte notarié; il s'est alors vraiment désarmé, puisqu'il ne possède plus de preuve écrite; la loi présume la libération du débiteur, absolument, *juris et de jure*.

957. Sens de la présomption légale. — On dit volontiers, et nous avons employé parfois le langage courant, que les présomptions écrites dans les articles 1282 et 1283 sont des *présomptions de remise de dette*. Telle ne peut cependant pas être la signification du système légal; tout ce que la loi présume c'est *la libération* du débiteur, mais il lui est impossible d'en préciser, d'en spécifier arbitrairement la cause; peut-être le débiteur a-t-il payé; c'est même là l'éventualité la plus probable, la plus normale. D'ailleurs, l'article 1283 s'en explique expressément lorsqu'il dit que la remise de la grosse fait présumer « la remise de la dette *ou le paiement* »; quant à l'article 1282, il se borne à établir une présomption de *libération*, sans préciser davantage.

Dès lors, et à supposer que les présomptions légales jouent, une question va se poser : le débiteur a-t-il payé? Ou bien a-t-il bénéficié d'une remise de dette? Question importante qui a sa répercussion sur le fond même du droit : selon que le débiteur sera un *solvens* ou bien un *gratifié*, on le traitera différemment; c'est seulement dans le dernier cas que le droit des libéralités lui sera applicable.

Or, cette question, la loi ne l'a pas tranchée, mais elle l'a éludée par les formules générales et prudentes que nous avons relevées dans les articles 1282 et 1283; c'est au juge

qu'il appartient de *qualifier* la présomption de libération, de la ramener à une présomption le paiement ou de remise; et, dans le doute, il faut décider que c'est au plaideur intéressé à attribuer la libération à un paiement plutôt qu'à une remise, ou inversement, qu'il appartiendra de faire la preuve de son dire : *actori incumbit probatio.*

958. III. Effets de la remise de dette. — Ces effets varient, on l'a vu, selon que la remise est consentie à titre gratuit ou à titre onéreux; mais, en toute occurrence, l'obligation disparaît avec ses accessoires (art. 1285 et 1287, § 1).

Cependant, il faut noter :

1° Que la remise consentie à la *caution* ne libère ni le débiteur principal, ni les autres cautions (art. 1287, §§ 2 et 3);

2° Que si la remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère tous les obligés, lorsqu'elle est consentie *in rem*, sans aucune réserve, il en va autrement lorsqu'elle est faite *intuitu personae*, lorsqu'elle a un caractère personnel. En ce cas, elle libère complètement le bénéficiaire direct, mais elle ne dégage les autres codébiteurs que dans la proportion de la part de la dette qui incombait audit bénéficiaire (art. 1285, § 2; *sup.* n° 774).

Section II. — L'IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

959. Principe. — L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible; le débiteur est libéré par l'impossibilité d'exécution : *à l'impossible nul n'est tenu.*

960. Domaine d'application. — Le principe est exact, non seulement pour les obligations ayant pour objet un *corps certain* — la *perte de la chose due* libère le débiteur —, mais aussi pour les obligations de *faire ou de ne pas faire* : la maladie, les infirmités, le fait du prince sont susceptibles de déterminer une impossibilité d'exécution (Trib. civ. Seine, 27 oct. 1899, *France judic.* 1900, 2, 105); il n'est pas jusqu'aux obligations portant sur des choses déterminées *in genere* qui ne tombent sous la loi commune; sans doute, l'éventualité est rare, car *genera non pereunt*; cependant, on peut supposer qu'une épidémie sévit sur les animaux ressortissant au genre visé ou qu'une gelée, une grêle anéantisse une récolte tout entière, ou encore qu'une loi vienne mettre hors du commerce toutes les choses appartenant au genre spécifié : le décret du 27 avril 1848 qui a aboli l'esclavage

dans les colonies françaises, a éteint du même coup quantité d'obligations de livrer portant sur des esclaves vendus.

961. Conditions requises. — Pour que l'impossibilité d'exécution ait une vertu libératoire, il faut qu'elle ne soit, en aucune façon, imputable au débiteur, qu'elle n'ait été occasionnée ni par sa faute, ni par son fait (art. 1245 et 1302) ; il faut, en d'autres termes, qu'elle tienne à la « *cause étrangère* » de l'article 1147, à la *force majeure* de l'article 1148. (Sur le cas de force majeure, v. *sup.* n^os^ 451 et suiv.)

De plus, il est indispensable que la cause étrangère ne soit mélangée et n'ait été précédée d'aucune faute commise par le débiteur; sans quoi la responsabilité de celui-ci serait engagée : d'abord éliminée par le fait d'origine externe, elle serait rappelée par le fait de l'obligé, par la cause interne. Or, l'on considère que le débiteur est en faute du moment qu'il se trouvait, lors de la survenance de l'impossibilité d'exécution, en *demeure* régulière : à compter de la mise en demeure, il répond même de la force majeure (art. 1302, § 1), à moins cependant que la chose eût également péri chez le créancier, à supposer qu'elle lui eût été livrée en temps utile : car le créancier ne peut plus alors faire la preuve d'un intérêt : sans intérêt, pas d'action (art. 1302, § 2) ; il n'en serait autrement que si le débiteur s'était chargé des cas de force majeure (même texte).

962. Preuve. — C'est au débiteur se prétendant libéré par impossibilité d'exécution qu'il appartient de prouver le cas de force majeure (art. 1302, § 3) ; mais il incombe au créancier d'établir la mise en demeure, tandis que le fardeau probatoire passe à nouveau au débiteur si celui-ci prétend que la chose eût également péri chez le créancier.

963. Situation du voleur. — Toutes les nuances qui viennent d'être notées n'ont plus cours lorsque le débiteur d'un corps certain est un *voleur*, lequel est toujours tenu de restituer, quoi qu'il advienne; il ne suffit même pas de dire qu'il est toujours en demeure, ce qui lui laisserait l'échappatoire ouverte par l'article 1302, § 2, et qu'on s'accorde à lui fermer; le dernier alinéa du même texte impose au coupable la restitution du prix, au cas de perte de la chose volée et de quelque manière que cette perte se soit produite.

964. Effets de l'impossibilité d'exécution. — Cette impossibilité n'éteint l'obligation que dans la mesure où elle se produit : l'effet juridique a la même portée que l'obstacle de fait. Le débiteur doit donc livrer au créancier tout ce qui subsiste de la chose, y compris les droits et actions nés à l'occasion de la perte, tel le recours contre l'auteur responsable du dommage; d'après l'article 1303, le débiteur libéré doit céder le tout à son créancier. Ordinairement, il n'aura pas même besoin de le faire, car c'est sur la tête du créancier, devenu propriétaire par le contrat, par exemple par la vente, que se fixent tout naturellement *ipso jure* les droits et actions visés par l'article 1303.

965. — Au cas de dette *solidaire* et lorsque la chose périt chez l'un des codébiteurs, par son fait ou par sa faute, voir *sup.* n° 767 et art. 1205; si la perte est due à un cas de force majeure, tous les codébiteurs sont libérés.

Chapitre IV

La prescription dite extinctive ou libératoire

966. Sources. — Articles 2219 et suiv. (Livre III, titre 20).

967. Ideé générale. — La *prescription* dite *extinctive* ou *libératoire* réalise l'extinction d'un droit, spécialement d'une créance, par le seul écoulement d'un certain délai; le temps, qui a raison de tout, qui use les institutions, les lois et les mots, jette l'oubli sur les droits qui tombent eux-mêmes en désuétude lorsqu'ils n'ont pas été exercés pendant un temps fixé par la loi; leur inutilisation aboutit à leur abolition.

968. Plan. — Il sera traité :

1° De la *raison d'être* et de la *nature* de la prescription extinctive;

2° Des *conditions* requises pour qu'elle s'accomplisse;

3° De *sa réalisation et des effets* qu'elle produit;

4° Des *délais préfix*.

Section I. — RAISON D'ÊTRE ET NATURE DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

969. — La prescription dite *extinctive* est bien différente des prescriptions dites *acquisitives* ou *usucapions* : tandis que celles-ci tendent à l'affirmation d'un droit de propriété ou à l'établissement d'un droit réel, la première réalise, en apparence au moins, l'extinction d'un droit, réel ou personnel, par le seul écoulement d'un délai; aussi est-elle pure de toute idée de possession, puisqu'elle a un résultat *négatif* et non positif, puisqu'au lieu de créer elle *détruit*. Spécialement, et en tant qu'elle s'applique aux obligations, la seule incidence qui nous intéresse à cette place, elle rompt le lien obligatoire, elle libère le débiteur en dépouillant le créancier.

Telle est du moins *l'apparence*; car la réalité est différente; dans l'immense majorité des cas, la prescription dite extinctive n'éteint rien du tout; elle ne mérite pas plus l'appellation d'extinctive que l'usucapion ne mérite le qualificatif d'acquisitive (*sup.* t. I, nos 1567 et suiv.); sans doute, il arrive qu'un débiteur peu scrupuleux profite de ses bienfaits en se retranchant derrière l'ancienneté de la dette pour se soustraire à son exécution; mais c'est là le cas exceptionnel, l'*accident* que cette institution n'a nullement pour but de provoquer et de consacrer; c'est là le déchet de l'institution. Dans l'immense majorité des cas, le débiteur qui invoque la prescription, était déjà en règle avec son devoir et avec sa conscience; il s'était libéré; si la loi décrète que son obligation, déjà éteinte par le paiement, l'est encore par la prescription, c'est afin de lui permettre de faire plus facilement la preuve de sa libération : si la prescription est un mode d'extinction des obligations, elle n'est qu'un *mode de secours* qui, en fait, vient se superposer à un autre mode plus effectif, paiement, remise de dette, etc.

970. La prescription, dispense de preuve de la libération. — C'est qu'en effet, si la prescription extinctive n'existait pas, tout débiteur libéré, notamment par un paiement, devrait conserver indéfiniment, et après lui ses héritiers, la quittance remise par le créancier désintéressé; on imagine ce qu'il adviendrait après trente années, après un siècle ou davantage; les héritiers seraient tenus de conserver les quittances délivrées à leurs auteurs, *sans limitation de durée*; la prescription extinctive rompt cette chaîne sans fin; de

même que l'usucapion dispense le propriétaire de conserver indéfiniment les titres de ses auteurs, ainsi la prescription libératoire permet au débiteur et à ses héritiers de se débarrasser des quittances après un certain délai; grâce à elle, la preuve de la libération est administrée très simplement et très sûrement, par l'action du temps : la prescription dite extinctive se ramène à une *présomption légale sinon de paiement, du moins de libération*, exactement comme l'usucapion se réduit à une présomption légale de propriété; elle constitue un *instrument de preuve* extrêmement précieux, ou plutôt une *dispense de preuve*, et, logiquement, c'est à propos de la preuve des obligations qu'il en devrait être traité; cependant, nous en avons réservé l'étude à cette place, d'abord parce que le point de vue que nous venons de signaler n'est pas exact pour toutes les prescriptions : il en est qui sont vraiment, ouvertement extinctives, qui sont des mesures de *police juridique*; puis, parce que la compréhension des règles qui gouvernent cette institution devient plus facile pour qui a étudié complètement la matière des obligations dont elle constitue comme le couronnement : le législateur l'a bien compris ainsi, lui qui a réglementé la prescription dans le dernier titre de son œuvre.

971. La prescription et d'ordre public. — La prescription a un caractère d'*ordre public*, non seulement parce qu'elle constitue un mode de preuve socialement nécessaire, mais aussi parce qu'elle présente cet avantage d'éviter des recherches difficiles, de conjurer des contestations tardives, de mettre un terme aux réclamations posthumes et à la chicane; un procès roulant sur une créance vieille d'un siècle ou davantage soulèverait des questions de fait et de droit dont la solution serait malaisée : la *sécurité juridique* exige qu'un terme soit mis aux revendications, dans leur principe même.

Section II — A QUELLES CONDITIONS LA PRESCRIPTION S'ACCOMPLIT

972. — La prescription extinctive comporte des conditions moins nombreuses que l'usucapion puisqu'elle est libérée de toute idée de possession; elle suppose :

1° Que la créance ou que l'action *n'est pas imprescriptible*;

2° Qu'un certain *délai* s'est écoulé.

I

Il faut que la créance ou que l'action ne soit pas imprescriptible

973. Principe. — La règle est que toutes les créances, tous les droits et actions sont sujets à prescription (art. 2262).

974. Dérogations. — Il existe cependant des exceptions, mais, ou bien elles sont étrangères à la matière des obligations, ou bien elles sont apparentes plutôt qu'effectives.

1° Il est des dérogations effectives mais qui sont étrangères à la matière des obligations : on sait que la *revendication* est considérée comme imprescriptible, à l'instar du droit de propriété dont elle constitue la sanction appropriée (*sup.* t. I, n° 1507) ; d'autre part, l'*état* des personnes est imprescriptible et, avec lui, les actions ou certaines actions qui y sont attachées;

2° Certaines exceptions se réfèrent bien, de loin ou de près, à la matière des obligations, mais sont plus apparentes qu'effectives : telle l'action en *partage* d'un bien en état de copropriété; elle subsiste aussi longtemps que se prolonge la situation juridique à laquelle elle est attachée; on n'imagine pas qu'elle puisse prendre fin auparavant; répondant à un état de choses permanent, elle se prolonge avec lui. Il en faut dire autant de l'action en *bornage* ou de l'action en acquisition de la *mitoyenneté* d'un mur. Il faut d'ailleurs remarquer que de tels droits ne sont, en définitive, que des attributs du droit de propriété ou de copropriété, lui-même imprescriptible. La présomption de libération, qui est au fond de la prescription extinctive, serait ici une absurdité; comment présumer l'exécution de l'obligation de partage alors que, par hypothèse, l'indivision persiste?

II

Du délai requis pour la prescription

975. — Ce délai demande à être précisé dans diverses directions; il faut déterminer : 1° sa *longueur*; 2° son *point de départ*; 3° son allongement du fait des causes d'*interruption* ou de *suspension*; 4° les *modifications conventionnelles* dont il est susceptible.

976. I. Longueur du délai ; durée de la prescription. — Sur ce point, notre système législatif est extrêmement décousu.

Principe. — Le principe est que le délai de la prescription est de *trente ans* (art. 2262) : c'est là le *droit commun*, en matière extinctive comme en matière acquisitive.

Ce droit commun ne comporte aucune dérogation dans le sens extensif : il n'existe pas de prescription qui requière, pour son accomplissement, un délai supérieur à trente années; mais il arrive souvent que la loi se contente d'un délai plus court.

Ce long délai de trente années n'est plus en rapport avec les conditions de la vie moderne; la facilité et la rapidité des communications, la multiplicité des transactions et des rapports obligatoires en soulignent de plus en plus le caractère excessif; si le code civil *allemand* l'adopte encore dans son article 195, les législations plus récentes se réfèrent à des délais sensiblement plus réduits (code *polonais* des obligations, art. 281, *vingt* années; code civil de la république de *Chine*, art. 125, *quinze* ans; code *suisse* des obligations, code *libanais* des obligations, projet de code *franco-italien* des obligations, art. 249, *dix* ans) ; le droit commun législatif se montre donc favorable à une abréviation du long délai traditionnel.

977. Dérogations ; prescriptions abrégées. — Il existe une multitude de prescriptions qui s'accomplissent par un délai inférieur à trente années : le Code civil et d'autres instruments législatifs instituent des prescriptions abrégées qui s'étagent depuis le délai de *dix années* jusqu'à celui d'*un mois*, avec toute une série de paliers intermédiaires; les textes qui les instituent comportent, par cela même qu'ils viennent déroger au droit commun, une interprétation essentiellement restrictive; l'argumentation par analogie, qui prétendrait étendre une courte prescription du cas prévu par la loi à un cas voisin, est ici sans application (Civ. 9 janv. 1934, *D. P.* 1934, 1, 22).

1° *Prescriptions décennales.* — Rentrent dans cette catégorie :

a) La prescription des actions en *nullité* et en *rescision* (art. 1304; *sup.* n° 349) ;

b) Celle de l'action du mineur contre son ex-tuteur, relativement aux *faits de la tutelle* (art. 475; *sup.* t. I, n° 463) ;

c) Celle de l'action en responsabilité contre un *architecte*

ou un *entrepreneur* à raison des vices de la construction qu'ils ont édifiée (art. 1792 et 2270; *inf.* n° 1299). Il s'agit d'ailleurs là d'un *temps d'épreuve* plutôt que d'une prescription véritable (*inf., ibid.*).

978. — 2° Le Code civil a institué une prescription *quinquennale* pour « *...tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts* » (art. 2277); et le texte cite, à titre d'exemples typiques, les *arrérages* des rentes ou des pensions alimentaires, les *loyers* et les *fermages*, les *intérêts* des sommes prêtées. C'est ainsi que les *coupons* des obligations ou des actions se prescrivent par cinq ans, de même que les *traitements* des fonctionnaires, les *appointements* des commis et des employés, les *dividendes* des actionnaires d'une société, en un mot toutes les prestations à *échéance périodique*, à la triple condition : 1. que la périodicité en soit pour le moins *annuelle*; 2. qu'une prescription plus courte n'ait pas été édictée par la loi, comme c'est le cas pour le salaire des ouvriers et gens de service (*inf.* n° 980); 3. enfin, que la prestation soit doublement *certaine*, quant à l'époque de son exigibilité et quant à son montant; la jurisprudence refuse, en effet, d'appliquer l'article 2277 aux créances dont l'échéance n'est pas fixe ou dont le montant est variable, par exemple aux intérêts des avances faites par un mandataire ou un gérant d'affaires, aussi longtemps que le chiffre n'en a pas été fixé par un règlement de compte (Req. 7 nov. 1864, *D. P.* 1865, 1, 165; 12 mars 1878, *D. P.* 1878, 1, 273); ou, à l'inverse, aux intérêts dus au mandant par le mandataire qui a employé à son usage personnel les fonds reçus en vue du mandat (Civ. 7 mars 1887, *D. P.* 1887, 1, 403); ainsi qu'aux cotisations dues, dans les assurances mutuelles, par un assuré, cotisations variables suivant les opérations effectuées par la société (Civ. 17 mars 1856, *S.* 1856, 1, 514, *D. P.* 1856, 1, 90; 1er fév. 1882, *D. P.* 1882, 1, 99), comme celles des adhérents à un syndicat de garantie ayant pour objet de lier tous ses membres pour le paiement des rentes et indemnités dues à raison d'accidents du travail survenus à leur personnel (Civ. 12 juill. 1928, *D. P.* 1929, 1, 17, note Radouant). En exigeant cette double condition de certitude quant au montant et quant à l'époque de l'exigibilité, la Cour de cassation ajoute au texte de l'article 2277 qui est muet à ce sujet, et l'on peut donc contester la valeur de cette jurisprudence (V. Planiol, note *D. P.* 1895, 1, 425) qui paraît solidement établie, mais qui n'est pas toujours logique avec elle-même : les dividendes des

actionnaires qui, de l'avis dominant, sont passibles de la prescription quinquennale (Douai, 4 janv. 1854, *S.* 1854, 2, 542, *D. P.* 1854, 2, 136) ne répondent cependant pas à l'exigence de la fixité; le montant en varie d'un exercice à l'autre.

979. Origine et raison d'être de la prescription quinquennale. — La disposition de l'article 2277 a son origine dans une ordonnance de Louis XII, en date de 1510, dont l'article 71 venait au secours des débirentiers : on se proposait d'éviter leur ruine par une accumulation des arrérages que le crédirentier aurait ensuite réclamés en bloc et qui auraient fini par représenter un déboursé énorme. C'est encore de la même façon que la prescription quinquennale se justifie de nos jours : il ne faut pas que, par la négligence du créancier, des prestations périodiques s'accumulent au point de changer de caractère et de constituer un véritable *capital*; leur périodicité revêt ainsi comme un caractère d'ordre public.

Il n'en est pas moins vrai que, dans la pratique, la prescription quinquennale donne des résultats peu équitables, notamment lorsqu'elle est invoquée par une société ou un établissement quelconque, à l'encontre des obligataires auxquels on refuse le service des coupons périmés. La *présomption de paiement* est ici inconcevable, puisque le créancier, nanti du coupon, fait la preuve indiscutable du non-paiement; la prescription revêt nettement l'allure d'une *déchéance* infligée au créancier négligent; elle a ici la valeur d'une *mesure de police juridique*;

979*bis*. — Une prescription de cinq années a été constituée par l'article premier de la loi du 24 décembre 1897, pour le recouvrement des frais dus aux *notaires*, *avoués* et *huissiers*.

980. — 3° La prescription *triennale* éteint l'action civile née d'un délit pénal (*C. Inst. crim.*, art. 2 et 638); et aussi l'action en réparation des dommages prévus par la loi du 5 avril 1937 (faits dommageables commis par des élèves ou, à l'inverse, au préjudice des *élèves d'un établissement d'enseignement, public ou privé*, et sans distinguer selon que l'action est dirigée contre l'instituteur ou contre l'Etat, lequel, dans les établissements d'enseignement public, est substitué aux membres de l'enseignement); aux termes de l'article 1384 *in fine*, modifié en 1937, « *la prescription, en ce qui concerne la réparation des dommages prévus par la*

présente loi sera acquise par trois années à partir du jour où le fait dommageable a été commis ».

4° La prescription de *deux ans* reçoit de multiples applications; elle éteint :

a) La créance des *médecins, chirurgiens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes* et *pharmaciens*, pour leurs visites, opérations et médicaments (art. 2272, § 5, modifié par L. 30 nov. 1892);

b) L'action des *avoués*, pour le paiement de leurs frais et salaires (art. 2272);

c) Les demandes en restitution de pièces dirigées contre les *huissiers* (art. 2276, § 2);

d) Les créances des *marchands*, pour fourniture de *marchandises*, contre leurs clients *non marchands* (art. 2272, § 6, modifié par L. 26 fév. 1911); les fournitures ne répondant pas à cette formule (par exemple, de commerçant à commerçant, ou bien n'émanant pas d'un marchand, mais d'un *entrepreneur*) rentrent dans le droit commun de la prescription trentenaire (V. pour l'entrepreneur, Civ. 7 juin 1887, *D. P.* 1887, 1, 333; Dijon, 14 oct. 1930, *S.* 1931, 2, 96);

e) L'*action en rescision* d'une vente d'immeubles pour cause de lésion (art. 1676);

f) Les actions en *rescision* et en *réduction* — peut-être aussi en *nullité* pour omission d'enfant — contre un *partage d'ascendant* effectué par acte entre vifs ou par testament (art. 1080, § 3, nouv. réd., l. 7 fév. 1938);

g) Toutes actions dérivant d'un contrat d'*assurance* (L. 13 juill. 1930, art. 25, § 1);

h) L'action en restitution du contribuable contre le Trésor public, à raison d'une erreur commise lors de la perception des droits (L. 22 frim. an VII, art. 61, modifié par la loi du 31 janv. 1914; — Civ. 21 avril 1931, *D. H.* 1931, 331);

i) Les actions à exercer entre les *caisses régionales de garantie*, en garantie du remboursement des dépôts effectués dans les études de notaires par les clients de ceux-ci (L. 25 janv. 1934, art. 12);

5° La prescription *annale* s'applique :

a) Aux *huissiers*, pour le paiement de leur salaire (art. 2272, § 1);

b) Aux *maîtres de pension*, pour le prix de pension de leurs élèves (art. 2272, § 2);

c) Aux *artisans*, pour le prix de l'apprentissage de leurs ouvriers (même texte);

d) Aux *domestiques* qui se louent à l'année, pour le paiement de leur salaire (art. 2272, § 3);

e) A l'action en indemnité à la suite d'un *accident du travail* (L. 9 avril 1898, art. 18, modif. par L. 22 mars 1902; — *Traité des accidents du travail*, par SACHET, 8e éd. par H. GAZIER, t. II, nos 1257 et suiv.);

6° La prescription de *six mois* est établie pour :

a) L'action des *maîtres* et *instituteurs*, pour les leçons données au mois (art. 2271, § 1);

b) Celle des *hôteliers* et *traiteurs*, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent (art. 2271, § 2);

c) Celle des *ouvriers* et *gens de travail*, pour le paiement de leurs journées, fournitures et salaires (art. 2271, § 3) y compris les pourboires (Civ. 23 janv. 1932, *D. H.* 1932, 131): cette disposition est applicable aux gages des gens de service qui sont payés au mois, mais non pas aux entrepreneurs (Civ. 4 juin 1889, *D. P.* 1889, 1, 344; 27 oct. 1924, *S.* 1924, 1, 366; Req. 2 fév. 1925, *S.* 1925, 1, 56; Civ. 5 mai 1935, *D. H.* 1935, 347);

7° La prescription de *trois mois* est instituée pour les actions civiles en réparation de certains délits spéciaux : délits *forestiers* (C. for., art. 185); délits de *chasse* (L. 3 mai 1844, art. 29); délits de *pêche* (L. 15 avril 1829, art. 62, modif. par L. 18 nov. 1898); certains délits de *presse* L. 29 juill. 1881, art. 65);

8° Enfin, la prescription s'accomplit en *un mois* pour l'action civile en réparation de *délits ruraux* (L. 28 sept. 1791, titre I, sect. VII, art. 8).

981. II Point de départ du délai de la prescription. — Principe. — La prescription court à dater du jour où le créancier a pu agir; si elle courait plus tôt, le droit risquerait d'être perdu avant que son titulaire eût été à même de l'exercer (Civ. 1er juin 1929, *S.* 1929, 1, 371).

982. Applications. — En conséquence, la prescription ne menace pas une créance à *terme*, puisqu'un tel droit n'est pas exigible (art. 2257, § 4); ni une créance *conditionnelle*, du moins s'il s'agit d'une condition *suspensive* (art. 2257, § 2); la condition *résolutoire*, qui ne fait pas obstacle à l'exécution immédiate, ne s'oppose pas davantage à la prescription) ni, *a fortiori*, un droit *éventuel*, c'est-à-dire un droit dont un élément essentiel manque d'actualité (*sup.*, t. I, n° 113).

983. Difficultés. — Des difficultés surgissent lorsque la créance est née à raison de prestations *successives*, de fourni-

tures multiples; en principe, on considère qu'il y a autant de créances distinctes que de prestations ou de fournitures (art. 2274, § 1). Cependant, il est traditionnellement admis que les honoraires du *médecin* se fondent en une créance unique pour toute la série de visites effectuées au cours d'une même maladie, d'un seul et même traitement; en effet, il n'est pas d'usage que chaque visite soit suivie d'un paiement immédiat; en fait, le médecin se trouve dans l'impossibilité d'agir, d'intenter sa demande tant que le traitement n'est pas terminé (Civ. 20 oct. 1936, *S.* 1937, 1, 22, *D. H.* 1936, 538); mais il en irait autrement si les soins avaient été interrompus de telle sorte qu'ils fussent à considérer, au cours d'une longue maladie coupée par des périodes de rémission, comme des traitements distincts (Civ. 20 oct. 1936, précité, *motifs*), et, notamment, au cas de maladie chronique : (Chambéry, 28 fév. 1873, *motifs*, *D. P.* 1873, 2, 153).

984. III. **Interruption et suspension de la prescription.** — Les délais de la prescription extinctive, déjà si variables en eux-mêmes, sont encore susceptibles d'être influencés par des causes d'interruption ou de suspension qui viendront en modifier ou en arrêter le cours. En général, les règles sont les mêmes que pour l'usucapion et nous renvoyons à ce qui a été dit quant à la différenciation des deux théories de l'interruption et de la suspension, en nous bornant à signaler les particularités afférentes à la prescription libératoire (*sup.*, t. I, n^os^ 1578 et suiv.).

985. A. **Interruption de la prescription. — Généralités.** — Il ne peut être question ici d'interruption naturelle, c'est-à-dire par interruption dans la possession, puisque la prescription extinctive se poursuit et s'accomplit en dehors de toute idée de possession : seule, l'interruption *civile* peut trouver son emploi, et elle peut émaner tant du créancier que du débiteur.

1° Interruption *a parte creditoris*. — Le créancier interrompt la prescription, soit au moyen d'un *commandement* qu'il adresse à son débiteur, c'est-à-dire au moyen d'une sommation particulièrement énergique à laquelle il ne peut procéder que muni d'un titre exécutoire; soit en pratiquant une *saisie*, même simplement conservatoire; soit enfin, en toute occurrence, en assignant le débiteur en justice; aux termes de l'article 2244, la *citation en justice* est interruptive de toute prescription.

Il est à remarquer que la plupart des saisies sont elles-mêmes précédées d'un commandement qui aura déjà interrompu la prescription; elles se borneront donc à renouveler

cette interruption; mais il en va autrement des saisies conservatoires (saisie-gagerie, saisie-revendication, saisie foraine) et aussi de la saisie-arrêt, lesquellles ne sont pas précédées d'un commandement et réalisent donc l'interruption initiale de la prescription.

Transmission du droit. — Il va sans dire que la prescription n'est pas interrompue par cette circonstance que le droit change de titulaire, car l'ayant cause succède à son titulaire dont il prend simplement la suite (Civ. 13 mars 1934, *D. P.* 1936, 1, 79).

986. — 2° Interruption *a parte debitoris.* — La prescription est interrompue par la *reconnaissance* que le débiteur fait de la dette (art. 2248). Cette reconnaissance n'est soumise, en général, à aucune condition de forme particulière; elle présente un caractère *unilatéral* et elle peut intervenir, soit *expressément*, soit *tacitement*, comme si le débiteur fait le service des intérêts ou comme s'il effectue un paiement partiel (Civ. 31 janv. 1894, *S.* 1896, 1, 20; Req. 7 juill. 1910, *S.* 1911, 1, 103).

Assez souvent, pour éviter des difficultés de preuve, on dresse un écrit, un *acte récognitif* (art. 1337), un titre *nouvel* (art. 2263), qui s'oppose au titre *primordial* (*sup.* n° 163). En principe, le créancier ne peut pas exiger de son débiteur un titre récognitif de son droit, à moins qu'il ne soit un crédirentier (art. 2263); mais il lui est facile de peser sur la volonté du débiteur en lui réclamant le montant de la dette et en le menaçant d'exercer des poursuites; c'est précisément parce que cette ressource n'appartient pas au crédirentier — le capital d'une rente n'est pas exigible — que le Code civil lui confère expressément le droit d'exiger du débirentier un titre nouvel après vingt-huit ans de la date du dernier titre (art. 2263) : il lui accorde ainsi directement ce qu'il serait dans l'impossibilité d'obtenir indirectement au moyen d'une pression exercée sur le débiteur.

987. Effets de l'interruption. — Principe. — Les effets de l'interruption se résument d'ordinaire dans les trois propositions suivantes : 1° la prescription est brisée, mais seulement au profit de celui dans la personne duquel se réalise l'interruption; le temps qui avait couru antérieurement est neutralisé; 2° une nouvelle prescription commence immédiatement à courir; 3° cette prescription nouvelle a la même nature et la même durée que celle à laquelle elle succède.

988. Dérogations. — La deuxième proposition est tou-

jours vraie. La première et la troisième comportent des dérogations :

a) Il arrive que l'interruption opère, non pas *in personam*, à titre individuel, mais bien *in rem*, collectivement; il en va ainsi, 1° d'abord si l'obligation est *solidaire* ou *indivisible*; c'est alors vis-à-vis de tous les créanciers et de tous les débiteurs que la prescription est brisée (*sup.* n^os^ 767 et 798); 2° puis dans le cas prévu par la loi du 16 juillet 1934 dont l'article 1^er^ décide que « *tout acte qui interrompt la prescription des intérêts à l'égard de l'un des porteurs d'obligations émises en France par toutes les collectivités privées ou publiques, sociétés commerciales ou civiles, françaises ou étrangères, profite aux autres obligataires du même emprunt* »; cette disposition sauvegarde les intérêts des obligataires qui, quant à l'interruption de la prescription, se représentent les uns les autres; l'interruption se réalise ainsi sur le plan collectif; déclenchée par l'initiative d'un des obligataires, elle opère au profit de la masse, tout entière; 3° mais ce n'est pas tout, et ce même acte interruptif va encore sauvegarder les droits du Trésor en brisant la prescription des impôts et des taxes qui peuvent lui être dus sur les intérêts des obligations (d.-l. 21 sept. 1935).

b) Le troisième principe, d'après lequel, lorsqu'il y a eu interruption, la nouvelle prescription qui commence est calquée sur la première, comporte lui-même une dérogation en ce qui concerne certaines prescriptions, celles qu'on appelle les petites prescriptions, celles des articles 2271 à 2273, de deux ans et au-dessous. Aux termes de l'article 2274, § 2, ces prescriptions ne cessent de courir que « *lorqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation, ou citation en justice non périmée* ». Il ressort des précédents que cette formule sybilline réalise une véritable *interversion* de la prescription; lorsque l'un des événements prévus s'est produit, ce n'est plus la brève prescription de six mois, d'un an ou de deux ans qui court, mais c'est la prescription de droit commun, celle de trente ans; il n'y a donc pas seulement interruption de prescription, il y a encore substitution de la prescription de droit commun à la prescription abrégée, il y a comme une sorte de novation qui se produit dans la prescription.

Cette novation suppose, ou bien que le débiteur a reconnu sa dette dans un écrit répondant à de certaines conditions, ou bien qu'il a été cité en justice par le créancier. En ce qui concerne la première éventualité, l'article 2274, § 2, vise le *compte arrêté*, la *cédule* ou *l'obligation* : le compte arrêté est la reconnaissance faite par le débiteur au bas d'une facture

ou d'un mémoire; la cédule est l'acte privé dans lequel le débiteur a reconnu sa dette; l'obligation est l'acte notarié dans lequel figure cette reconnaissance. Dans tous les cas, la jurisprudence veut que la reconnaissance, qui doit être écrite, porte fixation du chiffre de la dette; en conséquence, des lettres missives, qui peuvent parfaitement, en principe, jouer le rôle de cédule au sens de l'article 2274, § 2 (Req. 29 juin 1842, Dalloz, *Jurisp. générale*, Prescription civile, 1040 - 3°) cessent d'avoir cette signification si le chiffre de la dette n'y est pas énoncé (Req. 22 fév. 1911, *S.* 1911, 1, 399, *D. P.* 1911, 1, 470).

La reconnaissance du débiteur qui ne répond pas aux conditions requises interrompt néanmoins la prescription, mais sans effet novatoire; elle constitue le point de départ d'une prescription identique à la précédente.

On explique la disposition de l'article 2274, § 2, en disant que les brèves prescriptions des articles 2271 à 2273 reposent tout spécialement et uniquement sur une présomption de paiement; la loi présume que le débiteur a payé et qu'il n'a plus de quittance ou qu'il n'en a jamais eu; lorsque l'événement prouve qu'il n'y a pas eu de paiement, cette présomption spéciale n'est plus admissible et il n'y a donc plus place que pour la prescription de droit commun au fond de laquelle on trouve seulement une vague présomption de libération et non plus une présomption précise de paiement.

989. B. **Suspension de la prescription.** — Ici encore, il faut se borner à signaler les *particularités* que présente la prescription libératoire, en renvoyant pour le surplus à ce qui a été dit à propos de l'usucapion (*sup.* t. I, n° 1586).

1° Il y a une cause de suspension qui est spéciale à la prescription extincitive : la prescription ne court pas à l'encontre de *l'héritier bénéficiaire* à l'égard des créances qu'il a contre la succession (art. 2258, § 1); cette disposition sera expliquée à l'occasion du droit successoral (t. III, n° 946);

2° Il est des prescriptions qui ne sont pas suspendues au profit des *mineurs* et des *interdits* : ce sont les courtes prescriptions, *y compris la prescription quinquennale*, toutes celles dont il est question dans la section IV, sous la rubrique « *De quelques prescriptions particulières* » (art. 2278) : c'est donc seulement pour les prescriptions de dix années et au delà que la minorité et l'interdiction conservent leur vertu suspensive (V. pour la prescription annale de l'action en indemnité au cas d'*accident de travail*, Civ. 24 juin 1905, *D. H.* 1905, 514; et, pour la prescription par deux ans des

actions issues de contrat d'*assurance*, la loi du 13 juill. 1930, art. 27 § 1).

Cette dérogation au droit commun s'explique différemment suivant les catégories des prescriptions dites particulières : 1. pour la prescription quinquennale, par son caractère particulièrement nécessaire et impérieux : historiquement, on a voulu protéger le débiteur contre le danger d'une accumulation de dettes à échéances périodiques (*sup.* n° 979), et l'objectif à poursuivre reste le même quelle que soit la personnalité du créancier, fût-il mineur ou interdit; 2. pour les prescriptions plus courtes, la solution de l'article 2278 s'explique par la présomption de paiement qui est à leur base, présomption qui a la même valeur, qui demeure exacte quand bien même le créancier serait un incapable.

990. IV. **Modifications conventionnelles.** — Il semble que le cours de la prescription extinctive ne puisse, en aucun cas, être influencé par des circonstances autres que celles qui ont un effet interruptif ou suspensif; cependant, la question s'est posée de savoir si les intéressés ne pouvaient pas modifier le statut de la prescription et, notamment, en allonger ou en réduire le délai.

Dans l'opinion dominante, on distingue entre les clauses *extensives* et les clauses *abréviatives* : les premières sont condamnées implicitement par l'article 2220, d'après lequel « *on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription...* »; car le débiteur qui souscrirait, d'avance, à un allongement du délai légal, renoncerait bien, partiellement, au bénéfice de la prescription; il accepterait de rester engagé à un moment où la loi veut qu'il soit libéré. Les clauses abréviatives ne se heurtent pas à la même objection, et leur validité est assez généralement admise, notamment par la pratique (Civ. 4 déc. 1895, *D. P.* 1896, 1, 241, note Sarrut, *S.* 1896, 1, 113, note Lyon-Caen; 2 fév. 1897, *D. P.* 1898, 1, 561; Req. 15 nov. 1909, *D. P.* 1911, 1, 393, note Dupuich).

991. — Cette distinction entre les deux catégories de clauses paraît juridique et rationnelle; malheureusement, elle aboutit pratiquement à des résultats diamétralement opposés à l'idée qui l'a inspirée : c'est dans l'intérêt du plus faible qu'on l'a introduite; or, en fait, c'est contre cet intérêt que les clauses abréviatives sont conçues et qu'elles fonctionnent le plus souvent; en effet, on les rencontrait surtout dans les *polices d'assurances*; il est stipulé que, si le risque vient à se réaliser, l'assuré devra, à peine de forclusion, formuler sa réclamation dans un délai assez bref, six mois par exemple,

ou moins encore, trois mois dans certains cas. Or, dans l'espèce, c'est le débiteur, c'est-à-dire l'assureur, qui représente la tyrannie, et c'est le créancier, l'assuré, qui aurait besoin d'être protégé contre lui; les grandes compagnies usent ainsi, et abusent de moyens légaux dont la jurisprudence avait pensé investir le plus faible et qui, entre leurs mains, deviennent des instruments d'oppression, d'autant plus que la police est leur œuvre exclusive (l'assurance est un contrat d'adhésion) et que les clauses abréviatives s'y cachaient modestement, imprimées en petits caractères et noyées dans une masse compacte de règlements. Il était équitable d'intervenir en faveur des clients de ces grandes entreprises (V. la note précitée de M. Lyon-Caen); aussi comprend-on que la loi du 13 juill. 1930 sur le contrat d'assurance, interdise formellement toutes clauses abréviatives du délai de la prescription (art. 26).

992. Suspension conventionnelle. — On incline à admettre la validité d'une convention qui tendrait à suspendre le cours d'une prescription commencée; car elle ne consacrerait pas la renonciation anticipée à une prescription non acquise et elle ne tomberait donc pas sous le coup de l'article 2220 (Req. 22 juin 1853, *D. P.* 1853, 1, 302; Toulouse, 18 mai 1868, *D. P.* 1868, 2, 108; Cass. *belge*, 4 oct. 1894, *D. P.* 1896, 2, 169).

Section III. — RÉALISATION ET EFFETS DE LA PRESCRIPTION

993. La prescription, moyen de défense au fond. — Grâce à la prescription, le débiteur établit sa libération; il contredit directement la demande intentée contre lui par le créancier à qui il oppose ainsi un moyen de défense *au fond* et non pas une simple exception, comme il le ferait, par exemple, en invoquant l'incompétence du tribunal saisi. Il résulte de là :

1° Que, si le moyen est admis par le tribunal, non seulement la demande sera repoussée, mais encore le créancier ne sera pas admis à la renouveler, fût-ce en se plaçant sur un autre terrain, en adoptant une tactique différente; il a été jugé que le débiteur ne doit plus rien;

2° Que le moyen fourni par la prescription peut être opposé *en tout état de cause* et non pas seulement *in limine litis*, comme doivent l'être, à peine de forclusion, les véritables exceptions; le débiteur pourrait même s'en prévaloir en appel, pour la première fois, alors qu'il aurait négligé de

l'invoquer devant les premiers juges (art. 2224). Du moins ne serait-il pas admis à le produire, pour la première fois, devant la Cour de cassation, car cette haute juridiction, qui juge le jugement et non le procès, ne saurait connaître d'un moyen nouveau, sur lequel les juges du fond n'auraient pas eu à se prononcer; mais, si le litige était renvoyé, après cassation, devant une nouvelle juridiction, le débiteur pourrait se prévaloir alors de la prescription, quand bien même il n'en aurait pas fait état jusqu'alors (Besançon, 26 déc. 1888, *D. P.* 1889, 2, 227).

A ce point de vue et en ce sens, la prescription fonctionne bien comme un véritable mode d'extinction des obligations.

994. La prescription n'est pas un mode d'extinction vraiment original et indépendant. — En thèse générale, on ne saurait voir dans la prescription un mode d'extinction original et vraiment indépendant; sans doute, elle revêt en quelque mesure, et parfois même surtout, l'aspect d'une mesure de police juridique, mais elle se ramène, en thèse générale, à une présomption de libération du débiteur; c'est au profit du débiteur de bonne foi, de celui qui qui est libéré, d'une façon ou d'une autre, qu'elle fonctionne, non du débiteur peu scrupuleux qui compterait sur l'action du temps pour se libérer du lien dans lequel il s'était engagé; en équité comme en droit, il n'est pas possible de se faire une idée différente de cette institution.

995. — Ce point de vue est confirmé par une série de solutions se rattachant aux effets et au mode de réalisation de la prescription.

1° La prescription *n'opère pas de plein droit*; encore faut-il qu'elle soit invoquée, qu'elle soit opposée par ceux qui ont qualité pour le faire. En cela, elle diffère des modes d'extinction véritables, tels que le paiement, la novation, la dation en paiement, la remise de dette, qui font disparaître la dette par eux-mêmes, de plein droit; c'est qu'elle a la signification juridique d'un mode de preuve, et comme il s'agit là d'un mode particulièrement délicat à utiliser, de nature à répugner à la conscience délicate d'un débiteur, la loi ne permet pas au juge d'en faire état, d'autorité : « *Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* » (art. 2223).

Ce n'est d'ailleurs pas à dire que le débiteur soit seul qualifié pour l'opposer : l'article 2225 accorde cette initiative, d'abord à ses créanciers — en vertu de l'article 1166, sans distinguer entre la prescription trentenaire et les pres-

criptions abrégées (Civ. 12 juill. 1880, *D. P.* 1881, 1, 437) — et, plus généralement, à « *toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise...* », donc à ceux qui sont engagés dans les liens de la même dette, aux codébiteurs solidaires et aux cautions;

2° La prescription, même après qu'elle a été opposée, n'anéantit pas complètement le droit auquel elle s'applique, et, à cet égard encore, elle se différencie des modes d'extinction véritables :

a) D'une part, d'après une jurisprudence, fort contestable mais bien établie, c'est seulement à l'action qu'elle s'attaque; mais le droit lui-même subsiste et peut être réalisé sous forme d'exception « *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* » et cette maxime trouve son application notamment pour la prescription des actions en nullité ou en rescision (*sup.* n° 360);

b) D'autre part, il est admis que la créance, malgré la prescription accomplie et invoquée, demeure à l'état naturel; le débiteur, qui cesse d'être lié civilement, continue à être tenu *naturaliter* : s'il acquitte volontairement la dette, ce n'est pas une libéralité qu'il consent, c'est un paiement qu'il effectue (*sup.* n° 713);

c) Il est évident que la prescription n'agit que jusqu'à concurrence du *debitum*, de la prestation, de la somme qui était due : si le débiteur avait versé des acomptes à son créancier, avant la date de l'échéance, et si celui-ci néglige ensuite de réclamer le solde, laissant s'écouler le temps de la prescription, le débiteur peut se réclamer de la prescription pour refuser d'acquitter ce solde, mais il ne saurait prétendre au remboursement des acomptes par lui versés, en prétextant que la dette tout entière serait éteinte et que le créancier serait sans droit pour conserver les sommes reçues : la prescription peut bien éteindre une dette qui existe, mais non pas une dette précédemment éteinte par un paiement régulièrement effectué (Req. 21 janv. 1935, *S.* 1935, 1, 321, rapport E. Pilon).

3° Le débiteur peut renoncer au bénéfice de la prescription, non pas à l'avance — l'article 2220 le lui interdit — mais après coup, une fois que ce moyen de défense lui est acquis (même texte), et cela soit *expressément*, soit *tacitement* (art. 2221), pourvu, dans tous les cas, qu'il ait la capacité d'aliéner (art. 2222).

Cette renonciation appelle plusieurs observations :

a) Il va sans dire qu'elle ne s'analyse pas en une libéralité; le débiteur qui s'exécute après avoir invoqué la pres-

cription, effectue un paiement; à plus forte raison en va-t-il ainsi lorsqu'il se décide avant même d'avoir réalisé le moyen de défense mis à sa disposition;

b) Cette renonciation, à supposer qu'elle intervienne en fraude des droits des créanciers du renonçant, peut être révoquée sur leur initiative et au moyen de l'action paulienne; de même qu'ils sont admis à opposer la prescription en vertu de l'article 1166, ils ont qualité pour faire annuler, dans leur intérêt, la renonciation frauduleuse, aux termes de l'article 1167.

c) Ce n'est pas facilement que le débiteur est à considérer comme ayant renoncé *tacitement* à la prescription; une telle renonciation « ne peut résulter que d'actes accomplis volontairement, en pleine connaissance de cause, et manifestant, d'une façon non équivoque, l'intention du prétendu renonçant » (Civ. 25 oct. 1937, *S.* 1937, 1, 374, *D. H.* 1937, 55; 18 janv. 1938, *S.* 1938, 1, 93) : elle ne peut s'induire d'un oubli, d'une abstention, d'une omission, « et notamment de cette circonstance que la prescription n'avait pas été invoquée devant les premiers juges » (mêmes décisions), pas plus, qu'elle ne résulterait de cette autre circonstance que le défendeur, qui avait déclaré ne rien devoir, a assisté à l'enquête prescrite en vue de rechercher la preuve de la dette (Civ. 23 nov. 1915, *D. P.* 1921, 1, 27).

996. — 4° Quelle est la force de la présomption de libération qui est attachée par la loi à l'action du temps? Cette présomption est-elle absolue ou bien s'accommode-t-elle de la preuve contraire?

Si l'on appliquait le droit commun en matière de présomptions légales, tel qu'il est contenu dans l'article 1352, on aboutirait à cette conclusion que la présomption de libération, incluse dans la prescription, est absolue, qu'elle ne comporte pas la preuve contraire, puisque, sur son fondement, la loi dénie au créancier l'action en justice, mais réserve faite cependant de l'*aveu* et du *serment;* elle tomberait devant l'aveu du débiteur qu'il n'a pas payé, comme par son refus de prêter serment qu'il s'est libéré.

Tel n'est pas le système du Code civil, du moins pour les longues prescriptions, pour toutes celles qui s'accomplissent par un délai supérieur à deux années : même si le débiteur reconnaît qu'il n'a point payé, même s'il se vante effrontément d'avoir failli à ses engagements, la prescription joue son rôle libératoire; sans doute, une renonciation est toujours possible, mais elle ne se dégage pas d'un simple aveu;

le débiteur peut avouer sa mauvaise foi et cependant continuer à bénéficier des avantages de la situation.

Mais il en va autrement pour les pétites prescriptions, pour celles des articles 2271 à 2273 : les créanciers à qui elles sont opposées peuvent déférer le serment à leurs adversaires, les mettre dans l'obligation de jurer qu'ils ont payé, ou bien, s'ils ont affaire à leurs héritiers ou à leurs représentants, faire prêter à ceux-ci le *serment de crédulité*, le serment qu'ils ne savent pas que la chose soit due (art. 2275, § 1 et 2). Ainsi le débiteur, ou ses héritiers ou représentants, ne triompheront, s'il sont de mauvaise foi, qu'au prix d'un faux serment.

997. — Il n'est question, dans l'article 2275, que du serment, mais l'*aveu* aurait assurément le même effet; peu importe qu'il intervienne sur une délation de serment ou bien isolément, spontanément; sa signification, son efficacité ne changent pas suivant les conditions dans lesquelles il et intervenu; l'aveu pourrait même être tacite, s'induire des moyens de défense auxquels a eu d'abord recours le débiteur (Civ. 31 oct. 1894, *D. P.* 1894, 1, 536, *S.* 1895, 1, 29; 8 fév. 1932, *D. H.* 1932, 202) ou encore de la correspondance échangée entre les parties (Req. 28avril 1936, *D. H.* 1936, 281; Civ. 16 mars 1937, *S.* 1937, 1, 166).

998. — Comme on le voit, les prescriptions des articles 2271 à 2273 sont plus particulièrement fondées sur une présomption légale de paiement, laquelle ne saurait d'ailleurs être renversée que par l'aveu ou le serment, à l'exclusion de toute autre preuve contraire (Civ. 22 avril 1891, *D. P.* 1891, 1, 416; 17 mai 1904, *D. P.* 1904, 1, 454, 23 mars 1932, *S.* 1932, 1, 224; 10 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 295).

999. Une déformation des effets de la prescription extinctive : attribution à l'Etat de certaines valeurs atteintes par la prescription libératoire. — Loi du 25 juin 1920. — L'article 111 de la loi de finances du 25 juin 1920, complété par l'art. 35 de la loi budgétaire du 29 avril 1926 et par l'art. 56 de la loi du 31 décembre 1936 *portant réforme fiscale* (art. 126 du Code fiscal des valeurs mobilières), est venu déformer la prescription extinctive en attribuant à l'Etat :

1° Le montant des *coupons*, *intérêts* ou *dividendes* atteints par la prescription quinquennale de l'article 2227 ou par une prescription *conventionnelle* plus courte;

2° Les *actions*, *parts de fondateur*, *obligations* et toutes autres valeurs mobilières atteintes par la prescription *trentenaire* ou par une prescription *conventionnelle* plus courte;

3° Le dépôts de sommes d'argent dans les banques, lorsqu'ils n'ont fait l'objet d'aucune opération, de la part des ayants droit, depuis *trente ans*;

4° Les dépôts des titres et, d'une manière générale, tous avoirs ou titres dans les banques et autres établissements qui reçoivent des titres en dépôt ou pour toute autre cause, lorsque ces dépôts ou avoirs n'ont fait l'objet, de la part des ayants droit, d'aucune opération ou réclamation depuis *trente années*.

Un décret du 14 mai 1921 est venu porter règlement pour l'application de cette disposition extraordinaire.

1000. — Cette réglementation, où l'on a pu découvrir une « curiosité juridique » (G. Ripert, *Régime démocratique*, n° 133), appelle les observations suivantes :

1° Il es toujours fâcheux que les institutions de pur droit civil soient modifiées à coups de dispositions incluses dans une loi de finances et sous forme de « cavaliers budgétaires » (Joseph-Barthélemy, *Mélanges* Carré de Malberg, p. 260); il y a là une méthode critiquable qui témoigne d'un véritable désordre législatif;

2° Jusqu'en 1920, les effets de la prescription se réalisaient dans la personne et au profit du débiteur : une fois le délai écoulé, la dette était éteinte, sans plus. Dans le système de la loi de 1920, il en va autrement : ce n'est plus le débiteur, l'établissement émetteur notamment , qui profite de l'extinction de la dette, mais c'est un tiers qui devient partie prenante, et ce tiers n'est autre que l'Etat qui fait valoir le droit du plus fort; on a pu dire que la loi de 1920 a introduit dans notre droit une variété inédite de prescription, la *prescription translative* (Savatier, note *D. P.* 1934, 1, 161, col. 1);

3° Il est vrai qu'on voit dans les coupons, titres ou dépôts prescrits, des biens vacants et sans maître dont l'Etat deviendrait propriétaire en vertu de l'article 539 : on trouve cette explication dans l'Exposé des motifs de la loi de 1920; mais elle constitue une véritable hérésie juridique (V. le rapport de M. le conseiller Pilon, *S.* 1935, 1, 217 et notamment 218).

a) L'article 539 ne vise que les immeubles : les meubles vacants et sans maître appartiennent à qui s'en empare, par droit d'occupation, et non à l'Etat (*sup.*, t. I, n° 1676) : or, les biens assujettis à la loi de 1920 sont tous des meubles;

b) D'ailleurs, ce ne sont même pas des biens sans maître,

puisque la prescription n'opère pas *ipso jure* : jusqu'à nouvel avis, le créancier demeure créancier, malgré la prescription, et aussi longtemps qu'elle ne lui a pas été opposée. En attribuant les coupons, les titres et les dépôts à l'Etat, le législateur ne se contente pas de substituer l'Etat au débiteur quant au bénéfice de la prescription, il enlève encore à ce débiteur le droit que lui reconnaît le Code civil de ne pas opposer la prescription, en sorte que celle-ci acquiert un caractère *obligatoire*, pour le créancier comme pour le débiteur.

En réalité, le législateur de 1920 a consacré obliquement la *confiscation* des biens prescrits (*Sic*, WAHL, *La confiscation des titres, coupons, et dépôts*, dans le *Journal des Sociétés*, 1921, p. 385), tout en essayant vainement de rattacher la nouvelle solution à la théorie des biens vacants et sans maître, laquelle était inutilisable en l'occurence; son œuvre est critiquable à tous égards, dans le fond et dans la forme.

1001. — Cependant, ce système a une portée d'application très étendue :

1° Il s'applique à tous les « avoirs », et par exemple aux avances sur consommations de gaz versées par les abonnés à une société concessionnaire de la fourniture du gaz et non réclamées par eux depuis trente ans à partir de la fin de leur abonnement, comme aussi aux excédents du fonds de réserve d'une compagnie d'assurances mutuelles, non répartis entre ses membres et non réclamés après trente ans par certains d'entre eux (Req. 3 mars 1930 et 5 fév. 1934, *S.* 1935, 1, 217, rapport E. PILON).

2° Le système est applicable quelle que soit la nature de l'établissement débiteur et sans qu'il soit besoin qu'il se présente avec le caractère d'une banque (mêmes arrêts).

3° D'après la loi du 31 décembre 1936, les droits de l'Etat lui sont accordés en suite d'une prescription conventionnelle aussi bien qu'en conclusion de la prescription légale, au moins en ce qui concerne les valeurs mobilières et leurs coupons, intérêts ou dividendes.

Malgré sa généralité, le système comporte cependant des limites d'application : le décret de 1921 réserve les valeurs ou titres dont l'attribution est régie par les lois particulières (art. 6) : grâce à cette précaution, les *Caisses d'épargne* échappent à la mesure d'Etat, car elles sont précisément régies par un texte spécial, l'article 20 de la loi du 20 juillet 1895 : les comptes prescrits sont attribués, pour deux cinquièmes aux Caisses d'épargne et pour trois cinquièmes

aux sociétés de secours mutuels possédant des caisses de retraite.

D'autre part, les sociétés d'*habitations à bon marché* sont également indemnes; leurs coupons, actions, etc., demeurent sous l'application du droit commun de la prescription (art. 111, L. 25 juin 1920).

Section IV. — LES DÉLAIS PRÉFIX

V. différentes notes de jurisprudence : Sarrut, *D. P.* 1923, 1, 57; L. Hugueney, *S.* 1924, 1, 193; Batiffol, *S.* 1929, 1, 225; *E. P.* au *D. P.* 1931, 1, 156; Voirin, *D. P.* 1934, 2, 33.

1002. Aperçu. — On désigne, sous le nom de *délais préfix*, des délais qui sont impartis par la loi en vue de faire valoir un droit, d'accomplir un acte déterminé et qui ont un caractère fatal : une fois écoulés et quoi qu'il advienne, le droit ne peut plus être exercé, l'acte ne peut plus être accompli : le retardataire encourt une véritable *déchéance*; il est déchu de la prérogative, de la possibilité que lui ouvrait la loi; c'est ainsi que l'action en désaveu de paternité ne peut être exercée que dans les délais très brefs d'un mois ou de deux mois qui sont impartis au mari par l'article 316.

1003. Exemples de délais préfix. — Bien d'autres exemples sont à citer : c'est, dans la *procédure*, les délais donnés pour l'exercice des voies de recours; dans le *droit civil*, les délais assignés pour la célébration du mariage en suite de la publication (art. 65), pour faire valoir certains cas de nullité de mariage (art. 181 et 183), pour la transcription du jugement de divorce (art. 252) ou du jugement d'adoption (art. 367); pour agir en recherche de la paternité naturelle (art. 340), pour demander la rescision d'une vente d'immeuble lésionnaire (art. 1676, § 1), pour l'exercice du réméré (art. 1660), pour la réquisition de la mise aux enchères, dans la procédure de la purge des hypothèques (art. 2185 - 1°), pour l'accomplissement de la formalité de la transcription (L. 23 mars 1855, art. 13, mod. par d.-l. 30 oct. 1935). Voyez encore les dispositions contenues dans l'article 2102 - 1°, § 5, et 4°, § 2.

1004. Critère de la distinction des délais préfix et des délais de prescription. — La prescription s'explique, non seulement par la nécessité de mettre fin à des incertitudes fâcheuses et de prévenir des réclamations tardives,

mais aussi et surtout par le calcul des probabilités : il est à présumer qu'après un certain temps une obligation a été exécutée, ou, plus généralement, que le débiteur a été régulièrement libéré; la prescription n'est que la consécration juridique et officielle de cette probabilité; elle est un mode de preuve, ou plutôt une dispense de preuve, autant et plus qu'un mode d'extinction. Bien différente est la signification des délais préfix : en les établissant, le législateur veut uniquement contraindre le titulaire d'un droit à prendre parti rapidement; il ne se préoccupe pas de savoir quelles sont ses intentions; il ne se fait nullement l'interprète de sa volonté, mais il fait acte d'autorité; ce n'est pas une présomption qu'il institue, c'est une déchéance qu'il inflige au retardataire, purement et simplement, et qui a la valeur d'une sanction, comme celle qu'encourt l'étudiant qui n'a pas pris ses inscriptions dans les délais réglementaires.

1005. Intérêts de la distinction. — Les délais préfix sont régis par un tout autre statut que celui de la prescription.

1° Ils ne comportent ni *suspension*, ni *interruption* (Civ. 5 fév. 1935, *D. H.* 1935, 237; 23 avril 1936, *D. H.* 1936, 381; Nancy, 17 fév. 1934, *D. P.* 1934, 2, 33, note Voirin); par définition même, ils sont préconstitués et ils s'accomplissent au jour dit, fût-ce un jour férié (Rennes, 27 déc. 1930, *S.* 1931, 2, 69), sans que cette déchéance puisse être conjurée ou différée, même à raison d'un cas de force majeure (Req. 28 mars 1928, *S.* 1928, 1, 308); la règle *contra non valentem agere non currit prescriptio* est donc, en principe et sauf dérogations, d'ailleurs reconnues assez nombreuses (V. pour le délai de transcription du jugement de divorce, Civ. 23 juill. 1917, *S.* 1917, 1, 79; pour le délai que l'art. 1463 impartit à la femme divorcée ou séparée de corps, en vue de l'acceptation de la communauté, Req. 13 juill. 1899, *S.* 1900, 1, 165; comp. l. du 13 juill. 1930, *sur* le contrat d'assurance, art. 15) sans application en ce qui les concerne (*Contra*, Carbonnier, La règle *contra non valentem agere*, *Rev. crit.* 1937);

2° A plus forte raison, ces délais ne peuvent-ils être modifiés par la volonté des intéressés, pas plus dans un sens que dans l'autre : leur abréviation n'est pas davantage concevable que leur allongement;

3° Ce qu'une convention ne peut faire à l'avance, une renonciation ne pourrait davantage le réaliser après coup : les délais préfix opèrent en dehors et contre la volonté de celui-là même qui en bénéficie (Civ. 7 mai 1923, *D. P.* 1923,

1, 57, note SARRUT; *S.* 1924, 1, 193, note L. HUGUENEY. Cependant, la doctrine a une tendance à distinguer selon que la déchéance est d'intérêt privé ou d'intérêt public; c'est seulement dans le deuxième cas que la renonciation serait inopérante (*Sic*, SARRUT, note *D. P.* 1923, 1, 59, col. 2; note E. P. *D. P.* 1931, 1, 156), et la jurisprudence semble bien entrer dans ces vues (Civ. 18 nov. 1931, *D. P.* 1931, 1, 156) : une déclaration unilatérale de volonté, de même qu'un contrat, est valable du moment qu'elle n'entreprend pas sur l'ordre public. Mais la difficulté sera d'opérer le départ entre les déchéances d'ordre exclusivement privé et celles qui touchent ou qui confinent à l'ordre public; il nous paraît certain que le plus grand nombre rentrent dans cette dernière catégorie et échappent donc à la volonté des particuliers;

4° Le juge peut et doit faire état *d'office* des délais préfix : c'est la loi qui le convie à les respecter et à les faire respecter; il n'est pas nécessaire qu'ils soient *opposés* par l'un des plaideurs à l'autre; ils agissent *de plein droit*;

5° Une fois la déchéance encourue, le droit est éteint, absolument, et non pas seulement l'action : la règle « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » est sans application en pareille matière (Req. 3 mai 1927, *D. P.* 1927, 1, 302, *S.* 1930, 1, 127).

1006. — En un mot, les délais préfix fonctionnent comme le couperet d'une guillotine, sans égard pour aucune considération, et cela parce qu'il sont complètement étrangers à toute idée de preuve et de présomption; c'est une réalité qu'ils instituent et non un calcul de probabilités qu'ils consacrent : ils vont droit au but sans que rien puisse les en faire dévier; ce sont de véritables *mesures de police juridiques*, pures de tout alliage.

TITRE V

LES PRINCIPAUX CONTRATS NOMMÉS

1007. Plan. — L'étude des différents contrats nommés nous fournira l'occasion de réaliser l'adaptation des principes généraux des obligations à des catégories juridiques déterminées.

Sans revenir sur des classifications précédemment établies (*sup.* n^os^ 18 et suiv.), nous examinerons ces contrats dans l'ordre où ils sont réglementés par le Code civil lui-même (art. 1582 à 2058), mais en laissant de côté le contrat de mariage dont l'étude ressortit naturellement à celle des régimes matrimoniaux (t. III, n^os^ 366 et suiv.).

1007*bis*. Compétence territoriale *pour les contestations relatives aux fournitures, etc.* — Une loi du 6 avril 1932, qui a modifié les articles 2, 50 et 59 du Code de procédure civile, intéresse toute une série de contrats et doit donc être mentionnée en tête de ce titre V. Elle se rattache à la tendance fort légitime de faciliter au demandeur l'accès du prétoire en évinçant, au moins facultativement pour lui, la règle « *actor sequitur forum rei* » qui le placerait dans l'obligation de saisir le tribunal du domicile du défendeur, peut-être fort éloigné du sien (v. dans le même ordre d'idées, la théorie des *succursales*, *sup.* t. I, n° 241; pour l'*obligation alimentaire*, *sup.* t. I, n° 1161; pour *la responsabilité délictuelle*, *sup.* n° 465; pour les *assurances*, *inf.* n° 1380*k*; pour la vente d'engrais, etc., *inf.* n° 1058), aux termes du nouveau texte, « *les contestations relatives à des fournitures, travaux, locations, louage d'ouvrage ou d'industrie peuvent être portées devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée lorsque l'une des parties sera domiciliée en ce lieu* ». La compétence ainsi aménagée est donc à triple branche, le demandeur pouvant, à son choix, saisir soit le tribunal du domicile du défendeur, conformément au droit commun, soit le tribunal du lieu de la for-

mation du contrat, soit encore celui de l'exécution de cette convention, du moins, pour ce dernier cas, si l'une des parties est domiciliée au lieu de cette exécution. La facilité ainsi ouverte au créancier lui est précieuse particulièrement pour les engagements assumés, dans des lieux de villégiature, par un hivernant ou un estivant qui, après la conclusion ou l'exécution de l'accord, réintègre son domicile, peut-être fort distant de sa villégiature éphémère ou intermittente.

La doctrine semble disposée à donner au nouveau texte une large portée d'application, en lui subordonnant même le louage de services, lequel n'est cependant pas visé *in terminis*; du moins, la jurisprudence se refuse-t-elle à placer sous son emprise la convention intervenue entre le médecin et son malade (Civ. 13 juill. 1937, *D. H.* 1937, 571).

Pour le commentaire plus détaillé, v. GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., t. V, n° 369*ter*.

LA VENTE

1008. Sources. — Code civil, livre III, titre VI, articles 1582 à 1701.

Bibliographie. — BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT; GUILLOUARD, *Traités de la vente et de l'échange; Traité pratique de droit civil français*, de PLANIOL et RIPERT, t. X, *Contrats civils*, par J. HAMEL (pour la *vente*); Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd. publiée par R. BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. XI, *La vente et le louage des choses*, par BRÈTHE DE LA GRESSAYE.

1009. Définitions. — L'article 1582, § 1, en définissant la vente « *...une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* », laisse dans l'ombre deux effets esentiels qui sont produits par ce contrat : il est muet et sur l'obligation de transférer la propriété et sur l'obligation de garantie qui incombent toutes deux au vendeur, au moins dans la grande majorité des cas.

On serait plus près de la vérité en disant que la vente est un contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, s'oblige à transférer et à garantir à l'acheteur une propriété corporelle ou incorporelle, moyennant un prix en argent que celui-ci s'engage à lui payer.

Mais cette seconde définition, malgré son ampleur, ne conviendrait encore pas à tout le défini, car il est des ventes

qui ne tendent nullement à déplacer une propriété, corporelle ou incorporelle : vente d'une créance ou d'un usufruit; il vaut donc mieux généraliser encore et dire que *la vente est un contrat par lequel le vendeur s'engage à céder à l'acheteur et à lui garantir une chose ou un droit préexistant, moyennant le paiement d'un prix en argent.* Cette formule a l'avantage d'englober les cessions de droits consenties à titre onéreux, lesquelles sont bien des ventes d'une nature particulière : l'obligation de transférer la propriété n'est pas toujours de l'essence de la vente; elle est fonction de la nature de son objet; mais, dans nos développements, nous supposerons ordinairement que la vente porte sur un bien corporel et qu'elle tend à déplacer la propriété.

1010. Importance de la vente. — La vente, ainsi comprise, est le plus pratique, le plus usuel des contrats; elle est le contrat-type, dont la contexture juridique est à la fois la plus riche et la plus simple; elle se présente comme un *échange* perfectionné, évolué : au lieu d'échanger une chose contre une autre, ce qui limiterait et entraverait les transactions, on utilise une commune mesure, de circulation et d'emploi faciles, la monnaie; on décompose ainsi l'opération en deux temps et on la fait gagner en souplesse et en rapidité : la vente suivie d'achat a remplacé le *troc*, forme rudimentaire et lente de circulation économique. Rapidement, ce concept juridique a conquis droit de cité et a bénéficié d'une indemnité particulière, puisque, même à Rome, il a échappé au formalisme : la vente romaine, déjà, était consensuelle. Quant à notre Code civil, il consacre à ce contrat de longs développements dans les articles 1582 à 1701 (titre sixième du livre III).

1010*bis*. Statut de plus en plus restrictif. — Le législateur contemporain s'est beaucoup occupé de la vente, et il l'a fait dans un esprit invariablement restrictif de la liberté des transactions, tantôt en interdisant la vente de certaines choses (*inf.* n° 1017), plus volontiers en s'immisçant dans la détermination du prix qui n'est plus abandonnée, comme jadis, au libre accord des parties (*inf.* n° 1021; *sup.* n° 405), soit même en freinant certaines formes de vente, par *camions-bazars* (D. du 30 oct. 1935, du 3 juin 1936, du 25 août 1937, du 30 mars 1938) ou dans des *magasins à prix unique* (L. 22 mars 1936, 31 mars 1937, 30 mars 1938). Cet interventionnisme et de bon aloi lorsqu'il est commandé par l'intérêt général (interdiction de vendre

des animaux atteints de maladies contagieuses, mesures édictées pour conjurer ou pour réprimer une majoration excessive des prix de vente des denrées) ; son mérite est plus discutable lorsqu'il se propose de favoriser telle catégorie de professionnels par rapport à telle autre, car il est alors révélateur de querelles intestines et il se rattache à la tendance actuelle à la constitution d'un droit de classe.

1011. Plan. — Nous étudierons :
1° Les *conditions requises* pour la *formation* et pour la *validité* de la vente;
2° Les *effets* qu'elle produit;
3° Ses *causes de dissolution*;
4° Les *différentes variétés qu'elle comporte*.

CHAPITRE PREMIER

Conditions requises pour la formation et pour la validité de la vente

1012. Plan. — Nous grouperons les conditions requises pour la formation et pour la validité de la vente autour des points suivants :
1° La *chose vendue*;
2° Le *prix*;
3° La *capacité* des parties;
4° Leur *consentement*;
5° Certaines *formalités*.

SECTION I. — LA CHOSE VENDUE

1013. Principe. — Pour qu'une vente se forme valablement, il faut : 1° que l'obligation du vendeur ait un objet; 2° que cet objet soit suffisamment déterminé; et 3° qu'il soit susceptible d'être vendu.

1014. I. Nécessité d'un objet. — Si les parties traitent pour une chose qu'elles croient exister mais qui, en réalité, n'existe pas, la vente est, non pas seulement nulle comme le dit l'article 1601, § 1, mais inexistante, un de ses éléments essentiels faisant alors défaut (*sup.* n° 113 et suiv.) ; il en va ainsi lorsque la chose vendue était périe en totalité *lors du contrat* (même texte).

Si la perte n'était que partielle, l'article 1601, § 2, ouvre

alors une option à l'acheteur : il peut, soit abandonner la vente, soit la maintenir, mais « en faisant déterminer le prix par la ventilation », c'est-à-dire en faisant réduire le prix proportionnellement à la partie disparue, par exemple de moitié.

On sait que si, au contraire, la perte est *postérieure* à la vente, le contrat, antérieurement formé, subsiste intégralement; l'acheteur doit payer le prix convenu, encore qu'il ne reçoive qu'une chose détérioriée ou même qu'il ne reçoive rien du tout : les *risques* sont pour lui (*sup.* n^os^ 366 et suiv.); à moins cependant que la perte ou la détérioration ne soient imputables au vendeur dont la responsablité contractuelle serait alors engagée. Mais, dans un cas comme dans l'autre, la vente, précédemment formée, commande à la situation obligationnelle. Il est donc du plus grand intérêt de savoir si la perte ou la détérioration sont antérieures ou postérieures au contrat; c'est dans le premier cas seulement qu'elles font obstacle à sa formation.

1015. Choses futures. — A la différence des choses qui n'existent plus, celles qui n'existent pas encore peuvent faire l'objet d'une vente; nombreuses sont les transactions qui interviennent à l'occasion des choses *futures*; on peut vendre des articles qui seront fabriqués ultérieurement, une récolte sur pied, et même la récolte d'une année ou des années à venir (art. 1130, § 1). Cependant, on sait que les *successions futures* ne peuvent être l'objet de convention (*sup.* n^os^ 120 et suiv.); et il en va de même des chances de gain, attachées aux *valeurs à lots*; sans doute, ces valeurs peuvent être cédées, et, avec elles, l'éventualité d'un gain; mais celle-ci ne saurait être cédée à l'état isolé; l'opération serait à assimiler à une loterie prohibée (Crim. 14 juin 1901, S. 1905, 1, 374).

1016. II. **L'objet doit être suffisamment déterminé.** — Il nous suffit de renvoyer, sur ce point, aux explications données pour la formation des contrats en général (*sup.* n° 115).

1017. III. **La chose doit être susceptible d'être vendue. — Principe.** — L'article 1598 déclare que « *tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». C'est donc la notion de la *non-commercialité* qui, seule, vient restreindre, en ce qui concerne l'aptitude des choses à la vente, la liberté des parties. Seulement, cette notion est à la fois

plus large et plus resserrée que ne semble le supposer le législateur.

A. Elle est plus large, en ce sens que l'*inaliénabilité* peut avoir sa source directe, non seulement dans la loi, comme le prévoit l'article 1598, mais aussi dans la volonté privée : on sait, en effet, que la jurisprudence fait sortir effet, à de certaines conditions, aux *clauses d'inaliénabilité* (*sup.* t. I, n^os^ 1835 et suiv.); et que, d'autre part, la loi elle-même prévoit, dans des cas déterminés, l'adoption d'un statut d'inaliénabilité, par exemple pour l'immeuble dotal de la femme dotale (art. 1554).

Les indisponibilités qui sont édictées directement par la loi se réfèrent à différents ordres d'idées et procèdent de considérations très diverses; les unes s'expliquent par le désir de sauvegarder l'hygiène et la santé publiques (L. 21 germinal an XI, art. 32, qui interdit la vente de *remèdes secrets*; L. 11 juill. 1891, art. 3 interdisant la vente des vins surplâtrés; V. Civ. 28 janv. 1931, *D. H.* 1931, 162, *S.* 1932, 1, 344; L. 31 juill. 1895, art. 1^er^; 23 fév. 1905, qui prohibent la vente d'*animaux* atteints ou soupçonnés d'être atteints de *maladies contagieuses*); d'autres interdictions sont portées dans l'intérêt du propriétaire ou du titulaire d'un droit qu'on veut garantir contre toute éventualité de dépossession (incessibilité des pensions de retraite, de réforme, des pensions alimentaires, des rentes allouées à des victimes d'accidents du travail, etc.), tandis qu'une autre catégorie comprend des défenses formulées dans un esprit de bonne administration et de conservation de la fortune publique (L. 3 mai 1844, art. 4 et 12 — 4°, qui prohibent la vente du *gibier* avant l'ouverture de la chasse) ou des intérêts du Trésor (tabac, poudre, allumettes, cartes à jouer, etc.).

1018. — B. La notion de la non-commercialité est moins compréhensive qu'on ne pourrait le croire à lire l'article 1598, en ce sens que des biens qui répugnent à un contrat déterminé se prêtent au contraire à tel autre genre d'opérations : c'est ainsi que les *offices ministériels* ne peuvent entrer en société (réserve faite des charges des agents de change dans les Bourses pourvues d'un parquet), au lieu que la cession, la vente sont admises, sinon pour l'office lui-même, du moins pour sa valeur vénale concrétisée dans le droit de présentation (*sup.* t. I, n° 1520).

1019. Choses qui n'appartiennent pas au vendeur : vente de la chose d'autrui. — L'article 1599 décide que « *la vente de la chose d'autrui est nulle...* ». On pourrait

croire que cette disposition consacre l'indisponibilité des choses d'autrui qui répugnent à la vente de la part d'un *non dominus*; mais nous verrons que ce point de vue serait inexact et que la prohibition de la vente de la chose d'autrui se rattache en réalité à la théorie de l'erreur sur la personne, plus spécialement sur les qualités de la personne (*inf.* n° 1043).

Section II. — LE PRIX

1020. Enumération. — Le prix, objet de la prestation de l'acheteur, doit présenter les caractères suivants :

1° Il doit être fixé en *argent*;

2° Il faut qu'il soit *déterminé*, ou, du moins, *déterminable*;

3° *Sérieux*, c'est-à-dire *sincère*;

4° Parfois, on exige qu'il ne s'écarte pas trop sensiblement du juste prix.

1021. I. Première condition. — Le prix doit être fixé en *argent*; encore que le Code civil ne s'en explique pas, le doute n'est pas permis : si l'acheteur était tenu d'une prestation en nature, l'opération sortirait du cadre de la vente pour rentrer dans celui de l'*échange*; traditionnellement, la stipulation d'un prix en argent est de l'essence même de la vente.

Ce prix peut d'ailleurs être fixé soit en *capital*, soit sous la forme d'une *rente*, perpétuelle ou viagère, réserve faite des dispositions des articles 1974 et 1975 qui déclarent inefficace la constitution d'une rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était décédée au jour du contrat ou qui était dès lors atteinte de la maladie dont elle est morte dans les vingt jours (*inf.* n° 1389); les parties ont toute liberté pour établir le taux comme les modalités du prix, sauf pour les *cessions d'offices ministériels* : on sait que le gouvernement exerce, en pareille matière, un pouvoir de contrôle et de décision, afin de sauvegarder l'indépendance de la fonction; le prix convenu entre le cédant et le cessionnaire n'a que la valeur d'une proposition soumise à l'agrément du gouvernement.

D'autre part, la loi des 19-22 juillet 1791 donne aux maires le pouvoir de taxer le prix du pain et de la viande de boucherie, et la loi du 15 août 1936, qui a institué l'*Office national interprofessionnel du blé*, décide que le prix de vente du blé sera déterminé officiellement, chaque année, par le

Conseil central de l'Office, sinon par décret pris en conseil des ministres.

1022. Vente à tempérament. — Lorsqu'il est fixé en capital, le prix peut être stipulé payable par fractions, par échéances successives; lorsque ces échéances s'échelonnent sur un assez long délai et à intervalles réguliers, on dit qu'il y a *vente à tempérament*, opération qui n'est qu'une variété de *vente à crédit*; un marchand livre une bicyclette ou une machine à coudre ou une automobile en convenant que l'acheteur se libérera par une série de paiements généralement égaux, par exemple de *mensualités*, étant entendu que le premier versement sera effectué lors de la livraison, les autres se succédant à intervalle réguliers. Cette combinaison, qui est profondément entrée dans les mœurs aux Etats-Unis, a l'avantage de permettre aux petites bourses l'acquisition de choses dont la valeur excède leurs disponibilités actuelles; elle crée à la production et au commerce de nouveaux débouchés; elle a une puissance d'infiltration considérable, elle pénètre jusqu'aux couches les plus modestes de la population, et c'est bien sous ce jour qu'elle est envisagée et appréciée en Amérique. Mais on voit le revers de la médaille : socialement et moralement, la vente à tempérament a l'inconvénient de créer des besoins; elle est une grande tentatrice; économiquement, elle peut constituer un grave danger, dans une période de crise, — et on en a fait, aux Etats-Unis, la dure expérience — à un moment où les acheteurs à crédit suspendent en masse les paiements fractionnés dont ils étaient tenus; elle expose le vendeur au risque de l'insolvabilité de l'acheteur, elle augmente ses frais généraux, et, du même coup, elle l'incite à élever ses prix pour se couvrir des risques courus et de l'intérêt de ses capitaux dont la rémunération se fait attendre pendant de longs mois et peut-être pendant plusieurs années.

1023. — Ces inconvénients se sont affirmés particulièrement pour la vent à tempérament des *valeurs à lots*; le banquier, qui se livrait à cette opération et qui s'adressait à une clientèle peu avertie et peu fortunée, se faisait payer un prix bien supérieur à la valeur du titre qu'il conservait d'ailleurs jusqu'à complet paiement; en cas de non-paiement des mensualités promises, il faisait vendre le titre en Bourse et conservait une partie plus ou moins importante du prix à titre de dommages-intérêts. Une loi du 12 mars 1900 avait pris des mesures pour conjurer une

exploitation usuraire, abusive, de cette clientèle à qui les démarcheurs faisaient miroiter la perspective d'un gros lot; ces dipsositions ont paru insuffisantes, et la loi du 14 décembre 1926 a interdit purement et simplement la vente à tempérament des valeurs à lots, s'effectuant par paiements fractionnés, sous la sanction des peines édictées contre l'escroquerie par l'article 405 C. pén.

1024. II. **Deuxième condition.** — Le prix doit être *déterminé*, ou, tout au moins, *déterminable* : on exprime parfois cette exigence en disant que le prix doit être *certain*; l'article 1591 la formule en termes inexacts lorsqu'il précise que « *le prix de la vente doit être déterminée et désigné par les parties* »; car :

1° Il n'est nullement nécessaire que le prix soit connu dès le jour de la vente; on veut seulement que sa fixation échappe au caprice des parties ou de l'une d'elles; il suffit donc que les éléments de sa détermination soient inclus dans le contrat; ce qu'il faut, c'est qu'il soit, non pas nécessairement déterminé, mais *déterminable*, et à l'aide d'éléments ne dépendant pas de la volonté des parties ou de l'une d'elles (Civ. 17 juin 1929, *S.* 1929, 1, 389; Req. 3 mai 1932, *D. H.* 1932, 298; 11 mars 1935, *S.* 1935, 1, 133, *D. P.* 1936, 1, 48; 22 déc. 1936, *S.* 1937, 1, 101; 23 mars 1937, *D. H.* 1937, 298); on peut donc s'en référer, par exemple, au *cours du jour* (Comp. art. 1129);

2° Il n'est pas non plus nécessaire que la détermination du prix soit l'œuvre des parties; elle peut être confiée à un tiers; sur ce point, la formule de l'article 1591 est amendée par l'article 1592 qui prévoit le cas où le prix serait laissé à *l'arbitrage d'un tiers*. La vente existe dès le jour où les parties ont pris cette décision de s'en remettre à un arbitre, à la condition cependant que le tiers désigné s'acquitte effectivement de sa mission; s'il « *ne veut ou ne peut faire l'estimation*, il n'y a point de vente » (art. 1592). Il en irait de même, et à plus forte raison, si les parties avaient simplement convenu que le prix serait fixé par experts, sans préciser davantage, et si, par la suite, elles ne s'entendaient pas sur la désignation desdits experts; il n'appartiendrait pas alors au tribunal de procéder à cette désignation et de se substituer ainsi aux intéressés pour la conclusion de leur propre contrat (Dijon, 15 fév. 1893, *D. P.* 1893, 2, 168).

1025. III. **Troisième condition.** — Le prix doit être *sérieux*, c'est-à-dire *sincère*. Diverses éventualités sont à prévoir dans cet ordre d'idées :

1° Le prix est *fictif*; dans la pensée des parties, il ne sera pas acquitté; le vendeur donne quittance à l'acheteur sans avoir rien reçu. Il n'y a pas de vente, puisqu'il n'y a pas de prix; mais ce n'est pas à dire que l'opération soit inefficace; la *simulation*, on le sait, ne vicie pas, à elle seule, la convention (*sup* n° 323); en l'occurrence, elle fera mieux peut-être, car elle en assurera la validité, elle la sauvera de la nullité, ou même de l'inexistence : l'opération pourra valoir en tant que *donation déguisée* sous la forme d'une vente, et bien que la forme notariée n'ait pas été employée (*inf.* t. III, n° 1321);

2° Le prix est effectif; il est payé, mais il est tellement bas, tellement *vil*, qu'il en devient dérisoire; ici encore, l'opération peut être sauvée à titre de donation, car on ne doit pas s'arrêter au nom dont les parties l'ont baptisée : c'est la réalité qui importe, non l'étiquette. Et il y a ceci de curieux que, plus le prix sera bas et plus il y aura de chance pour que l'acte vaille comme donation, car plus nettement s'affirmera, chez l'aliénateur, l'intention libérale : la prétendue vente consentie *nummo uno* est, en réalité, une donation et vaut comme telle; tandis que, si le prix représentait, par exemple, la cinquième partie de la valeur de la chose, il n'y aurait ni vente, parce que le prix n'est pas sérieux, ni donation parce que l'intention libérale ne s'affirme pas avec une force suffisante; le prix ainsi stipulé ne suffit pas à légitimer l'idée de vente, mais il suffit à exclure celle de libéralité. La jurisprudence applique ce traitement à la vente d'un immeuble consentie moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs ou égaux au revenu de la chose vendue : l'acheteur n'aurait, en effet, aucun sacrifice à consentir; et comme, d'autre part, l'intention libérale n'est pas suffisamment établie chez l'aliénateur, le concept de donation est exclu : l'acte demeure une vente, nulle parce que le prix n'en est pas sérieux (Req. 27 mai 1908 et 1er mai 1911, *S.* 1911, 1, 459; 10 fév. 1925, *S.* 1925, 1, 80; 29 déc. 1930, *D. H.* 1931, 53; Civ. 16 nov. 1932, *D. H.* 1933, 4, *S.* 1934, 1, 1, note Esmein; Req. 9 juill. 1934, *D. H.* 1934, 442; Alger, 29 avril 1929, *D. P.* 1930, 2, 29, note Lalou; Poitiers, 2 fév. 1931, S. 1931, 2, 94);

La nullité encourue de ce chef est absolue; il serait même plus exact de parler d'inexistence, la structure même de l'opération étant compromise par l'absence d'une élément indispensable, le prix.

3° Le prix est *dissimulé* : il est, en réalité, plus élevé qu'il n'est déclaré; la vente n'en est pas moins valable,

mais la *contre-lettre* tendant à majorer le prix ne l'est pas toujours; elle est frappée de nullité par la loi, dans les cessions d'offices ministériels, dans les ventes d'immeubles, ainsi que dans les cessions de fonds de commerce ou de clientèle (L. 27 fév. 1912, art. 6 et 7; *sup.* n^os^ 330 et suiv.).

1026. IV. **Quatrième condition.** — Il faut, parfois, que le prix ne s'écarte pas trop sensiblement de la valeur réelle de la chose. En principe, on se contente d'un prix sérieux, dans le sens que nous venons d'attribuer à ce mot; on n'exige pas un juste prix, mais on laisse aux parties le soin de pratiquer le *fair play*. Cependant, dans la *vente d'immeuble*, le Code civil ne veut pas que le prix soit par trop *inférieur* à la valeur réelle de la chose; il n'admet pas que le vendeur puisse être lésé au delà des *sept douzièmes*. La théorie de la *lésion* qu'il a élaborée à cette occasion, se rattache aux vices du consentement dont il sera bientôt question (*inf.* n^os^ 1049 et suiv.).

D'autre part, dans la vente des *engrais*, *amendements*, etc., la loi, venant ici au secours de l'acheteur, s'oppose à ce que le prix soit trop sensiblement *supérieur* à la valeur réelle des produits; il ne faut pas que l'acheteur puisse être lésé au-delà du *quart*. Une réglementation du même genre et intervenue pour protéger l'*acheteur* d'un *fonds de commerce* qui ne devra pas être lésé de plus de 33 pour cent (*inf.* n° 1058), et une jurisprudence établie garantit le cessionnaire d'un *office ministériel* contre une majoration excessive du prix de la cession (*ibid.*).

Le système institué par les décrets du 1^er^ juillet et du 25 août 1937, en vue de prévenir et de réprimer toutes *augmentations illégitimes des prix des marchandises et denrées*, est un système d'ordre administratif et pénal qui n'intéresse pas la structure de la vente, envisagée du point de vue du droit civil.

1027. Remarque. — Aucune autre condition, en plus des quatre que nous venons d'énumérer, n'est exigée quant au prix. Notamment, il n'est point nécessaire que le prix soit fourni, effectivement ni même apparemment, par l'acheteur lui-même : celui-ci devient propriétaire encore que les deniers aient été versés par un tiers (Civ. 1^er^ déc. 1886, *D. P.* 1887, 1, 81, *S.* 1888, 1, 145; 8 nov. 1926, *motifs*, *D. H.* 1927, 36); mais, comme le décide ce dernier arrêt, ce principe ne fait pas obstacle à ce que les *tiers* soient admis à prouver que la vente est entachée de simulation frauduleuse.

Section III. — CAPACITÉ DES PARTIES

1028. Principe. — Aux termes de l'article 1594 : « *Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre* »; comme en toute matière, la capacité est donc le principe; l'incapacité ne saurait résulter que d'une disposition formelle; pas d'incapacité sans texte (*sup.* n° 111).

1029. Diverses incapacités. — Il est des incapacités de *vendre*; des incapacités d'*acheter*; il arrive aussi que certaines personnes soient frappées d'une *double incapacité* de vendre et d'acheter.

I. **Incapacités de vendre.** — On cite, dans cet ordre d'idées;

1° L'incapacité de la *femme dotale* : elle ne peut pas vendre, en principe, ses biens dotaux inaliénables, fût-ce avec l'autorisation du mari ou de justice (art. 1554);

2° L'incapacité qui atteint le *grevé de substitution* (art. 1048 et suiv.);

3° L'incapacité du *non dominus* : la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599). Mais ce rattachement de la nullité à une prétendue incapacité ne cadre pas du tout avec certaines solutions jurisprudentielles; comme on le verra, la nullité de la chose d'autrui se rattache à la théorie de l'erreur sur les qualités de la personne (*inf.* n° 1043).

1030. II. **Incapacités d'acheter.** — On les trouve énumérées dans les articles 1596 et 1597.

1° Les *mandataires* chargés de vendre ne peuvent pas se porter acquéreurs des biens dont la réalisation leur a été confiée (art. 1596); car alors un conflit s'élèverait entre leur devoir, qui est d'obtenir le plus haut prix, et leur intérêt qui serait d'acquérir le bien, pour leur propre compte, au plus bas prix possible.

On ne distingue pas, d'après la source, l'origine du mandat : peu importe que le mandat de vendre soit conventionnel, judiciaire ou légal : mandataires ordinaires, tuteurs, administrateurs des communes ou des établissements publics tombent sous le coup de la prohibition.

On ne distingue pas davantage selon que la vente a lieu à l'amiable ou par autorité de justice, aux enchères : l'article 1596 vise expressément le cas d'adjudication.

En revanche, et en considération du motif sur lequel repose

l'interdiction de se rendre acquéreur, il y a lieu d'admettre les deux mises au point suivantes :

a) Les personnes qui sont chargées des intérêts d'autrui mais qui n'ont pas mandat de vendre, peuvent acheter les biens de leurs protégés : tels les subrogés tuteurs, curateurs, conseils judiciaires, lesquels ne sont même pas des administrateurs;

b) Il est admis que le mandataire, et spécialement le tuteur, peut se rendre acquéreur des biens du mandant ou de l'incapable lorsqu'il est à même d'invoquer un *juste motif* pour agir ainsi : il est copropriétaire de l'immeuble, ou bien il était titulaire d'une hypothèque portant sur ce bien : lui refuser la faculté de se porter acquéreur, serait porter atteinte à ses droits de copropriétaire ou de créancier hypothécaire (V. *sup.* t. I, n° 431).

2° Les personnes qui, de près ou de loin, participent à *l'administration de la justice* ne peuvent se rendre cessionnaires des « *procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions...* » (art. 1597). Par cette défense, on veut éviter qu'un magistrat, un avocat, un officier ministériel se trouvent partagés entre leurs devoirs et leurs intérêts; on craint les collusions et les abus d'influence; et puis, il ne faut pas que ceux qui participent à l'œuvre judiciaire puissent être même effleurés d'un soupçon.

1031. Sanction. — Il est admis que la vente intervenue au mépris des dispositions des articles 1596 et 1597 est atteinte d'une nullité simplement *relative* qui ne saurait être invoquée que par l'intéressé, à l'exclusion de l'incapable lui-même, car ce n'est pas lui que l'on a voulu protéger (Civ. 20 nov. 1877, *D. P.* 1877, 1, 497; *S.* 1878, 1, 22).

1032. III. Double incapacité de vendre ou d'acheter. — Il arrive que certaines personnes ne puissent ni vendre ni acheter : il en est ainsi du propriétaire d'un immeuble saisi : une fois la saisie transcrite, il ne peut plus vendre sa chose (C. pr. art. 686 et 687); et la loi lui interdit de se porter adjudicataire lors de la mise aux enchères (C. pr. art. 711); et surtout, cette double défense s'adresse aux *époux*, dans leurs rapports réciproques : la *vente entre époux* est condamnée par l'article 1595.

1033. La vente entre époux. — L'interdiction de la vente entre époux est portée *indirectement* par l'article 1595

qui énumère, dans des termes limitatifs, trois cas dans lesquels, exceptionnellement, la vente est permise. L'argument *a contrario* est rendu légitime, d'abord par la formule impérative et exclusive dont s'est servi le législateur « *le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants...* », et aussi par les précédents : la prohibition de la vente entre époux est traditionnelle dans notre droit (Pothier, *Donations entre mari et femme*, n° 78).

1034. Motifs de la prohibition. — Dans notre ancien droit, la prohibition de la vente entre époux s'expliquait par une autre défense, celle de la *donation* entre conjoints : on voulait éviter que les époux ne se consentissent des libéralités entre vifs sous couleur de vente. Mais, de nos jours, la donation est permise entre époux et c'est donc autrement qu'il faut justifier la prohibition de la vente. Les moyens ne manquent pas à cet effet :

1° Si la donation est actuellement permise entre époux, elle est essentiellement *révocable*, à volonté. Il faut qu'elle reste telle; si la vente était autorisée, sans doute certains conjoints tenteraient-ils de placer leurs libéralités sous son pavillon afin de les soustraire au statut de la révocabilité *ad nutum*; on coupe court à ces combinaisons en interdisant la vente;

2° Il faut aussi prendre des mesures pour que les époux ne puissent pas, au moyen de donations dissimulées sous l'apparence d'une vente, éluder les limites du *disponible* et se consentir des libéralités excessives, de nature à nuire injustement aux héritiers, notamment aux enfants;

3° On veut éviter que l'un des époux ne soustraye ses biens à l'action de ses créanciers en les faisant passer, au moyen d'une vente dont le prix serait fictif, dans le patrimoine de son conjoint;

4° On a redouté aussi les abus d'influence de la part de l'un des époux sur l'autre.

On voit par là que la vente entre époux aurait pu devenir le centre de combinaisons plus ou moins répréhensibles et même frauduleuses; on a pensé y mettre bon ordre par une interdiction presque absolue qui est apportée : 1° dans l'intérêt du *donateur*, à qui on veut assurer le bénéfice de la révocation *ad nutum*; 2° dans celui des *héritiers*, que l'on entend garantir contre des libéralités excessives que les époux se consentiraient entre eux sous le masque de la vente; 3° dans celui des *créanciers* dont on veut maintenir le gage intact.

1035. Sanction. — La sanction de la prohibition consiste dans la *nullité* de la vente entre époux; elle ressort, sinon d'une disposition formelle, du moins de la contexture de l'article 1595, § 1, ainsi que de la tradition.

Cette nullité est *relative* : elle ne peut être invoquée que par les deux incapables, c'est-à-dire par le mari et par la femme, par leurs héritiers et aussi par leurs créanciers; elle est susceptible de disparaître par l'effet d'une confirmation, laquelle ne peut intervenir que lorsque l'incapacité a cessé, c'est-à-dire après la dissolution du mariage; c'est aussi à partir de cette époque que court la prescription décennale de l'article 1304, qui, on l'a vu, repose sur une présomption de confirmation et dont il ne saurait donc être question aussi longtemps que cette confirmation est irréalisable.

Il est à remarquer qu'en thèse générale, les intéressés n'auraient pas la ressource d'échapper à la nullité en établissant que la vente cache une donation; car la loi frappe de nullité la donation déguisée entre époux (art. 1099, § 2, *inf.* t. III, n° 1813) : on tomberait donc ainsi de Charybde en Scylla.

1036. Cas exceptionnels dans lesquels la vente entre époux est licite. — Exceptionnellement, la loi admet la vente entre époux dans trois cas, qui sont d'ailleurs en réalité des cas de *dation en paiement* : l'un des époux étant débiteur de l'autre, lui remet en paiement un de ses biens pour s'acquitter envers lui de son obligation; en telle éventualité, l'opération trouve sa justification dans ses antécédents et dans son but; elle a une *cause légitime* qui éloigne toute suspicion. Nous n'indiquerons que brièvement les trois cas prévus dans l'article 1595, car leur compréhension exacte implique la connaissance des régimes matrimoniaux.

1° Les époux sont séparés de biens, judiciairement; un règlement de compte intervient entre eux en vue de liquider la situation; le débiteur du solde a la facilité de se libérer au moyen d'une dation en paiement; au lieu de remettre à un conjoint une somme d'argent, il lui cède un de ses biens (art. 1595—1°);

2° Avant toute séparation, la dation en paiement peut émaner du mari lorsqu'elle a une *cause légitime*, et l'article 1595 — 2° cite, *à titre d'exemple*, le cas où le mari veut faire *emploi* des deniers de la femme, ou *remploi* du prix provenant d'un de ses biens personnels qui a été aliéné;

3° Avant toute séparation également, la femme peut effec-

tuer une dation en paiement au profit de son mari, mais dans un cas unique, celui où la dot, qui avait été promise en argent au mari, ne lui a pas été servie; encore la loi exige-t-elle que les époux soient mariés sous un régime autre que celui de la communauté (régime dotal, séparation de biens, non communauté), (art. 1595—3°).

Section IV. — LE CONSENTEMENT

1037. Particularités. — Le consentement des parties est à la base du contrat de vente comme il l'est à celle de tout contrat; mais il revêt parfois une grande complexité ou il se présente avec certaines variantes. Nous nous en convaincrons en étudiant :

1° Les *vices du consentement*;

2° Les *modalités* dont la vente est suceptible et qui affectent parfois spécialement le consentement des parties.

§ I. — *LES VICES DU CONSENTEMENT*

1038. Rappel. — La théorie des vices du consentement trouve naturellement son application en matière de vente : l'ereur, le dol, la violence jouent ici leur rôle habituel, de même que l'incapacité que nous avons ramenée, elle aussi, au concept des vices du consentement (*sup.* n° 111).

1039. Singularités. — Mais certains de ces vices appellent, en matière de vente, des solutions particulières et deviennent le siège de théories importantes : 1° nous avons constaté que des *incapacités* spéciales sont établies par la loi, qui se réfèrent à la vente ou à l'achat, parfois à l'une et à l'autre (*sup.* n^os^ 1029 et suiv.); 2° *l'erreur sur la personne* revêt une forme particulière lorsqu'elle porte sur la qualité de propriétaire chez le vendeur; 3° la *lésion* est susceptible d'entraîner la rescision de la vente d'immeubles lorsqu'elle est importante et qu'elle a été subie par le vendeur. Ayant étudié déjà les incapacités, il nous reste à traiter de l'*erreur* sur la personne et de la *lésion*.

I

Erreur sur les qualités de la personne du vendeur

Vente de la chose d'autrui

1040. Principe; nullité de la vente de la chose d'autrui. — L'erreur sur la personne, ou plutôt sur les qua-

lités de la personne du vendeur, revêt une figuration et une importance spéciales lorsqu'elle porte sur la qualité de propriétaire : elle détermine la nullité de la vente; aux termes de l'article 1599, *la vente de la chose d'autrui est nulle* ». Celui qui traite avec un *non dominus* ne traite pas valablement; non seulement il ne devient pas propriétaire de la chose, ce qui est de toute évidence, car le véritable propriétaire ne saurait être dépouillé de ses droits par un contrat auquel il est demeuré totalement étranger, mais encore l'opération est nulle ou annulable et l'acheteur est en droit de se dégager aussitôt en agissant en nullité.

1041. Justification de la règle. — La nullité de la vente de la chose d'autrui semble facile à justifier; elle est postulée par le principe de l'effet translatif des contrats. A Rome, les contrats étaient simplement productifs d'obligations; rien ne s'opposait donc à ce que la vente portât sur le bien d'autrui; le vendeur s'engageait alors à faire avoir la chose à l'acheteur, à lui en transférer la propriété ultérieurement : mais le Code civil a compris la vente et l'a aménagée en tant que mode de transfert de la propriété (art. 1138 et 1583); l'acheteur doit devenir aussitôt propriétaire; et, comme ce but ne peut plus être atteint si le vendeur était un *non dominus*, l'opération avorte; atteinte d'un vice originel, elle doit tomber puisqu'elle n'a pas accompli sa mission essentielle, le déplacement immédiat de la propriété; l'article 1599 apparaît ainsi comme une application pure et simple de l'article 1138.

1042. Objection. — Seulement, en raisonnant ainsi, on oublie, ou on paraît oublier que l'effet translatif des contrats, et notamment celui de la vente, n'intéresse par l'ordre public; il est interprétatif de la volonté des parties (*sup.*, t. I, n° 1695); libre à celles-ci de différer le déplacement de la propriété; en pareille matière, leur intention est souveraine. Or, cette intention apparaît nettement dans les cas suivants :

1° La vente porte, non sur un corps certain, mais sur un bien envisagé *in genere*; par la force même des choses, elle ne saurait être translative de propriété, sur-le-champ; elle ne le deviendra que le jour où son objet aura été déterminé, c'est-à-dire ordinairement par la livraison. Et cependant, sa validité ne saurait faire doute; c'est tous les jours que des milliers d'opérations sont pratiquées sur tant d'hectolitres ou de sacs de blé, sur tant de titres de Bourse; il n'y a pas alors vente de la chose d'autrui au sens de l'article 1599,

mais, ce qui est différent, vente d'une chose qui n'appartient peut-être pas au vendeur et qui n'existe peut-être même pas encore. *Les parties savaient ce qu'elles faisaient*; elles ont entendu dissocier la vente de l'effet translatif, lui faire produire des obligations, et rien de plus; l'opération est valable, encore que la chose vendue n'appartienne pas au vendeur et que la propriété n'en soit donc pas aussitôt transmise à l'acheteur;

2° Alors même que l'opération porte sur un corps certain, il est très possible qu'elle échappe à la nullité de l'article 1599, encore que ce corps certain n'appartienne pas au vendeur. On conçoit, en effet, qu'une personne s'engage envers une autre à acquérir, pour la lui transmettre, la propriété de telle chose qui appartient actuellement à autrui, ou encore à rapporter, à cet effet, la signature du propriétaire actuel; dans ces deux éventualités, l'opération est valable, mais elle ne se ramène pas à une vente; elle consiste, dans le premier cas, en un mandat ou en un contrat innommé, dans le deuxième, en une promesse de porte-fort; *il n'y a pas vente de la chose d'autrui parce qu'il n'y a pas vente*;

3° On serait tenté de soustraire encore à la nullité la *vente à livrer*, qui n'est qu'une *promesse de fournir*; cependant, cette conclusion serait trop absolue; les parties, dont l'intention est souveraine, ont pu considérer une telle vente comme pure et simple ,comme translative immédiatement de propriété, du moins lorsqu'elle porte, non sur des choses *in genere*, mais sur des corps certains : en ce cas, et si le vendeur n'était pas propriétaire des choses vendues, l'article 1599 trouve son application (Civ. 31 oct. 1928, *S.* 1929, 1, 86, *D. H.* 1928, 591).

1043. La nullité est encourue pour cause d'erreur sur la personne. — Ainsi, du moment que les parties ont envisagé l'opération sur ses véritables bases, du moment qu'elles ont su ce qu'elles faisaient, le contrat est valable, soit comme vente, soit à un titre différent; et c'est seulement si elles se sont trompées, si elles ont voulu que l'acheteur devînt aussitôt propriétaire, que la vente de la chose d'autrui est nulle par application de l'article 1599; il y a alors contradiction irréductible entre les conditions effectives de l'opération et le but poursuivi; les premières ne permettent pas d'atteindre le second; la nullité de l'article 1599 implique donc qu'une erreur a été commise, au moins par l'acheteur, erreur qui a porté sur les qualités de la personne du vendeur, sur sa *qualité de propriétaire de la chose vendue*;

l'article 1599 est sous la dépendance de l'article 1110, § 2. Il est vrai que le premier de ces textes semble admettre la nullité de la vente de la chose d'autrui dans le cas même où l'acheteur aurait traité en connaissance de cause; mais une telle éventualité est irréalisable : on ne conçoit pas qu'un acheteur, sachant que le vendeur n'a pas la propriété actuelle de la chose, espère cependant que la vente le rendra instantanément propriétaire; en dehors d'une erreur de sa part, la nullité de l'opération est inconcevable : la nullité de la vente de la chose d'autrui n'est qu'une nullité pour erreur sur la qualité de propriétaire chez le vendeur.

1044. Autres explications proposées. — 1° On a voulu ramener l'inefficacité de la vente de la chose d'autrui à la théorie générale de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations; le vendeur ayant manqué à l'obligation qui lui incombait de rendre sur-le-champ l'acheteur propriétaire, celui-ci pourrait demander la résolution du contrat par application de l'article 1184. Mais cette opinion heurte directement le texte de l'article 1599 qui édicte la *nullité* et *non la résolution* de la vente de la chose d'autrui; elle ne cadre pas avec les solutions jurisprudentielles que nous indiquerons plus loin, et pas davantage avec les effets que la loi fait produire à la vente de la chose d'autrui qui constitue notamment un juste titre en vue de l'usucapion de dix à vingt ans et qui joue ainsi un rôle que ne saurait tenir un titre résolu;

2° Bien que l'article 1599 figure dans un chapitre intitulé « des choses qui peuvent être vendues », il faut renoncer à rattacher la nullité de la vente de la chose d'autrui à une véritable *indisponibilité* : comme nous l'avons montré, la chose d'autrui peut être vendue ou peut être l'objet de certains arrangements tendant à sa vente : ce n'est qu'affaire d'intention, d'aménagement et de doigté;

3° On ne saurait davantage admettre que la vente soit nulle pour cause d'*incapacité* du vendeur; d'une part, nous le verrons, on lui refuse précisément l'action en nullité; d'autre part, c'est surtout dans la personne de l'acheteur que se trouve la clef de la situation : selon qu'il a connu la situation ou qu'il a commis une erreur; l'opération est valable ou bien elle est nulle;

1045. — 4° C'est donc bien à la notion de l'erreur qu'il faut en venir pour expliquer l'article 1599; mais de quelle erreur s'agit-il?

a) On a voulu faire intervenir l'erreur sur la *substance* de la chose; mais il est bien difficile de considérer la qualité de propriétaire chez le vendeur comme s'intégrant dans l'objet du contrat au point d'en constituer la substance;

b) On a parlé aussi d'erreur sur la *cause* : l'acheteur a cru que son obligation avait une cause, puisqu'il pensait devenir propriétaire en vertu de la vente; ses prévisions étant déjouées, son obligation de payer le prix est dépourvue de cause et l'opération doit donc tomber (*Sic*, CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 95) : mais l'erreur sur la cause entraîne l'inexistence du contrat (*sup.* n° 61); or, la nullité de la vente de la chose d'autrui est comprise, en doctrine et en jurisprudence, comme une nullité relative (*inf.* n° 1046).

Il faut donc s'en référer à l'idée d'*erreur sur la personne* ou plutôt sur les *qualités de la personne* : la qualité de propriétaire, chez le vendeur, d'un corps certain dont l'acheteur entend devenir aussitôt propriétaire, est aussi déterminante que, par exemple, la qualité de parent chez un donataire, la qualité matrimoniale chez un ménage de domestiques ou de fermiers (*sup.* n° 76); l'erreur commise à ce sujet est décisive, alors même qu'elle serait particulière à l'acheteur; à la différence de l'erreur sur la substance, l'erreur sur la personne est dirimante alors même qu'elle ne serait pas commune aux deux parties, qu'elle ne serait pas partagée (*sup.* n° 77).

1046. Caractères de la nullité. — Les caractères assignés à la nullité de la vente de la chose d'autrui, par la doctrine et par la jurisprudence, cadrent en général fort bien avec le concept de l'erreur sur la personne : cette nullité est, en effet, comprise ainsi qu'une nullité *relative* (Civ. 4 mars 1891, *D. P.* 1891, 1, 313; Req. 15 janv. 1934, *D. H.* 1934, 97).

En conséquence :

1° Elle ne peut être invoquée que par l'acheteur, à l'exclusion du vendeur (Civ. 12 déc. 1933, *S.* 1934, 1, 93) et aussi du propriétaire (*inf.* n° 1047);

2° L'action en nullité se prescrit par *dix années*, en vertu de l'article 1304, et le délai court du jour de la découverte de l'erreur, c'est-à-dire du jour où l'acheteur a su qu'il avait traité avec un *non dominus*;

3° La nullité est susceptible de disparaître par suite d'une *confirmation*, survenue depuis la découverte de l'erreur, et aussi, d'après la jurisprudence, à raison d'événements qui

ont rendu, par la suite, l'acheteur propriétaire, soit que le propriétaire ait ratifié la vente consentie en dehors de lui, soit que le vendeur ait acquis ultérieurement la propriété qui est allée se fixer automatiquement sur la tête de l'acheteur; en pareil cas, l'acheteur, n'ayant plus d'éviction à redouter, serait mal venu à se plaindre (Req. 30 déc. 1872, *D. P.* 1873, 1, 437; arrêt précité du 4 mars 1891; Nancy, 14 nov. 1894, *D. P.* 1895, 2, 349; Chambéry, 14 déc. 1936, *D. H.* 1937, 169); il n'en irait autrement et la vente ne demeurerait décidément nulle que si les événements dont il s'agit se produisaient à un moment où l'acheteur avait déjà agi en nullité et où la situation serait donc fixée (arrêt précité du 30 déc. 1872);

4° La vente de la chose d'autrui continue à produire des *effets*, encore que la nullité en ait été prononcée, notamment : 1. elle sert de cause à l'*usucapion* abrégée de dix à vingt ans à laquelle elle fournit son fondement (*sup.* t. I, nos 1756 et suiv.); 2. elle fait naître et réalise l'*obligation de garantie* qui pèse sur le vendeur (*inf.* nos 1092 et suiv.).

1046*bis*. **Dommages-intérêts.** — L'article 1599 décide que la vente de la chose d'autrui *peut donner lieu à des dommages-intérêts*, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose appartenait à un tiers, c'est-à-dire, nous l'avons indiqué, *pratiquement* dans tous les cas (*sup.* n° 1043). La faculté énoncée par ce texte n'est point celle, pour l'acheteur, de demander ou non des dommages-intérêts, mais celle, pour le juge, d'accorder ou non les dommages-intérêts qui lui sont demandés; il se gardera d'en allouer si le vendeur était de bonne foi et si son erreur était légitime (Civ. 31 oct. 1928, *S.* 1929, ,1 86).

1047. Situation du propriétaire de la « chose d'autrui ». — Il va sans dire qu'en dépit de la vente de son bien, le tiers propriétaire demeure tel et conserve tous ses droits. Toutefois, deux observations doivent être faites à son sujet :

1° La situation du tiers propriétaire peut être mise en échec par certains principes généraux du droit : 1. en matière mobilière; par la règle « *en fait de meubles...* » : l'acheteur de bonne foi d'une chose mobilière corporelle, qui n'avait été ni perdue ni volée, est protégé par l'article 2279; 2. si la vente avait été consentie par un *propriétaire apparent*, spécialement par un héritier apparent, l'acquéreur est investi d'un droit opposable au légitime propriétaire (*inf.* t. III,

n° 1021) ; 3. après un délai de dix à vint ans, l'acheteur pourra se réclamer de l'usucapion;

2° Le tiers propriétaire ne peut pas invoquer la *nullité* de la vente à laquelle il n'a pas été partie, car cette nullité est d'ordre contractuel; à cet égard encore, elle est relative (arrêt précité du 15 janv. 1934). Toutefois, on décide autrement et on accorde l'action en nullité au propriétaire lorsque celui-ci a la qualité de copropriétaire de la chose qui avait été vendue, pour la totalité, par un des indivisaires (Civ. 24 juill. 1866, *D. P.* 1867, 1, 36; 28 fév. 1874, *D. P.* 1894, 1, 235, *S.* 1896, 1, 209, note Lyon-Caen).

1048. Cas pratiques de vente de la chose d'autrui. — La vente de la chose d'autrui est d'une réalité plus fréquente qu'on ne serait tenté de le croire; elle intervient ordinairement à raison d'une confusion des pouvoirs et des droits et elle est alors le fait d'un administrateur qui présente comme sien le bien ressortissant au patrimoine dont il a la gestion (immeuble pupillaire vendu par le tuteur, propre de la femme vendu par le mari), ou encore le fait d'un copropriétaire qui vend pour la totalité la chose indivise dont une part seulement lui appartenait; dans cette dernière éventualité, la nullité n'est encourue immédiatement que si l'acheteur n'a pas été au courant de la situation (trib. civ. Marseille, 28 oct. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 989); dans le cas contraire, elle vaut comme vente d'une part indivise, ce qui cadre exactement avec l'explication de la nullité par une erreur de l'acheteur (Comp. Civ. 18 nov. 1879, *D. P.* 1880, 1, 55; 20 juill. 1925, *D. H.* 1925, 649; Req. 5 mars 1935, *S.* 1935, 1, 150; Bordeaux, 26 avril 1926, *D. H.* 1927, 2, 103, et la note G. Minvielle — *Contra*, et dans le sens de la nullité complète de l'opération, Douai, 18 oct. 1932, *S.* 1933, 2, 72).

II

La lésion

(Art. 1674 et suiv.)

1049. Généralités. — En thèse générale, les contrats ne sont pas rescindables ni même critiquables, « revisables », pour cause de lésion subie par l'une des parties, au moins lorsque la victime est majeure (*sup.* n° 103) : la loi a voulu laisser le champ libre aux tractations contractuelles; l'inégalité économique ne vicie pas le contrat; il appartient à chacune des parties de défendre ses intérêts et de traiter au

mieux; réserve faite de l'erreur, de la violence et du dol, notre Code civil admet le « fair play » en matière contractuelle.

Ce principe est valable pour la vente : si le prix doit être effectif et sérieux (*sup.* n° 1025), la loi n'exige pas qu'il soit *juste*.

Cependant, le système comporte des fissures, d'importance et de nature inégales : l'une, traditionnelle, pour la vente des *immeubles* et dans l'intérêt du *vendeur*, la sanction de la lésion consistant dans la *rescision* de l'opération; l'autre d'origine récente, pour certains meubles, corporels (engrais, amendements, etc.) ou incorporels (fonds de commerce, offices ministériels), et en faveur de l'*acheteur*, la sanction se ramenant alors à un simple rajustement de l'opération, réalisée par la voie d'une *réduction du prix*.

1050. I. Rescision de la vente d'immeuble pour cause de lésion subie par le vendeur. — Cette rescision remonte à une constitution romaine que certains attribuent à Dioclétien, qui était, pour d'autres, postérieure à cet empereur; elle était accordée au vendeur pour cause de lésion d'outre-moitié, et c'est avec ce caractère qu'elle passa dans notre ancien droit; abolie par une loi du 14 fructidor an III, elle fut bientôt rétablie par une autre loi du 3 germinal an V; le Code civil l'a maintenue, non sans discussion et sur l'intervention du Premier Consul (Fenet, t. XIV, pp. 45 et suiv.).

1051. Plan. — Nous rechercherons : 1° les *conditions requises* pour que la rescision soit encourue; 2° *comment elle se réalise*; 3° quelle en est la *nature juridique*.

A. Conditions exigées pour que la vente soit rescindable pour cause de lésion :

1° On suppose que la vente porte sur un *immeuble* (art. 1674); les meubles sont choses viles — *res mobilis res vilis* — qui n'appellent pas, das les contrats auxquels elles donnent lieu, un statut particulièrement protecteur. Nos pères, écrivait Pothier, faisaient consister la richesse dans des biens fonds et faisaient peu de cas des meubles qui sont peu considérés; d'ailleurs, ajoute-t-il, la circulation des meubles est rapide; ils passent dans plusieurs mains en peu de temps; le commerce serait troublé si on admettait, en ce qui les concerne, la restitution pour cause de lésion (Pothier, *Traité des obligations*, n° 39);

2° On suppose que la lésion est subie par le *vendeur*, c'est-à-dire que le prix est *inférieur* et non supérieur à la valeur réelle de l'immeuble (art. 1674) ; c'est qu'on considère que le vendeur a pu être victime d'une contrainte; ayant un besoin pressant d'argent, il a subi la loi de l'acheteur; tandis qu'on est rarement obligé d'acheter un immeuble; la liberté d'esprit est plus complète et plus constante chez l'acheteur que chez le vendeur (art. 1683) ;

3° La lésion subie par le vendeur doit être considérable; le Code civil, plus exigeant que la tradition romaine et coutumière qui se contentait d'une lésion « d'oultre moitié », ne prend en considération que la lésion de *plus des sept douzièmes* (art. 1674). Donc, à supposer qu'un immeuble vaille effectivement 144.000 francs; c'est seulement si le prix a été fixé au-dessous de 60.000 francs que la rescision entrera en jeu. Une telle exigence enlève évidemment beaucoup de son intérêt pratique à cette institution.

Du moins ne prend-on en considération que le prix indiqué dans l'acte ostensible et sans que l'acheteur puisse éluder la rescision en alléguant le versement occulte d'une somme complémentaire (L. 27 fév. 1912, art. 7; *sup.* n° 331; Req. 10 déc. 1930, *D. H.* 1931, 17, *S.* 1931, 1, 103).

D'autre part, on s'en réfère, comme critérium, à la valeur de l'immeuble appréciée objectivement, non point d'après la situation, les goûts personnels des parties, mais d'après « l'opinion commune » (V. la note de M. Radouant, *D. P.* 1932, 1, 57 et Civ. 24 nov. 1936, *S.* 1937, 1, 14).

1052. — 4° Il faut réserver certaines ventes immobilières qui échappent à la rescision :

a) Les ventes faites *par autorité de justice* (art. 1684), ou, plus exactement, celles qui *ne peuvent avoir lieu* que d'autorité de justice, telles les ventes de biens ressortissant à une succession bénéficiaire (Req. 7 nov. 1927, *D. P.* 1928, 1, 43). On considère que l'immeuble ainsi vendu, dans des conditions de publicité et de sincérité qui offrent toutes garanties, a dû atteindre son juste prix. L'argument est sujet à caution; il résout la question par la question; du moment que, dans l'espèce, la lésion est prouvée, c'est que la vente faite par autorité de justice n'a pas donné ce qu'on était en droit d'attendre d'elle. Ce qu'on peut dire, pour justifier la solution légale, qui est aussi la solution traditionnelle, c'est qu'une rescision entraînerait une nouvelle vente aux enchères, et, par conséquent, des frais considérables.

Quoi qu'il en soit, c'est ici la forme qui décide du fond

du droit; et c'est une raison pour interpréter strictement l'article 1684 : si la vente a eu lieu par autorité de justice alors qu'elle aurait pu être faite à l'amiable, elle demeure rescindable pour cause de lésion : la solution est certaine;

b) Lorsqu'un immeuble est exproprié *pour cause d'utilité publique*, la théorie de la rescision pour cause de lésion est sans emploi, alors même que l'indemnité allouée à l'exproprié aurait été l'objet d'un règlement amiable : on ne comprendrait pas que l'immeuble pût être enlevé à la partie expropriante — Etat, commune, etc. — sur l'initiative de l'exproprié;

c) On dit couramment que les ventes *aléatoires* (par exemple une vente dont le prix affecte *initialement* la forme d'une rente viagère; pour le cas où le prix, d'abord fixé en capital, serait ensuite converti en rente viagère, v. Req. 12 nov. 1930, *D. H.* 1930, 586) échappent à la rescision pour cause de lésion; le vendeur a su à quoi il s'exposait; il a couru sa chance; on ne lui permet pas de se repentir en invoquant une lésion qu'il a forcément envisagée lors du contrat (Req. 20 janv. 1913, *S.* 1913, 1, 447; Civ. 12 déc. 1922, *S.* 1924, 1, 79; pour la vente avec réserve d'usufruit, Amiens, 12 juin 1928, *D. H.* 1928, 486).

Cependant, la jurisprudence n'accepte pas ce postulat sans réserve; elle y voit une directive plutôt qu'une règle rigide : 1. Si l'opération est conçue de telle façon que, quoi qu'il advienne, et même en tenant compte de son caractère aléatoire, elle revêt un caractère lésionnaire, le vendeur pourra en demander et en obtenir la rescision (Req. 12 janv. 1927, *S.* 1927, 1, 256; et, pour le cas de vente moyennant une rente viagère, Req. 15 juin 1895, *S.* 1895, 1, 488; Civ. 10 mai 1927, *S.* 1927, 1, 263; Nancy, 6 juill. 1907, *S.* 1909, 2, 269; Nîmes, 3 déc. 1928, *D. H.* 1929, 138; et la note de M. Wahl, *S.* 1909, 2, 265). Il faut donc que l'aléa lui-même soit acceptable, soit juste; s'il est constitutif d'une lésion, on en revient au droit commun; 2. Il ne suffit pas que l'opération soit aléatoire en apparence; seule compte ici la réalité; un aléa insignifiant ou purement verbal n'imprime pas à la vente un caractère aléatoire et ne suffit donc pas à évincer la théorie de la rescision pour cause de lésion (V. pour la vente d'une nue-propriété, consentie par un vieillard quelques semaines avant son décès, Req. 10 mai 1933, *S.* 1933, 1, 251, *D. H.* 1933, 329; Comp. Req. 17 mars 1936, *S.* 1936, 1, 214, et 22 nov. 1937, *S.* 1938, 1, 13, *D. H.* 1938, 49);

5° Il faut que le vendeur n'ait pas *renoncé* à invoquer la lésion.

Cette *renonciation*, qui pourrait être *tacite* (Req. 4 juill. 1932, *S.* 1932, 1, 375), ne saurait être incluse dans l'acte lui-même; elle ne doit pas être contemporaine de la vente : l'article 1674 s'en explique formellement en frappant et la clause de renonciation directe et celle qui contiendrait donation à l'acheteur de la plus-value, c'est-à-dire de la portion de valeur qui excède le prix.

Au contraire, la renonciation à l'action en rescision pourrait intervenir ultérieurement; l'article 1674 fournit, en ce sens, un argument *a contrario* décisif; mais ce serait à la condition que le vendeur fût, lors de l'abdication par lui consentie, au courant de la situation et qu'il se décidât librement, en pleine connaissance de cause; sans quoi la renonciation serait atteinte du même vice que la vente elle-même. C'est un principe général qu'un acte ne peut être confirmé aussi longtemps que subsiste le vice dont il est entaché, et, dans l'espèce, ce vice est, soit l'erreur, soit plutôt la contrainte. Tout cela revient à dire pratiquement que la renonciation du vendeur ne pourra intervenir efficacement qu'après paiement du prix : c'est alors seulement qu'il aura cessé de subir la loi de l'acheteur.

Aucune autre condition n'est exigée pour le succès de l'action en rescision : il n'est point nécessaire que le vendeur ait subi, en l'occurrence, une violence effective et *prouvée* (*inf.* n° 1057); et peu importent la nature, la situation de l'immeuble vendu à vil prix : fût-il même grevé de *substitution*, que la rescision pourrait être obtenue par le vendeur lésé (Req. 29 déc. 1936, *D. H.* 1937, 81) : les articles 1674 et 1675 sont en effet conçus dans des termes très généraux.

1053. B. **Comment se réalise la rescision pour cause de lésion.** — Voyons : 1° *qui peut agir*; 2° dans quel *délai*; 3° comment se déroule l'*instance* en rescision; 4° quels sont les *effets* de la rescision prononcée.

1° *Qui peut agir.* — L'action appartient au *vendeur*, à ses *créanciers* aussi, indirectement et par application de l'article 1166, et, après lui, à ses *héritiers*. S'il y a plusieurs héritiers, les règles applicables sont celles du réméré (art. 1685, cbn. art. 1669 et 1672; *inf.* n° 1160).

1054. — 2° *Délai.* — L'action en rescision doit être intentée dans un délai relativement bref : *deux années*, qui courent à compter du jour de la vente (art. 1676, § 1), et non pas seulement à partir de son exécution (Civ. 9 avril 1937, *D. H.* 1937, 302); c'est une dérogation au droit commun de la

prescription décennale de l'article 1304. De plus, ce délai est de rigueur; il court même contre les incapables (absents, interdits, mineurs), art. 1676, § 2; et il n'est pas suspendu pendant la durée stipulée pour le pacte du rachat (art. 1676, § 3); on se demande même s'il ne court pas, au cas d'une vente sous condition suspensive, dès avant la réalisation de la condition (V. pour l'affirmative, Douai, 2 nov. 1927, *S.* 1927, 2, 135): il s'agit donc ici, non plus d'une véritable prescription, mais d'un *délai préfix* : on ne veut pas, dans l'intérêt de la propriété foncière et des transactions, que l'incertitude quant à la valeur de la vente se prolonge trop longtemps (Req. 3 mai 1927, *D. H.* 1927, 302, *S.* 1930, 1, 127);

1055. — 3° *Instance en rescision.*

a) Le vendeur, qui est demandeur, doit administrer la preuve de la lésion et de sa quantité, mais non celle d'une contrainte par lui effectivement subie, car le législateur a précisément voulu épargner cette démonstration à la victime dont le consentement est considéré comme vicié du moment qu'il atteint le taux fatal; à cet égard, notre système français est *objectif* (Paris, 21 mai 1930, *S.* 1930, 1, 112).

Pour apprécier s'il y a vraiment lésion de plus des sept douzièmes, on doit se placer *au moment de la vente,* en négligeant les changements de valeur qui ont pu se réaliser par la suite (art. 1675); et la loi spécifie que le tribunal ne doit admettre la rescision que « *dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez vraisemblables et assez graves pour faire admettre la lésion* » (art. 1677); de plus, la preuve ne peut se faire que par un « *rapport de trois experts, qui seront tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix* (art. 1678); s'il y a des avis différents, le procès-verbal dira les motifs de ce dissentiment, sans faire de personnalité, sans révéler l'avis de chacun des experts (art. 1679). Les trois experts sont nommés d'office, à moins cependant que les parties ne se soient mises d'accord sur leur désignation (art. 1680). Leur avis n'est d'ailleurs *pas obligatoire* pour le juge; il doit les consulter, mais il décide librement (C. pr., art. 323);

b) A supposer que la lésion de plus des sept douzièmes soit établie, l'acheteur a divers moyens de conjurer la rescision : il peut établir que le faible prix s'explique par l'intention libérale du vendeur : alors, la prétendue lésion n'en est pas une (Paris, 12 nov. 1931, *D. H.* 1932, 75); surtout, il a la

faculté d'offrir au vendeur un *supplément de prix* (art. 1681) ; il fait ainsi disparaître la lésion et enlève donc à l'action de rescision sa base même. On n'exige même pas qu'il fasse le juste prix, tel que l'a fixé l'expertise; on lui permet de conserver par devers lui un *dixième* de ce juste prix, par exemple 14.000 francs dans l'espèce sur laquelle nous raisonnions plus haut; une égalité absolue n'est pas de l'essence de la vente; mais il doit au moins payer au vendeur les *intérêts* du supplément de prix, à compter seulement du jour de la demande en rescision : le vendeur sera mis ainsi dans la situation où il se trouverait s'il avait obtenu une satisfaction immédiate; les lenteurs de la justice ne lui nuisent pas (art. 1682).

Les sous-acquéreurs ont, comme l'acheteur, le droit de conjurer la rescision en offrant au vendeur le supplément du prix (art. 1681, § 2).

Il est généralement admis que l'offre de supplément du juste prix peut encore intervenir après que le jugement de rescision est passé en force de chose jugée et tant qu'il n'a pas reçu un commencement d'exécution : il est, en effet, désirable que la vente, une fois son équilibre rétabli, soit maintenue.

On sait déjà que le supplément du prix est *in facultate solutionis* : l'acheteur est tenu de restituer l'immeuble, voilà l'objet et l'objet unique de son obligation; toutefois, il lui est loisible de se libérer en offrant le supplément du prix, lequel est, non pas *in obligatione*, mais seulement *in solutione* (*sup.* n° 747).

1056. — 4° *Effets de la rescision prononcée.* — Une fois la vente rescindée, elle disparaît rétroactivement; les choses doivent être remises en l'état où elles se trouveraient si la vente n'était pas intervenue; il faut rétablir le *statu quo ante*; en conséquence : *a*) l'acheteur doit restituer l'immeuble de même que le vendeur remboursera le prix; *b*) il peut demander le remboursement de ses impenses, de même qu'il répond des détériorations et déprédations survenues par son fait.

Toutefois, le principe de la rétroactivité comporte des accommodements, les uns inscrits dans la loi, les autres généralement admis.

a) L'acheteur garde les fruits antérieurement perçus et ne les restitue que du jour de la demande (art. 1682, § 2); par une juste contre-partie, le vendeur garde les intérêts du prix dont il ne devient comptable également que du jour de la

même demande (art. 1682, § 3). Et, poursuivant la symétrie, le Code civil décide que, si l'acheteur n'a touché aucun fruit, il a droit aux intérêts du jour du paiement du prix (même texte);

b) Il est admis que l'acheteur ne peut pas réclamer la restitution des frais de la vente; en effet, aucun texte ne lui confère ce droit qui est au conctraire accordé par l'art. 1673 à l'acheteur à réméré.

1057. C. Nature juridique de la rescision pour cause de lésion. — La lésion, dans la vente d'immeubles comme en toute autre occurrence, constitue, pour le législateur, un vice spécial du consentement; si l'on va au fond des choses, elle se ramène à un autre vice qui était, pour Pothier, l'erreur sur la valeur de l'immeuble (*Traité des obligations*, n° 33), mais qui, pour les rédacteurs du Code civil, est la *violence*, la contrainte : on a considéré que le vendeur, pressé d'argent, a subi la loi de l'acheteur, que son consentement n'a pas été donné librement; ce point de vue ressort des travaux préparatoires (FENET, t. XIV, p. 61).

Ainsi s'explique :

1° Qu'on ne prenne en considération que la lésion suffisamment énorme pour déceler la contrainte;

2° Qu'on ne vienne pas au secours de l'acheteur, car il est bien plus difficile d'imaginer que celui-ci ait subi la loi du vendeur; on n'est pas obligé d'acheter un immeuble, et, dans tous les cas, on peut attendre;

3° Que, pour apprécier la lésion, dans son principe et dans sa quantité, on se place au jour de la vente (art. 1675), car c'est à ce moment que le vendeur a subi la contrainte et que son consentement a été vicié;

4° Que le code civil interdise toute renonciation à l'action en rescision au jour du contrat, mais qu'il ne s'oppose pas à une renonciation ultérieure : c'est au moment de la vente que le vendeur veut être protégé contre lui-même; dans la suite, et une fois le prix reçu, il a retrouvé son indépendance : la rescision pour cause de lésion n'est d'ordre public que jusqu'au versement du prix inclusivement.

1058. II. Réduction du prix dans certaines ventes de meubles. — La lésion subie, non plus par le vendeur, mais par l'acheteur, est susceptible d'entraîner, dans certaines ventes mobilières, non pas la rescision de l'opération, mais son rajustement, obtenu par le jeu d'une réduction de prix. Il faut citer, dans cet ordre d'idées : 1° la *vente d'en-*

grais, amendements, etc.; 2° celle d'un *fonds de commerce*; 3° la cession d'*offices ministériels*.

A. *Vente d'engrais, amendements*, etc. — Une loi du 8 juillet 1907 est venue prendre en considération la lésion dans les ventes des *engrais* ou *amendements* ainsi que des *substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme*; ultérieurement, la réglementation a été étendue, par la loi du 10 mars 1937, aux *semences et plants destinés à l'agriculture*; le système institué par ces deux lois diffère, sur quantité de points, de celui qui est organisé par le Code civil pour la vente d'immeuble lésionnaire.

1° Ce n'est plus le vendeur que l'on a protégé, mais bien *l'acheteur* qui, en l'occurrence, est un paysan, un cultivateur, trop enclin à écouter la parole persuasive du marchand qu'on a vu parfois être un homme sans scrupules, un aigrefin; c'est l'acheteur qui représente ici la faiblesse; on le protège contre les abus dont il pourrait être victime de la part de spéculateurs trop bien armés et organisés;

2° Le taux de la lésion pris en considération est inférieur à celui auquel le Code civil s'est arrêté pour la vente d'immeuble; on retient la lésion du moment qu'elle est supérieure au *quart*, soit trois douzièmes au lieu de sept dans la vente;

3° En revanche, la sanction est moins répressive : elle consiste, non pas dans la rescision de la vente, mais dans une simple *réduction* du prix assortie de dommages-intérêts;

4° L'action en réduction est de la compétence du *juge de paix*, quel que soit le chiffre de la demande, sous réserve du droit de former appel si ce chiffre dépasse le taux de la compétence ordinaire en dernier ressort du juge de paix; de plus, c'est le domicile de l'acheteur, donc du demandeur, qui fixe la compétence *ratione personae*, par dérogation à la règle *actor sequitur forum rei* et nonobstant toute convention contraire, qui serait nulle de droit (art. 3 de la loi du 8 juill. 1907, mod. par l'art. 2 de la loi du 10 mars 1937).

5° L'action doit être intentée, à peine de déchéance, dans le délai de *quarante jours* à dater de la livraison (art. 2 de la loi).

B. *Vente d'un fonds de commerce*. — Le législateur de ces dernières années est venu au secours des acquéreurs de fonds de commerce, comme, plus généralement, au secours des commerçants qui se trouvaient être les victimes des avantages et des privilèges qu'il leur avait octroyés sans compter, au détriment des propriétaires fonciers et des consommateurs : enrichis, notamment par la loi du 30 juin 1936

leur conférant le droit d'obtenir le renouvellement de leur bail, sinon une indemnité d'éviction ou de plus-value (*inf.* n° 1234), ils ont pu vendre leurs fonds à des prix majorés, déterminant du même coup une hausse du prix de la vie et plaçant les acquéreurs dans une situation difficile, aggravée encore par la crise économique qui survint sur ces entrefaites; se trouvant dans l'impossibilité d'acquitter un prix d'achat qui ne correspondait plus à leur chiffre d'affaires diminué et à leurs bénéfices réduits, les acquéreurs de ces fonds de commerce ont réclamé l'intervention du législateur, et, comme ils sont organisés en fédérations puissantes, ils l'ont obtenue. (V. H. Capitant, *Le régime de la violation des contrats*, *D. H.* 1934, Chron. p. 1.) Elle s'est manifestée par une série de mesures exceptionnelles, plus ou moins provisoires et temporaires, notamment, ce qui nous intéresse ici, par une application, à leur profit, de la théorie fragmentaire, sinon de la rescision, du moins de la revision de la vente pour cause de lésion. L'article 9 de la loi du 29 juin 1935, abrogé et remplacé par les dispositions de la loi du 9 janvier 1936, permet à l'acquéreur en vertu d'un acte passé entre le 1er juillet 1926 et le 29 juin 1935, de demander, avant le 1er mars 1936, une réduction du prix de vente, au cas où il aurait été *lésé de plus de 33 pour cent*, la valeur réelle du fonds au jour de la vente étant appréciée selon les règles énoncées dans l'article 4 de la loi du 9 janvier 1936, règles qui ont d'ailleurs été ensuite modifiées par une loi du 17 juillet 1937, article 2. Nous n'insistons pas davantage sur cette réglementation provisoire, qui intéresse avant tout le droit commercial, mais qui devait être signalée à cette place à raison du tribut qu'elle apporte au développement de la théorie de la lésion.

C. *Cession d'un office ministériel.* — Depuis longtemps, notre jurisprudence admet le cessionnaire d'un office ministériel à intenter une action en réduction du prix excessif de la cession; cette faculté lui est reconnue, moins dans son intérêt personnel que dans un intérêt public; il ne faut pas que la situation d'un office soit compromise par l'exagération des charges qui ont accompagné sa transmission, et surtout on ne veut pas que la Chancellerie, qui est appelée à donner son agrément à la cession, puisse être trompée, et définitivement trompée, sur la valeur de l'office (Civ. 22 mai 1889, *D. P.* 1882, 1, 471; Req. 19 oct. 1904, *D. P.* 1905, 1, 13, avec les conclusions de l'avocat général Feuilloley); si donc il apparaît que le prix stipulé est supérieur à la valeur réelle de l'office dont les revenus ont été calculés sur des bases

erronées, on le ramènera à son véritable et équitable niveau. On remarquera qu'il n'y a pas ici de quotité déterminée de la lésion à prendre en considération; c'est que, d'une part, la lésion subie par le cessionnaire est reléguée au second plan et, d'autre part, le système est de formation jurisprudentielle, ce qui exclut une réglementation précise et mathématique.

§ II. — *MODALITÉS DONT LA VENTE EST SUSCEPTIBLE ET QUI AFFECTENT LE CONSENTEMENT DES PARTIES*

1059. Plan. — Le consentement dans la vente obéit aux règles générales qui ont été dégagées dans l'étude des obligations (*sup.* n^os^ 41 et suiv.); mais il comporte, dans la pratique, certaines *modalités* qui appellent des observations particulières : presque toujours, elles affectent le consentement de l'acheteur qui, parfois :

1° Est donné secrètement, par l'intermédiaire d'un représentant (vente avec *déclaration de command*);

2° Ou bien est tenu en suspens et se réalise par étapes successives.

I

Vente conclue secrètement par un acheteur inconnu (Vente avec déclaration de command)

1060. Définition et mécanisme. — Il va sans dire qu'on peut acheter une chose par mandataire, et alors, selon un principe général, les effets de l'opération se produisent, non dans la personne du mandataire, simple intermédiaire, simple représentant, mais bien dans celle du mandant; tout se passe alors au grand jour; on sait que celui qui traite agit au nom et pour le compte d'autrui.

Mais cette publicité même peut offrir des inconvénients; on comprend qu'une personne veuille acheter une chose sans dévoiler, du moins au jour de l'opération, son identité et tout en restant dans la coulisse; si le vendeur savait à qui il a affaire, peut-être exigerait-il un prix plus élevé ou peut-être même se refuserait-il à traiter. Or, il est un procédé qui permettra de résoudre la difficulté : le futur acheteur Secundus chargera un intermédiaire Tertius de conclure et de signer la vente, sans révéler sa personnalité au vendeur Primus, mais en se réservant de la faire connaître ultérieurement. Tertius se présente bien comme un mandataire, mais il

masque son mandant qu'il révèlera après coup, par une *déclaration de command ou élection d'ami*; et alors *tout se passera comme si l'acquisition avait été faite directement par Secundus* : il n'y a pas deux mutations de propriété, mais une seule; Secundus est l'ayant cause direct du vendeur Primus; Tertius n'est qu'un intermédiaire.

1061. Danger. — Dans ces conditions, il est à craindre que Tertius agisse sans mandat et qu'il simule une déclaration de command; n'étant en réalité mandaté par personne, il se réservera cependant la facilité de déclaration de command; après quoi, trouvant un acquéreur, il le présentera comme son mandant; ainsi, un seul droit de mutation sera perçu et le fisc sera lésé; c'est pour conjurer des fraudes de ce genre, que le législateur veut que la déclaration de command intervienne dans un délai très bref, dans les vingt-quatre heures à compter de l'adjudication ou de la vente; de cette façon, le déclarant n'aura pas le temps de se trouver un substitué et l'opération restera à son compte.

1062. Sources. — La déclaration de command n'a pas été prévue par le Code civil; elle est consacrée et réglementée par des textes spéciaux : loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 1 -24°; loi du 28 avril 1816, article 44 - 3°.

II

Consentement tenu en suspens et réalisé par étapes successives

1063. Plan. — La vente est une opération de grande importance lorsqu'elle porte sur des choses de valeur; c'est une opération hasardeuse, pour l'acheteur bien plus que pour le vendeur : ce dernier, en effet, connaît sa chose, il sait ce qu'il vend, au lieu que l'acheteur ne peut pas toujours se rendre compte, au premier coup d'œil, de la valeur du bien qu'il se propose d'acquérir et des services qu'il lui rendra; on comprend donc qu'il tienne à ne pas se lier tout de suite, et prématurément, à se réserver la possibilité de réfléchir et de délibérer, à ne donner son consentement que par étapes successives, à ne se lier qu'en connaissance de cause.

Dans cet ordre d'idées, nous avons à signaler et à étudier :

1° Les ventes *à l'essai*, *à goûter* et *à mesurer*;

2° La pratique des *arrhes*;

3° Les *promesses de vente*.

1064. I. Ventes à l'essai, à goûter et à mesurer. — A. *Vente à l'essai.* — Il est entendu, expressément ou implicitement, que l'acheteur se réserve la faculté d'essayer la chose afin de vérifier si elle lui convient, si elle lui rendra les services qu'l en attend. En principe, c'est lui-même qui est juge de l'essai, mais il dépendrait des parties de s'en remettre à une tierce personne, à un expert, du soin de décider si la chose est apte à la vente, dans les conditions prévues.

L'article 1588 décide que « *la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* », à savoir l'agrément de l'acheteur; on applique donc ici les principes qui régissent les obligations affectées d'une condition suspensive : 1. jusqu'à l'agrément, les risques sont pour le vendeur (art. 1182); 2. une fois l'essai effectué et reconnu satisfaisant, l'acheteur est propriétaire dès le jour de la vente; en conséquence, son droit est, dès ce jour, opposable aux créanciers du vendeur et, au cas de faillite, à la masse; il lui permet en effet de revendiquer la chose achetée.

1065. — B. *Vente à goûter.* — Juridiquement, la vente à goûter (vente *ad gustum*) s'oppose à la vente à l'essai; à la différence de cette dernière, elle ne se présente pas sous l'aspect d'une vente sous condition; d'après l'article 1587, « *il n'y a point de vente* » aussi longtemps que la dégustation n'a pas eu lieu et que l'acheteur n'a pas agréé la chose; et cette différence s'explique, car la décision de l'acheteur est ici souveraine; il accepte ou il refuse la marchandise, sans contrôle et sans critique possible; il lui suffit de déclarer qu'elle ne lui convient pas [1]. Jusqu'à l'*agréage*, la situation est donc en son pouvoir exclusif, ce qui est inconciliable avec l'idée de lien juridique, même sous condition; un contrat ne peut pas être affecté d'une condition purement protestative de la part du débiteur (art. 1174). Voy. Civ. 17 juin 1925, *Gaz. Pal.* 31 juillet. En conséquence, et puisque la vente ne se forme que par l'agréage de l'acheteur, si le vendeur tombe en faillite auparavant, l'acheteur, qui n'était pas encore devenu propriétaire, ne peut pas

[1] Cependant, l'acheteur pourrait renoncer à ce pouvoir discrétionnaire, et sa renonciation sera parfois tacite; le tribunal appréciera d'après les conventions et circonstances de la cause, s'il y a ou non dérogation à la condition de dégustation (*Req.* 29 mai 1905, *S.* 1907, 1, 494).

revendiquer la marchandise et ne saurait prétendre à des dommages-intérêts.

Quant à savoir quelles marchandises sont ainsi sujettes à dégustation, l'article 1587 cite le *vin* et l'*huile*, après quoi il ajoute « *et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat...* »; la pratique commerciale est donc décisive en pareille matière; on a jugé négativement et on a écarté l'application de l'article 1587 en ce qui concerne les ventes de beurre (Paris, 29 nov. 1898, *D. P.* 1899, 2, 460) et d'avoine (Req. 7 avril 1908, *D. P.* 1908, 1, 397).

1066. — C. *Vente de marchandises qui se comptent, se pèsent ou se mesurent.* — Lorsque des marchandises sont vendues, non pas en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure — par exemple tout le blé engrangé dans un local, à raison de tant les cent kilos ou de tant l'hectolitre — la vente n'est point parfaite, dit l'article 1585, « *en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées...* »; il est donc bien certain que, jusqu'à l'opération envisagée, les risques incombent au vendeur qui, bien que le texte ne s'en explique pas, demeure propriétaire; mais ce n'est pas à dire qu'il n'y ait point de vente du tout; la formule de l'article 1585 diffère nettement de celle que donne l'article 1587 pour la vente *ad gustum*; et d'ailleurs, le texte ajoute que l'acheteur est en droit de demander la délivrance des choses à compter, à peser ou à mesurer, sinon des dommages-intérêts. Ce sont donc, en somme, les effets de la vente qui sont différés; mais la vente elle-même existe, étant pourvue de tous ses éléments constitutifs, car elle contient les éléments nécessaires à la détermination du prix comme à celle de la chose vendue.

Ainsi, les trois catégories de vente que nous venons de décrire appartiennent en réalité à des catégories juridiques différentes : la vente à goûter n'existe pas jusqu'à l'agréage; la vente à l'essai se présente, jusqu'à l'essai suivi de l'acceptation, comme une vente sous condition suspensive; enfin, la vente à compter, à peser ou à mesurer, nous apparaît comme une vente pure et simple dont l'exécution est différée et dont les effets sont ajournés jusqu'au jour du comptage, de la pesée ou de la mensuration.

1067. II **Vente avec remise d'arrhes.** — Il advient parfois que la vente soit l'occasion d'une remise d'*arrhes*, le plus souvent de la part de l'acheteur.

Originairement, les arrhes jouaient le rôle de garantie en vue de l'exécution du marché; elles représentaient un cautionnement en espèces, un nantissement mobilier. De nos jours, leur signification est variable, et elle est laissée à la libre décision des parties.

1° Parfois, les arrhes sont données en témoignage de la formation du contrat; elles sont alors un mode de preuve, *argumentum emptionis et venditionis*;

2° Il arrive qu'elles jouent le rôle d'*acompte*; elles représentent alors une partie du prix, remise par anticipation au vendeur; la pratique est courante pour les opérations de bourse (*couverture* donnée à l'agent de change qui reçoit un ordre d'achat) et même pour certaines fournitures : vêtements;

3° Enfin, le Code civil prévoit que les arrhes soient un moyen de *dédit* : celui qui les remet à l'autre peut s'évader du contrat en les abandonnant, et pareille facilité est réservée à l'*accipiens*, à la condition de restituer au double la somme qu'il avait reçue (art. 1590). Il résulte de ce texte que, dans le doute, et si l'intention des parties ne se dégage pas de la teneur de la convention ou des circonstances de la cause, les arrhes comportent cette troisième interprétation (Req. 26 déc. 1927, *D. P.* 1928, 1, 166; Comp. Req. 16 fév. 1932, *S.* 1932, 1, 133; 3 juill. 1933, *S.* 1933, 1, 343).

1068. — Mais il reste à savoir si la vente assortie d'arrhes est à traiter comme une opération *sous condition suspensive* ou comme un contrat affecté d'une *condition résolutoire*. Sur ce point encore, la volonté des parties est souveraine, et, par exemple, on devrait considérer que la vente reçoit l'empreinte résolutoire lorsque les arrhes sont exigées et sont fournies après le moment de sa formation; mais, en l'absence d'indication dans un sens ou dans l'autre, nous pensons, tout en reconnaissant que la question est délicate, que la vente accompagnée d'arrhes est à traiter ainsi qu'une opération sous condition suspensive négative : elle est formée sous la condition qu'aucune des parties n'usera, dans le délai fixé, de la faculté de dédit qui leur est conférée; jusque là, les droits de mutation ne seront pas exigibles; les risques incomberont au vendeur demeuré propriétaire.

1069. III. Les promesses de vente [1]. — Définition.

[1] V. l'art. 1589, complété, pour les terrains de *lotissement* par une loi du 30 juillet 1930. — *Bibliographie*. — V. outre les notes de

— La *promesse de vente* est un contrat — et en même temps un *avant-contrat* — par lequel une personne prend l'engagement de vendre un bien à une autre personne pour le cas où celle-ci se déciderait à l'acheter; on conçoit qu'à l'inverse un individu s'engage à acheter une chose pour le cas où l'autre partie se déciderait à la vendre : il y aurait alors *promesse d'achat*; mais cette opération, assurément licite, est infiniment moins usitée que la première; quant à la combinaison des deux promesses, de vendre et d'acheter, elle équivaudrait et elle se ramènerait à une vente complète; encore que le législateur ait semblé envisager, dans l'article 1589, une promesse de vente synallagmatique, distincte de la vente, et bien que certains auteurs aient adopté cette conception (V. Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, 2e éd., t. XI, par Brèthe de la Gressaye, nos 28 et suiv.), on peut considérer comme acquis aujourd'hui qu'une promesse de vente, comme une promesse d'acheter, est *nécessairement un contrat unilatéral*; elle n'oblige que celui dont elle émane, à l'exclusion de la personne à laquelle elle est faite; si l'une des parties promet de vendre alors que l'autre promet d'acheter, il y a vente et non pas seulement promesse de vente; les contractants ont adopté une terminologie défectueuse qui ne doit pas faire illusion sur le sens et la portée de leur accord (Paris, 15 juill. 1931, *D. H.* 1931, 498).

1070. Utilité de la promesse de vente. — On peut supposer : 1° qu'une personne a un besoin urgent d'un terrain ou d'un local qu'elle désire acquérir et qui risquerait, si elle attendait trop, de lui échapper, mais qu'elle n'a pas actuellement les fonds nécessaires à l'acquisition; une promesse de vente, si elle l'obtient du propriétaire actuel, conciliera cette contradiction entre ses besoins et ses ressources et lui donnera pleine sécurité pour l'avenir; 2° ou bien, le futur acquéreur voudrait ne traiter qu'en connaissance de cause; il craint que la maison ou l'appartement ne présentent des inconvénients qui se révèleront à l'usage : il commencera donc par prendre le local à bail en se faisant consentir une promesse de vente qu'il réalisera, s'il y a lieu, une fois

jurisprudence citées au texte : Wahl, *La lésion dans les promesses unilatérales de vente*, *Rev. trim.* 1927, p. 571 ; Lalou, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, *D. H.*, *Chron.* 1928, p. 1 ; *Les pactes de préférence*, *D. H.*, *Chron.* 1929, p. 41 ; et thèses Defaye, 1907 ; Foissin, 1924 ; Meurice, 1925 ; Boislard, 1929 ; Dautriche, 1930 ; Thirion, 1930.

l'expérience faite; 3° on peut également supposer que la décision du candidat à l'acquisition est subordonnée à un événement futur et incertain : une nomination, un mariage, un établissement quelconque; au moyen d'une promesse de vente, il prendra en quelque sorte une assurance qu'il mettra à profit, plus tard, l'événement envisagé venant à se réaliser.

1071. Modalités. — Dans la pratique, la promesse de vente est ordinairement qualifiée d'*option*; elle ouvre, en effet, au créancier une option, puisqu'il peut, à son gré, utiliser ou non la promesse qui lui a été faite. Parfois, l'option se complique d'une condition : il est stipulé que, *si le propriétaire se décide à vendre* [1], il devra en aviser le bénéficiaire de la promesse à qui il donnera la préférence à tout autre, à égalité de prix et de conditions; on dit alors qu'il y a *droit de préemption*, ou encore *pacte de préférence*; le propriétaire n'est pas tenu de vendre, même si le bénéficiaire de la promesse se déclare décidé à acheter; il ne vendra que s'il le veut bien; sa liberté de détermination n'est pas limitée quant au principe même de l'aliénation, mais seulement quant à l'incidence de celle-ci, quant à la personne de l'acheteur; ou bien le propriétaire vendra l'immeuble au bénéficiaire du pacte, ou bien il ne le vendra pas du tout, à personne autre que lui.

1072. Effets de la promesse de vente. — Pour déterminer ces effets, il faut se placer avant l'adhésion du créancier, lors de cette adhésion, enfin après cette adhésion qui fait de lui un véritable acheteur.

A. *Situation avant l'adhésion du créancier.* — Comme nous l'avons déjà indiqué, la promesse de vente ne vaut pas vente, pas même vente sous condition suspensive, car le consentement de l'une des parties, à savoir l'acheteur, ne peut pas être mis *in conditione*, puisqu'il constitue un élément essentiel du contrat, alors que toute condition est un élément purement accidentel et adventice dont l'élimination peut être effectuée sans que la validité de la convention en soit compromise; la promesse de vente se ramène à un *contrat unilatéral* qui est aussi *l'avant-contrat*, l'amorce d'une opération synallagmatique, la vente envisagée; le candidat à l'acquisition n'est encore qu'un créancier; la propriété de la chose reste au débiteur, au promettant qui s'est engagé à ne

[1] Cette condition est valable ; elle est considérée, non comme purement facultative, mais comme mixte (*Req.* 1928, *D. H.* 1928, 576).

pas vendre à une autre personne, contractant ainsi des obligations de faire et de ne pas faire. En conséquence :

1° Les risques incombent au promettant; si la chose vient à périr par force majeure, le créancier ne subit aucune perte; sans doute, la promesse tombe : « à l'impossible nul n'est tenu », mais le dommage est pour le promettant demeuré propriétaire « *res perit domino* » (Pothier, *Vente*, n° 478; Req. 21 fév. 1910, *S.* 1910, 1, 2889, *D. P.* 1911, 1, 389; 20 avril 1932, *S.* 1932, 1, 231);

2° Le créancier n'a pas à transcrire la promesse de vente, puisqu'elle n'est ni translative de propriété, ni constitutive d'un droit réel immobilier (Req. 26 mai 1908, *D. P.* 1909, 1, 425, note Percerou);

3° Si le créancier cède ses droits, la cession comportera les formalités de l'article 1690, mais elle échappera à la transcription (Civ. 5 fév. 1873, *S.* 1873, 1, 178, 4 mars 1931, *D. P.* 1933, 1, 73, note Radouant);

4° Le promettant peut aliéner la chose ou la grever de droits réels, puisqu'il a conservé intactes ses prérogatives de propriétaire; le créancier se trouvera alors placé dans une situation périlleuse, du fait qu'il n'est armé d'aucun droit réel :

a) Sans doute, il peut demander des dommages-intérêts au promettant qui a contrevenu à une obligation de faire, ou plutôt de ne pas faire; il s'était engagé à ne pas compromettre, par une aliénation ou par une constitution de droit réel, la faculté d'option du créancier; seulement, il est possible qu'il soit insolvable;

b) Mieux vaudrait pour le bénéficiaire de la promesse une action contre l'acquéreur; mais celui-ci n'a pas à supporter les conséquences d'un contrat auquel il est demeuré complètement étranger; l'article 1165 le protège contre toute réclamation (*Sic*, pour le cas d'un pacte de préférence, Angers, 10 fév. 1932, *D. H.* 1933, *Somm.* p. 28, col. 3), à moins cependant qu'il n'ait acquis à titre gratuit ou que le créancier ne soit à même de prouver sa mauvaise foi, sa complicité avec l'aliénateur : l'action paulienne serait alors recevable contre lui, dans les termes de l'article 1167, et permettrait au bénéficiaire de la promesse d'obtenir la révocation, à son profit, de l'aliénation indûment consentie; et c'est bien ce qu'admet la jurisprudence qui semble même déroger au droit commun de l'action paulienne en ce qu'elle ne paraît pas exiger que l'acte critiqué ait déterminé ou augmenté l'insolvabilité du *fraudator* (Req. 15 avril 1902, *S.* 1902, 1, 316, *D. P.* 1903, 1, 38; 12 janv. 1926, *S.* 1926,

1, 183; Nancy, 3 avril 1906, *D. P.* 1908, 2, 148), solution qu'il faut renoncer à justifier sur le terrain du droit positif.

5° De ce que le bénéficiaire de la promesse n'est, jusqu'au jour où il donnera son adhésion, qu'un simple créancier de faire, on déduit encore — mais la solution est fort contestable — que son droit revêt invariablement un caractère mobilier et qu'il entrera donc, son titulaire venant à se marier sans contrat, dans la communauté légale (Req. 26 nov. 1935, *S.* 1936, 1, 52, *D. P.* 1936, 1, 37, rapport du conseiller Pilon; Civ. 7 mars 1938, *D. H.* 1938, 260, v. la note critique de M. Nast, *D. P.* 1932, 2, 134). Comme l'observe justement M. Nast dans cette note, tout le monde admet qu'il existe des créances immobilières, et qu'il y a lieu de considérer comme telles celles qui tendent à la « dation », à l'acquisition d'un droit réel immobilier, dans l'espèce à un transfert de la propriété d'un immeuble. Cette solution s'impose d'autant mieux que, d'après une tradition constante, l'obligation du promettant est exécutoire en nature, la seule levée de l'option opérant transfert de la propriété (*inf.* n° 1073). Pour ces raisons, nous considérons que la créance du bénéficiaire de la promesse de vente d'un immeuble est de nature immobilière et qu'elle reste donc propre à son titulaire, lorsque celui-ci vient à se marier, avant même la levée de l'option, sous le régime de la communauté légale.

1072*bis*. B. **Situation lors de l'adhésion du créancier.** — Le créancier a le choix entre les deux termes de l'option; mais ce doit être tout l'un ou tout l'autre; il ne pourrait pas opter pour une solution intermédiaire et imposer ainsi au promettant des conditions nouvelles, des modalités, des réserves non formulées dans la promesse : la vente ne saurait être que le développement exact de la promesse de vente qui en a constitué l'amorce (Civ. 8 nov. 1933, *S.* 1934, 1, 28).

1073. — C. *Situation après l'adhésion du créancier* [1]. — Cette situation se caractérise par les deux règles suivantes :

1° Du moment que le bénéficiaire de la promesse de vente donne son adhésion, du moment qu'il *lève l'option*, il devient par là même un acheteur; la vente est, en effet,

[1] Cette adhésion n'est soumise à aucune forme particulière ; il faut seulement noter que, si la promesse de vente intéresse un terrain de *lotissement*, le paiement d'un acompte par l'acquéreur, quel que soit le nom donné à cet acompte, joint à la prise de possession du terrain, suffiront à établir l'acceptation de la promesse (art. 1589, complété par l. 30 juillet 1930).

parfaite, puisque les deux parties ont donné leur consentement, le vendeur par la promesse de vente, l'acheteur par son adhésion à cette promesse; désormais, suivant la formule de l'art. 1589 § 1, « *la promesse de vente vaut vente...* ». Si le vendeur recule, pas ne sera besoin d'obtenir un jugement le condamnant à signer l'acte de vente; il a donné à l'avance sa signature; sans doute, s'il résiste, il faudra bien s'adresser à la justice pour que victoire reste au bon droit, mais le tribunal se bornera à constater l'existence de la vente et à ordonner au vendeur de livrer la chose à l'acheteur; déjà, dans notre ancien droit, cette opinion était suivie par la pratique « comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses » (POTHIER, *Vente*, n° 479).

1074. — 2° La vente se forme sans rétroactivité aucune, au jour où l'acheteur donne son adhésion [1]; on a vu déjà que cette adhésion ne peut être égalée à la réalisation d'une condition; le consentement des parties est bien plus qu'une condition du contrat; il en est un des éléments constitutifs; on ne comprendrait pas qu'il fût mis *in conditione*. De là des conséquences, les unes certaines, d'autres contestées.

A. *Conséquences certaines.*

a) Comme on le sait, l'acheteur a à redouter les aliénations ou les constitutions de droits réels effectuées entre temps par le vendeur, mais réserve faite de l'action paulienne qui peut lui être secourable (Req. 21 fév. 1910, *S.* 1910, 1, 288, *D. P.* 1911, 1, 389);

b) Il a également à craindre la survenance d'événements faisant obstacle à la validité du contrat (Trib. civ. Seine, 22 juin 1929, *D. H.* 1929, 439);

c) C'est seulement à partir de l'adhésion que l'acheteur pourra faire transcrire la promesse de vente (décision précitée du 26 mai 1908); la transcription doit d'ailleurs porter également sur la déclaration de levée d'option (même arrêt);

d) Le vendeur, demeuré propriétaire, a pu engager valablement une action en revision du bail, par application de la législation spéciale des loyers, et subroger l'acheteur dans cette action (Paris, 7 nov. 1931, *D. H.* 1932, 45);

e) Si la garantie des *vices cachés* est mise en œuvre, c'est lors de l'adhésion de l'acheteur qu'il conviendra de se placer

[1] La loi du 30 juillet 1930 précise que, dans les promesses de vente concernant des terrains de lotissement, la date de la convention est fixée par le versement du premier acompte (art. 1589, § 3).

pour apprécier le caractère occulte du vice allégué (Req. 21 fév. 1910, précité).

1075. — B. *Conséquences discutées* à raison de l'intervention d'un principe qui vient gêner dans son développement la règle de la non-rétroactivité de la formation de la vente.

a) Au cas où le bénéficiaire de la promesse s'était marié, avant la levée de l'option, sous le régime matrimonial du droit commun, on se demande si son droit est entré dans la communauté légale et si, en conséquence, l'immeuble pénètre lui-même dans la masse commune ou bien s'il constitue pour lui un bien propre (*sup.* n° 1072).

b) Si le vendeur prétend avoir subi une lésion de plus des sept douzièmes, il faudra, pour apprécier la réalité ou le montant de cette lésion, se placer au jour de l'adhésion et non pas à celui de la promesse (arg. art. 1675). Mais, sur ce dernier point, la controverse est très vive; si la Cour de cassation s'est prononcée dans le sens que nous indiquons (Civ. 14 nov. 1916, *S.* 1920, 1, 365, *D. P.* 1921, 1, 34; Req. 1er août 1924, *D. P.* 1925, 1, 23, *S.* 1926, 1, 54; Civ. 19 avril 1926, *S.* 1926, 1,128; Req. 12 janv. 1927, *S.* 1927, 1, 256; 18 oct. 1927, *D. P.* 1928, 1, 35, note Lalou; 18 fév. 1936, *motifs*, *S.* 1936, 1, 255), de nombreux auteurs et des décisions de jurisprudence prennent en considération le moment de la promesse de vente (Paris, 25 avril 1928, *D. P.* 1928, 2, 113, note Lalou); et il faut bien convenir que cette dernière solution est la seule qui cadre avec le fondement de la théorie de la lésion dans la vente immobilière : si la vente est rescindée, c'est parce qu'on considère que le consentement du vendeur n'a pas été donné librement, mais qu'il a été vicié par la contrainte économique (*sup.* n° 1051); or, ce n'est pas au jour de l'adhésion de l'acheteur que le vendeur a donné son consentement; c'est au jour de la promesse de vente; il convient donc, pour apprécier la lésion, de se placer à ce moment, qui est celui où les conditions de la vente ont été fixées et où le vendeur s'est engagé irrévocablement; son état d'esprit lors de la levée de l'option est indifférent puisqu'il ne joue alors qu'un rôle purement passif. La lutte s'engage ainsi entre les partisans de la lésion vice du consentement, et les tenants d'une conception objective et strictement littérale basée sur cette double idée, d'abord que la levée de l'option ne rétroagit pas, ensuite que, d'après l'article 1675, la lésion s'apprécie au jour de la vente.

c) Le délai de deux ans pendant lequel la demande en res-

cision est recevable court seulement de jour où le bénéficiaire de la promesse a donné son adhésion (Civ. 3 août 1935, *D. H.* 1935, 572).

1076. Le délai d'option. — On trouve toujours, dans la promesse de vente, l'indication d'un délai imparti au créancier pour lever l'option; il est évident que le promettant ne peut pas rester indéfiniment à sa disposition. Mais une difficulté a surgi dans le cas où, comme il arrive souvent, la promesse de vente étant venue se greffer sur un bail et les parties ayant convenu que le preneur devrait prendre parti avant l'expiration du bail, la durée de celui-ci se trouve accrue par le jeu des prorogations instituées dans la législation des loyers : le délai prévu contractuellement pour la réalisation de la promesse de vente se trouve-t-il allongé du même coup? Une indivisibilité existe-t-elle entre le bail et la promesse de vente, en ce qui concerne le délai d'option? La question est fort débattue : l'indépendance de la promesse de vente et du bail a été admise par la Chambre civile, sous la forme la plus générale; (8 avril 1924, *D. P.* 1924, 1, 118; 18 mai 1925, *D.H.* 1925, 448; 18 mars 1927, *D. H.* 1927, 242; 13 nov. 1929, *D. P.* 1929, 1, 131; 29 janv. 1930, *D. P.* 1932, 1, 57, note Radouant; 9 avril 1932, *D. P.* 1932, 1, 59); mais la thèse de l'indivisibilité a été consacrée par la Chambre des requêtes (27 avril 1926, *D. H.* 1926, 281; 24 janv. 1927, *D. H.* 1927, 97) et par la deuxième chambre de la cour de Paris (11 mars 1925, *D. P.* 1925, 2, 71), qui s'est d'ailleurs déjugée par la suite (3 déc. 1930, *D. H.* 1931, 57).

Section V. — FORMALITÉS REQUISES POUR LA VENTE OU A SON OCCASION

1077. I. Formes. — Principe. — La vente, contrat consensuel dès l'origine, n'est assujettie à aucun formalisme; l'écrit dressé pour en constater l'existence peut être un acte sous seing privé (art. 1582, § 2); et même, théoriquement, les parties peuvent conclure leur accord verbalement, sauf les difficultés de preuve qui, au-dessus de 500 francs, risqueraient de devenir insurmontables, les témoignages et les présomptions n'étant pas acceptés au delà de ce chiffre.

1078. Dérogations et tempéraments. — 1° La vente d'un *navire* doit être faite par *écrit*; elle peut d'ailleurs être constatée par un acte privé aussi bien que par acte public (C. com., art. 195); même solution pour la vente d'un

bateau d'eau douce dont le tonnage est égal ou supérieur à vingt tonnes (L. 5 juill. 1917, art. 15), pour la vente d'un *aéronef* (L. 31 mai 1924, art. 12), pour la vente *à crédit* d'un *véhicule automobile* (L. 29 déc. 1934, art. 1er).

2° Certaines ventes volontaires ne peuvent être faites que suivant des formes plus ou moins calquées sur celles qui sont suivies pour les ventes forcées (biens des mineurs et des interdits; immeubles dotaux appartenant à une femme dotale);

3° Lorsque la vente porte sur un immeuble appartenant à un homme marié ou à la communauté conjugale, elle se fait *pratiquement* devant notaire, car l'acheteur exige, de la part de la femme, une renonciation à son hypothèque légale, renonciation qui ne peut être faite que par un acte notarié (*inf.* n° 1997);

4° Les ventes *immobilières* doivent être *transcrites* (L. 23 mars 1855, art. 1er, mod. par d.-l. 30 oct. 1935), ce qui suppose évidemment qu'un écrit a été dressé : on ne *transcrit* que ce qui a été d'abord *écrit*.

Ces dérogations et ces tempéraments entament profondément le principe de la consensualité; certains estiment qu'il faudrait l'abroger purement et simplement en matière immobilière et exiger, pour la validité de la vente d'un immeuble, non seulement un écrit, mais un acte notarié, dans tous les cas, comme pour la constitution d'hypothèque. Seulement, il ne faudrait pas perdre de vue que nombre de ventes immobilières portent sur des biens de très faible valeur, sur des lopins de terre de quelques milliers de francs; la libre circulation des biens ne doit pas être entravée par des formalités et des frais hors de proportion avec les intérêts en jeu.

1079. II. **Publicité.** — La loi exige, non pas pour la validité, mais pour l'opposabilité aux tiers de certaines ventes, l'observation de formalités déterminées qui sont destinées à assurer la publicité des transmissions de droits : *transcription* pour les *ventes d'immeubles* et pour les cessions de trois années, ou plus, de loyers ou fermages non échus (L. 23 mars 1855, art. 1er et 2 mod. par d.-l. 30 oct. 1935); *notification* ou *acceptation* pour les *cessions de créance* (art. 1690). Comme cette réglementation n'est pas spéciale à la vente, nous nous bornerons à nous référer aux explications précédemment fournies sur la transcription (*sup.* t. I, nos 818 et suiv.).

CHAPITRE II

Effets de la vente

1080. Plan. — Etudier les *effets* produits par la vente, c'est déterminer les obligations qui incombent : 1° au vendeur; 2° à l'acheteur.

SECTION I. — OBLIGATIONS DU VENDEUR

1081. Enumération et distinction. — D'après l'article 1603, deux obligations *principales* incombent au vendeur, « *celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

Cependant, si on procède à une analyse serrée, on découvre d'autres obligations encore qui incombent au vendeur; il doit :

1° *Transférer la propriété* de la chose, ou, plus généralement, le droit cédé;

2° Il est tenu de *conserver* la chose jusqu'au jour de la livraison;

3° Il doit effectuer la *délivrance*;

4° Il est assujetti à *garantir* l'acheteur, tant contre l'*éviction* que contre les *vices cachés* dont la chose pourrait être atteinte;

5° Sauf controverse, il doit acquitter les frais nécessités par la purge des hypothèques.

1082. Unification. — Si maintenant on se place à un point de vue plus général, on aperçoit que ces diverses obligations se ramènent à une seule : le vendeur doit *faire avoir à l'acheteur la propriété et la paisible possession de la chose.*

En effet, l'obligation de conserver cette chose jusqu'à la livraison et celle de garantir l'acheteur contre l'éviction et les vices cachés, celle enfin de supporter les frais de la purge, ne sont : la première que la préface, la deuxième et la troisième que le prolongement de l'obligation d'assurer la propriété et la possession paisible. Mais il est évidemment impossible de s'en tenir à cette vue générale; à la synthèse il faut faire succéder l'analyse si l'on veut décrire exactement la situation obligatoire du vendeur.

1083. Eliminations. — 1° L'obligation de transférer la propriété s'exécute, en principe, d'elle-même; l'article 1183,

§ 1, déclare qu'elle est « *parfaite* », c'est-à-dire consommée, éteinte, par le seul consentement des parties; dans notre droit, la vente est, par elle-même, translative de propriété, indépendamment des formalités de l'enregistrement et de la transcription, lesquelles ne jouent que vis-à-vis des tiers et pour le fisc (Civ. 9 déc. 1930, *S.* 1931, 1, 104). Cependant, il en va autrement des ventes portant sur des choses déterminées *in genere*; le transfert de propriété est alors fonction de l'individualisation, c'est-à-dire, le plus souvent, de la livraison, de la délivrance; en outre, il dépend des parties de différer le transfert de propriété qui ne s'effectuera alors qu'à terme (Req. 26 juin 1935, *D. H.* 1935, 414);

2° D'autre part, l'obligation de conserver la chose vendue a déjà été étudiée; elle n'est pas spéciale à la vente; elle incombe à tout débiteur d'un *corps certain* (*sup.* n° 615);

3° Enfin, l'obligation de payer les frais de purge appelle peu de développements; en faveur de son existence et de son incidence, on fait remarquer précisément qu'elle est le prolongement et le corollaire de l'obligation plus générale qui incombe au vendeur d'assurer à l'acheteur la possession paisible de la chose (*Sic*, Req. 10 juin 1907, *D. P.* 1907, 1, 319).

Si bien qu'en définitive, nous ne retenons, pour faire l'objet de cette étude et conformément à l'article 1603, que : 1° l'obligation de *délivrance*; 2° l'obligation de *garantie*; nous en revenons ainsi, après un détour, à la formule de l'article 1603.

§ I. — *OBLIGATION DE DÉLIVRANCE*

1084. I. Généralités. — Le vendeur doit délivrer la chose au jour convenu.

La délivrance appelle les observations suivantes :

1° En général, elle n'est translative ni de propriété, ni même de possession; l'acheteur a été rendu propriétaire par la vente même, et, à compter de ce jour, il a eu le titre de possesseur; le vendeur ne pouvait plus avoir l'*animus domini*; il n'était plus qu'un possesseur précaire, pour le compte d'autrui;

2° Cependant, il en va autrement dans les ventes de choses déterminées *in genere*; la délivrance, opérant individualisation de la chose, déplace du même coup propriété, possession et détention;

3° Si la délivrance porte sur un meuble corporel, elle revêt une importance capitale, puisqu'elle assure, en cas de conflit entre deux acquéreurs successifs, la préférence à celui à qui

elle a été consentie : la possession *réelle* de bonne foi est alors décisive (art. 1141, qui n'est lui-même qu'une adaptation de l'article 2279, § 1).

1085. II. Comment s'effectue la délivrance. — La délivrance d'un *immeuble* s'effectue par la remise des clefs, s'il y a lieu, et par celle des titres de propriété (art. 1605) ; celle des *meubles, par la tradition réelle,* ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente (vente d'une forêt, de matériaux à extraire d'une maison, d'une carrière), ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre (tradition *brevi manu*; art. 1606, § 4). Il faut ajouter que des marchandises déposées dans un magasin général peuvent être livrées indirectement par la remise du warrant, de même que la délivrance de marchandises en cours de route s'effectue au moyen de la remise du récépissé, de la lettre de voiture ou du connaissement remis à l'expéditeur par le voiturier; ces différents documents sont des instruments de possession indirecte.

1086. III. Sur quoi au juste doit porter la délivrance. — Sur la chose vendue ainsi que sur ses accessoires : *meubles immobilisés* par destination (art. 1615) ; *fruits* postérieurs à la vente (art. 1614, § 2) ; plus généralement, la chose doit être remise à l'acheteur « *en l'état où elle se trouve au moment de la vente* » (art. 1614, § 1), sans en excepter les *droits et actions* qui en dérivent et qui y demeurent attachés, notamment le droit de demander la résolution d'une autre vente, précédemment consentie (Req. 3 nov. 1932, *D. H.* 1932, 570).

1087. Contenance du terrain et garantie de contenance. — Lorsque la vente a porté sur un terrain, la question de savoir si le vendeur s'est acquitté exactement de son obligation de délivrance et les conséquences de l'inexécution partielle de cette obligation sont de nature à susciter des difficultés, assez fréquentes dans la pratique, au moins lorsque la vente a été faite *avec indication de contenance.* Le Code civil a cependant voulu tarir les procès en procédant à une réglementation minutieuse qui repose sur une distinction essentielle, selon que la vente a eu lieu à raison de tant la mesure ou bien, en bloc, pour une somme fixe, pour un prix global.

1° *Vente à raison de tant la mesure.* — Lorsqu'un immeuble est vendu à raison de tant la mesure, toute différence donne lieu à modification du prix, dans un sens ou dans l'autre, sur le taux fixé par les parties (art. 1617 et 1618);

2° *Vente faite en bloc, pour une somme fixe, pour un prix global.* — La différence entre la contenance déclarée et la contenance réelle ne peut donner lieu à une modification du prix, en plus ou en moins, que si elle est pour le moins égale au *vingtième* de la superficie déclarée (art. 1619) : les erreurs minimes ne sont pas prises en considération.

1088. Désistement possible. — On conçoit qu'au cas d'erreur sur la contenance, l'une des parties soit incitée à se désister du contrat dont l'équilibre apparent se trouve rompu. Or, cette faculté de désistement est invariablement refusée au vendeur : il devait connaître exactement l'étendue d'un domaine qui lui appartenait. L'acheteur lui-même n'est fondé à se désister que dans le cas où la contenance réelle est *supérieure* à la contenance déclarée, et d'un *vingtième* au moins; le choix lui appartient alors ou de maintenir la vente en payant le supplément, ou de se désister en exigeant la restitution du prix, des frais du contrat (art. 1620); si la contenance réelle est, au contraire, inférieure à la contenance déclarée, l'acheteur aurait seulemeent la ressource, soit d'exiger une diminution du prix, à supposer du moins que les conditions précédemment indiquées se trouvent réunies, soit, mais seulement si l'immeuble est impropre à l'usage auquel il était destiné, de demander l'annulation de la vente pour cause d'*erreur sur la substance* (*sup.* n^os^ 68 et suiv.).

1089. Clauses modificatives des règles légales. — Il est admis, sans difficulté, que les parties peuvent modifier l'étendue des obligations qui incombent au vendeur quant à la contenance déclarée : soit dans un sens limitatif et jusqu'à l'exclusion de toute garantie de contenance, soit dans un sens extensif en vue de tenir compte des différences même inférieures au vingtième (art. 1619, *in fine*). Il n'est même pas nécessaire que la clause d'exclusion de la garantie de contenance soit expresse; la non-garantie peut résulter de l'ensemble de l'acte et des circonstances de la cause (Req. 30 janv. 1866, *D. P.* 1866, 1, 165).

1090. IV. Refus légitime de délivrance. — Le vendeur peut se refuser à livrer la chose tant que l'acheteur n'offre pas de payer le prix; il use alors du droit de rétention (*inf.*

n[os] 1465 et suiv.); il oppose l'exception *non adimpleti contractus* : l'article 1612 s'en explique formellement.

Ce même texte refuse cependant cette ressource au vendeur qui a accordé à l'acheteur un *terme* pour le paiement du prix; il a ainsi suivi sa foi et renoncé au droit de rétention; cependant, ce droit lui est restitué lorsque l'acheteur est tombé, depuis la vente, en état de faillite ou de déconfiture (art. 1613): l'événement démontre que la confiance placée en lui n'était pas justifiée. Il ne serait pas tout à fait exact de rattacher cette récupération du droit de rétention du vendeur à la déchéance du terme, elle-même consécutive à la faillite ou à fa déconfiture du débiteur (art. 1183); on a vu, en effet, que cette déchéance n'est pas encourue de plein droit; elle est *judiciaire*, au lieu que le recouvrement du droit de rétention se réalise *ipso pure*.

L'acheteur, tombé en faillite ou en déconfiture, pourrait exiger néanmoins la délivrance s'il donnait caution de payer au terme (art. 1613 *in fine*).

1091. V. **Frais de la délivrance.** — Ils incombent, en principe, au vendeur (art. 1608).

§ II. — *OBLIGATION DE GARANTIE*

1092. **Généralités.** — L'obligation de garantie est peut-être la plus complexe de toutes les obligations; ses ramifications se prolongent et se dispersent à l'infini; elle se scinde principalement en trois groupes :

1° Le vendeur garantit, dans de certaines conditions, la *contenance* du terrain vendu (*sup.* n° 1087);

2° Il doit la *garantie contre l'éviction*;

3° Et aussi la garantie des *vices cachés* de la chose.

Ces deux derniers groupes ont des origines historiques distinctes sur lesquelles nous ne nous expliquerons pas : il est inutile de reprendre, dans un cours de droit civil positif français, des notions qui rentrent dans le cadre du droit romain : à chaque discipline son domaine propre.

Ayant étudié précédemment la garantie de contenance, nous ne retiendrons désormais que la garantie contre l'éviction et celle des vices cachés.

I

Garantie contre l'éviction

1093. Définition ; plan. — Le vendeur doit assurer à l'acheteur la propriété et la paisible possession de la chose vendue; d'une façon plus générale, il doit lui conférer l'investiture et le libre exercice du droit cédé : tel est l'objet et telle est la signification de la garantie contre l'éviction.

Nous étudierons :

1° L'obligation de garantie envisagée en elle-même, dans sa nature juridique;

2° Les différents *chefs de la garantie*;

3° Après quoi nous rechercherons *quelles ventes* donnent lieu à garantie et dans quelle mesure.

1094. I. Obligation de garantie étudiée en elle-même ; ses caractères juridiques. — Nous nous demanderons : 1° si cette obligation est susceptible d'exécution en nature; 2° par quel moyen de procédure son exécution peut être obtenue; 3° si elle est divisible ou indivisible.

A. *L'obligation de garantie d'éviction comporte-t-elle l'exécution en nature?* Oui, en principe; le vendeur est tenu d'une obligation de faire; l'acheteur, s'il est troublé dans sa jouissance, réclamera l'exécution de cette obligation; il appellera son garant à son secours; il l'appellera en garantie dans l'instance en revendication. Mais il peut arriver que le vendeur, ainsi interpellé au cours de l'instance en revendication engagée entre l'acheteur et un tiers qui prétend être propriétaire, se refuse à intervenir, ou encore que, malgré son intervention, le tribunal donne gain de cause au tiers dont il reconnaît la propriété. Alors, l'obligation de faire qui incombait au vendeur est inexécutée; l'exécution en nature est irréalisable; conformément à l'article 1142, cette obligation se résout en dommages-intérêts; l'acheteur, évincé, se retourne à nouveau contre son vendeur à qui il réclame des dommages-intérêts.

Il y a cependant un cas où l'obligation de garantie s'exécute toujours en nature : c'est celui où l'exécution en est demandée par voie *d'exception*.

1095. — B. Ainsi s'amorce une autre question : *par quel moyen de procédure l'exécution de l'obligation de garantie sera-t-elle demandée et obtenue?*

Ordinairement, elle l'est *par voie d'action* : l'acheteur,

troublé dans sa possession, actionné en revendication par un tiers, appelle, actionne en garantie son vendeur; ou bien, définitivement évincé, il agit contre lui en dommages-intérêts; parfois, il exerce successivement ces deux actions, comme on l'a vu.

Mais il advient ausi que l'acheteur se réclame de l'obligation de garantie *par voie d'exception*, et alors il est sûr d'obtenir l'exécution en nature, de demeurer sur ses positions; ainsi en est-il lorsque les troubles dont il est victime proviennent du vendeur lui-même ou de ses héritiers; il objectera alors que, lorsqu'on doit la garantie, on ne peut pas évincer ni même inquiéter le créancier : « *qui doit garantir ne peut évincer* ». Envisagée sous ce jour, l'obligation de garantie a un caractère *négatif*; elle devient une obligation de *ne pas faire*, de ne pas troubler l'acheteur dans sa possession. Si, par exemple, le vendeur, qui n'était pas propriétaire de la chose vendue, décède laissant comme héritier précisément le propriétaire, qui accepte sa succession purement et simplement et qui revendique la chose contre l'acheteur, celui-ci peut lui opposer l'*exception* de garantie en lui disant : comme héritier de mon vendeur, vous êtes tenu envers moi à garantie, vous ne pouvez donc pas m'évincer.

Et même, à bien réfléchir, l'acheteur actionné en revendication dans de telles conditions pourrait adopter une autre attitude: il serait fondé à soutenir que le véritable propriétaire, c'est lui; de plein droit, et le jour où s'est accomplie la dévolution héréditaire, la propriété de la chose s'est fixée sur sa tête; l'héritier du vendeur s'est trouvé, en effet, en mesure d'exécuter les obligations que le vendeur avait assumées sans pouvoir y faire honneur l'acheteur n'a donc pas même besoin d'opposer l'exception de garantie; il peut se défendre au fond en alléguant qu'il a la propriété et, par suite, la revendication; il peut ainsi nier le droit même de son adversaire. Mais il peut avoir intérêt à se contenter de l'exception de garantie qui est un moyen commode, évitant tout débat sur la question de propriété et qui, de plus, a un caractère d'*indivisibilité* qui pourra être pour lui extrêmement précieux.

Nous arrivons ainsi à la troisième des questions annoncées.

1096. — C. *L'obligation de garantie est-elle divisible ou indivisible?* On sait que la question ne présente d'intérêt qu'au cas de pluralité de sujets actifs ou passifs, par exemple si le débiteur, dans l'espèce le vendeur, décède laissant

deux héritiers : l'obligation de garantie se divise-t-elle entre eux?

Oui, certainement, pour ce qui est de l'obligation de réparer l'éviction consommée, laquelle n'est autre qu'une obligation à des dommages-intérêts, ayant pour objet une somme d'argent: Mais la question se pose tant pour l'exception de garantie que pour l'obligation de venir au secours de l'acheteur actionné en revendication, de prendre son fait et cause. Il est admis qu'envisagée sous ces deux dernières formes, l'obligation de garantie est *indivisible*; elle conserve ce caractère « quelle que soit la manière dont l'acquéreur fasse valoir son droit, soit qu'il l'exerce par voie d'action principale et directe, soit qu'il le mette en œuvre par voie d'exception en répondant à une demande formée contre lui par le vendeur lui-même ou par l'un de ses héritiers... » (Req. 8 nov. 1893, rapport Marignan, *D. P.* 1894, 1, 417; *S.* 1894, 1, 401, note Lacoste; Civ. 28 déc. 1926, *D. P.* 1930, 1, 73, note Lalou). Cette solution serait commandée, d'après la Cour de cassation, par la nature de l'objet de l'obligation de garantie (venir défendre l'acheteur, ne pas le troubler) comme par l'intention des parties. L'argumentation n'est pas sans réplique, car on conçoit très bien qu'une personne soit tenue d'en défendre une autre pour partie, non pas, sans doute, pour une partie des moyens de défense, mais pour une partie des droits menacés; quant à l'intention des parties, il ne semble pas qu'elle postule clairement l'indivisibilité d'une obligation qui, une fois l'éviction consommée, devient parfaitement divisible. Mais la majorité de la doctrine approuve la jurisprudence. En conséquence, l'acheteur peut exiger de l'un quelconque des héritiers du vendeur qu'il vienne le défendre pour le tout, de même qu'il est fondé à opposer pour le tout, à la revendication que cet héritier dirige contre lui, l'exception de garantie.

1097. II. **Les différents chefs de la garantie.** — Il ressort des développements précédents que l'obligation de garantie, tout en ayant pour objet unique le maintien de l'acheteur dans la paisible possession de la chose, se présente, suivant les cas, sous l'une des trois formes suivantes :

1° Obligation *négative* de ne pas troubler l'acheteur;

2° Obligation *positive* de venir le défendre au cours de l'instance en revendication, de prendre son fait et cause;

3° Obligation, une fois l'éviction consommée, de réparer pécuniairement le dommage éprouvé par l'acheteur.

Ce sont là les seuls chefs de la garantie : la seule crainte

d'être troublé par un tiers ne saurait légitimer un recours de la part de l'acheteur contre son vendeur; l'action ou l'exception de garantie supposent un trouble actuel, effectif; il n'existe pas d'action en garantie pour simple crainte d'éviction (Paris, 24 déc. 1897, *D. P.* 1878, 2, 471); si l'acheteur a un juste sujet de craindre une éviction, il peut retenir son prix (art. 1653); mais la loi ne lui donne pas d'autre ressource.

Il faut reprendre et examiner ces différentes manifestations, ces différents chefs de l'obligation de garantie.

1098. A. Obligation négative de ne pas troubler l'acheteur. — Cette obligation, particulièrement énergique de par le caractère indivisible que lui reconnaît la jurisprudence, a, de plus, un caractère nécessaire : on ne comprendrait pas que le vendeur n'en fût pas tenu, qu'il eût toute licence d'inquiéter son acheteur, de lui reprendre, en totalité ou en partie, la chose, le droit qu'il vient de lui céder, par exemple en invoquant l'usucapion contre lui (Civ. 13 mai 1912, *S.* 1914, 1, 209, note APPERT); la clause de non-garantie qui tendrait à lui conférer une telle possibilité, serait certainement nulle; on ne saurait stipuler qu'on ne répondra pas de son fait personnel (art. 1628, *inf.* n° 1117).

1099. B. Obligation positive de venir défendre l'acheteur inquiété par un tiers, de prendre son fait et cause. — La mise en œuvre de cette obligation suppose que l'acheteur est inquiété, et d'une certaine façon : il a subi un *trouble de droit* et non pas seulement un trouble de fait; son adversaire émet une prétention d'ordre juridique, il affirme être propriétaire de la chose ou avoir sur elle un droit réel : servitude, usufruit, hypothèque. La simple révélation de ces droits par une transcription ou une inscription ne constituerait pas à elle seule un trouble; il faut que le titulaire du droit prétendu ait manifesté judiciairement sa volonté de s'en prévaloir (Douai, 8 mai 1891, *D. P.* 1892, 2, 541).

Si cette prétention émise par un tiers est fondée, le vendeur n'a pas exécuté ses obligations; l'acheteur peut agir en garantie contre lui; actionné par un demandeur qui exerce contre lui la revendication, ou une action confessoire, ou l'action hypothécaire, il se retournera contre son vendeur et le sommera d'intervenir au procès afin de l'y défendre, de prendre son fait et cause. C'est là la demande en garantie *incidente*, ainsi nommée parce qu'elle est formée au cours

d'une instance déjà engagée. La loi accorde un délai à l'acheteur pour mettre ainsi son vendeur en cause, délai dont il bénéficiera en opposant au demandeur une *exception dilatoire* (C. pr., art. 175; *inf.* n° 1114) : il sera donc sursis à la procédure; l'acheteur mettra ce délai à profit pour appeler son vendeur en garantie.

1100. — Quel sera alors le rôle du garant? Il sera tenu de défendre son ayant cause : par tous les moyens possibles, et notamment par les titres qui sont en sa possession, il s'efforcera de prouver qu'il avait la pleine propriété de la chose et qu'il l'a donc transmise à son acheteur. Est-ce à dire qu'il prendra tout à fait la place de celui-ci, qu'il assumera la direction des opération? Pas nécessairement. Tout dépendra de l'acheteur qui pourra, soit se retirer complètement de l'instance, soit — ce qui sera plus prudent de sa part — y demeurer au second plan, afin de surveiller son garant et de vérifier s'il s'acquitte exactement de son obligation de garantie.

1101. C. **Obligation positive de réparer le dommage résultant, pour l'acheteur, de l'éviction consommée.** — Plusieurs points sont à élucider : 1° Dans quel cas y a-t-il éviction? 2° A quelles conditions l'éviction engage-t-elle la responsabilité du vendeur; 3° Quel est le montant de la réparation à laquelle l'acheteur a droit? 4° Quelle est la procédure à suivre pour exercer le recours en garantie?

1102. 1° **Dans quel cas y a-t-il éviction? En quoi consiste-t-elle?** — Etymologiquement, l'éviction implique une défaite officielle, judiciaire : un jugement décide que l'acheteur n'est pas propriétaire de la chose vendue; c'est à un autre qu'elle appartient. Telle était la signification étroite que le mot avait pris en droit romain lorsqu'il s'agissait pour l'acheteur d'exercer l'action *ex stipulatu duplæ*; cette voie de droit ne lui appartenait que s'il avait été vaincu judiciairement (*e victus*). Mais le droit français consacre les règles plus libérales et plus souples de l'action *ex empto* : du moment que l'acheteur ne conserve pas la chose en vertu de la vente et sans avoir à consentir un sacrifice supplémentaire, il peut se dire évincé, qu'il y ait eu ou non, pour lui, défaite judiciaire. Par exemple, il ne reste en possession que parce qu'il a acquis à nouveau la même chose, et, cette fois, du véritable propriétaire à qui il l'a achetée ou auquel il a succédé comme héritier; ou bien, il a dû, pour éviter

la dépossession, désintéresser des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble; ou enfin, il est exproprié sur l'action hypothécaire intentée par ces créanciers. Dans ces diverses éventualités, on ne voit pas intervenir de jugement proclamant que l'acheteur n'avait pas acquis la propriété de la chose; cependant, il peut se dire évincé, car il ne conserve pas cette chose, ou, s'il la conserve, c'est à un nouveau titre, ce n'est plus en tant qu'acheteur primitif; il ne la tient pas du vendeur qui a donc manqué à l'obligation de garantie (Civ. 20 oct. 1897, *D. P.* 1898, 1, 13).

1103. Eviction totale ou partielle. — L'éviction n'est pas nécessairement totale; elle peut fort bien n'être que *partielle*; elle se présente sous ce dernier aspect toutes les fois qu'elle ne dépouille pas l'acheteur complètement, qu'elle lui laisse sur la chose un droit, si réduit soit-il; par exemple, il n'est évincé que d'une part de propriété divise ou indivise; ou bien, un droit réel principal, dont l'existence n'avait pas été déclarée lors de la vente, vient à se révéler par la suite: servitude, usufruit, usage : une propriété démembrée ne vaut pas une propriété libre de toute charge (art. 1626); et la Cour de cassation va jusqu'à considérer un bail de longue durée comme une véritable charge dont la révélation équivaudra à une éviction partielle et motivera, de la part de l'acheteur, un recours en garantie (Req. 6 juin 1887, *D. P.* 1888, 1, 216, *S.* 1887, 1, 409).

1104. 2° A quelles conditions l'éviction de l'acheteur engage-t-elle la responsabilité du vendeur? — Une condition est exigée invariablement; une autre l'est parfois.

a) Il faut, pour que le vendeur réponde de l'éviction, que celle-ci soit imputable à lui-même ou à ses auteurs.

On emploie parfois une formule différente en exigeant que l'éviction procède d'une cause antérieure à la vente; mais ce critère n'est pas d'une exactitude constante : l'éviction peut avoir une cause postérieure à la vente et être cependant imputable au vendeur; il en est ainsi lorsque la même personne a vendu deux fois le même immeuble à deux acheteurs différents; si le premier acheteur ne transcrit qu'après le deuxième, il peut se dire évincé et mettre en jeu la responsabilité du vendeur, encore que la cause de son éviction — la seconde vente — soit postérieure à son titre; et la même remarque est de mise lorsque le même meuble

est vendu successivement à deux acheteurs dont le deuxième est mis en possession (art. 1141).

1105. Cause d'éviction postérieure au contrat. — Sous le bénéfice de cette observation, il est exact que, dans l'immense majorité des cas, l'éviction procédant d'une cause postérieure à la vente n'est nullement imputable au vendeur dont la responsabilité ne se trouve donc pas engagée, mais bien à la faute de l'acheteur ou au fait de l'autorité, au fait du prince.

1. A la *faute de l'acheteur* qui, actionné en revendication par un tiers, a négligé d'appeler en garantie son vendeur, a omis d'utiliser un moyen de défense décisif et a occasionné sa propre défaite; ou bien qui a laissé s'accomplir l'*usucapion* au profit d'un possesseur, alors qu'il aurait dû l'interrompre.

2. Au *fait du prince* : la procédure d'expropriation est engagée contre l'acheteur, pour cause d'utilité publique; le vendeur n'y peut rien; l'éviction de son ayant cause ne lui est aucunement imputable; elle n'a d'ailleurs lieu que moyennant une juste indemnité.

1106. Cause d'éviction antérieure au contrat. — A l'inverse, du moment que la cause de l'éviction est *antérieure* à la vente, la responsabilité du vendeur est fatalement engagée, et, à cet égard, le principe est absolu, il ne comporte pas d'exception. Il n'est pas nécessaire qu'une faute caractérisée soit relevée à la charge du vendeur : il devait rendre l'acheteur propriétaire; ne l'ayant pas fait, il a manqué à son devoir contractuel et sa responsabilité est donc engagée.

1107. Responsabilité ascendante. — La responsabilité du vendeur n'exclut pas celle des auteurs précédents; l'acheteur évincé peut agir contre le vendeur de son vendeur, et il le fera si ce dernier est insolvable. Il peut arriver à ce résultat par deux moyens :

1. Par *l'action indirecte* de l'article 1166, en exerçant l'action en garantie que le vendeur immédiat avait lui-même contre son auteur.

2. Par une action *directe*; car le vendeur a dû céder implicitement à l'acheteur, et sans même s'en expliquer, toutes les actions qui lui appartenaient relativement à la chose, y compris l'action en garantie contre l'auteur précédent : *accessorium sequitur principale*.

A agir directement, à exercer, en son nom personnel, l'action en garantie du vendeur, l'acheteur trouve un double avantage :

1. Il n'a pas à redouter l'insolvabilité du vendeur dont les autres créanciers ne viendront pas en concours avec lui, alors qu'ils y viendraient s'il eût agi indirectement (*sup.* n° 672).

2. Surtout, il peut, de cette façon, agir en garantie, alors même que cette garantie ne lui fût pas due par le vendeur, et dans le cas où elle aurait été écartée par une clause du contrat; l'action directe sera alors sa seule ressource; il exercera, contre l'auteur de son vendeur, l'action en garantie qui appartenait à celui-ci et qui lui a été cédée en même temps que la chose elle-même.

1108. — *b*) Parfois, une autre condition est exigée pour que l'éviction engage la responsabilité du vendeur; *il faut que la cause en ait été ignorée de l'acheteur, lors de la vente.*

En thèse générale, cette seconde condition n'est point exigée; la mauvaise foi de l'acheteur, c'est-à-dire la connaissance qu'il avait de la cause d'éviction, influe bien sur le montant de la réparation; elle ne fait pas obstacle à son principe.

Mais il en va autrement lorsque l'éviction se manifeste sous l'aspect de certaines charges dont l'immeuble était grevé, servitude, usufruit, usage, bail de longue durée. Il ressort des articles 1626 et 1638 que l'acheteur ne peut pas agir en garantie de ce chef s'il a eu connaissance, lors de la vente, des charges auxquelles l'immeuble était assujetti; il n'a pas à se plaindre, il a traité en connaissance de cause; le prix a dû être fixé en conséquence.

1109. — Mais comment savoir s'il a été renseigné ou non à ce sujet? Le Code civil s'en réfère au critère de la *déclaration* (art. 1626 et 1638); et il est certain que, si les charges ont été déclarées dans l'acte de vente, tous doutes seront dissipés par là même. Mais, en l'absence d'une telle déclaration, le vendeur n'est pas désarmé; il est admis à prouver que l'acheteur connaissait par ailleurs l'existence des charges.

1. La servitude était *apparente*; elle se révélait par des travaux extérieurs; l'acheteur ne peut pas plaider l'ignorance (art. 1638).

2. La servitude était *légale*; l'acheteur ne peut arguer d'une ignorance qui serait une ignorance de la loi que tout

le monde est censé connaître (Douai, 12 mars 1908, *S.* 1910, 2, 173).

3. A supposer qu'une servitude soit constituée par le fait de l'homme et que, d'autre part, elle ne soit pas apparente, il est possible que l'acheteur en ait cependant eu connaissance autrement que par une déclaration contenue dans l'acte de vente, et il appartiendra au vendeur d'en administrer la preuve. Il semble que cette preuve soit toute faite lorsqu'il s'agit d'une servitude sujette à *transcription* et qui a été effectivement transcrite; les registres du conservateur sont publics et une servitude dûment transcrite est opposable à tous, donc à l'acheteur qui ne pourrait arguer de son ignorance à son sujet (*Sic*, Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 564; Paris, 31 oct. 1929, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 154). Nous préférons admettre, avec MM. Planiol et Ripert (t. II, n° 1495), que cette déduction ne serait pas légitime; d'une part, il faut se rappeler que la transcription a été faite pour régler la situation d'un ayant cause par rapport aux autres ayants cause du même auteur (*sup.* t. I, n° 1720): elle n'a rien à voir dans les rapports de l'auteur avec son propre ayant cause, par exemple du vendeur avec l'acheteur; le vendeur serait d'autant plus mal venu à reprocher à l'acheteur de n'avoir pas consulté les registres de la conservation qu'il aurait dû, en toute loyauté, le mettre lui-même et directement au courant, la loi du 23 mars 1855 n'ayant rien changé aux relations des contractants entre eux; d'autre part, il faut observer que certaines servitudes ne sont pas sujettes à transcription et sont opposables aux tiers indépendamment de toute publicité (servitudes acquises par la prescription ou par la destination du père de famille): va-t-on décider que l'acheteur sera présumé en avoir eu connaissance? Ce serait dans la logique du système que nous combattons et qui prend pour base l'opposabilité des servitudes aux tiers; mais ce serait profondément injuste. Il vaut donc mieux décider que la transcription d'une servitude ne constitue pas nécessairement l'acheteur en état de mauvaise foi et ne dissipe pas fatalement son ignorance; elle n'est qu'un des éléments dont le juge aura à tenir compte pour résoudre la question qui est une question de fait; il s'agit de savoir si, en fait, dans l'espèce, l'acheteur a ou non connu l'existence de la charge.

1110. — Ce que nous venons de dire pour les servitudes, il faut le répéter, *mutatis mutandis*, et avec une plus grande force, pour les *hypothèques* : la seule inscription d'une hypothèque ne suffit pas à faire présumer que l'acheteur

était au courant de la situation hypothécaire de l'immeuble; et d'ailleurs, l'hypothèque n'est qu'une *menace d'éviction* à laquelle tout propriétaire peut espérer échapper; la question se présente donc sous un tout autre jour que pour les servitudes, droits réels principaux qui consacrent, qui réalisent, par elle-mêmes, une éviction actuelle.

1111. 3° **Montant de l'indemnité à laquelle peut prétendre l'acheteur évincé.** — On distingue ici l'éviction *totale* et l'éviction *partielle*.

a) *Eviction totale.* — L'article 1630 énumère les différents chefs d'indemnité; il en cite quatre qui se ramènent en réalité à deux : la *restitution du prix* et des *dommages-intérêts*.

1. *Restitution du prix.* — L'acheteur une fois évincé, le prix est sans cause entre les mains du vendeur; il est sujet à restitution, *intégralement et dans tous les cas*, quand bien même, lors de l'éviction, la chose aurait diminué de valeur et sans distinguer d'après la cause de cette diminution, qu'elle tînt à la force majeure ou qu'elle fût imputable à l'acheteur : l'article 1631 est formel en ce sens; en sorte que le vendeur se trouvera parfois dans une situation pire que celle où il serait s'il n'avait pas vendu. Il semble que cette solution provienne d'une erreur d'interprétation de Dumoulin et de Pothier qui avaient pensé la trouver dans certains textes du Digeste, alors qu'il résulte d'un autre fragment (*De actionibus empti et venditi*, fr. 70) que, par l'action *ex empto*, l'acheteur évincé n'obtenait que « *id quod interest* », ce qui conduisait à laisser à sa charge la moins-value survenue postérieurement à la vente; mais il faut reconnaître que la solution du Code civil cadre exactement avec cette idée que le recours en garantie fonctionne ainsi qu'une action en résolution de la vente (Brèthe de la Gressaye, *op. cit.*, n° 211).

L'article 1632 apporte cependant une limite à l'obligation, pour le vendeur, de restituer le prix : si l'acheteur a tiré profit de dégradations par lui commises, le vendeur a le droit de retenir, sur le prix, une somme égale à ce profit.

1112. — 2. *Dommages-intérêts.* — Ce second élément de réparation n'intervient que si l'acheteur était de bonne foi lors de la vente, s'il croyait traiter avec le propriétaire. Cette réserve ne figure pas dans les articles 1626 et suivants, mais elle est commandée par l'article 1599 qui, proclamant la nullité de la vente de la chose d'autrui, ajoute qu'elle peut

donner lieu à des dommages-intérêts « *lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ».

Les dommages-intérêts auxquels peut prétendre l'acheteur de bonne foi comprennent plusieurs éléments (art. 1630).

A. Les *fruits*; on suppose que l'acheteur, actionné en revendication par le tiers propriétaire, a dû lui restituer les fruits; il en était comptable envers lui, à partir du jour où il a cessé d'être de bonne foi, et, en tout cas, à partir de la demande en justice; au contraire, dans les rapports du vendeur et de l'acheteur, la bonne foi de ce dernier n'est appréciée qu'au moment de la vente; pourvu que l'acheteur fût de bonne foi à cette époque, il peut prétendre à des dommages-intérêts; on s'explique ainsi qu'il ait droit, vis-à-vis du vendeur et à raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, alors qu'il a dû opérer lui-même cette restitution, à cause de sa mauvaise foi ou de la rétroactivité de la chose jugée, au revendiquant triomphant.

B. Les *frais* du procès, ou plutôt des procès, de celui qui s'est déroulé entre l'acheteur et le tiers revendiquant, et de celui qui a porté sur le recours en garantie (art. 1630 - 3°).

C. Les *frais et loyaux coûts du contrat* : honoraires du notaire, droits de timbre, d'enregistrement, de transcription (art. 1630 - 4°).

D. *Tous autres dommages-intérêts*, entre autres ceux qui sont signalés par l'article 1633, du chef de la plus-value que la chose peut avoir reçue entre la vente et l'éviction, et quelle qu'en soit l'origine, qu'elle tienne à une circonstance fortuite, ou bien au fait de l'acheteur qui a pu élever des constructions. A ce point de vue encore, le vendeur est traité rigoureusement, surtout s'il était de bonne foi lors de la vente, s'il a cru vendre une chose qui lui appartenait. Une seule nuance est établie par la loi de ce chef, concernant les *impenses voluptaires* faites sur la chose par l'acheteur : le vendeur de bonne foi n'est pas tenu de les rembourser; seul, le vendeur de mauvaise foi est assujetti à cette restitution (art. 1635) : c'est peut-être là le seul intérêt — et assez mince — que présente la question de savoir si le vendeur était ou non de bonne foi lors de la vente, tandis qu'il est essentiel de rechercher si l'acheteur a cru ou non traiter avec le propriétaire.

1113. — b) *Eviction partielle.* — L'acheteur, partiellement évincé, peut avoir le choix entre deux partis : il peut opter pour le maintien de la vente et exiger alors une indem-

nité; il peut aussi, lorsque l'éviction est grave, demander la résolution du contrat.

1. L'acheteur peut d'abord et dans tous les cas opter pour le *maintien de la vente*, malgré l'éviction subie, et se contenter d'une *indemnité* qui sera calculée non pas, comme au cas d'éviction totale, eu égard au prix de la vente, mais d'après la valeur de la chose au jour de l'éviction (art. 1637). Il est difficile d'expliquer cette différence de traitement entre l'éviction totale et l'éviction partielle.

2. L'acheteur, partiellement évincé, peut aussi demander la *résolution* de la vente, non pas toujours, mais seulement si l'éviction est de telle importance qu'il n'aurait pas traité s'il avait pu la prévoir (art. 1636 pour l'éviction partielle de propriété, et art. 1638 pour l'éviction partielle résultant de la manifestation de charges). Ce n'est là que l'application du pacte commissoire tacite de l'article 1184 : le vendeur n'a pas exécuté les obligations qui lui incombaient, et, par hypothèse, l'inexécution est telle que le créancier, s'il avait pu la prévoir, n'aurait pas contracté (*sup.* n^os^ 383 et suiv.). Une fois la résolution prononcée par le tribunal, la vente est anéantie et tout se passe donc comme au cas d'éviction totale, sauf que l'acheteur est tenu de restituer au vendeur ce qui subsiste de la chose.

1114. 4° Procédure à suivre pour exercer le recours en garantie.

a) Si l'acheteur a eu la précaution d'appeler son vendeur en garantie par une demande *incidente*, formée aussitôt qu'il a été actionné par le tiers [1], la procédure sera bien simplifiée. Le tribunal tranchera, par un seul et même jugement, toutes les questions en suspens; il reconnaîtra le droit du tiers et il fixera l'indemnité due par le vendeur à l'acheteur à raison de l'éviction;

b) Si l'acheteur a défendu seul à l'action dirigée contre lui par le tiers, ce qui est toujours imprudent, car on peut lui reprocher ensuite de s'être mal défendu et de s'être laissé évincer par sa faute, il devra, une fois évincé, engager une instance indépendante, nouvelle, contre son vendeur : il forme alors une demande en garantie *principale*, d'où une perte de temps, des complications et des frais.

[1] Aux termes de l'art. 175 C. pr. modifié par une loi du 28 déc. 1928, « *les actions en garantie seront formées dans les délais fixés aux art. 72 et 73 du présent code* »; et l'art. 176, modifié par la même loi, donne la même solution pour les actions successives en sous-garantie. L'acheteur, actionné par un tiers, bénéficie ainsi d'une exception dilatoire.

1115. III. **Quelles ventes donnent lieu à garantie et dans quelle mesure. — Principe.** — L'obligation de garantie contre l'éviction est engendrée par toutes les ventes, quel qu'en soit l'objet, la nature [1] : ventes de biens *corporels* et ventes de biens *incorporels*. C'est ainsi que *la cession de créance* rend le cédant garant de l'existence du droit cédé (*sup.* n° 809), au moins lorsque l'opération est intervenue à titre onéreux; ainsi encore que le vendeur d'un *fonds de commerce* ne doit pas concurrencer l'acquéreur en ouvrant un établissement similaire à proximité du fonds vendu; il commettrait ainsi une éviction partielle qui affecterait la forme particulière d'un détournement de clientèle (Paris, 7 janv. 1890, *D. P.* 1890, 2, 290). L'obligation de garantie comporte suivant les cas, des modalités, mais elle existe, sous une forme ou sous une autre.

On la retrouve même dans les *ventes forcées* et, notamment, dans la *vente sur saisie* : à supposer que l'immeuble ait été saisi sur un *non dominus* et que l'adjudicataire sur saisie soit évincé sur la revendication du propriétaire, il peut agir en garantie, sans aucun doute; mais des difficultés existent sur l'aménagement et la portée de son recours.

1° On lui reconnaît sans difficulté le droit de poursuivre la *répétition du prix* contre le saisi qui s'est enrichi indirectement à ses dépens, puisque le prix d'adjudication a servi à éteindre ses dettes en désintéressant ses créanciers. Mais ce recours est pratiquement illusoire puisque celui contre qui il est dirigé est, par hypothèse, un insolvable. Il faut donc reconnaître à l'adjudicataire le droit, contesté cependant, de demander le remboursement aux créanciers désintéressés; c'est bien l'*indu* qu'il a payé et les termes de l'article 1377 sont satisfaits; s'il avait pu prévoir l'éviction, il ne se serait pas porté adjudicataire, il n'aurait pas payé; ayant payé, étant évincé, il doit pouvoir répéter;

2° En ce qui concerne les dommages-intérêts, on reconnaît que l'adjudicataire ne saurait en réclamer aux créan-

[1] La garantie se retrouve, non seulement dans la vente, mais dans tous les contrats à titre onéreux : dans le *partage* (art. 884 et suivants, *inf.* t. III, n° 1224), dans l'*échange* (art. 1705), dans le *louage* (*inf.* n° 1191), dans la *société* (*inf.* n° 1337), même dans la *constitution* de dot (art. 1547, *inf.* t. III, n° 414) : elle n'appartient donc pas spécifiquement et exclusivement à la vente ; si on l'étudie à l'occasion de ce contrat, c'est parce qu'elle y revêt une importance et une intensité particulières, puisqu'elle impose au vendeur la restitution intégrale du prix, même au cas où la chose a diminué de valeur (art. 1631); c'est aussi parce que la vente est le plus usuel des contrats à titre onéreux, le contrat-type dont la configuration a été fixée nettement au cours des siècles.

ciers désintéressés et pas même au poursuivant; ils étaient de bonne foi, ils ont usé de leur droit, strictement. La question est plus délicate en ce qui concerne le saisi; sans doute, il n'a pas voulu vendre; il est vendeur malgré lui, à son corps défendant; mais, tout de même, sa position rappelle celle du vendeur. S'il avait consenti à vendre l'immeuble de gré à gré afin de payer ces créanciers, il serait tenu à garantie; il paraît bien difficile d'admettre que sa situation soit améliorée parce qu'il a opposé la force d'inertie. La question est d'ailleuers sans grand intérêt pratique, à raison de l'insolvabilité de l'intéressé.

1116. Dérogation. — En revanche, l'obligation de garantie ne dérive pas de l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, laquelle purge définitivement l'immeuble de tous les droits qui pesaient sur lui, pour les reporter sur l'indemnité (D.-L. 8 août 1935, art. 21 et 22; — *inf.* n° 1914).

De plus, et même dans les ventes ordinaires, de gré à gré, l'obligation de garantie peut être modifiée par la convention des parties; on dit alors que la garantie de droit fait place à la *garantie de fait*.

1117. Garantie de fait. Clauses modificatives ou exclusives de la garantie d'éviction. — L'article 1627 prévoit et admet que les parties ajoutent à l'obligation de garantie, ou qu'elles la restreignent, ou même qu'elles l'excluent tout à fait.

1° *Clauses extensives de l'obligation de garantie.* — Elles ne sont guère pratiques, du moins pour la garantie d'éviction, et il est même difficile d'en imaginer l'utilité et la portée;

2° *Clauses restrictives ou élisives de l'obligation.* — Elles sont, en principe, licites, mais, d'une part elles comportent une limite infranchissable, d'autre part elles sont interprétées restrictivement.

a) Elles s'arrêtent au fait personnel du vendeur; les parties ne pouraient pas convenir qu'il troublera impunément l'acheteur; les clauses de non-responsabilité ne jouent pas en ce qui concerne le dol (Req. 3 mai 1932, *D. H.* 1932, 314). La convention pourrait bien valoir pour le fait *antérieur* à la vente; elle serait inopérante pour le fait *postérieur*;

b) Les clausse restrictives ou élisives reçoivent une interprétation étroite; elles sont pour ainsi dire minimisées; c'est ainsi que la clause de *non-garantie* ne suffit pas à éli-

miner complètement la responsabilité du vendeur, et cela à un double égard :

1. Malgré cette clause, et sauf précision contraire, le vendeur répondrait encore de son fait personnel antérieur à la vente.

2. L'éviction venant à se produire, même en dehors de son fait, sa responsabilité ne serait pas entièrement mise à l'abri : car il serait tenu de restituer le prix (art. 1629); on le dispenserait seulement de servir à l'acheteur des dommages-intérêts. Il n'en serait autrement, et sa responsabilité ne disparaîtrait complètement que dans les deux cas suivants, indiqués par ce texte :

α. L'acheteur connaissait, lors de la vente, le danger d'éviction; cette circonstance, jointe à la clause de non-garantie qu'elle vient renforcer, expulserait tout à fait la responsabilité;

β. Il a été stipulé que l'acheteur traitait « *à ses périls et risques* »; il a fait alors une opération aléatoire, il a su à quoi il s'exposait.

On voit par là que si la garantie est de la *nature* de la vente, elle n'est nullement de son *essence*; il dépend des parties de la conditionner et même de l'exclure complètement.

II

Garantie des vices cachés

Articles 1641 à 1649.

1118. Principe. — Le vendeur doit assurer à l'acheteur, non seulement une possession paisible, mais aussi une possession *utile*, de nature à lui rendre les services qu'il était en droit d'en attendre; ainsi l'exigent la bonne foi et l'intention des parties; si cette obligation n'est pas satisfaite, la responsabilité du vendeur se trouve engagée : il est *garant des vices* de la chose.

1119. Conditions requises pour que la garantie des vices cachés se réalise. — 1° Il faut que le vice allégué rende la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou, du moins, qu'il diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou qu'il n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il avait été au courant de la situation

(art. 1641) [1]. Il semble d'ailleurs que le tribunal, s'il y a contestation sur ce point, doive s'en référer, non pas à la pensée intime de l'acheteur qui destinait peut-être la chose à un usage insolite, imprévisible, mais à la nature même du bien; le critère doit être objectif plutôt qu'individuel (Trib. com. Saint-Etienne, 24 avril 1901, *Gaz. com. de Lyon*, 6 juin);

2° Il faut que le vice soit *caché;* s'il était apparent, l'acheteur a dû en tenir compte (art. 1642). D'une façon plus générale, il faut que le vice ait été ignoré du plaignant (Req. 22 mai 1900, *D. P.* 1900, 1, 454; 14 déc. 1903, *S.* 1904, 1, 240; 26 déc. 1906 (deux arrêts), *D. P.* 1907, 1, 279; 17 oct. 1928, *motifs*, *S.* 1929, 1, 53);

3° Le vice doit avoir existé lors du contrat : le vendeur ne répondrait pas du vice survenu par la suite;

4° On suppose que la garantie n'a pas été exclue de la vente; les clauses de *non-garantie* sont valables et efficaces, même si elles ont un caractère de généralité, même si elles visent tous les vices dont la chose est susceptible (Req. 16 avril 1931, *S.* 1931, 1, 232), mais seulement pour les vices que le *vendeur* ignorait, c'est-à-dire à condition que celui-ci ait été de bonne foi; on n'admet pas qu'il s'exonère de son dol (art. 1643);

5° On veut que l'action soit intentée par l'acheteur « *dans un bref délai* », que la loi ne précise pas, mais qui est conditionné cependant par « *la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite* » (art. 1648). La fin de non-recevoir basée sur l'inobservation de cette prescription peut être opposée en tout état de cause et même, pour la première fois, en appel (Civ. 8 avril 1925, *D. P.* 1927, 1, 40); mais elle concerne uniquement les actions nées de la garantie de droit, à l'exclusion de celles qui se référeraient à la garantie de fait, stipulée dans le contrat (Req. 20 juin 1932, *D. H.* 1932, 460, *S.* 1932, 1, 343).

6° Même dans le délai normal, l'acheteur est forclos s'il a revendu et livré la chose devenue méconnaissable, rendant ainsi impossible le contrôle des reproches qu'il adresse au vendeur (Req. 10 juin 1929, *D. P.* 1931, 1, 176).

1120. Sanctions des vices cachés. — Lorsque les conditions énumérées sont réunies, l'acheteur peut opter

[1] Cette condition est réalisée au cas où l'immeuble vendu recélait des termites, destructeurs des poutres et des charpentes (*Req.* 26 déc. 1906, 2 arrêts, *S.* 1907, 1, 438).

entre deux partis : il peut, soit garder néanmoins la chose, soit poursuivre la rédhibition de la vente.

1° S'il garde la chose, il a droit à une diminution du prix : la portion du prix à restituer sera fixée par *experts* (art. 1644). En pareil cas, on dit que l'acheteur exerce l'action *estimatoire* ou *quanti minoris*;

La Cour de cassation admet d'ailleurs que la réparation pourrait affecter la forme, non plus d'une simple réduction du prix, mais d'une condamnation à des dommages-intérêts, à supposer du moins que le vendeur ait eu connaissance du vice au moment de la vente (Civ. 11 avril 1933, *D. H.* 1933, 331, *S.* 1933, 1, 263); c'est ainsi un *troisième parti*, en sous-ordre du premier, qui est alors ouvert à l'acheteur.

2° S'il demande et s'il obtient la rédhibition de la vente, sur l'action dite *redhibitoria* (de là le nom de vices *rédhibitoires*), il doit restituer la chose; d'autre part, il obtient la restitution du prix, s'il l'a déjà payé, ainsi que celle des *frais occasionnés par la vente* (art. 1646). De plus, si le vendeur était de mauvaise foi, s'il connaissait l'existence du vice, il est passible de *tous les dommages-intérêts envers l'acheteur* (art. 1645).

1121. — Le Code civil a ainsi voulu établir une opposition très nette entre le vendeur de bonne foi, tenu seulement du prix et des frais de la vente (acte notarié, timbre, enregistrement, transcription, purge des hypothèques, frais d'enlèvement et transfert de la chose) et le vendeur de mauvaise foi à qui on impose la réparation de tous les dommages subis par l'acheteur à raison du vice dont il se plaint. Mais, dans la pratique, cette opposition, très marquée cependant dans les articles 1645 et 1646, est devenue à peu près lettre morte.

a) Il est de tradition que celui qui fabrique ou qui vend professionnellement un produit assume toute la responsabilité des vices de la chose vendue, encore qu'il les ait ignorés; suivant le mot de Pothier, il est garant « de la bonté de ses ouvrages »; *spondet peritiam artis*; sa bonne foi est inexcusable; elle implique une faute lourde, assimilable au dol et qui le rend donc tributaire de l'article 1645 (Req. 10 mai 1909, *D. P.* 1912, 1, 16);

b) A supposer même que le vendeur ne soit pas un professionnel, fabricant ou marchand, la Cour de cassation donne de l'article 1646, écrit pour le cas de bonne foi, une interprétation tendancieuse qui alourdit sensiblement la responsabilité à raison des vices cachés et ignorés : pour elle,

on doit entendre par « *frais occasionnés par la vente* », tous les dommages subis par l'acheteur, réserve faite seulement des bénéfices qu'il pouvait légitimement espérer réaliser, du *lucrum cessans*; c'est à cela que se réduirait la différence de traitement entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi; et, par exemple, le premier, comme le second, répondrait des dommages causés à des tiers par une automobile et dus à un vice caché de la voiture; l'acheteur, actionné en responsabilité par la victime, pourrait se retourner contre son auteur et lui demander le remboursement des dommages-intérêts qu'il a dû payer (Req. 21 oct. 1925, rapport Célice, note L. Josserand, *D. P.* 1926, 1, 9); cette thèse, contraire à la tradition, au texte de l'article 1646 et à l'intention des parties, doit être rejetée; le maintien indéfini de la pleine responsabilité du vendeur, à raison d'une chose dont il n'est plus ni le propriétaire, ni le gardien, est contraire aux principes généraux du droit.

1122. Remarque. — Le droit d'option de l'acheteur entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire n'existe pas toujours; il disparaît : 1° Si la vente a porté sur un office ministériel; on ne peut pas y revenir, le cessionnaire ayant une investiture publique; il devra se contenter, à l'occasion, d'une réduction du prix de cession; 2° Si la chose a péri par le fait de l'acheteur, ou encore par cas de force majeure (art. 1647, § 2); si au contraire la perte est due à la mauvaise qualité de la chose, la rédhibition de la vente est possible (art. 1647, § 1); 3° Si l'acheteur, ayant aliéné la chose, s'est mis par là même dans l'impossibilité de la restituer : sous une autre forme, *l'action rédhibitoire ne retentit pas contre les tiers*; la rédhibition n'équivaut donc pas à une véritable résolution de la vente, et c'est pourquoi on doit éviter d'employer ici la terminologie habituelle.

1123. Etendue d'application de la garantie des vices cachés. — 1° On ne distingue pas d'après *la nature de la chose vendue*; la cession d'un office ministériel tombe, quant au principe, sous l'application du droit commun (Civ. 18 janv. 1898, *D. P.* 1898, 1, 409, note Glasson; Req. 14 avril 1904, *D. P.* 1905, 1, 145) : de même que la vente des valeurs de Bourse (Req. 7 nov. 1893, *D. P.* 1894, 1, 258), ou la cession d'une créance;

2° Peu importe aussi, en principe, *la nature de la vente*; cependant, une exception est faite pour les *ventes faites par autorité de justice*, lesquelles ne donnent pas lieu à la garan-

tie des vices cachés (art. 1649). Mais cette réserve vise uniquement les ventes *qui ne peuvent être faites que par autorité de justice* (ventes sur saisie, ventes de biens de mineurs ou d'interdits, etc.), à l'exclusion des ventes volontaires faites en justice par le libre choix des parties (Paris, 30 juill. 1867, *D. P.* 1867, 2, 227).

1124. Ventes d'animaux domestiques. — Ces ventes sont régies par une législation complexe dont nous nous bornerons à énoncer les principaux éléments :

1° D'une part, une législation spéciale régit les vices rédhibitoires (L. 2 août 1884, insérée dans le Code rural, et modifiée par les lois du 31 juill. 1895, du 23 fév. 1905, du 24 fév. 1914 et du 7 juill. 1933) ;

2° D'autre part, une autre réglementation vise et réprime les ventes d'animaux atteints de *maladies contagieuses* (L. 21 juill. 1881, modif. par L. 31 juill. 1895; L. 21 juin 1898, modif. par l. 23 fév. 1905). Ces lois édictent des pénalités contre les vendeurs et aussi *la nullité de la vente* portant sur des animaux mis, en quelque sorte, *hors du commerce* (L. 21 juill. 1881, art. 13, complété par L. 31 juill. 1895, art. 1er).

V. Planiol, Ripert et Hamel, *op. cit.*, nos 361 et suiv.; Ch. Beudant et Brèthe de la Gressaye, t. XI du traité, nos 250 et suiv.

Section II. — OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR

1125. Enumération. — Trois obligations incombent à l'acheteur qui doit : 1° *prendre livraison;* 2° payer les *frais;* 3° payer le *prix*.

§ 1. — *OBLIGATION DE PRENDRE LIVRAISON; RETIREMENT DE LA CHOSE*

1126. Principe. — Ce n'est pas seulement une obligation pour le vendeur, de livrer la chose vendue, c'est aussi un droit pour lui d'effectuer la livraison, d'imposer à l'acheteur le retirement de cette chose; comme c'est d'ailleurs un droit pour tout débiteur de se libérer à l'époque convenue (*sup.* n° 864).

1127. Sanctions. — Le droit du vendeur, et l'obligation correspondante de l'acheteur comportent une double sanction :

1° Le vendeur peut recourir à la procédure de la *consi-*

gnation, dans les termes du droit commun (*sup.* n^os^ 866 et suiv.);

2° Il lui est loisible de poursuivre la *résolution* de la vente, pour inexécution des obligations de l'acheteur et conformément à l'article 1184 (*sup.* n^os^ 374 et suiv.).

1128. Résolution de plein droit. — Il est même un cas, ou plutôt une série de cas dans lesquels il n'a pas besoin de demander au tribunal de prononcer la résolution que la loi met à sa disposition, sans autre formalité : aux termes de l'article 1657, « *en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement* ».

Ce texte suppose réunies diverses conditions :

a) La vente a porté sur des *denrées* ou sur des *effets mobiliers*, par exemple sur une coupe de bois (Req. 3 nov. 1932, *D. H.* 1932, 570);

b) Un *terme* avait été fixé pour le retirement; si les parties, n'avaient pas précisé l'époque de la livraison et si, d'autre part, aucun délai n'est fixé par l'usage, le droit commun reprend son empire, c'est-à-dire que la résolution du contrat ne pourra être que judiciaire (Civ. 17 déc. 1879, *D. P.* 1880, 1, 133);

c) Le vendeur manifeste, d'une façon ou d'une autre, son intention de considérer la vente comme résolue; sans doute, la résolution a lieu de plein droit, mais non pas contre la volonté du vendeur; admise dans l'intérêt de celui-ci, elle ne peut pas se retourner contre lui; elle est donc écartée s'il préfère maintenir le contrat (Req. 17 fév. 1903, *S.* 1903, 1, 403, *D. P.* 1903, 1, 191; Civ. 20 janv. 1908, *D. P.* 1908, 1, 125);

d) Il faut ajouter que le vendeur ne peut pas considérer la vente comme résolue si c'est par son fait que le retirement n'a pu être effectué (Civ. 16 mai 1922, *D. P.* 1922, 1, 130; 13 avril 1929, *D. H.* 1929, 265; Comp. Limoges, 18 mai 1881, *D. P.* 1884, 2, 111).

1129. — La jurisprudence applique l'article 1657 aux ventes *commerciales* aussi bien qu'aux ventes civiles; c'est qu'en effet, les raisons de décider sont les mêmes, et elles prennent même une force accrue en matière commerciale; il ne faut pas qu'une marchandise demeure indéfiniment immobilisée et parce que l'acheteur n'exécute pas les obligations qui lui incombent; le législateur veut qu'elle récupère rapidement sa facilité de circulation (Req. 11 juill. 1882, *S.*

1882, 1, 472, *D. P.* 1883, 1, 304; Douai, 6 nov. 1895, *D. P.* 1896, 2, 112).

§ II. — *OBLIGATION DE PAYER LES FRAIS*

1130. Règle générale. — D'après l'article 1593, « *les frais d'acte et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur* ».

1131. Précisions. — Les frais d'actes et autres accessoires dont s'agit sont les *honoraires du notaire*, les droits de *timbre et d'enregistrement* : 12 % pour les ventes immobilières, droit de transcription compris, mais 15 % lorsqu'il s'agit d'un achat en vue d'une revente; 8 % pour la vente des fonds de commerce : décret-loi du 8 juill. 1937, *portant réalisation d'un ensemble de mesures tendant à assurer le redressement financier*, art. 29; une réduction de moitié est accordée lorsque l'achat a lieu en vue d'une construction ou d'une reconstruction, art. 455*bis* et 455*ter* du code de l'enregistrement, modif. par les art. 11 et 12 du décret-loi du 2 mai 1938, *relatif à la production*; comp. l'art. 1er du décret-loi du 17 juin 1938 *comportant exonération de droits d'enregistrement en faveur des constructions nouvelles*, et modifiant à cet effet l'art. 457*bis* du Code de l'enregistrement; — 7 % pour les ventes mobilières : décret du 27 déc. 1934, *portant codification en matière d'enregistrement*, art. 460; l'art. 461 réduit le tarif de moitié pour les ventes d'animaux, récoltes, etc., auxquels il faut ajouter les frais de *quittance* (*sup.* n° 863). On a vu que les frais de *purge* incombent, au contraire et sauf controverse, au vendeur (*sup.* nos 1081 et 1083). Nous rappelons que les frais d'*enlèvement* de la chose sont à la charge de l'acheteur, tandis que les frais de la *délivrance* sont pour le vendeur (art. 1608).

V. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire d'enregistrement*, 1935; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. XI, par Brèthe de la Gressaye, n° 284.

§ III. — *OBLIGATION DE PAYER LE PRIX*

1132. Plan. — L'obligation de payer le prix est « *la principale obligation de l'acheteur* » (art. 1650). Il faut savoir :

1° *Où* et *quand* le prix doit être payé;
2° *Ce qui* doit être payé au juste;
3° Quelles sont les *sanctions* de cette obligation.

1133. I. Où et quand le prix doit-il être payé? — L'article 1651 répond à cette double question; sauf clause contraire, le prix doit être payé « *au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance* ». Ce texte établit ainsi un lien étroit entre l'obligation de délivrance qui incombe au vendeur, et l'obligation de payer le prix dont est tenu l'acheteur.

1° Quant au *lieu* d'exécution : c'est le lieu de la délivrance qui est constitué lieu du paiement; donc, et par application de l'article 1609, ce paiement doit être effectué, en principe, là où se trouvait, lors de la vente, la chose vendue. Le droit commun est ainsi écarté : d'après l'article 1247, c'est en effet le domicile du débiteur, donc de l'acheteur, qui aurait été déterminant (*sup.* n° 862);

2° Quant à l'*époque* du paiement : le paiement doit avoir lieu au moment où la délivrance doit être effectuée; il en résulte que si le vendeur jouit d'un délai pour la livraison, l'acheteur bénéficie automatiquement de la même facilité pour le règlement du prix, ce qui constitue encore une dérogation au droit commun des obligations; en principe, le terme accordé à l'une des parties ne profite pas à l'autre.

Bien entendu, la convention peut déroger à cette règle de concordance; d'autre part, et même en l'absence d'une clause dérogatoire à l'article 1651, il est un cas où l'acheteur est fondé à refuser le paiement, à l'ajourner tout au moins, encore que le jour de l'exigibilité soit arrivé : c'est celui où il serait troublé dans sa possession; il suffirait même qu'il eût un juste sujet de craindre d'être troublé; il pourrait alors exercer le droit de *rétention*.

1134. Droit de rétention de l'acheteur. — Il résulte de l'article 1653 que l'acheteur peut retenir le prix s'il « *est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication...* » Par hypothèse, l'acheteur n'est pas encore évincé; peut-être même n'est-il pas encore troublé dans sa possession; il ne pourrait donc pas agir en garantie, à supposer qu'il eût payé le prix (*sup.* n° 1099). Mais, n'ayant pas encore payé, il lui est loisible de suspendre le paiement; la situation n'est pas assez grave pour justifier une mesure répressive; elle l'est suffisamment pour légitimer un moyen de défense, une parade préventive. Par exemple, l'acheteur apprend l'existence d'hypothèques qui grèvent l'immeuble et dont il n'avait pas été question lors de la vente : il suspendra le paiement du prix (Req. 19 mars 1884, *D. P.* 1885, 1, 211);

au lieu que, s'il avait déjà payé, il devrait attendre, pour agir en garantie, d'être touché par l'action hypothécaire.

Cette faculté de suspendre le paiement du prix n'est qu'une application du droit de rétention (*inf.* n° 1465) et a donc une portée générale, même en matière mobilière, et par exemple pour la vente d'un fonds de commerce (Colmar, 24 oct. 1936, *Rev. trim.* 1938, p. 96) ; elle constitue le pendant et la contre-partie du droit qui appartient au vendeur de refuser la délivrance de la chose aussi longtemps que le prix ne lui est offert (art. 1612, *sup.* n° 1090) ; dans un cas comme dans l'autre, on voit fonctionner l'exception *non adimpleti contractus* (*sup.* n° 23).

L'acheteur perdrait le bénéfice de cette exception : 1° si le vendeur fournissait une caution qui répondrait de l'exécution de ses obligations; 2° s'il avait été convenu que, nonobstant le trouble, le prix serait payé à l'époque fixée (art. 1653).

1135. II. Sur quoi, au juste, doit porter le paiement? — L'acheteur doit d'abord et principalement payer le prix convenu; mais ne doit-il pas aussi, et dans certains cas, servir des *intérêts*?

L'article 1653 cite trois cas dans lesquels il est tenu de le faire :

1° Il en avait été convenu ainsi lors de la vente; la volonté des parties doit être obéie, même au delà des limites du taux conventionnel (il est rappelé que ces limites ont été provisoirement effacées par une loi du 18 avril 1918, mais rétablies, sous une forme différente et plus élastique, par un décret-loi du 8 août 1935; *sup.* n° 642) : la Cour de cassation estime, en effet, que les dispositions restrictives du taux conventionnel ne visent que le *prêt à intérêt* (prêt d'argent et opérations similaires) ; elles seraient étrangères aux autres contrats et notamment à la vente (Civ. 13 mars 1899, *D. P.* 1900, 1, 5, note Boistel) ; solution libérale mais fort contestable (V. la note précitée) ;

2° La chose vendue et *livrée* produit des fruits; elle donne des *revenus* : c'est, par exemple, une maison qui est louée et dont l'acheteur perçoit donc les loyers; alors de plein droit, les intérêts du prix courent *à dater de la délivrance*, conformément à la volonté probable des parties; il serait contraire à la bonne foi que l'acheteur eût le bénéfice cumulatif des revenus de la chose et des intérêts du prix qu'il retient;

3° L'acheteur a été *sommé* de payer; les intérêts du prix

courent alors, à dater de la sommation; mais il n'y a là rien de particulier à la vente; c'est un principe général que le débiteur doit des intérêts lorsqu'il a été mis en demeure (*sup.* n^os^ 618 et suiv.).

1136. III. **Sanctions de l'obligation de payer le prix.** — Le vendeur se trouve placé, quant à l'exécution du contrat, dans une moins bonne situation que l'acheteur, au moins s'il a livré la chose sans recevoir le prix, ce qui se produit assez souvent dans la pratique courante; à la différence de l'acheteur, devenu ordinairement propriétaire dès le jour de la vente, il est réduit au rôle de créancier; il a donc à redouter l'*insolvabilité* de l'acheteur dont il a suivi la foi. Il importe de venir à son aide, de lui fournir des armes qui lui permettront, soit d'obtenir satisfaction, soit, si ce résultat ne peut être atteint, d'échapper à tout dommage. A cet effet, la loi lui accorde une série de garanties : 1° un droit de *rétention;* 2° un droit de *revendication;* 3° un *privilège;* 4° une action en *résolution*. En outre, dans le cas où c'est un véhicule ou un tracteur automobile qui a fait l'objet d'une *vente à crédit*, la loi du 29 décembre 1934 confère au vendeur, en plus du privilège qui appartiendrait au vendeur d'une chose quelconque, une sûreté à caractère mal défini que cette loi a rattaché arbitrairement à un prétendu gage fictif, sans nantissement du prétendu créancier gagiste, et qui constitue en réalité, pour celui-ci, une sorte de *super-privilège*.

Ce diverses garanties n'appartiennent pas toujours simultanément au vendeur; le plus souvent, une ou quelques-unes d'entre elles sont seules à sa disposition, car elles requièrent, pour leur fonctionnement, des conditions spéciales à chacune d'elles; dans leur ensembble, elles sont suffisamment efficaces et assurent au vendeur une grande sécurité.

Les trois premières seront étudiées parmi les *sûretés*, où se trouve leur véritable place (droit de rétention, *inf.* n° 1465; privilège, *inf.* n^os^ 1601 et 1755; droit de revendication, *inf.* n° 1607; privilège du vendeur à crédit d'un véhicule ou tracteur automobile, *inf.* n° 1609 bis) : c'est donc uniquement sur le *droit de résolution* que doivent porter, pour le moment, nos explications.

Action en résolution

1137. Principe. — Si l'acheteur ne paie pas le prix convenu, et alors qu'il n'a aucun motif légitime de le rete-

nir (Req. 30 juill. 1928, *D. P.* 1929, 1, 136), le vendeur peut poursuivre la résolution de la vente (art. 1654).

Ce principe n'est que la mise en œuvre d'un principe plus général et précédemment étudié d'après lequel l'inexécution, par l'une des parties, des obligations mises à sa charge par un contrat synallagmatique, ouvre au créancier le droit de poursuivre la résolution de ce contrat (art. 1184, *sup.* n° 374). Nous n'avons pas à reprendre ici, sous toutes ses faces, cette théorie générale; il nous suffira d'en faire l'adaptation à la vente, en insistant sur les particularités qu'elle présente dans cette application spécialisée; nous nous bornerons à rappeler que la résolution est, en principe, *judiciaire* (*sup.* n° 382) et qu'elle est *facultative* pour le créancier, en l'espèce pour le vendeur, qui peut, s'il le préfère et s'il en augure une heureuse issue, poursuivre l'exécution du contrat.

1138. Plan. — Il faut rechercher : 1° dans *quelles ventes* le vendeur peut exercer l'action en résolution; 2° *comment la résolution opère*; 3° quels en sont les *effets*.

1139. A. **Ventes dans lesquelles le vendeur a l'action en résolution.** — En principe, ce sont toutes les ventes qui sont résolubles pour défaut de paiement du prix : l'article 1654 est conçu dans les termes les plus généraux. Les *ventes judiciaires* elles-mêmes comportent la *revente sur folle enchère* (C. pr., art. 713, 733, mod. par décret-loi 17 juin 1938) qui n'est qu'une adaptation de la résolution pour défaut de paiement du prix. On ne distingue ni d'après la personnalité des parties, ni suivant la nature de la chose vendue, et on n'exige même pas que l'inexécution de l'obligation de l'acheteur soit totale : un paiement partiel n'exclut pas nécessairement le succès d'une action en résolution (*sup.* n° 384).

1140. Dérogations. — Cependant, il est des ventes qui échappent à l'application de l'article 1654, les unes à raison de la personnalité de l'acquéreur; d'autres à cause de leur objet; d'autres encore en considération du mode de fixation du prix.

1° *A raison de la personnalité de l'acquéreur.* — Lorsqu'un immeuble est exproprié *pour cause d'utilité publique*, il entre dans le *domaine public* et on ne comprendrait pas qu'il pût en être distrait au moyen d'une résolution. L'observation est d'ailleurs sans importance pratique; l'indemnité d'expropriation doit être remise à l'exproprié ou consignée à son

intention antérieurement à sa dépossession (art. 545; d.-l. 8 août 1935, art. 46 à 48);

2° *A raison de l'objet de la vente.* — La vente porte sur un *office ministériel*, plus exactement sur le droit de présentation attaché à cet office : si le cessionnaire ne paie pas le prix convenu, le cédant n'a pas la ressource de faire résoudre le marché; un office ne peut pas changer de titulaire pour des raisons d'ordre privé; ce titulaire est nommé par décret; on n'imagine pas qu'un tribunal puisse, en prononçant la résolution de l'acte de cession, réviser l'autorité de cette décision du chef de l'Etat;

1141. — 3° *En considération du mode de fixation du prix.* — Le droit commun s'applique naturellement lorsque le prix a été fixé, comme il arrive ordinairement, en *capital*; mais il y a des distinctions à faire lorsqu'il affecte la forme d'une *rente* qui peut être, soit *perpétuelle*, soit *viagère*.

a) Si l'acheteur s'est engagé à servir au vendeur une *rente perpétuelle*, l'article 1912 décide que le débiteur peut être contraint au rachat s'il cesse de remplir ses obligations pendant *deux années*. Si donc l'acheteur néglige, pendant deux années, de servir les *arrérages*, mais alors seulement, le vendeur est en droit de poursuivre le rachat, ce qui revient à dire qu'il peut demander la résolution de la vente (*inf.* n° 1357). On pourrait objecter que l'article 1912 prévoit spécialement le cas où la vente a été constituée moyennant l'aliénation d'un capital en argent, c'est-à-dire le cas d'une rente *constituée*, et non pas celui d'une rente *foncière*, représentant le prix d'une vente; mais il n'existe aucune bonne raison de traiter différemment ces deux variétés de rente perpétuelle et il serait impossible d'expliquer pourquoi le défaut de service d'une seule annuité de la rente foncière suffirait à motiver la résolution du contrat alors qu'on exige, pour la rente constituée et d'après l'article 1912, l'interruption biennale. La majorité des auteurs, interprétant extensivement l'article 1912, traitent de même les deux sortes de rente perpétuelle.

1142. — *b*) Si c'est une *rente viagère* qui tient lieu de prix, la solution est toute différente : le seul défaut de paiement des arrérages, même pendant plusieurs années, n'autorise pas le vendeur, et, plus généralement, le crédirentier, à poursuivre la résolution du contrat, à réclamer le rétablissement du *statu quo ante* (art. 1978); on explique généralement cette solution en disant que le rétablissement en question est irréalisable; en effet, la vente à rente via-

gère est un contrat *aléatoire*; les parties ignorent jusqu'à quel point il leur sera profitable, puisque tout dépend de l'âge auquel parviendra le créancier; elles ont donc couru un risque, dès le premier jour, et on ne peut pas faire qu'elles ne l'aient pas couru; on ne saurait faire table rase de l'aléa déjà subi; une remise des choses en l'état serait illusoire; il n'y a donc pas place pour une résolution qui, par définition même, tend à passer l'éponge sur la période contractuelle.

Ce n'est pas à dire, d'ailleurs, que le vendeur impayé n'obtiendra pas une satisfaction, mais elle sera autre que la lui accorderait le droit commun; le code civil l'autorise à saisir et à faire vendre les biens de son débiteur, pour que, sur le produit de la vente, une somme puisse être prélevée et placée pour assurer le service des arrérages (art. 1978, *inf.* n° 1394).

D'autre part, il est admis :

1. Que la résolution est possible, si les parties l'ont expressément visée dans l'acte de vente, constitutif de la rente viagère (*inf.* n° 1392).

2. Qu'elle pourrait être également demandée, et en dehors de toute clause, si le débiteur de la rente n'avait couru aucun aléa, par exemple si les annuités ne dépassent pas le revenu moyen de l'immeuble aliéné (Civ. 16 mai 1866, *D. P.* 1866, 1, 211).

1143. B. **Comment opère la résolution.** — La résolution n'opère pas de plein droit; elle doit être demandée au tribunal qui n'est pas obligé de la prononcer, car il peut accorder à l'acheteur, comme à tout débiteur de bonne foi, un délai pour se libérer (art. 1655, § 2; 1244, § 2). Cependant, les parties peuvent convenir qu'à défaut de paiement au jour fixé, la vente sera résolue de plein droit; mais cette clause n'a qu'une portée limitée; sans doute, elle exclut l'intervention du tribunal et, par conséquent, la concession d'un délai de l'acheteur (art. 1656, *in fine*); mais celui-ci peut encore payer aussi longtemps qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; c'est, du moins, ce que la loi décide pour la *vente d'immeuble* (art. 1656), et c'est une question de savoir si cette solution vaut pour tous les contrats et, par exemple, pour une vente mobilière; nous nous sommes expliqué sur ce point (*sup.* n° 389).

Dans tous les cas, le doute est dissipé si les parties ont convenu que, faute de paiement au jour dit, la vente serait résolue *de plein droit et sans sommation*; cette clause serait catégorique et sa validité est certaine.

On admet généralement que, si le vendeur est décédé, laissant plusieurs héritiers, l'action en résolution ne se divise pas entre ceux-ci, en ce sens du moins qu'il ne dépend pas de l'un d'eux de l'exercer pour partie et dans la mesure de sa part héréditaire; il faudra qu'ils se mettent d'accord sur le parti à prendre (arg. art. 1670 et 1685). C'est ce qu'on entend lorsqu'on dit que l'action en résolution est *indivisible* (Civ. 6 mai 1829, D. *Jur. gén.* V° Vente, n° 1304; trib. civ. Lille, 2 avril 1930, *D. P.* 1933, 2, 112).

1144. C. **Effets de la résolution. — Principe.** — La résolution agit rétroactivement; la vente disparaît, même dans le passé, soit dans les rapports des *parties*, soit à l'égard des *tiers*.

1° *Entre les parties.* — Le rétablissement du *statu quo ante* doit être assuré : l'acheteur restitue la *chose*, s'il en avait reçu livraison; il est, dans la même éventualité, comptable des *fruits*; il est impossible, en effet, de le traiter ainsi qu'une personne de bonne foi; il est responsable des *détériorations* dues à son fait; enfin, il est passible, à l'occasion, de dommages-intérêts (art. 1184, § 2).

En retour, le vendeur est redevable d'une indemnité à raison des améliorations effectuées par l'acheteur : la théorie des impenses (*sup.* t. I, n° 1612) reçoit purement et simplement son application;

1145. — 2° *A l'égard des tiers*, la rétroactivité fait également son œuvre, et cette œuvre peut être néfaste : les droits réels concédés dans l'intervalle par l'acheteur tombent en même temps que sa propriété dont ils dérivaient; propriétaire sous condition résolutoire, il n'a pu conférer à ses ayants cause que des droits également résolubles; les sous-acquéreurs, les usufruitiers, les titulaires de servitudes, les créanciers hypothécaires assisteront, par voie de répercussion, à l'anéantissement de leurs droits : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Sans doute, pour obtenir ce résultat, le vendeur doit exercer deux actions : l'action en résolution contre l'acheteur qui n'a pas payé, puis la revendication contre le sous-acquéreur; mais dans la pratique, il intentera simultanément l'une et l'autre; il aura soin de mettre en cause le sous-acquéreur qui, si cette précaution était omise, serait fondé à objecter la relativité de la chose jugée entre vendeur et acheteur, ce qui obligerait le premier à engager une nouvelle instance. Lorsque les deux questions sont ainsi liées par le vendeur, l'action en résolution sert à faire valoir deux droits, le droit

de créance dérivant de la vente et le droit de propriété dont le demandeur est investi en conséquence de la résolution prononcée; c'est pourquoi on dit de cette action qu'elle est *mixte* (V. R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 55).

1146. Protection des tiers. — Les tiers, dont les droits dérivent de la propriété de l'acheteur, aujourd'hui résolue, se trouvent protégés par certaines dispositions, les unes d'ordre général, les autres qui ont été prises spécialement en leur faveur et en vue de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix.

a) *Mesures de protection d'ordre général.* — Les tiers peuvent trouver, dans les principes généraux du droit, des moyens de salut.

1. L'action en résolution de l'article 1654 n'est pas éternelle; elle se prescrit, non pas sans doute par dix ans et conformément à l'article 1304, mais du moins par *trente ans*, par application de l'article 2262 (*sup.* n° 340).

2. Même avant l'expiration de ce délai, le sous-acquéreur, qui a traité avec l'acheteur, peut avoir le bénéfice de l'usucapion abrégée de dix à vingt ans de l'article 2265; nul doute, en effet, que cette usucapion, qui l'abriterait s'il avait traité avec un *non dominus*, ne lui soit également et à plus forte raison secourable lorsqu'il a acheté la chose d'un propriétaire sous condition résolutoire.

3. Si la chose vendue et non payée est un meuble corporel, les choses iront plus vite : c'est tout de suite que le sous-acquéreur sera à l'abri de l'action résolutoire de l'auteur de son auteur; il invoquera l'article 2279, § 1; en fait de meubles, la possession vaut titre, ceci du moins à supposer que ce sous-acquéreur ait été de bonne foi; qu'il ait ignoré, lors de son acquisition, la menace de résolution suspendue sur la tête de son auteur.

1147. b) *Mesures de protection édictées spécialement en vue de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix.*

1. Lorsqu'un immeuble est exproprié *pour cause d'utilité publique*, toutes actions en résolution, et non pas seulement celle de l'exproprié, sont écartées; elles ne peuvent ni « *arrêter* l'expropriation ni en empêcher l'effet » (D.-l. 8 août 1935, art. 22); le droit du vendeur est alors transporté sur le prix d'adjudication, et « *l'immeuble en demeurera affranchi* » (même texte).

2. Si un immeuble est saisi par les créanciers, l'adjudication sur saisie entraîne purge des hypothèques, et l'adjudicataire est à l'abri de l'action en résolution du vendeur impayé, du moment que celui-ci n'a pas formé et fait mentionner à la suite du cahier des charges, trois jours au moins avant l'audience éventuelle, ladite demande en résolution; (C. pr., art. 692, 695, 717 § 2, modif. par l. 21 mai 1858 et par d.-l. 17 juin 1938, art. 1er). Cette solution sauvegarde les droits des intéressés, ceux de l'adjudicataire qui n'est plus exposé à une éviction inattendue, ceux aussi du vendeur qui doit être mis au courant de la situation par une sommation (C. pr., art. 689 - 2°, nouv. réd.) et qui se trouve donc en mesure de veiller à ses intérêts; d'ailleurs, s'il a omis de le faire, il conserve néanmoins le droit de faire valoir sa créance dans la distribution du prix d'adjudication (C. pr., art. 717, § 2, nouv. réd.).

1148. — 3. En dehors de ces éventualités exceptionnelles, et à supposer que *l'immeuble* ait fait l'objet d'une revente, plus généralement d'une *sous-aliénation de gré à gré*, ou encore qu'il ait été grevé de droits réels, des dispositions ont été prises par la loi du 23 mars 1855 pour protéger les tiers contre la menace de l'action en résolution du vendeur impayé; aux termes de l'article 7 de cette loi, ladite action « *ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver* ».

Comme on le voit, le procédé consiste à placer l'action en résolution, quant à la publicité, sous la dépendance du privilège du vendeur, à la *solidariser* avec lui : ou bien le vendeur d'immeuble a conservé son privilège, et alors il peut poursuivre la résolution de la vente; ou bien il a perdu son privilège et, en ce cas, il ne peut plus demander la résolution; comme, d'autre part, le privilège est soumis à un régime de publicité (*inf.* n° 1803), il en résulte que les tiers seront mis sur leurs gardes; ils savent ou ils doivent savoir que, derrière le privilège publié, est tapie l'action en résolution qui marche dans son sillage.

1149. Portée de l'article 7. — Seulement, le régime institué par l'article 7 de la loi de 1855 a une portée d'application assez limitée; ceux qu'il protège, ce sont uniquement *les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur et qui se sont conformés aux lois pour les conser-*

ver. La formule est reproduite de celle de l'article 3 de la même loi; elle vise les acquéreurs (*entre vifs*, ou même, depuis la réforme effectuée par un décret-loi du 30 oct. 1935, *à cause de mort* : art. 1er, nouv. réd. de la loi du 23 mars 1855; *sup.*, t. I, nos 1730 et suiv.), soit de la propriété elle-même, soit d'un droit réel sujet à transcription ou à inscription : servitude, usufruit, hypothèque; et aussi les cessionnaires de trois années de loyers ou de fermages à échoir ainsi que les locataires ou les fermiers munis d'un bail de plus de dix-huit ans, toutes personnes qui rentrent dans le cadre de la loi de 1855, qui sont assujetties à des formalités de publicité; à condition de les avoir accomplies, elles peuvent, d'après l'article 3, opposer à l'occasion le défaut de transcription et elles sont fondées à opposer au vendeur, en se prévalant de l'article 7, la déchéance de son action en résolution, du moment que son privilège est lui-même éteint.

Au contraire, l'article 7 ne protège pas les créanciers *chirographaires* qui sont laissés en dehors de cette disposition comme ils restent à l'écart de l'article 3 (*sup.* t. I, n° 1742): à leur égard, le vendeur demeure muni de l'action en résolution alors même qu'il aurait perdu son privilège.

1150. Difficultés. — Cependant, des difficultés s'élèvent, dans les rapports du vendeur d'immeuble avec des créanciers chirographaires, soit au cas de *faillite* de l'acheteur, soit lorsqu'il est *décédé* et que sa succession a été acceptée sous *bénéfice d'inventaire*. Dans ces deux éventualités, on verra que le cours des inscriptions est arrêté; le vendeur ne peut plus opposer son privilège (*inf.* n° 1845); faut-il décider qu'il est également déchu de l'action résolutoire?

Au cas de *faillite*, il faut répondre affirmativement : les créanciers de la masse ont un hypothèque légale qui porte sur les biens du failli et qui est sujette à inscription (C. com., art. 490, § 3); si cette inscription a été prise, les créanciers répondent à la formule de l'article 7 de la loi de 1855; la masse n'a plus à redouter la résolution de la vente (Civ. 24 mars 1891, *S.* 1891, 1, 209, note Lyon-Caen, *D. P.* 1891, 1, 145; Req. 7 fév. 1898, *D. P.* 1898, 1, 459, *S.* 1899, 1, 307).

Mais, en cas de *décès* de l'acheteur suivi de l'acceptation de sa succession *sous bénéfice d'inventaire*, la situation est bien différente : les créanciers héréditaires n'ont ni privilège ni hypothèque; ils ne remplissent donc pas les con-

ditions exigées par l'article 7; ils n'ont pas acquis sur l'immeuble et du chef de l'acquéreur des droits sujets à publicité. Il est vrai et on pourrait objecter que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne séparation des deux patrimoines du défunt et de l'héritier; or, le bénéfice de la séparation des patrimoines est sujet à inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 2111; *inf.* n° 1844); il semble donc que, de ce chef, les créanciers héréditaires puissent se réclamer, en tant que séparatistes, de la disposition de l'article 7; mais on verra que la séparation des patrimoines ne fonctionne que *contre les créanciers personnels de l'héritier*; dans les rapports des créanciers héréditaires entre eux, elle ne doit pas jouer (*inf.* t. III, n° 1001); or, la question que nous examinons s'élève entre le vendeur de l'immeuble et les autres créanciers de l'acheteur; elle doit donc être résolue abstraction faite de la séparation des patrimoines. En conclusion, le vendeur peut poursuivre la résolution de la vente au préjudice des autres créanciers de l'acheteur décédé, et encore qu'il soit déchu de son privilège parce qu'il ne l'avait pas publié antérieurement au décès (Civ. 27 mars 1861, *D. P.* 1861, 1, 102, *S.* 1861, 1, 758).

1151. — 4. Lorsque c'est un *fonds de commerce* qui est vendu, l'exercice de l'action résolutoire est subordonné, par un régime imité de celui de l'article 7 de la loi de 1855, à l'existence du privilège du vendeur impayé; or, ce privilège lui-même ne naît que moyennant une inscription qui doit être effectuée au greffe du tribunal de commerce (L. 17 mars 1909, art. 1er, § 1, art. 2, § 1); de plus, et en cela le législateur de 1909 est plus exigeant que celui de 1855, il faut que l'action résolutoire ait été mentionnée et réservée expressément dans l''inscription du privilège (même loi, art. 2, § 2).

Au cas de vente *forcé* du fonds de commerce, la loi de 1909 institue un régime qui est inspiré par celui de l'article 717 C. pr. : notification de la vente est adressée au vendeur impayé qui doit exercer son action résolutoire dans le mois, à peine de déchéance vis-à-vis de l'adjudicataire (art. 2, § 6, de la loi).

1152. Publicité du jugement de résolution. — Jusqu'ici, nous n'avons envisagé que la publicité de *l'action* en résolution; mais on sait que la loi du 23 mars 1855 a assuré une certaine publicité au *jugement* de résolution; il doit être mentionné en marge de la transcription de la vente résolue, et cela dans *le mois* à dater du jour où il a acquis

l'autorité de la chose jugée (L. 23 mars 1855, art. 4, § 1). La sanction n'est d'ailleurs pas et ne pouvait pas être l'inopposabilité du jugement non mentionné; elle consiste simplement dans une amende de *cent francs*, encourue par l'avoué qui a obtenu le jugement et qui a négligé, par hypothèse, de provoquer l'accomplissement de cette formalité de publicité (art. 4, § 2).

Mais ce n'est pas tout : le décret-loi du 30 octobre 1935, qui a élargi considérablement — et heureusement — le domaine de la transcription, est considéré par la majorité des auteurs, comme ayant soumis à cette formalité les jugements prononçant la résolution d'un acte précédemment transcrit, de telle façon que ces jugements feraient l'objet d'un double régime de publicité, celui de l'article 4 de la loi de 1855 (mention en marge) et celui du décret-loi de 1935 (transcription). A notre avis, ce cumul de mesures de publicité n'est nullement imposé par le texte du décret-loi, car un jugement de résolution ne rentre ni dans la catégorie des actes translatifs (art. 1er - 1°, de la loi du 23 mars 1855), ni dans celle des actes déclaratifs (art. 1er - 5°, nouv. réd.) (v. *sup.*, t. I, n° 1731). En tout cas, la sanction du défaut de transcription ne saurait consister dans l'inopposabilité aux tiers de la décision de justice dont l'efficacité ne peut se trouver paralysée par suite de la négligence d'un plaideur ou de son avoué; et, dès lors, l'exigence qu'on prétend avoir été celle du décret-loi demeurerait purement platonique. A cet égard encore, ce décret-loi mériterait d'être compté parmi les *leges imperfectae*; c'est d'ailleurs une qualification qu'il justifie abondamment et en tout sens.

CHAPITRE III

Causes de dissolution de la vente

Vente à réméré

1153. Généralités. — La vente est soumise aux causes de dissolution du droit commun; mais elle en comporte d'autres qui lui sont particulières et dont la plupart ont été précédemment décrites et analysées :

1° Cause de *nullité* : le défaut de propriété chez le vendeur; la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599; *sup.* n° 1040);

2° Cause de *rescision* : le vendeur d'immeuble, s'il est lésé de plus des sept douzièmes, peut poursuivre la rescision du contrat (*sup.* nos 1049 et suiv.);

3° Causes de *résolution* :

a) Pour *inexécution des obligations*, soit de la part du vendeur, soit de la part de l'acheteur; on a vu que le droit commun de l'article 1184 subit, dans son application à la vente, certaines déformations; notamment, le Code civil édicte, à défaut de retirement d'un meuble vendu, dans le délai convenu, la résolution de plein droit, au profit du vendeur (art. 1657; *sup.* n° 1128);

b) Les *arrhes* fonctionnent parfois ainsi qu'une condition résolutoire de la vente; chacune des parties peut se rétracter à la condition d'abandonner les arrhes ou de les restituer au double (*sup.* n^os^ 1067 et 1068);

c) La vente peut être affectée de diverses *conditions résolutoires expresses*; l'une d'elles, le *réméré*, est faite pour nous retenir; la *vente à réméré* est, en effet, l'objet d'une réglementation particulière.

La vente à réméré

Articles 1659 à 1673.

1154. Définition. — « *La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* », ainsi s'exprime l'article 1659.

La vente à réméré est donc caractérisée par une faculté de rachat que s'y réserve le vendeur; il pourra reprendre son bien, en remboursant à l'acheteur le prix et les frais; s'il use de cette faculté, la vente sera résolue; il n'y aura pas une vente suivie d'une revente en sens inverse; une seule vente aura été conclue qui se trouvera rétroactivement anéantie; la vente à réméré est donc une vente sous condition résolutoire.

Mais ce dispositif suppose que la clause de rachat figure dans l'acte même de vente; intervenue après coup, elle ne modifierait pas le caractère du contrat qui demeurerait pur et simple, sauf à examiner si l'acheteur n'aurait pas entendu consentir à son vendeur une promesse de vente (*Sic*, Agen, 1^er^ juill. 1929, *S.* 1929, 2, 172).

1155. I. Utilité du réméré. — La vente à réméré a la signification d'un instrument de crédit; elle permet au propriétaire d'un bien de se procurer de l'argent en l'aliénant, mais en se réservant la possibilité de le récupérer, une fois revenu à meilleure fortune; en fait, sinon en droit, le *ven-*

deur à réméré est un emprunteur; l'*acheteur à réméré*, un bailleur de fonds; la chose vendue à réméré est un bien affecté au règlement de la dette, mais avec cette particularité que l'emprunteur en perd, du moins provisoirement, la propriété et la possession, en sorte que le bailleur de fonds se trouve dans une situation particulièrement forte; il a plus qu'une garantie, il est propriétaire; il a davantage qu'un droit accessoire, il a un droit réel principal et indépendant.

1156. II. Danger du réméré. — La vente à réméré, qui est relativement fréquente, présente des dangers, d'abord parce qu'elle fait peser une menace sur les tiers dont les droits, concédés dans l'intervalle par l'acheteur, seront résolus en même temps que sa propriété; puis et surtout, parce qu'elle est parfois déviée de son but; les parties l'utilisent en vue de tourner certaines règles impératives : 1. Notamment celle qui prohibe la combinaison appelée *contrat pignoratif* (*inf.* n° 1540), c'est-à-dire la clause d'après laquelle le créancier gagiste deviendrait, à l'échéance et à défaut de paiement, propriétaire de plein droit de la chose engagée (art. 2078); grâce à la vente à réméré, on échappe à cette prohibition, en forçant encore le caractère draconien de l'opération : le prêteur ne deviendra pas propriétaire à l'échéance, puisque la loi le lui interdit; mais qu'à cela ne tienne, il le deviendra par anticipation et dès le jour du prêt, déguisé sous le masque d'une vente à réméré : qui ne peut le moins peut le plus! 2. D'autre part, la vente à réméré permet de tourner aisément les dispositions limitatives, en temps normal, du taux de l'intérêt conventionnel : on stipulera un prix de rachat bien supérieur au prix de vente, le double par exemple; à supposer que le réméré doive être exercé dans l'année, l'argent aura été prêté à 100 %: la vente à réméré recouvre alors un *prêt usuraire*. C'est pour ces raisons que la vente à réméré a été supprimée (en même temps que l'antichrèse) par la loi *roumaine* du 2 avril 1931, *contre l'usure*.

Il est évident que, si la fraude est prouvée, la vente sera nulle; il n'est pas permis de faire échec à des dispositions d'ordre public en détournant une institution de sa destination; le tribunal disposera de certains indices révélateurs : la *profession* de l'acheteur, qui fait métier de pratiquer des achats à réméré et qui est alors sans doute un usurier; et aussi la *différence* excessive entre le prix de vente et le prix de réméré.

1157. III. **Restrictions ; délai du réméré.** — Les dangers inhérents à la vente à réméré expliquent certaines dispositions restrictives destinées à les limiter au minimum :

1° La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant *cinq années* (art. 1660, § 1) ; il ne faut pas que la propriété demeure incertaine pendant une période trop longue ; si le délai prévu dépasse cinq années, la convention n'en demeure pas moins valable, mais elle est ramenée au délai légal (art. 1660, § 2.

Ce délai est compris très strictement :

a) Il n'est pas susceptible d'être prorogé, soit par le *juge* (art. 1661), soit, à plus forte raison, par les *parties* ;

b) Il court *contre toutes personnes*, même contre le mineur ou contre l'interdit (art. 1663) ; en d'autres termes, il ne comporte pas de causes de suspension ;

c) Il expire avec le dernier jour, quand bien même ce jour serait férié ; car le vendeur pourrait, même un tel jour, affirmer sa volonté d'exercer le réméré (Req. 7 mars 1834, *Dalloz, Répertoire*, v° *Vente*, 1485).

Il s'agit, on le voit, d'un délai *préfix*, aboutissant ouvertement à une déchéance, et non pas d'une prescription véritable ;

2° La faculté de réméré doit être réservée par le vendeur dans l'acte même de la vente (arg. art. 1659) ; elle ne saurait être instituée après coup ; il faut que les tiers, en consultant l'acte, aient connaissance de la possibilité de résolution qui menacerait les ayants cause de l'acheteur (*sup.* n° 1154) ;

3° Le *bien de famille* ne comporte pas la vente à réméré (L. 12 juill. 1909, art. 10, § 2).

1158. IV. **Conditions d'exercice de la faculté de réméré.** — 1° *Sommes à rembourser.* — Le vendeur qui veut récupérer son bien doit rembourser à l'acheteur :

a) Le *prix principal* ; ce prix peut d'ailleurs être différent du prix de vente ; mais une majoration trop accusée serait suspecte ; elle serait le symptôme d'un prêt usuraire ;

b) Les *frais et loyaux coûts* de la vente ;

c) Les *réparations nécessaires*, intégralement ;

d) Les *impenses utiles*, jusqu'à concurrence de la plus-value.

Il n'est tenu compte ni des *impenses voluptuaires*, conformément d'ailleurs au droit commun, ni des *dépenses d'entretien* qui, étant charge des fruits, incombent définitivement à qui a eu la jouissance de la chose.

Or, les fruits restent à l'acheteur qui n'a pas à les restituer, de même que le vendeur garde les intérêts du prix.

Droit de rétention. — L'acheteur a le droit de retenir la chose aussi longtemps que le vendeur ne lui offre pas toutes les restitutions auxquelles il a droit : donnant donnant (art. 1673, § 1 *in fine*).

1159. — 2° *Formes de l'exercice du réméré.* — Ces formes ont donné lieu à discussion; la jurisprudence s'est établie dans le sens d'une distinction assez rationnelle :

a) D'une part, la faculté de réméré est *conservée* par une simple notification que le vendeur adresse à l'acheteur, dans le délai prévu et par acte d'huissier; dans cet acte, il affirme sa volonté de mettre à profit le droit de rachat;

b) Mais, d'autre part, le réméré ne joue et ne produit ses effets que le jour où le vendeur s'est acquitté de toutes les obligations que comporte pour lui son exercice; jusque-là, la propriété demeure à l'acheteur, soit à l'égard des tiers, soit même dans les rapports des parties entre elles (V. Req. 14 janv. 1873, *S.* 1873, 1, 134, *D. P.* 1873, 1, 185; 19 oct. 1904, *D. P.* 1907, 1, 426, *S.* 1909, 1, 307).

1160. — 3° *Qui peut exercer la réméré.* — Le réméré peut être exercé par le vendeur, pourvu qu'il soit capable dans les termes du droit commun; il ne s'agit pas là d'un acte de simple administration, puisque la décision à prendre entraînera une sortie de capitaux et, en fait, sinon en droit, une acquisition nouvelle; mais une femme mariée, depuis que la loi du 18 février 1938 lui a conféré le plein exercice de sa capacité (art. 215, nouv. réd.), est à même de procéder au rachat, réserve faite des exigences de son régime matrimonial (même texte, § 2).

Le droit de rachat n'est pas attaché à la personne du vendeur; il peut être exercé : 1. de son vivant, par ses *créanciers*, agissant indirectement et en vertu de l'article 1166, sauf que l'acheteur peut leur opposer le bénéfice de *discussion* (art. 1666), c'est-à-dire les renvoyer à saisir au préalable les biens de leur débiteur; 2. après son décès, par ses *héritiers*, entre lesquels il se divise, chacun des successeurs ne pouvant user de la faculté de réméré « *que pour la part qu'il prend dans la succession* » (art. 1669, § 2); seulement, l'acheteur a le droit d'exiger que tous les cohéritiers soient mise en cause, afin de se concerter sur la décision à prendre; et, s'ils ne tombent pas d'accord, leur dissentiment entraînera le rejet de la demande, c'est-à-dire que le réméré ne sera pas exercé (art. 1670); il dépend donc de l'acheteur d'imprimer ainsi à ce réméré un caractère *indivisible*. La

solution est la même lorsque, la chose ayant été vendue par plusieurs, il y a, dès l'origine, pluralité de vendeurs (mêmes textes) ; 3. enfin le réméré peut être exercé par un *cessionnaire*, car la faculté de rachat est parfaitement cessible.

1161. — 4° *Contre qui le réméré peut être exercé.* — L'action est exercée contre l'acheteur ou contre un sous-acquéreur, et cela quand même la faculté de rachat n'aurait pas été déclarée dans le contrat intervenu entre l'acheteur et son ayant cause (art. 1664).

Si l'acheteur est décédé, laissant plusieurs héritiers, l'action en réméré se divise passivement entre eux; elle ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, soit que cette part demeure encore à l'état d'indivision, soit que la chose vendue ait été matériellement fragmentée entre les ayants droit; si, au contraire, en suite du partage, elle a été mise dans le lot de l'un des héritiers, c'est contre celui-là que l'action en réméré sera intentée pour le tout (art. 1672, §§ 1 et 2).

1162. V. **Situation *pendente conditione*.** — 1° Tant que la condition est en suspens, l'*acheteur* demeure propriétaire de la chose qu'il peut donc aliéner ou grever de droits réels, mais étant entendu que l'acquéreur ou les titulaires de droits réels n'auront, comme lui-même, que des droits sujets à résolution et dont le sort sera subordonné à l'exercice ou à la défaillance de la faculté de réméré.

Il est à noter que l'acheteur à réméré, qui peut ainsi procéder à des actes de disposition, se voit refuser le droit de congédier un *locataire* ou un *fermier*, alors même que le vendeur se serait réservé cette faculté dans le bail (art. 1751) ; il faudra attendre le dénouement de la situation; c'est seulement si le réméré n'est pas exercé et si l'acheteur devient donc propriétaire incommutable, qu'il sera à même d'expulser le preneur dont la situation se trouve ainsi mise à l'abri des atteintes de celui qui n'est qu'un propriétaire sous condition résolutoire;

2° Quant au *vendeur*, nous estimons qu'il a, de son côté, et *pendente conditione*, la propriété de la chose sous condition suspensive; on l'a nié, et l'on propose de lui reconnaître un simple droit de créance, un *jus ad rem* (Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, n° 616). Cette conception se heurte à une objection qui, à notre avis, est décisive, encore qu'elle soit d'ordre purement logique : c'est qu'on n'imagine pas une propriété sous condition résolutoire sans pro-

priété sous condition suspensive correspondante; si l'acheteur n'a qu'une face de la propriété, c'est que la face complémentaire est le lot d'une autre personne qui ne saurait être évidemment que le vendeur. En conséquence, nous décidons que la cession du droit de rachat porte sur un droit réel et est donc soumise à la formalité de la *transcription* : les tiers ont le plus grand intérêt à savoir que la propriété virtuelle de la chose a changé de titulaire; une simple signification de la cession, effectuée dans les termes de l'article 1690, ne suffirait pas à les renseigner.

1163. VI. Situation après l'exercice du réméré. — Les droits de l'acheteur sont rétroactivement anéantis, puisque la vente est résolue, puisqu'il n'y a pas revente après vente; la situation doit donc être réglée, autant que possible, comme si la vente n'était jamais intervenue; le *statu quo ante* doit être rétabli; en conséquence :

1° Le vendeur doit opérer les restitutions ci-dessus énumérées (art. 1673; *sup.* n° 1158), tandis que l'acheteur, de son côté, restitue la chose;

2° Les droits réels que l'acheteur avait constitués dans l'intervalle sont anéantis comme le droit même dont ils procèdent : la résolution atteint ainsi le sous-acquéreur, les titulaires de servitudes, d'usufruit, les créanciers hypothécaires, en un mot tous les ayants cause de l'acheteur (art. 1673, § 2).

Cependant, le Code civil fait une exception pour les *baux faits sans fraude* par l'acquéreur (même texte) : il faut bien, en effet, que la chose soit administrée pendant le délai de réméré, sinon elle risquerait de devenir improductive; c'est d'ailleurs un principe général que la rétroactivité de la condition respecte les *actes d'administration* (*sup.* t. I, n° 1819); aussi serions-nous enclin à interpréter extensivement la disposition finale de l'article 1673 et à reconnaître l'immunité à tous actes d'administration accomplis sans fraude par l'acheteur. En ce qui concerne plus spécialement les baux, il faut noter : 1. que les baux passés par l'acheteur ne sont opposables au vendeur que s'ils ont date certaine après la vente à réméré et avant l'exercice de la faculté de rachat; 2. que la fraude est appréciée souverainement par le tribunal : la vileté du prix ou la durée exceptionnelle du bail sont des symptômes, sinon absolument décisifs, surtout le second, du moins révélateurs de la pensée, de l'état d'âme de l'acheteur;

3° A l'inverse, les droits réels que le vendeur a pu consti-

tuer, *pendente conditione*, sont consolidés par l'exercice du réméré : un propriétaire sous condition suspensive peut consentir des aliénations, ou conférer des droits réels, eux-mêmes affectés de la même modalité suspensive;

4° L'exercice du réméré n'entraîne pas la perception d'un droit de mutation : il n'y a pas transfert de propriété, mais résolution d'un transfert antérieurement effectué; logiquement, le fisc devrait même restituer le droit perçu à l'occasion de la vente; mais c'est un principe qu'un droit régulièrement perçu n'est jamais rendu (L. 22 frim. an VII, art. 60, modifié par la loi du 18 janv. 1912).

Remarque. — La résolution s'accomplit et produit tous ses effets, même à l'égard des tiers, *indépendamment de toute publicité* : à la différence des résolutions *judiciaires* qui doivent être mentionnées en marge de l'acte anéanti (L. 23 mars 1855, art. 4), et en outre, dans l'opinion dominante, être transcrites (*sup.*, t. I, n° 1731; t. II, n° 1152), les résolutions par volonté privée demeurent occultes, et il ne semble pas que cette situation ait été modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935, malgré sa valeur ampliative (*sup.* t. I, n° 1732).

Chapitre IV

De quelques espèces particulières de vente

1164. Rappel. — Les explications qui précèdent ont montré toute la souplesse de cette catégorie juridique qu'est la vente qui comporte un nombre infini de modalités et qui affecte les aspects les plus variés, soit à raison de son objet (cession d'une créance, d'un droit litigieux, d'un fonds de commerce, d'un office, etc.), soit à cause de ses modalités (vente à tempérament, à l'essai, à goûter, à mesurer, promesses de vente, vente à réméré, vente avec faculté d'élire command, etc.); soit encore du fait des formalités à suivre qui retentissent sur le fond du droit (vente de gré à gré ou par autorité de justice).

Bien d'autres combinaisons sont possibles; nous n'en envisagerons que deux, et très sommairement : la *vente d'hérédité* et la *licitation*.

1165. I. **Vente d'hérédité.** — Art. 1696 à 1698. — Le Code civil prévoit la *vente d'une hérédité*; un héritier à qui une succession est déférée, vend ses droits à un acheteur qui

peut être, soit un de ses cohéritiers, soit un tiers, c'est-à-dire une personne étrangère à l'hérédité.

Cette opération présente ceci de particulier qu'elle porte sur un ensemble de biens, qu'elle réalise une *transmission à titre universel*; ce n'est pas tel ou tel bien individuellement envisagé qui fait l'objet de la vente, c'est toute une succession ou une part de succession. Il résulte de là :

1° Que le cessionnaire succède, non pas seulement aux biens, à l'actif, mais aussi au passif, aux dettes héréditaires; aussi doit-il « *rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire* » (art. 1698);

2° Qu'à l'inverse, le cédant doit faire passer au cessionnaire tous les éléments actifs de la succession, par exemple les fruits qu'il aurait perçus, le montant d'une créance héréditaire qu'il aurait encaissé, le prix provenant de la vente de biens de la succession (art. 1697);

3° Que la *garantie* due par le cédant au cessionnaire est limitée à sa *qualité d'héritier* (art. 1696); l'hérédité est vendue dans l'état où elle existe; c'est le contenant avec le contenu qui sont transmis au cessionnaire et sans que le détail de ce contenu soit spécifié.

1166. Les tiers. — Les effets que nous venons d'indiquer se produisent entre les parties au contrat et sur le champ; mais, vis-à-vis des tiers, il en va différemment.

1° La cession est sujette à transcription dans les termes de l'article 1^er^ - 1° et 2° nouvelle rédaction de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à cette formalité tout acte translatif de propriété immobilière ainsi que tout acte portant renonciation à un tel droit (d.-l. 30 oct. 1935; *sup.* t. I, n° 1731).

2° Il est même des tiers à qui la cession n'est jamais opposable, et ce sont les créanciers héréditaires qui, ne connaissant que l'héritier, peuvent toujours s'adresser à lui pour réclamer leur dû; sans doute, ils auraient aussi la faculté d'agir indirectement contre le cessionnaire, lui-même débiteur du cédant pour le montant des charges de la succession, mais ils ne sont aucunement tenus d'employer cette voie détournée et ils peuvent s'en tenir à l'action directe contre leur débiteur naturel, l'héritier.

1167. II. **La licitation;** art. 1686 à 1688 (*inf.* t. III, le *partage*, n° 1172). — La *licitation* consiste dans la vente aux enchères d'un bien indivis, vente qui a pour but de mettre

fin à l'indivision en attribuant la chose en totalité, soit à l'un des copropriétaires, soit à des tiers.

D'ordinaire, ce résultat est obtenu au moyen du *partage*; mais ce procédé normal n'est pas toujours praticable :

1° La chose peut y répugner par sa nature; elle est impossible ou, du moins, difficile à partager; c'est une maison, un fonds de commerce, un domaine dont l'unité est à respecter;

2° La chose est commodément partageable, mais aucun des copropriétaires ne se soucie de l'acquérir, ou bien l'accord ne peut pas se faire sur le prix.

C'est alors, lorsqu'on est dans un de ces deux cas prévus par l'article 1686, qu'on procède à la licitation qui respectera l'unité de la chose et qui en fixera le prix impartialement, par le jeu des enchères.

1168. Nature de la licitation. — De cet aperçu, il ressort que la licitation est un incident, un épisode du partage, et il semble donc qu'elle doive toujours participer de sa nature. Cependant, cette conclusion serait trop absolue et tout dépend de la personnalité de l'adjudicataire.

1° Si la chose est adjugée à l'un des copropriétaires, la licitation *vaut partage*; en conséquence :

a) Les droits réels consentis, pendant la durée de l'indivision, par les autres copropriétaires, disparaissent rétroactivement;

b) Le paiement du prix d'adjudication est garanti par le privilège du copartageant;

c) L'acte est rescindable pour cause de lésion de plus du quart (art. 887);

d) Si l'adjudicataire est évincé, son recours en garantie sera celui qui appartient en pareil cas au copartageant;

2° Si, au contraire, le bien est adjugé à un tiers, à une personne non copropriétaire, la licitation *vaut vente*; elle est translative de propriété; en conséquence :

a) Les droits réels nés du chef des copropriétaires subsistent intégralement, en principe, puisque l'adjudicataire est l'ayant cause des colicitants;

b) Le paiement du prix d'adjudication est garanti par le privilège du vendeur;

c) L'opération est rescindable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (art. 1674);

d) En cas d'éviction, c'est la garantie telle qu'elle est instituée dans la vente, qui entre en action.

Transcription. — Autrefois, et alors que les actes déclara-

tifs restaient en dehors du régime de la transcription, la licitation n'était sujette à cette formalité qu'autant que la chose licitée était adjugée à un tiers; mais, depuis qu'un décret-loi du 30 octobre 1935 a soumis à la transcription les actes déclaratifs eux-mêmes (art. 1er - 5° de la loi du 23 mars 1855, nouv. réd.), la publicité est requise dans tous les cas et alors même que l'adjudicataire serait l'un des copropriétaires (*sup.* t. I, n° 1731).

1169. Formes de la licitation. — Les règles de forme sont variables, elles aussi. Une seule est constante : la licitation est une vente aux enchères, invariablement. Mais les formes peuvent varier au gré des intéressés, des colicitants, du moins s'ils sont majeurs et maîtres de leurs droits; libre à eux de décider que l'opération aura lieu devant un *notaire*, ou même entre eux et dans les conditions qu'ils fixeront; seulement, il suffit de la demande d'un seul d'entre eux pour que les enchères soient ouvertes aux étrangers (art. 1687).

S'il y a, parmi les colicitants, un ou plusieurs incapables — et on entend par là les mineurs et les interdits — alors, d'une part la licitation doit avoir lieu en *justice* (art. 838), d'autre part les étrangers sont nécessairement admis aux enchères (art. 1687).

L'ÉCHANGE

1170. Définition. — Le Code civil définit l'échange « *un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* » (art. 1702) ; ces deux choses ou l'une d'elles peuvent d'ailleurs consister en pièces d'argent : échange de pièces ou de billets d'un certain type, ayant une valeur de collection; ou encore, échange d'un capital contre une rente viagère, mais non pas échange d'une somme d'argent, envisagée génériquement, contre un corps certain; l'opération revêterait alors une nature juridique différente; elle se ramènerait à une vente (V. note Planiol, sous Cass. 14 nov. 1904, *D. P.* 1905, 1, 89). Comme on l'a vu (*sup.* n° 1010), l'échange a été, historiquement, le père de la vente qui n'est autre chose qu'un échange perfectionné, exécuté en deux temps, par l'intermédiaire et avec le truchement de la monnaie; son importance pratique a été considérablement réduite par l'apparition et le développement de ce dernier contrat; cependant, le problème du *remembrement* de la propriété foncière lui a donné, dans ces dernières années, un aliment nouveau : les opérations de remembrement se ramènent à des échanges de parcelles prévues et réglemen-

tées par le décret-loi du 30 octobre 1935, qui pose en principe, dans son article 2, que « *les échanges auxquels donne lieu le remembrement collectif se font en nature* »; l'article 3 n'autorise le paiement d'une soulte en espèces que dans des cas exceptionnels.

1171. Principe. — On trouve, dans l'article 1707, une directive précieuse qui permet de déterminer le statut juridique de l'échange : « *Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange* »; directive logique, qui est dans le plan de l'histoire, puisque la vente dérive de l'échange.

1172. Applications. — 1° L'échange se forme par *le seul consentement* des parties (art. 1703); il ne rentre plus dans la catégorie des contrats réels (contrat innommé, *do ut des*, des Romains);

2° Il est *translatif de propriété*, par lui-même;

3° Il est nul, s'il porte sur la *chose d'autrui* (art. 1704);

4° Il engendre l'obligation de *garantie* (art. 1705);

5° S'il a lieu avec soulte, le paiement de celle-ci est garanti par le *privilège* du vendeur (*inf.* n° 1758).

Il va sans dire que, dans la mesure où il intéresse des biens immobiliers, l'échange est sujet à *transcription* (L. 23 mars 1855, art. 1er - 1°, nouv. réd.; — *sup.* t. I, n° 1731).

1173. Dérogations. — Cependant, l'échange comporte des règles qui lui sont spéciales, et par la force même des choses; du moment qu'il n'y a pas de prix en argent et que les deux parties jouent des rôles identiques, certains principes édictés pour la vente deviennent sans application; la parité de situation des échangistes y oppose un obstacle invincible.

1° La rescision pour cause de lésion est sans emploi possible en matière d'échange; d'ailleurs, s'il arrive qu'on vende une chose à vil prix, pressé par le besoin et afin de se procurer de l'argent, on n'échange pas un bien contre un autre bien sous le coup de la détresse, car on ne serait pas plus avancé après qu'avant; le motif qui est à la base de la rescision de la vente d'immeuble, à savoir la contrainte subie, fait donc défaut (art. 1706);

2° L'article 1593 qui met les *frais* de la vente à la charge de l'acheteur est inutilisable dans l'échange; les échangistes supporteront les frais chacun pour moitié; ils sont à égalité;

3° L'article 1602 déclare que « *tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* »; dans l'échange, et puisque

les deux parties jouent des rôles identiques, ce procédé d'interprétation est inapplicable; il faut en revenir au droit commun et dire que, conformément à l'article 1162, les clauses s'intreprèteront contre celui qui les a stipulées et en faveur du débiteur.

1174. Echange avec soulte. — Comme il arrive rarement que les choses échangées soient d'égale valeur, on rétablit l'équilibre en mettant le paiement d'une somme d'argent, d'un retour en argent, d'une *soulte*, à la charge de celui qui reçoit la chose la plus importante. Malgré cette modalité, l'échange conserve, en principe, sa nature; il n'est pas transformé en une vente, *même pour partie*, sauf que le paiement de la soulte est garanti par le privilège du vendeur (*inf.* n° 1748). Mais, si la soulte était de telle importance qu'elle devînt l'objet essentiel de l'obligation de celui qui en est tenu, l'opération devrait être traitée, *pour le tout*, comme une vente; il ne dépend pas des parties, en qualifiant inexactement un contrat, d'en modifier la nature; c'est la réalité qui importe, non les mots.

LE LOUAGE DE CHOSES

1175. Remarque. — Les auteurs ramènent volontiers à une rubrique commune toute une série d'opérations juridiques distinctes : louage de choses, louages de services, louage d'ouvrage, entreprise, voire même louage des capitaux (prêt à intérêt; v. Planiol et Ripert, t. II, n° 1665). En réalité, il s'agit là de catégories juridiques très différentes, possédant chacune son statut particulier; et, bien que le Code civil les ait réunies (sauf cependant le prêt à intérêt) dans un titre unique (livre III, titre VIII), il nous paraît que cette méthode est factice et qu'il est d'une meilleure discipline de traiter séparément des opérations qui n'ont pas le même objet, qui ne tendent pas au même but et qui procèdent, juridiquement et économiquement, d'esprits très différents.

1176. Sources. — C. civ., art. 1708 à 1778; 1800 à 1831 (livre III, titre VIII, chap. 2 et 4); L. 6 août 1791 modifiée par L. 8 février 1897, sur les *domaines congéables*; L. 5 janv. 1883, sur la responsabilité des colocataires en cas d'incendie; L. 18 juillet 1889, sur le *bail à colonat partiaire*; L. 8 mars 1898, sur *les vignes à complant*; L. 25 juin 1902 sur *le bail emphytéotique*; L. 24 oct. 1919, modifiant l'art. 1775 C. civ.; L. 9 mars 1918, inaugurant le régime des loyers de guerre et d'après-guerre, suivie d'une série de lois modificatives ou

ampliatives : 31 mars 1922, 20 juillet 1924, 6 juillet 1925, 1er avril 1926, 30 juin 1926, 22 avril 1927, 9 juin 1927, 21 juillet 1927, 27 mars 1928, 3 avril 1928, 28 mars 1929, 29 juin 1929 (avec les errata figurant au *J. O.* du 12 juill.), 16 avril 1930, 11 juill. 1931, 10 mars 1932, 8 avril 1933, 12 juill. 1933, 13 juill. 1933,19 mai 1934, 25 juin 1934, 6 juill. 1934, 4 avril 1935, 30 juin 1935, 2 juill. 1935, 30 juin 1936; décrets-lois du 16 juill., du 8 août et du 30 oct. 1935; lois du 2 fév. 1937, 30 juin 1937; décret-loi du 25 août 1937; loi du 31 déc. 1937 *tendant à modifier et à compléter la loi du 1er avril 1926*; loi du 31 mars 1938; décret-loi du 17 juin 1938.

Bibliographie. — 1. *Pour la législation de droit commun :* Guillouard, *Traité du louage*, 2 vol.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, 2 vol.; *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. X, *Contrats civils*, par Bernard Perreau (Pour le *louage*); Ch Beudant, R. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et Brèthe de la Gressaye, *op. cit, sup.* n° 1008; Agnel et Pabon, *Code-manuel des propriétaires et locataires.*

2. *Pour la législation spéciale et provisoire, d'après-guerre :* Aubéry, *Le droit de prorogation en matière de baux à loyer*, 2 vo. 1923; Ropers, *Traité pratique des baux à loyer et à ferme*, 2e éd. 1934; Brèthe de la Gressaye, *op. cit.*, nos 550 et suiv.

1177. Plan. — 1° *Généralités*;
2° *Formation* et *preuve* du contrat;
3° *Effets* du bail;
4° *Cessation* du bail;
5° De quelques espèces particulières de baux.

1178. Observation. — Nous ne traiterons que très brièvement, en matière de louage de choses, de la réglementation de la guerre et de l'après-guerre (inf. nos 1257*bis* et suiv.) : le régime des prorogations, notamment, présente un caractère provisoire — trop longuement provisoire— et fluctuant, et son intérêt juridique est extrêmement faible; ce cours de droit civil est essentiellement consacré, en principe, à raison de son caractère, sinon élémentaire, du moins pédagogique, à la partie *permanente* de notre législation, non aux subterfuges employés pour la mettre temporairement en veilleuse.

CHAPITRE PREMIER

Généralités

1179. Définition. — Le *louage de choses* est un contrat par lequel une personne, appelée *bailleur*, s'engage à procurer à une autre personne, appelée *preneur*, la jouissance temporaire d'un chose, moyennant un prix — *loyer* ou fermage — que ce preneur s'engage à lui payer.

Objet. — Ce contrat peut avoir pour objet : 1° des *meubles inanimés* : bicyclettes, automobiles, vêtements, livres, appareils d'éclairage, wagons, etc.;

2° Des *animaux*, du *bétail*, un *cheptel*;

3° Des *immeubles* (par nature ou par destination), qui peuvent être des *maisons*, ou des *biens ruraux agricoles*, des *coffres-forts* (*inf.* n° 1378*bis*);

4° Des *biens incorporels*, des droits; rentrent dans cette catégorie, la location ou gérance d'un *fonds de commerce* (J. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, t. I, n^os^ 508 et suiv.), le bail consenti entre copropriétaires d'un même immeuble, chacun des contractants n'ayant qu'un droit incorporel qui n'affecte pas l'immeuble lui-même (Paris, 19 janv. 1929, *D. P.* 1929, 2, 137, note VOIRIN).

1180. Terminologie. — Le louage des choses, lorsqu'il porte sur des immeubles ou sur du bétail, prend le nom de *bail*; et ce mot reçoit lui-même une qualification qui varie suivant les cas :

1° Le bail d'un cheptel, porte le nom de *bail à cheptel* (chap. IV, art. 1800 et suiv.);

2° Le bail d'une *maison*, est un *bail à loyer*; le prix en est le *loyer*; le preneur est qualifié de *locataire*;

3° Le bail d'un *bien rural*, est un *bail à ferme;* le prix en est le *fermage*; le preneur prend le nom de *fermier*.

Ces deux dernières variétés sont soumises à bon nombre de règles communes (section I, art. 1714 et suiv.), mais aussi à des statuts spéciaux à chacune d'elles (sect. II, art. 1752 et suiv.; sect. III, art. 1763 et suiv.).

Nous concentrerons nos explications sur le louage d'immeubles urbains et ruraux, sauf à parler brièvement du bail à cheptel (*inf.* n° 1251).

1181. Nature du bail d'immeuble. — 1° Nous verrons que le bail est un contrat *consensuel* (*inf.* n° 1183);

2° De plus, c'est un *acte d'administration*, et même *de*

pure administration, du moins lorsqu'il intervient pour une durée normale; et il y a lieu, à cet égard, de distinguer trois types différents : 1. Jusqu'à *neuf* années, le bail est considéré comme un acte de *pure* administration, au sens de l'article 484; 2. De neuf à dix-huit années, son régime juridique n'est pas très clairement défini; la loi semble le considérer comme un acte tangent à la disposition, car il engage l'avenir pour une longue période; aussi est-il interdit aux administrateurs de la fortune d'autrui : tuteur, mari, administrateur légal, de même qu'il passe la capacité des personnes atteintes d'une demi-incapacité, come le mineur émancipé (*sup.* t. I, n° 327); toutefois, il y a lieu d'observer : d'abord que la sanction consiste, non dans la nullité, mais dans la réductibilité : le bail sera ramené à une période de neuf années; ensuite, que la réduction ne peut pas être demandée au cours de la tutelle (*sup.* t. I, n° 447), pas plus qu'elle ne peut l'être, pour les baux consentis par l'usufruitier, pendant la durée de l'usufruit (*sup.* t. I, n° 1903); 3. Au-dessus de dix-huit années, le bail est considéré comme une véritable charge pour l'immeuble: il doit donc être *transcrit* (L. 23 mars 1955, art. 2 - 4°);

3° Le bail est un contrat *successif*, à exécution continue; à chaque instant, le bailleur doit assurer la jouissance de la chose au preneur qui est astreint, en retour, à acquitter le prix aux époques convenues. A cet égard, le bail s'oppose à la vente, laquelle comporte normalement l'exécution en bloc et définitive de la part des deux parties.

4° Enfin, le bail d'immeuble rentre dans la catégorie des actes conclus *intuitu personæ*, au moins du côté du preneur dont la personnalité est susceptible de jouer un rôle déterminant dans l'opération (*sup.* n° 76).

Chapitre II

Formation et preuve du contrat de louage d'immeuble

1182. Enumération. — Les conditions requises pour la validité et l'efficacité du bail se réfèrent :

1° A la *forme* (et à la preuve);
2° A la *capacité* des parties;
3° A la *chose* louée;
4° Au *prix* (loyer ou fermage);
5° A la *durée* du bail.

1183. I. **Forme du bail.** — Le contrat de louage est *consensuel*; il se forme par le consentement des parties; la rédaction d'un écrit n'est pas nécessaire, « *on peut louer ou par écrit ou verbalement* » (art. 1714; Req. 26 juin 1901, *D. P.* 1901, 1, 501); lorsqu'un écrit est dressé, il n'est soumis à aucune forme particulière, sauf, en ce qui concerne son rôle probatoire, la nécessité pour les parties de se conformer à l'article 1325 qui exige, pour tous contrats synallagmatiques, qu'un double exemplaire original soit dressé, étant entendu que cette règle, valable pour les actes rédigés sous seing privé, demeure étrangère aux actes notariés (*sup.* n^os^ 173 et suiv.); une correspondance échangée entre les parties suffit à conclure l'opération (arrêt précité).

1183*bis*. Précisions. — La règle de la consensualité ne doit cependant pas être prise à la lettre, surtout pratiquement.

1° Au-dessus de *dix-huit ans*, la rédaction d'un acte est nécessaire, puisque la *transcription* est allors exigée par la loi du 23 mars 1855 (art. 2 - 4°); on ne peut transcrire qu'un écrit; il est rappelé, à ce sujet, que le bail est dispensé de la formalité du dépôt au rang des minutes d'un notaire, formalité exigée en principe, par le décret-loi du 30 octobre 1935, modificatif de la loi du 23 mars 1855, pour l'admission à transcription des actes sous signatures privées (L. 23 mars 1855, nouv. réd. art. 2, al. final; — v. *sup.*, t. I, n° 1714);

2° Même au-dessous de dix-huit ans, la rédaction d'un écrit est très utile, car la preuve d'un *bail verbal* est de nature à soulever des difficultés; aux termes de l'article 1715, si le bail a été fait sans écrit, et si l'une des parties le nie *alors qu'il n'a encore reçu aucune exécution*, la preuve ne peut pas en être faite par témoins, même lorsque le loyer ne dépasse pas cinq cents francs, et alors même que des arrhes auraient été remises par l'une des parties à l'autre, (Civ. 25 janv. 1905, *D. P.* 1905, 1, 135); et comme les présomptions ne sont pas admises là où les témoignages ne sont pas recevables (*sup.* n° 218), on a une tendance à écarter du même coup la preuve par présomptions de l'homme (Orléans, 8 janv. 1886, *D. P.* 1887, 1, 447).

Ce n'est cependant pas à dire que l'existence du bail verbal sera toujours et absolument à la merci du contractant de mauvaise foi; elle peut être prouvée : 1. Par le *serment* que l'article 1715, § 2, permet de déférer à celui qui nie le bail; 2. Par l'*aveu* qui pourra être provoqué par *l'interrogatoire sur faits et articles* (Req. 26 janv. 1885, *D. P.* 1885,

1, 234); 3. Par l'*exécution du contrat* (art. 1715, § 1 *a contrario*), sauf que, dans ce dernier cas, les conditions du bail resteront à établir.

1184. II. **Capacité des parties.** — 1. *Capacité du bailleur.* — Les solutions à adopter dérivent de la nature reconnue au bail qui, d'après sa durée, est traité comme un acte de pure administration ou comme un acte de disposition (V. les art. 481, 595, 1429, 1430 et 1718). Nous avons admis qu'au-dessus de neuf années, le bail ne peut être consenti par un tuteur ou par le père administrateur légal qu'à la condition de suivre les formalités requises pour les actes d'aliénation (V., pour la tutelle, *sup.*, t. I, n° 425). Quant à l'immeuble appartenant à une femme dotale, il ne peut être donné à bail, au delà du moins de neuf années, qu'avec l'autorisation du tribunal (art. 1558, mod. par l. 2 avril 1932. — Pour plus de détails, v. *inf.*, t. III, n^{os} 573 et 621*bis*).

2. *Capacité du preneur.* — Il semble que, pour le preneur, le bail soit un acte d'administration, même au-dessus de dix-huit années; c'est du moins l'opinion la plus répandue; cependant, on sait que les engagements pris par un mineur émancipé sont réductibles pour cause d'excès (art. 484; *sup.*, t. I, n° 331) : l'engagement pris par bail reste exposé à cette perspective.

1185. III. **La chose louée.** — « *On peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles* » (art. 1713; — *sup.* n° 1179); et il n'est pas nécessaire que le bailleur soit propriétaire de la chose par lui donnée à bail, puisque le contrat ne tend pas à déplacer la propriété : un simple preneur peut donner un immeuble à bail, et un usufruitier à plus forte raison (*sup.*, t. I, n° 1903) mais il n'empêche que le *bail de la chose d'autrui* est nul, en principe, à moins qu'il n'émane d'un propriétaire apparent (Lyon, 2 août 1928, *Mon. Lyon*, 19 oct.).

La nature de la chose influe sur celle du bail qui sera, suivant les cas, *bail à loyer* ou *bail à ferme*. Le critère est tiré, non de cette circonstance que le fonds est ou non bâti, mais plutôt de son affectation : tout fonds qui fait l'objet d'une exploitation agricole, qui est destiné à l'agriculture, au pâturage, à l'élevage, est matière à bail à ferme, encore qu'il comporte des constructions, et du moment que celles-ci n'ont, par raport à l'exploitation agricole, qu'une importance secondaire; tandis qu'une maison de campagne, une villa, restent matière à bail à loyer, même si elles compor-

tent un jardin, fût-il d'une certaine étendue et produisant des fruits ou des légumes.

1186. IV. **Le prix (loyer ou fermage).** — Il faut un prix, qui existe vraiment et qui soit *sérieux* : si la jouissance de l'immeuble est concédée pour une somme dérisoire, *nummo uno*, il n'y a pas bail, mais prêt gratuit, *commodat*.

Mais il n'est pas nécessaire :

1° Que le prix soit *juste*; à cet égard, les exigences sont même inférieures à celles que la loi formule pour la vente immobilière; à la différence de cette opération, le louage de choses n'est pas rescindable pour cause de lésion, même énorme; on considère que le consentement du bailleur est, moins que celui du vendeur, exposé à être vicié par la contrainte;

2° On n'exige pas non plus que le prix soit fixé en *argent*, et c'est une nouvelle différence avec la vente; la solution est certaine pour le bail à ferme; c'est fréquemment que le prix est fixé en nature (vin, récoltes, denrées), soit que la *livraison* elle-même doive être effectuée en nature, soit que le fermier doive remettre une somme représentant la valeur du blé ou de tout autre produit, d'après le cours de l'échéance (Clause dite *valeur-denrées*, ou *d'échelle mobile*; Req. 18 fév. 1929, 18 mars 1929, *S.* 1930, 1, 1, note F. Hubert); et si la question n'est pas même examinée pour le bail à loyer, c'est qu'elle ne présente pas d'intérêt pratique, le prix étant alors invariablement fixé en argent; mais nous estimons qu'il pourrait aussi bien consister en marchandises ou en denrées, le Code civil n'ayant établi aucune différence, à ce sujet, entre le bail à loyer et le bail à ferme, et la loi du 12 juillet 1905, prévoyant, dans son article 3, que le prix du bail se compose, en totalité ou en partie, de denrées ou prestations en nature;

3° On n'exige pas non plus que le loyer soit fixe; il peut, par exemple, être proportionnel au chiffre d'affaires du locataire, et cela même sous le régime du cours forcé (Req. 21 fév. 1928, *Sol. impl.*, *D. P.* 1929, 1, 36).

1187. Contestation sur le prix. — S'il y a contestation sur le prix d'un bail *verbal* dont l'exécution a commencé, la preuve sera faite, par la quittance, s'il en a été délivré une, sinon par le serment du bailleur; cependant, le preneur peut échapper à ce dernier mode de preuve en exigeant une estimation par experts dont les frais lui incomberont,

du moins si l'estimation excède le prix qu'il avait déclaré (art. 1716).

1188. V. Durée du bail. — Les parties, capables et maîtresses de leurs droits, ont toute latitude pour fixer la durée du bail, jusqu'à concurrence cependant de 99 ans (L. 18-29 déc. 1790, art. 1er) : au delà de cette limite extrême, l'opération serait frappée de nullité, sans que le juge pût la sauver en en réduisant la durée et en dénaturant ainsi la convention (Civ. 20 mars 1929, *D. P.* 1930, 1, 13, note Voirin, et, sur renvoi, Angers, 11 déc. 1930, *D. H.* 1931, 108). Le bail consenti pour une durée limitée, mais avec faculté indéfinie de renouvellement *pour le seul preneur*, est à considérer comme un bail perpétuel, tombant sous le coup de la loi de 1790 (Civ. 27 oct. 1936, *S.* 1937, 1, 15).

Si le bail est consenti *à vie*, il peut porter sur plusieurs têtes, jusqu'à concurrence de trois générations (même texte).

Il arrive que les parties n'aient pas rédigé d'acte écrit ou que l'acte soit muet sur la durée du bail; en ce cas, les règles varient selon qu'il s'agit d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme : 1. Le bail, sans écrit, d'un fonds rural, est censé fait « *pour le temps qui est nécessaire pour que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé* » (art. 1774, § 1); 2. Le bail d'un bien urbain se prolonge aussi longtemps que l'une des parties ne donne pas congé à l'autre en observant les délais fixés par l'usage des lieux (art. 1736).

Chapitre III

Effets du bail

1189. Plan. — Les effets du louage de choses se réfèrent : 1° aux obligations du bailleur; 2° à celles du preneur; 3° à la nature du droit du preneur.

§ I. — *OBLIGATIONS DU BAILLEUR*

1190. Obligation essentielle et unique. — Le bailleur doit assurer au preneur la jouissance des lieux loués pendant la durée du bail : c'est dans cette formule, reproduite de l'article 1719 - 3°, que se résument toutes les obligations qui lui incombent et qui sont assez nombreuses :

1° Obligation de *délivrance*. — Le bailleur doit délivrer la chose « *en bon état de réparations de toute espèce* » (art. 1720, § 1); on sait qu'au contraire le nu propriétaire livre

la chose à l'usufruitier telle qu'elle est, sans avoir à y apporter aucune modification; à la différence du bailleur, il n'est pas débiteur de jouissance (*sup.*, t. I, n° 1876);

2° Obligation d'*entretien*. — A la différence de l'usufruitier qui n'a droit, ni aux réparations d'entretien, ni même, d'après la jurisprudence, aux grosses réparations (*sup.*, t. I, n° 1890), le preneur peut exiger que le bailleur maintienne les lieux loués en bon état d'entretien (art. 1720, § 2); il a la faculté de recourir, en cas d'urgence, à la procédure du référé, comme aussi de demander au tribunal la permission d'effectuer lui-même les réparations (art. 1144); il semble bien aussi qu'il puisse exercer une contrainte sur la volonté du bailleur en se refusant à payer le loyer ou le fermage aussi longtemps que les réparations auxquelles il a droit n'auront pas été effectuées; en se comportant ainsi, il oppose l'exception *non adimpleti contractus* (*inf.* n° 1191*bis*).

Ce ne sont d'ailleurs pas toutes les réparations, indistinctement, qui incombent au bailleur : le preneur est tenu de procéder aux réparations dites *locatives* (*inf.* n° 1197).

1191. — 3° Obligation de *garantie*. — Le bailleur est tenu d'une obligation de garantie qui comporte plusieurs chefs :

a) Il doit la garantie à raison des *vices cachés* dont la chose peut être atteinte et qui en empêchent l'usage (art. 1721); on cite l'exemple d'un appartement qui serait infesté de punaises ou dont les cheminées dégageraient de la fumée à l'intérieur, ou des émanations délétères; et ausi celui d'un arbre qui, par suite d'un dépérissement dû à une cause invisible, s'est abattu et a causé des dommages dans sa chute (Dijon, 15 mars 1933, *D. H.* 1933, 340). La garantie est due même pour les vices ignorés du bailleur, lors de la formation du contrat, mais non pas pour ceux que le preneur connaissait ou était à même de connaître, et notamment pour ceux qui ont un caractère public (V. pour le cas d'inondation, Req. 11 juill. 1900, *D. P.* 1900, 1, 507); d'une façon plus générale, la garantie peut être écartée par une clause, expresse ou tacite.

L'obligation de garantie comporte diverses *sanctions* qui varient suivant les cas : résiliation du bail, réduction du loyer ou du fermage, sans préjudice de dommages- intérêts (art. 1721, § 2), auxquels le preneur peut prétendre quand bien même le bailleur aurait été de bonne foi et n'aurait pas eu connaissance des vices dont la chose est atteinte (Req. 23 juin 1874, *S.* 1875, 1, 120);

b) Le bailleur doit la garantie à raison de son *fait per-*

sonnel; il ne saurait troubler le preneur dans une jouissance qu'il est tenu de lui procurer, par exemple en apposant des affiches sur les murs de l'immeuble loué (Trib. civ. Seine-Inférieure, 22 nov. 1927, *D. H.* 1928, 99) ou en écartant systématiquement les visiteurs d'un appartement (Civ. 23 juin 1936, *D. H.* 1936, 459). Cependant, il a bien fallu lui permettre de causer au locataire ou au fermier des incommodités d'une réelle gravité en vue de procéder à des réparations urgentes, qui ne sauraient être différées jusqu'à l'expiration du bail (art. 1724, § 1); seulement, si ces réparations durent plus de quarante jours le prix du bail sera diminué en conséquence (même texte, § 2), et, si elles rendent le local inhabitable, elles peuvent motiver une résiliation du bail (même texte, § 3);

c) Le bailleur répond aussi du fait des autres locataires de l'immeuble (Civ. 20 juill. 1932, *S.* 1932, 1, 382);

d) Enfin, il est garant du trouble provenant d'un *tiers*, à condition qu'il s'agisse, non pas d'un trouble de fait (déprédations commises par des maraudeurs, des malfaiteurs), mais d'un *trouble de droit*; il prendra fait et cause pour le preneur, et, si ses efforts sont vains, si l'éviction est consommée, il sera tenu de l'indemniser.

1191*bis*. **Sanctions.** — Les obligations qui incombent au bailleur sont sanctionnées à l'occasion, non seulement par des dommages-intérêts, mais aussi par l'exception *non adimpleti contractus* : le preneur sera fondé à refuser le paiement du loyer ou du fermage aussi longtemps qu'il n'aura pas obtenu satisfaction; il usera ainsi du droit de rétention (Req. 22 fév. 1932, *D. H.* 1932, 203).

§ II. — *OBLIGATIONS DU PRENEUR*

1192. Plan. — Il faut distinguer trois catégories d'obligations : 1° celles qui sont communes à tous les baux; 2° celles qui sont spéciales aux baux à loyer; 3° celles qui n'intéressent que les baux à ferme.

I

Obligations communes à tous les baux

1193. Enumération. — Le preneur doit :

1° Payer les loyers ou fermages;

2° User de la chose en bon père de famille et conformément à sa destination;

3° Veiller à la conservation de la chose;

4° La restituer à une certaine époque.

1194. I. Obligation de payer les loyers ou fermages. — Le paiement doit avoir lieu conformément aux termes de la convention, aux époques et sous la forme convenues (art. 1728 - 2°).

En principe, il doit être effectué au domicile du preneur, par application de l'article 1247 § 2, mais sauf stipulation contraire.

Au prix de la location viennent s'ajouter certains accessoires : impôt des *portes et fenêtres* (L. 4 frimaire, an VII, art. 12); taxes *locales* (taxes de remplacement, etc.). La *contribution foncière* incombe au bailleur, mais la loi du 3 frimaire an VII, art. 147, rend le locataire responsable de la défaillance du propriétaire, sauf, ensuite, son recours contre celui-ci.

1195. Décharge des fermages. — Dans le *bail à ferme*, le preneur peut exiger une remise partielle des fermages lorsque la récolte périt au moins jusqu'à concurrence de la moitié; il en va autrement : 1° si le fermier se trouve indemnisé par les récoltes des années précédentes; 2° s'il se trouve être à la fin du bail; 3° s'il s'est chargé des « *cas fortuits* » par une clause expresse du bail, mais cette stipulation ne vise que les « *cas fortuits ordinaires* », c'est-à-dire les véritables cas fortuits, qui se trouvent, avec la culture du fonds, dans un rapport étroit et qui ont donc dû être envisagés (grêle, gelée, etc.), à l'exclusion des *cas fortuits extraordinaires* (guerre, inondations insolites), c'est-à-dire des cas de *force majeure* (V. les art. 1769 à 1773, et, spécialement, pour les cas fortuits, ordinaires ou extraordinaires, les articles 1772 et 1773).

1196. II. Obligation d'user de la chose en bon père de famille et conformément à sa destination (art. 1728 - 1°). — Les deux parties de cette formule correspondent à deux catégories d'obligations assez distinctes: le preneur manque à l'obligation de se comporter en bon père de famille lorsqu'il néglige de donner à la chose les soins qu'elle réclame, par exemple lorsqu'il ne procède pas aux réparations dites *locatives*; il transgresse le devoir de respecter la destination de la chose lorsqu'il la transforme, dans son aspect, dans son aménagement, dans son utilisation : un appartement loué bourgeoisement ne peut pas, par la volonté du preneur, être transformé en un local commercial, spécialement en un café, un *dancing*, et moins encore en un lieu de débauche (Req. 19 mars 1835, *Dalloz, Jur. gén.* V° *Louage*, n° 273).

Le preneur qui manquerait aux obligations de ce genre commettrait un *abus de jouissance* qui entraînerait certaines sanctions, consistant, soit dans la remise en état des lieux loués, soit dans des dommages-intérêts, soit encore « suivant les circonstances », dans la résiliation du bail (art. 1729). La jurisprudence a fait application de ces principes au cas où le locataire déplace une porte cochère (Req. 19 janv. 1932, *S.* 1932, 1, 132, *D. H.* 1932, 164), ou conserve chez lui soit une personne qui fait du scandale (Bourges, 21 mars 1898, *D. P.* 1899, 2, 168), soit un aliéné (Req. 23 avril 1898, *D. P.* 1899, 1, 507).

Il est à noter qu'aux termes de l'article 1735, « *le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de la maison ou de ses sous-locataires* »; il y a là le principe d'une responsabilité du fait d'autrui que la loi fait endosser au preneur qui doit donc réparer les dommages causés par ses serviteurs (Req. 24 janv. 1883, *D. P.* 1883, 1, 153), comme par les personnes qu'il a installées dans son appartement, une concubine par exemple (Civ. 13 déc. 1927, *D. P.* 1928, 1, 99, note Dallant).

1197. Réparations locatives. — Ce sont des réparations de *menu entretien*; le preneur est tenu d'y procéder, sauf clause contraire; l'article 1754 en fournit une liste simplement énonciative; et l'article 1755 ajoute qu'elles cessent d'incomber au locataire, lorsqu' « *elles ne sont occasionnées que par vétusté ou force majeure* ».

1198. III. Obligation de veiller à la conservation de la chose. — Cette obligation est le corollaire de l'obligation de restitution : du moment que le preneur est éventuellement tenu de restituer les lieux loués, à l'expiration du bail (*inf.* n° 1212), il a la position de débiteur d'un corps certain; sa responsabilité est donc engagée par la perte ou par la dégradation de la chose, dans les termes du droit commun, c'est-à-dire à moins qu'il ne démontre que l'événement provient d'une cause étrangère qui ne saurait lui être imputée (art. 1147 et 1148; 1302, § 1 et § 3); c'est ainsi que doit être compris l'article 1732, aux termes duquel le preneur « *répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute* », étant bien entendu que cette responsabilité ne s'étend pas aux dégradations, aux détériorations dues à l'usage normal de la chose et à l'injure du temps (Civ. 7 nov. 1865, *D. P.* 1866, 1, 263), et qu'elle ne peut se réaliser, à supposer qu'elle soit engagée, qu'à l'expira-

tion et non pas en cours de bail : jusqu'à la dissolution du contrat, le bailleur ne saurait, en principe, demander des dommages-intérêts pour détérioration de la chose louée (Nîmes, 22 mai 1855, *D. P.* 1855, 5, 276; Pau 21 juill. 1902, *D. P.* 1902, 2, 439); il n'en serait autrement que s'il pouvait arguer d'un préjudice actuel et définitif (Pau, même arrêt).

La responsabilité du preneur en cas d'incendie

1199. Position de la question. — L'incendie d'un bâtiment loué ou affermé est un événement malheureusement assez fréquent; il est l'occasion de procès souvent compliqués, d'abord parce qu'ils mettent en cause des responsabilités d'ordres différents dans les personnes des locataire, des occupants et des voisins; ensuite et surtout, parce que, derrière ces personnes, on voit surgir leurs assureurs qui, appelés à couvrir le risque réalisé, interviennent, spontanément ou sur la mise en demeure de leurs clients, pour défendre leurs propres intérêts; la question de responsabilité se double ainsi d'une question d'assurance; c'est le premier problème qui doit nous occuper particulièrement ici, mais sans oublier que, dans la pratique, il vient se conjuguer avec le second : un incendie survenant dans la chose louée, il s'agit de savoir à quelles conditions et dans quelle mesure le preneur est responsable vis-à-vis du propriétaire et, plus généralement, vis-à-vis du bailleur, quel qu'il soit.

Pour plus de clarté, on supposera d'abord que la chose incendiée comportait un *unique* locataire ou fermier; après quoi, nous examinerons le cas plus compliqué de la *pluralité* de preneurs; enfin, quelques explications seront consacrées à *l'assurance du risque locatif*.

1200. A. Preneur unique. — Principe. — La règle est que le preneur est responsable de l'incendie, et non pas délictuellement, car les articles 1382, 1383 et 1384 ne régissent que les rapports entre tiers (V. l'art. 1384, mod. par l. 7 nov. 1922; *sup.* n° 549), mais bien contractuellement (art. 1733, § 1); on a coutume d'expliquer cette solution par une *présomption* tirée de l'expérience des faits; le plus souvent, les incendies sont effectivement imputables aux occupants « *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium* »; dès lors, il est naturel de présumer que ces occupants sont en faute et de conclure, jusqu'à plus ample informé, à leur responsabilité.

Mise au point. — Cependant, il faut bien comprendre que cette présomption, si présomption il y a, n'a rien de spécial à notre sujet; on peut la faire intervenir, et on l'a produite pour toute responsabilité contractuelle se référant à la détention d'un corps certain, pour celle du vendeur tenu de livrer la chose, pour celle du dépositaire ou du commodataire, débiteur de la restitution de l'objet déposé ou prêté; en cas de perte ou de détérioration de la chose sujette à livraison ou à restitution, le vendeur, le dépositaire, le commodataire sont présumés en faute en ce sens que leur responsabilité se trouve engagée *de plano* et du moment qu'ils n'exécutent pas les obligations mises à leur charge par le contrat; plus exactement, la seule inexécution est constitutive d'une faute qui revêt donc, en l'espèce, une forme concrète (art. 1147 et 1148; 1302, §1 et § 3): il en va ainsi, au cas d'incendie, pour le preneur qui, tenu de restituer la chose en fin de bail et ne pouvant s'acquitter de cette obligation, devient dès lors et *de plano* responsable de la perte ou de la détérioration; l'article 1733, § 1, consacre le droit commun de la responsabilité; il n'y déroge en aucune façon.

1201. Conséquences. — De cette idée que l'article 1733, § 1, ne fait qu'appliquer au preneur, en cas d'incendie de la chose louée, la responsabilité contractuelle de droit commun, il faut conclure :

1° Que ce texte est applicable au louage de meubles comme au louage d'immeubles (Civ. 16 août 1882, *D. P.* 1883, 1, 213);

2° Qu'il fait autorité entre toutes personnes liées par un contrat de bail, et, par exemple, entre le locataire principal et le sous-locataire, car celui-ci est tenu, vis-à-vis du premier, d'une obligation de restitution (Civ. 13 avril 1934, *D. H.* 1934, 299; Riom, 19 nov. 1884, *D. P.* 1886, 2, 1, note G. Dubois). Pour les rapports du propriétaire avec le sous-locataire, voy, *inf.* n° 1229;

3° Qu'il est sans application possible dans les rapports entre personnes qui n'ont pas traité à l'occasion de la chose détruite : a) entre *propriétaires voisins* (Douai, 14 fév. 1907, *D. P.* 1910, 2, 140); *b*) entre le *nu propriétaire* et le locataire qui tenait ses droits de l'usufruitier, car le contrat de bail est, pour ce nu propriétaire, *res inter alios acta* (Poitiers, 17 oct. 1923, *D. P.* 1924, 2, 57, note Savatier); c) entre le propriétaire et un simple occupant, membre de la famille du locataire (Poitiers, 24 janv. 1889, *D. P.* 1890, 2, 97, note Ch. Dupuis);

4° Que ce même article 1733 ne peut pas jouer contre le propriétaire, même habitant une partie de l'immeuble loué, car l'obligation de restitution ne pèse point sur lui (Civ. 7 mai 1855, *D. P.* 1855, 1, 165; 11 juin 1909, *S.* 1909, 1, 463; Riom, 30 mai 1881, *D. P.* 1882, 2, 38).

1202. — On décide d'ailleurs, à titre de réciprocité, que ce même propriétaire, occupant *effectif* d'une partie de l'immeuble, ne peut pas se prévaloir de la disposition de l'article 1733 contre ses locataires; ou, du moins, il doit, pour l'invoquer, démontrer au préalable que le feu n'a pas commencé chez lui (Req. 9 mai 1905, *S.* 1906, 1, 267; 22 juin 1914, *D. P.* 1916, 1, 28; 7 juill. 1930, *motifs*, *S.* 1931, 1, 61, *D. H.* 1930, 508; Nîmes, 30 avril 1934, *motifs*, *D. H.* 1934, 358).

1203. Circonstances exonératoires. — Le locataire échappe à la responsabilité qui pèse sur lui s'il peut faire la preuve de certains faits justificatifs, énumérés dans l'article 1733; ils sont au nombre de trois :

1° *Le cas fortuit ou force majeure* : cette formule vise le cas de force majeure, tel que nous l'avons caractérisé (*sup.* n° 451) : guerre; occupation de l'immeuble par l'ennemi (Besançon, 2 juin 1873, *D. P.* 1873, 2, 136); acte d'un tiers incendiaire (Req. 11 fév. 1834, *Dall. Répert.*, v° *Louage*, 369; Rouen, 12 avril 1870, *D. P.* 1872, 2, 23);

2° Le *vice de construction*, à condition que l'incendie en ait été la conséquence certaine (Req. 11 janv. 1870, *D. P.* 1870, 1, 256, Paris, 17 nov. 1893, *D. P.* 1894, 2, 165);

3° La *communication du feu par une maison voisine* (art. 1733, § 3).

1204. — Cette énumération est *limitative* (Civ. 13 avril 1934, précité) : le preneur ne serait pas admis à se dégager en invoquant une circonstance non prévue par la loi, notamment son absence des lieux loués, au moment où le sinistre a éclaté, ou la présence, dans l'immeuble, d'une gardien choisi par le propriétaire (Paris, 29 nov. 1852, *D. P.* 1854, 2, 166; Metz, 31 mars 1870, *D. P.* 1871, 2, 51), ou le ramonage de la cheminée dans laquelle le feu s'est déclaré (trib. civ. Seine, 25 juin 1930, *S.* 1931, 2, 46). A plus forte raison ne lui serait-il pas possible de plaider que la cause de l'incendie est inconnue (Civ. 17 fév. 1930, *S.* 1930, 1, 292, *D. H.* 1930, 194), ou qu'il n'a pas commis de faute; cette preuve négative est inefficace ici, comme, d'une façon générale, en matière de responsabilité contractuelle; sans doute,

on n'exige pas que les circonstances prévues par l'article 1733 soient établies elles-mêmes directement; elles peuvent ressortir de certains indices; elles sont susceptibles — et, par exemple, l'origine criminelle de l'incendie — d'être établies au moyen de présomptions de l'homme, mais elles doivent être visées par le preneur, dans sa défense, comme par le tribunal dans son jugement (Req. 14 nov. 1853, *D. P.* 1854, 1, 56; 11 janv. 1870, *D. P.* 1870, 1, 256; Civ. 16 août 1882, *D. P.* 1883, 1, 213; Civ. 10 fév. 1919 (deux arrêts), Req. 8 juin 1930, *D. P.* 1921, 1, 193, note Lalou). Il est vrai que, dans le *bail à colonat partiaire*, le preneur se libère en prouvant « qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose en bon père de famille » (L. 18 juill. 1889, art. 4, § 2); mais cette disposition, qui admet ainsi le métayer à administrer une preuve négative, comporte l'interprétation restrictive; elle confirme le droit commun par l'exception qu'elle y apporte (Civ. 19 oct. 1909, *D. P.* 1911, 1, 285).

1205. — Il va sans dire que, malgré l'existence d'une des circonstances exonératoires de l'article 1733, la responsabilité du preneur revivrait s'il était prouvé qu'il a commis une faute, comme si le vice de construction lui était imputable et provenait de l'absence d'une réparation locative lui incombant, ou comme s'il s'était opposé au ramonage d'une cheminée, provoquant ainsi, par son obstination ou par sa négligence, le sinistre qui s'est déclaré dans la maison; ou encore comme s'il avait introduit lui-même dans l'immeuble le tiers, auteur du sinistre (Paris, 20 mai 1925, *D. H.* 1925, 503).

1206. Etendue de la responsabilité. — L'indemnisation du propriétaire est toujours d'ordre pécuniaire; il ne saurait contraindre le locataire responsable à reconstruire la maison détruite par l'incendie (Req. 9 nov. 1869, *D. P.* 1874, 5, 319; C. d'Et. 13 mars 1891, *D. P.* 1892, 3, 101).

Mais l'indemnisation doit être complète : elle correspond non seulement à la valeur de la chose détruite, mais encore à la privation de jouissance pendant le temps nécessaire à la reconstruction (Req. 24 nov. 1879, *D. P.* 1880, 1, 385).

1207. B. **Pluralité de preneurs.** — S'il y a plusieurs preneurs — pratiquement plusieurs locataires, car il est rare qu'un même bâtiment soit occupé par plusieurs fermiers — la loi les déclare *tous responsables de l'incendie* (art. 1734, § 1); mais elle leur permet de se dégager par deux procédés :

1° Ils prouvent que l'incendie a commencé dans l'habita-

tion de l'un d'eux; en ce cas, celui-là seul est responsable (art. 1734, § 2);

2° Certains d'entre eux établissent que l'incendie n'a pu commencer chez eux; alors, ceux-là sont exonérés (art. 1734, § 3).

1208. Nature et étendue de la responsabilité des colocataires. — Dans sa rédaction première, l'article 1734 établissait entre les locataires d'une même maison le lien de la solidarité; tous étaient solidairement responsables des dommages causés; le propriétaire se trouvait ainsi dans une situation très forte, puisqu'il pouvait réclamer une indemnité totale à l'un quelconque des locataires et qu'il échappait donc à l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs d'entre eux. Il y avait là un cas de *solidarité légale* qui prêtait à la critique, surtout lorsque le contrat d'assurance contre l'incendie devint d'une pratique courante; plus n'était besoin de donner au propriétaire la garantie de la solvabilité de ses preneurs alors qu'il peut se retourner contre son assureur; *l'indemnité d'assurance* relègue au second plan *l'indemnité de responsabilité* et, avec elle, les garanties jadis accordées au propriétaire pour la récupération de cette dernière indemnité. Aussi une loi du 5 janvier 1883 a-t-elle modifié l'article 1734 en substituant la responsabilité *conjointe* des colocataires à l'ancienne responsabilité *solidaire*; il y a bien toujours responsabilité *collective*, mais il n'y a plus responsabilité solidaire; la dette se divise entre les colocataires; au principe de la *solidarité* a été substitué celui de la *proportionnalité*.

1209. Responsabilité proportionnelle. — Aux termes de l'article 1734, § 1, nouvelle rédaction, « *s'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie, proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent* ». Si, par exemple, le dommage causé par l'incendie est égal à 150.000 francs, et si la maison était habitée par deux locataires occupant des logements dont la *valeur locative* (et non pas nécessairement le montant du loyer, lequel peut être inférieur ou supérieur à cette valeur) est, pour l'un de 4.000 et pour l'autre de 8.000 francs, la responsabilité incombera, au premier pour 50.000 francs, au second jusqu'à concurrence de 100.000.

1210. Etendue de la responsabilité. — Il résulte du principe posé par l'article 1734, § 1, nouvelle rédaction, qu'il ne peut plus être question de recours de locataire à

locataire, puisque chacun ne paie que sa part et que la contribution de la dette s'identifie avec l'obligation; et aussi que le risque de l'insolvabilité de l'un des locataires est pour le créancier qui ne peut pas s'en prendre aux autres occupants.

Mais le principe de la réparation intégrale subsiste comme par le passé en ce sens que le propriétaire a droit à la réparation de tout le préjudice subi, en sorte que l'un des locataires peut avoir à fournir une indemnité dépassant la valeur de la partie de l'immeuble qu'il occupait, notamment dans le cas où il est prouvé que c'est dans son appartement que le feu s'est déclaré; à supposer que la maison ait été complètement détruite, il en devra la valeur au propriétaire, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, par exemple pour privation de jouissance. La loi de 1883 a supprimé le caractère solidaire de la dette, mais elle n'en a pas modifié le chiffre général (Req. 5 avril 1887,*D. P.* 1887, 1, 329; Civ. 9 mai 1892, *D. P.* 1892, 1, 607).

1211. C. **L'assurance du risque locatif.** — Le risque locatif n'est autre que le risque, pour le locataire ou le fermier, d'avoir, en cas d'incendie des lieux loués, à payer une indemnité au propriétaire dans les termes des articles 1733 et 1734; contre ce risque, il lui est loisible de s'assurer, et il le fait pratiquement en même temps qu'il assure son mobilier; de cette façon, l'exercice de l'action en responsabilité, par le propriétaire et contre son locataire, déclenche le recours de celui-ci contre son assureur; si bien que l'indemnité d'assurance servira à désintéresser le propriétaire.

Seulement, il est à craindre qu'en traversant le patrimoine du locataire assuré, cette indemnité ne coure des dangers; ne va-t-elle pas devenir le gage commun de tous les créanciers de l'ayant droit, et le propriétaire, qui n'est qu'un de ces créanciers-là, ne va-t-il pas subir la loi du dividende? Si son locataire est un insolvable, il ne touchera qu'un tant pour cent; et c'est bien là ce que décidait jadis la jurisprudence.

Mais une loi du 19 février 1889 est venue donner au propriétaire une arme nouvelle; d'après l'article 3, § 2, l'assuré ou ses ayants droit ne peuvent toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire ou son subrogé aient été désintéressés des conséquences du sinistre. C'est donc, non pas un *droit*, mais une *obligation de rétention* qui est imposée par ce texte à l'assureur, lequel ne doit pas verser l'indemnité à son client aussi longtemps que le propriétaire sinistré n'a pas été indemnisé, ce qui revient, en somme, et bien que la loi ne s'en explique pas formellement, à recon-

naître à ce propriétaire une action directe contre l'assureur de son locataire; car il faut cependant bien que quelqu'un puisse réclamer le versement de l'indemnité d'assurance; et, puisque ce n'est pas l'assuré lui-même, ni le propriétaire agissant du chef de son preneur et par application de l'article 1166, ce ne peut être que le propriétaire agissant par voie directe; ainsi, cette indemnité ne court aucun danger puisqu'elle ne traverse pas le patrimoine de l'assuré, mais qu'elle va directement de la caisse de l'assureur au propriétaire sinistré (Civ. 17 juill. 1911, *D. P.* 1912, 1, 81, note PLANIOL; Comp. la note de M. THALLER, *D. P.* 1901, 1, 457). Cette législation et cette jurisprudence ont été confirmées par la loi du 13 juillet 1930, *relative au contrat d'assurance*, qui, tout en abrogeant pour ordre l'art. 3 de la loi du 19 février 1889 (art. 86), décide qu' « *en cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogé, n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme* » (art. 37, § 4).

1212. IV. **Obligation de restituer la chose à une certaine époque.** — Lorsque le bail prend fin, le locataire ou le fermier doit restituer la chose; il ne pourrait échapper à cette obligation que s'il était à même de prouver que la perte ou que la détérioration sont dues à un cas de force majeure ou au fait du bailleur; si l'immeuble a été détruit par un incendie, on sait que l'article 1733 énumère limitativement les circonstances exonératoires pour le preneur.

La restitution doit porter sur la chose louée, dans l'état où elle se trouvait lors de l'entrée en jouissance; cet état est souvent décrit par un *état des lieux* qui fait foi de la situation initiale; à son défaut, le preneur est présumé avoir reçu la chose en bon état de réparations locatives, mais cette présomption est simple; elle comporte la preuve contraire (art. 1730 et 1731).

1213. Constructions et plantations. — Il est possible que le preneur ait effectué, au cours du bail, des constructions et des plantations; il importe d'en déterminer le sort et de procéder à un règlement de liquidation.

1° Fréquemment, ces questions ont été réglées par le contrat de bail lui-même dont les clauses seront alors exactement obéies;

2° A défaut de conventions, expresses ou tacites, il y a lieu de faire application : *a*) de la règle que la propriété du sol absorbe celle des constructions et des plantations : *superficies solo cedit* (*sup.* t. I, n° 1659; Req. 28 nov. 1922, *S.* 1923, 1, 121, note P. Esmein); *b*) de l'article 555 : à l'expiration du bail, le propriétaire aura le choix entre deux partis; il pourra soit contraindre le preneur à l'enlèvement des ouvrages, soit conserver ceux-ci, mais en indemnisant complètement le locataire qui est donc traité ainsi qu'une personne de mauvaise foi (*sup.*, t. I, n° 1665).

1214. — 3° La propriété des constructions et des plantations ne passe effectivement au propriétaire qu'à l'expiration du bail; jusque-là, elle réside, provisoirement, sur la tête du locataire ou du fermier (Req. 24 nov. 1879, *D. P.* 1880, 1, 385, *S.* 1881, 1, 319). En conséquence :

a) L'*impôt foncier* incombe au preneur jusqu'à l'expiration du bail;

b) Le preneur peut grever les constructions *d'hypothèques* qui disparaîtront d'ailleurs si le bailleur exige plus tard la démolition (Req. 13 fév. 1872, *S.* 1872, 1, 104, *D. P.* 1872, 1, 256; Paris, 23 fév. 1872, *D. P.* 1874, 2, 21);

c) Pendant la durée du bail, les constructions peuvent être *saisies* par les créanciers du preneur, non par ceux du bailleur;

d) La *vente* des constructions consentie par le preneur, en cours de bail, à un tiers, constitue une vente immobilière, sujette au droit de mutation qui frappe une telle opération (Req. 27 juill. 1868, *S.* 1869, 1, 38; Civ. 11 août 1884, *S.* 1885, 1, 231); et il faut traiter de même la cession du droit au bail, laquelle implique la cession du droit aux constructions;

4° Lorsque le bailleur conserve définitivement les constructions, soit en vertu d'une clause du bail, soit en suite de l'option que lui ouvre l'article 555, on considère qu'il bénéficie de la réalisation d'une condition résolutoire dont était frappée la propriété du preneur; le droit de mutation afférent à la vente immobilière ne peut donc être réclamé, car il avait été régulièrement perçu;

5° Le bailleur peut renoncer au droit d'accession, et cela soit par une clause insérée dans le bail, soit ultérieurement et en cours de bail; la renonciation est *expresse* ou *tacite*; par exemple, on considère qu'elle résulte d'une clause stipulant que les constructions seront hypothéquées au profit du bailleur en garantie des avances par lui consenties au

preneur en vue des ouvrages à édifier (Req. 27 juin 1893, *S.* 1894, 1, 43), ou encore d'une promesse de vente dont le bail est assorti (Req. 28 nov. 1922, précité), ou bien de l'obligation imposée au locataire de démolir les bâtiments en fin de bail;

6° Si le bailleur, après avoir renoncé au droit d'accession, conclut une convention lui assurant le bénéfice de ce droit, il y a transfert de propriété immobilière donnant ouverture au droit qui frappe les ventes immobilières (même arrêt).

1215. Actions qui appartiennent au bailleur, à fin de restitution. — A l'expiration du bail, le bailleur dispose, pour obtenir la restitution de la chose, de l'action personnelle, née du contrat de louage; de plus, s'il est propriétaire, il lui serait loisible d'agir en revendication; mais il devrait alors faire la preuve de son droit de propriété; pratiquement, l'action personnelle lui est plus secourable à raison de la facilité de preuve dont elle bénéficie, le demandeur n'ayant qu'à prouver l'existence du bail et l'arrivée du terme.

II

Obligations spéciales aux baux à loyer ou aux baux à ferme

1216. I. **Baux à loyer.** — Le locataire doit garnir les lieux loués de meubles suffisants pour répondre du paiement du loyer (art. 1752). On sait que le bailleur est armé d'un privilège qui porte sur lesdits meubles (*inf.* n° 1563).

Si cette condition n'est pas satisfaite, le bailleur peut provoquer l'expulsion du locataire qui peut être ordonnée par le juge des référés (Req. 19 oct. 1908, *D. P.* 1909, 1, 76).

Cependant, le preneur a un moyen de conjurer cette éventualité; il lui appartient de donner au bailleur d'autres sûretés capables de répondre du paiement du loyer (art. 1752).

1217. II. **Baux à ferme.** — 1° La loi ne fait pas au fermier une obligation de garnir de meubles meublants les lieux loués; en général, le mobilier d'une ferme se réduit à peu de chose, à quelques objets d'ailleurs insaisissables, comme les lits et les vêtements; c'est par des procédés différents que le Code civil assure le paiement des fermages.

a) Le fermier doit garnir la ferme des *bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation* (art. 1766);

b) Il est tenu d'engranger les récoltes dans les lieux à ce destinés d'après le bail (art. 1767);

2° Le preneur d'un bien rural doit, sous peine de tous dommages-intérêts, avertir le propriétaire des usurpations qui pourraient être commises sur le fonds (art. 1768);

3° Le fermier doit cultiver le domaine, en bon père de famille (art. 1766, § 1);

4° Le fermier sortant et le fermier entrant sont tenus de certaines obligations destinées à assurer, sans dommage et dans un esprit d'équité, la continuité dans l'exploitation (art. 1777 et 1778).

§ III. — *NATURE DU DROIT DU PRENEUR*

1218. Directives. — Le droit du preneur présente, entre autres caractéristiques, les deux suivantes : 1° il rentre dans la catégorie des *droits de créance* et non dans celle des droits réels; 2° il est *cessible*, et, d'une façon plus générale, il n'est pas attaché à la personne de son titulaire.

1219. I. Caractère personnel du droit du preneur. — Controverse. — Le caractère personnel ou réel du droit du preneur a été l'occasion d'une controverse fameuse, à peu près tranchée, depuis longtemps, dans le sens du caractère personnel; l'opinion opposée, présentée et défendue par Troplong (*Louage*, t. I, n° 5; t. II, n° 473; Comp. Maxime Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, n^{os} 23 et suiv., dans la *Rev. crit.* 1931), trop volontiers considérée comme un pur paradoxe, pouvait se réclamer d'arguments assez forts; la *réalité* du droit du preneur semble commandée par des particularités nombreuses, notamment les suivantes:

1° Le locataire et le fermier sont en contact direct avec la chose dont ils ont la jouissance et qu'ils utilisent sans avoir à passer par l'intermédiaire du bailleur; leur droit porte *in re*; il ne tend pas seulement à l'obtention de la chose, il n'est pas seulement un *jus ad rem*.

Sans doute, mais on peut répondre, d'abord que d'autres personnes sont en contact direct avec une chose qui n'ont cependant pas sur elle un droit réel; c'est notamment le cas du *commodataire*. (Cependant, M. Maxime Chauveau, logique avec la thèse qu'il préconise, admet la réalité du droit issu du commodat, *op. cit.*, n° 29.) En outre, il faut se rappeler que le bailleur est tenu d'assurer la jouissance au preneur, soit à l'origine, soit en cours de bail; ce preneur est bien créancier de la jouissance des lieux loués;

2° Aux termes de l'article 1743, si le bailleur vend la chose

louée, l'acquéreur doit respecter les baux ayant date certaine antérieurement à l'aliénation; cela revient à dire que le droit du preneur est opposable à l'acquéreur, donc à une personne avec laquelle il n'avait pas traité; c'est donc que ce droit est opposable à tous, c'est qu'il comporte un droit de *suite*; c'est qu'il a un caractère de réalité.

Mais l'opposabilité du droit du preneur au tiers acquéreur s'explique tant par le désir de donner à l'occupant une situation stable, de lui épargner une éviction qui rendrait la vie impossible et qui lui ouvrirait un recours contre le bailleur aliénateur, que par l'influence de la tradition : dans notre ancien droit, une clause *d'entretien du bail* était couramment insérée dans les ventes, clause d'après laquelle l'acquéreur devrait respecter les baux consentis par les précédents propriétaires; cette stipulation, devenue de style, a été sous-entendue par la loi des 28 septembre - 6 octobre 1791 (titre I, sect. II, art. 2 et 3) pour les baux à ferme de durée normale (six années au maximum); l'article 1743 s'est contenté d'amplifier le sous-entendu, de l'étendre à tous les baux, à loyer ou à ferme, de courte ou de longue durée. Ainsi, la situation a été retournée, et c'est, au contraire, pour priver le preneur de l'opposabilité du bail envers l'acquéreur, qu'une clause devient nécessaire, comme s'en explique l'article 1743;

3° D'après le Code de procédure (art. 684, mod. par d.-l. 17 juin 1938), le bail qui a date certaine avant le commandement par lequel s'ouvre la saisie immobilière, est opposable aux créanciers saisissants; le preneur a donc comme un droit de *préférence*, puisqu'il ne concourt pas avec les autres créanciers du bailleur, puisque son droit leur est opposable, sans réciprocité.

Mais il faut comprendre qu'un concours entre le preneur et les autres créanciers du bailleur serait pratiquement inconcevable; on ne voit pas comment pourrait fonctionner entre eux la loi du dividende; créancier d'une obligation de faire, le preneur se trouve dans une situation très forte, par la nature même des choses, et comparable à celle du créancier d'une obligation de ne pas faire, lequel demeure, malgré l'insolvabilité du débiteur, créancier effectif pour le tout;

4° La loi du 23 mars 1855 soumet à la formalité de la transcription les baux de plus de dix-huit années (art. 2 - 4°); or, dans l'économie de cette loi, ce sont les actes constitutifs de droits réels immobiliers qui sont soumis, pour leur opposabilité aux tiers, à cette formalité; c'est donc que le droit du preneur rentre dans cette catégorie.

Seulement, le syllogisme est loin d'être sûr : on sait, en effet, que les cessions de loyers ou de fermages sont elles-mêmes sujettes à transcription lorsqu'elles portent sur trois années ou davantage (art. 2 - 5° de la même loi) ; or, il est certain que ces actes ne sont pas constitutifs de droits réels. On comprend d'ailleurs que le législateur ait organisé la publicité des baux à longue durée qui sont de nature à constituer une gêne pour l'acquéreur de l'immeuble; et c'est précisément ces baux que le législateur de 1855 a eu en vue lorsque, dans l'article 3, il a donné le droit d'opposer le défaut de transcription à ceux qui ont, non pas des droits réels, mais « *des droits sur l'immeuble* », sans plus de précision; si on a supprimé le qualificatif de « *réels* », c'est qu'on a pensé au droit du preneur à long bail, droit auquel on a ainsi reconnu implicitement un caractère personnel.

1220. — Ces arguments écartés, il reste qu'une foule de considérations militent en faveur de la personnalité du droit du preneur; nous les retrouverons en énumérant les intérêts que présente la question; et l'on comprend donc que cette personnalité ait été reconnue par la jurisprudence (Req. 6 mars 1861, *S.* 1861, 1, 713, *D. P.* 1861, 1, 417; Civ. 21 fév. 1865, *S.* 1865, 1, 113, *D. P.* 1865, 1, 132; 14 mai 1918, *D. P.* 1918, 1, 53) ; mais il ne serait pas téméraire de pronostiquer sa condamnation dans un délai assez rapproché : la réalité du droit de preneur, si elle est controuvée par l'histoire, se situe de plus en plus nettement sur le plan de l'actualité; depuis la dernière guerre, la situation du locataire se fortifie sans cesse aux dépens de celle du propriétaire qui s'affaiblit de jour en jour; incrustés dans l'immeuble, grâce au jeu des prorogations, protégés contre la hausse des loyers par un législateur, toujours favorable aux débiteurs et à ceux qui sont le plus grand nombre, les locataires et les fermiers ont une tendance à se considérer comme chez eux dans la maison ou le domaine d'autrui et à se comporter comme titulaires d'un *jus in re*, d'un droit dans la chose (v. Brèthe de la Gressaye, dans *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, 2e éd., t. XI, n° 546).

1221. Intérêts de la question et conséquences de la personnalité du droit du preneur. — 1° Du moment que ce droit est personnel, il est invariablement *mobilier*; tandis que, s'il était réel, il présenterait un caractère immobilier comme tous les droits réels établis sur des immeubles, et notamment à l'instar de l'usufruit.

Cette première conséquence, déduite de la personnalité du droit du preneur, est elle-même fertile en corollaires : *a*) le droit du preneur n'est pas susceptible d'hypothèque, car, sauf dérogation, les biens mobiliers ne peuvent pas être hypothéqués (art. 2118 et 2119) ; *b*) en revanche, ce même droit peut être l'objet d'un gage (Req. 6 mars 1861, *D. P.* 1861, 1, 417) ; *c*) si un locataire lègue à une personne tous ses meubles, l'émolument de l'institué englobe le droit au bail; ce droit resterait, au contraire, en dehors de l'émolument d'un légataire des immeubles; *d*) les actions exercées à l'occasion de l'exécution du bail doivent être portées devant le tribunal du domicile du défendeur (*actor sequitur forum rei*), et non pas devant le tribunal de la situation de l'immeuble (Civ. 21 fév. 1865, *D. P.* 1865, 1, 132; 14 mai 1918, *D. P.* 1918, 1, 53) :

2° Simple créancier, le preneur ne peut prétendre à la protection possessoire; la complainte et la dénonciation de nouvelle œuvre lui sont refusées; et, si la réintégrande lui est accordée (Civ. 4 juin 1904, *D. P.* 1904, 1, 475, *S.* 1905, 1, 93), c'est qu'elle n'est pas une véritable action possessoire (*sup.*, t. I, n° 1402) ;

3° Le preneur n'a ni droit de suite ni droit de préférence; on l'a vu, les dispositions des articles 1743 du Code civil et 684 du Code de procédure s'expliquent par des considérations d'ordre spécial (*sup.* n° 1219) ;

4° Si le preneur est troublé dans sa jouissance par un tiers qui prétend avoir quelque droit sur la chose louée, par exemple une servitude, il *doit* (c'est une obligation pour lui) appeler le bailleur en garantie, et il *peut* exiger sa mise hors de cause (art. 1727) ; ces solutions s'expliqueraient mal si le locataire était titulaire d'un droit réel, car il aurait alors qualité pour jouer le rôle de contradicteur à la demande dirigée contre lui; elles cadrent au contraire fort bien avec la conception d'un droit personnel : ce n'est pas à un simple créancier qu'il appartient de faire tête à une attaque conduite par un prétendu propriétaire ou par le titulaire prétendu d'un démembrement de la propriété; la lutte serait inégale; il appartient donc au preneur de susciter, par un recours en garantie, le contradicteur légitime de son assaillant.

5° La *cession de bail*, s'analysant en une cession de créance, est soumise aux formalités de l'article 1690, car le régime institué par ce texte est valable pour le transfert de toutes les créances (Req. 4 mai 1925, 2 arrêts, *D. P.* 1925, 1, 141; *inf.* n° 1224).

1222. II. Caractère cessible du droit du preneur, qui n'est pas attaché à la personne de son titulaire. — CESSION DE BAIL ET SOUS-LOCATION — Le droit du preneur, s'il est un droit personnel, n'est du moins pas un droit attaché à la personne; il se prête à diverses combinaisons juridiques; notamment, il peut être l'objet d'une *cession* ou d'une *sous-location* : article 1717, § 1 : « *Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite.* »

Le Code civil prévoit donc deux opérations distinctes : la *sous-location* et la *cession du bail*, destinées, l'une et l'autre, à réaliser plus ou moins complètement la substitution d'un nouvel occupant au preneur originaire, mais qui atteignent cet objectif dans des mesures et par des procédés très différents.

1223. A. Comparaison entre la cession de bail et la sous-location. — La cession de bail et la sous-location, telles qu'elles sont comprises par la jurisprudence et par la doctrine modernes, s'opposent délibérément l'une à l'autre quant à leur nature juridique : la sous-location, la terminologie l'indique, est encore une location, un *louage* qui vient se greffer sur le bail primitif; mais la cession de bail est une *cession de créance*, plus exactement une *cession de contrat*; le preneur transmet au cessionnaire son droit au bail à peu près comme un commerçant transmet à son successeur son droit au fonds de commerce. Cette différence de nature se traduit dans le langage : la sous-location implique l'existence d'un sous-bail; celui qui la consent est qualifié de *locataire principal*, tandis que celui à qui elle est consentie devient un *sous-locataire*; au contraire, le preneur qui cède son bail est un *cédant*, son ayant cause un cessionnaire; dans la première éventualité, il y a deux baux, bail et sous-bail; dans la deuxième, il n'y en a qu'un seul qui fait l'objet d'un transport sur une nouvelle tête; tandis que le locataire principal demeure preneur, en dépit de la sous-location, le cédant devrait logiquement perdre cette qualité dont hérite son substitué, le cessionnaire (*inf.* n° 1225).

1224. Conséquences. — Les conséquences de cette différence de nature sont nombreuses; en voici quelques-unes, les plus caractéristiques :

1° La cession de bail, s'analysant en une cession de droits et d'obligations, et principalement en une cession de créance, est soumise aux formalités de l'article 1690 : elle ne devient

opposable aux tiers, donc au bailleur, que par une notification qui lui est adressée ou par son acceptation (*sup.* n° 1221). Rien de pareil pour la sous-location qui laisse subsister le bail et les rapports obligatoires en dérivant, sur la tête du preneur primitif;

2° En revanche, les règles de *preuve* instituées, dans les articles 1715 et 1716, pour le louage des choses, trouvent leur application dans la sous-location, variété de louage, mais non dans la cession de bail, espèce de cession de créance;

3° S'il y a sous-location, les clauses insérées dans le sous-bail peuvent différer de celles qui avaient trouvé place dans le bail initial; tandis que le cessionnaire occupe nécessairement la même position juridique que jadis le cédant à qui il a succédé;

4° En cas de sous-location, le locataire principal est armé du privilège de l'article 2102 - 1° sur le mobilier garnissant la maison ou la ferme (*inf.* n° 1563); mais, s'il y a eu cession, le cédant, qui est une sorte de vendeur et qui n'a pas conclu, avec le cessionnaire, un louage d'immeuble, ne saurait prétendre à la même garantie;

5° Le sous-locataire peut exiger du locataire principal que la chose lui soit livrée en bon état de réparations et qu'elle soit entretenue au cours du sous-bail; car le locataire principal, comme tout bailleur, doit assurer à son ayant cause la jouissance des lieux loués. Ce devoir n'incombe nullement au cédant qui transmet ses droits tels qu'ils existent et qui n'est point tenu d'une obligation successive de faire jouir le cessionnaire;

6° Certainement, le cessionnaire d'un bail peut, s'il s'agit de locaux à usage commercial ou industriel, faire valoir ses droits à ce qu'on appelle la *propriété commerciale* (droit au renouvellement du bail ; L. 30 juin 1926, art. 2 mod. par des lois postérieures; v. *inf.* n° 1234); mais, pour le sous-locataire, la question a été discutée, et plusieurs cours d'appel avaient jugé que les dispositions de la loi de 1926 sont sans application dans les rapports du locataire principal avec son sous-locataire. Cependant, c'est en sens contraire que s'était prononcée la Cour de cassation (Civ. 10 juin 1929, *S.* 1929, 1, 366; 8 fév. 1932, *S.* 1932, 1, 166), qui admet même l'existence d'une action directe au profit du sous-preneur (*inf.* n° 1227). La question n'existe plus, ayant été formellement tranchée, en faveur du sous-locataire, dans ses rapports avec le locataire principal, par la loi du 13 juillet 1933, modificative de la loi

du 30 juin 1926 (art. 21, § 1, de cette dernière loi, nouv. réd.). Mais, aux termes du second alinéa de ce texte, « *à l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, directement ou indirectement, autorisé ou agréé la sous-location et si, matériellement ou dans la commune intention des parties, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible* ». Cette double condition n'est d'ailleurs exigée, et fort logiquement, que dans le cas où le sous-locataire sollicite directement du propriétaire le renouvellement de son bail à l'expiration du bail principal; elle demeure sans emploi s'il se borne à demander, au cours de ce dernier bail, le renouvellement de la sous-location.

Quant au *droit de reprise sans indemnité*, institué, en matière commerciale, par la loi du 30 juin 1926, il est refusé, sans distinction, au locataire principal, car il est réservé au seul proprétaire (art. 5 de la loi de 1926; — Req. 28 janv. 1930, *S.* 1930, 1, 139; Civ. 11 déc. 1934, *D. H.* 1935, 98).

1225. Critique. — A ces conséquences qui découlent de la différence de nature existant entre la cession de fait et la sous-location, il y aurait lieu, en bonne logique juridique, d'en ajouter une autre, la plus importante de toutes sans doute : tandis que le locataire principal, après avoir sous-loué la chose, demeure tenu, vis-à-vis du bailleur primitif, de toutes les obligations nées du contrat qui continue, à l'inverse, à produire des droits en sa faveur, on devrait décider que la cession de bail élimine le locataire primitif du rapport obligatoire dans lequel il était précédemment entré et qu'elle lui fait perdre sa qualité de preneur, laquelle passe au cessionnaire. Il en résulterait que le bailleur ne pourrait plus lui demander le paiement du loyer, ni, en cas d'incendie, la réparation du dommage subi, tandis qu'à l'inverse il ne serait plus tenu envers lui des obligations auxquelles le bail l'avait assujetti, celle, entre autres, de procéder à des réparations : ceci à supposer, bien entendu, que la cession ait été régulièrement publiée conformément à l'article 1690. Mais cette conclusion n'est acceptée ni en doctrine, ni en jurisprudence; et, à moins que le propriétaire n'ait agréé le cessionnaire comme locataire, aux lieu et place du cédant, ce qui détermine alors une sorte de novation, on décide que la cession de bail, pas plus que la sous-location, ne modifie la situation des parties au bail; on en déduit notamment que le locataire de l'immeuble incendié répond de l'incendie même après la cession par lui consentie et qu'il n'est pas

recevable à prouver que le sinistre a été volontairement provoqué par le cessionnaire (Riom, 11 août 1891, *D. P.* 1892, 2, 175). Cette opinion est basée sur l'article 1735 qui, cependant, ne rend le preneur responsable des dégradations et des pertes qu'autant qu'elles arrivent par le fait des personnes de la maison « *ou de ses sous-locataires* » et qui ne mentionne pas le cessionnaire. D'ailleurs, il est des auteurs qui, tout en maintenant, au cas de cession, les obligations du preneur envers le bailleur, lui refusent les droits qui lui appartenaient jadis contre ce dernier et, par exemple, ne lui permettent plus d'exiger des réparations. Tout cela montre l'incohérence du système, et ces difficultés seraient évitées si l'on considérait que, le cessionnaire étant substitué au cédant, celui-ci disparaît des rapports obligatoires issus du bail, qu'il a cessé d'être un preneur, sans être d'ailleurs devenu un bailleur, et qu'il doit être traité comme le cédant d'une situation juridique dont il ne relève plus désormais. Seulement, on réaliserait ainsi un *transport de dettes*, et en dehors du consentement du créancier, et c'est sans doute ce qui explique que doctrine et jurisprudence maintiennent le cédant dans les liens du contrat de bail.

1226. B. Rapports du bailleur avec le cessionnaire ou avec le sous-preneur. — Action directe [1]. — Il n'y a guère de difficulté si le bailleur a approuvé la cession ou la sous-location, s'il est devenu partie à ces opérations: des rapports juridiques directs sont alors établis entre le substitué et lui; de part et d'autre, des obligations sont nées dont l'exécution peut être demandée par les intéressés.

Pour que des difficultés surgissent, il faut supposer que le bailleur est demeuré étranger à la substitution et qu'il ne l'a point ratifiée, expressément ou tacitement; et nous voyons, à cet égard encore, s'opposer logiquement la cession de loyer et le sous-bail.

1° Si le bail a été *cédé* et si la cession a été notifiée au bailleur dans les termes de l'article 1690, le cessionnaire se trouve substitué au preneur originaire; en conséquence, d'une part il est fondé à demander au bailleur l'exécution de ses obligations, par exemple des réparations autres que les réparations dites locatives; d'autre part, le bailleur a contre lui une action *directe*, celle-là même qui découlait du contrat de bail, et qui lui permettra d'obtenir satisfaction, notamment d'exiger le paiement intégral du loyer ou du fer-

[1] V. Solus, *Des actions directes*, thèse, Paris, 1914

mage, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter au prix de la cession; le cessionnaire, ayant cause du cédant, est substitué à lui et demeure tenu, vis-à-vis du bailleur, de toutes les obligations qui incombaient à son auteur; ce n'est même pas d'une véritable action directe qu'il est question en pareil cas; le bailleur agit, non contre le débiteur de son débiteur, mais contre son débiteur actuel, tout simplement (V. Req. 23 mai 1870, *D. P.* 1872, 1, 90; Paris, 22 juin 1894, *D. P.* 1895, 2, 71);

1227. — 2° Au cas de *sous-location*, la situation est différente, puisque le locataire principal conserve cette qualité et constitue, semble-t-il, comme un écran entre le bailleur et le sous-preneur; rigoureusement, ces deux intéressés ne devraient pouvoir agir l'un contre l'autre qu'*indirectement*, du chef du locataire principal avec lequel ils ont traité l'un et l'autre, et par application de l'article 1166.

a) Cette conclusion est très généralement acceptée du côté du sous-preneur à qui on refuse une action directe contre le bailleur originaire, du moins pour obtenir de lui des réparations, ou une diminution du prix pour trouble dans la jouissance ou des dommages-intérêts à raison des vices cachés de la chose louée (Aix, 9 mai 1868, *D. P.* 1870, 2, 116; Nancy, 26 juin 1895, *D. P.* 1896, 2, 367; comp. Req. 8 nov. 1882, *D. P.* 1883, 1, 305) ou une réduction de loyer en vertu de la législation spéciale (en l'occurrence, la loi du 12 juill. 1933; trib. civ. Seine, 23 juin 1936, *D. H.* 1936, 469; — *sup.* n° 1224), mais à qui on l'accorde cependant aux fins d'obtenir le renouvellement d'un bail commercial (L. 27 mars 1928, art. 2; Req. 28 mai 1930, *D. P.* 1930, 1, 166, note Bricout, *S.* 1932, 1, 9, note P. Esmein; Civ. 30 nov. 1931 et 8 fév. 1932, *D. P.* 1932, 1, 177, note Trasbot);

b) Au contraire, et en sens inverse, on reconnaît au bailleur principal une *action directe* contre le sous-preneur, notamment pour le paiement du loyer ou du fermage; c'est en ce sens que l'on interprète l'article 1753, § 1, aux termes duquel « *le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation* ».

Ici, c'est bien véritablement d'une action directe qu'il s'agit, puisque le locataire principal est demeuré engagé dans les liens du contrat et puisque, d'autre part, le bailleur principal n'a aucunement participé au sous-bail qui est pour lui *res inter alios acta*; il actionne le sous-preneur en tant

que débiteur de son débiteur et sans avoir à subir l'intermédiaire de celui-ci, en passant par dessus sa tête, en s'adressant directement à son ayant cause, et l'on comprend tout l'avantage qu'il retire de cette procédure : il n'a pas à subir le concours des autres créanciers du locataire principal, puisque la somme versée par le sous-preneur ne traverse pas le patrimoine de son auteur immédiat, puisqu'elle va directement du patrimoine de ce sous-preneur à celui du bailleur principal; c'est là la supériorité normale et classique de l'action directe sur l'action oblique de l'article 1166 (*sup.* n° 673; *inf.* n° 1611).

1228. L'existence de cette action directe est reconnue, non sans divergences et sans hésitations par la doctrine, mais constamment par la jurisprudence (Civ. 24 janv. 1853, *D. P.* 1853, 1, 124; Req. 8 nov. 1882, *D. P.* 1883, 1, 305, *S.* 1884, 1, 333; Civ. 13 janv. 1892, *S.* 1892, 1, 89, *D. P.* 1892, 1, 509); on verra, par l'examen de ces décisions, que le bailleur peut réaliser son action directe, soit au moyen d'une saisie-gagerie, soit par la voie de la saisie-arrêt.

Toutefois, et fort équitablement, le législateur ne veut pas que la situation du sous-preneur soit empirée du fait du locataire principal, et il limite l'action du bailleur au prix de la sous-location (Civ. 6 mai 1935, *D. H.* 1935, 332, *S.* 1935, 1, 244), et à concurrence des sommes dont le sous-locataire se trouve redevable envers son auteur immédiat, au moment de la saisie, mais sans lui permettre d'opposer des paiements qu'il aurait faits *par anticipation*; de tels paiements, qui sont anormaux, ont un caractère suspect et ne seront pas opposables au bailleur principal, à moins cependant qu'ils n'aient été effectués en vertu d'une clause du bail ou conformément à l'usage des lieux; ils se trouveraient alors justifiés et cesseraient d'être suspects (art. 1753, § 2).

1229. Interprétation extensive. — Incendie des lieux loués. — La jurisprudence interprète extensivement la disposition de l'article 1753, en ce sens qu'elle considère que les sous-locataires sont, vis-à-vis du propriétaire, dans la situation d'*obligés personnels* (Civ. 13 janv. 1892, précité), et qu'elle fait application de ce principe à l'indemnité due au cas d'incendie des lieux loués : le bailleur peut agir directement contre le sous-preneur — donc sans subir le concours des autres créanciers du locataire principal (Civ. 13 janv. 1892, précité; Bastia, 15 fév. 1892, *D. P.* 1893, 2, 327; Grenoble, 4 juin 1895, *D. P.* 1896, 2, 370); il impor-

terait peu que, lors de l'incendie, l'immeuble fût occupé par le locataire principal; le sous-preneur est directement et personnellement tenu de veiller à la conservation des lieux loués (Bastia, arrêt précité; Paris, 18 juin 1851, *D. P.* 1852, 2, 277).

1230. C. **Clauses restrictives ou exclusives de la liberté de céder le bail ou de sous-louer.** — Il arrive assez fréquemment que les baux contiennent une clause plus ou moins restrictive, voire exclusive de la faculté, pour le preneur, de se substituer une tierce personne, soit par voie de cession, soit même au moyen d'une sous-location; ces clauses, qui sont prévues dans l'article 1717, sont parfaitement licites et efficaces; mais leur interprétation a soulevé des difficultés qui ne sont pas toutes résolues; pour en comprendre le sens, il faut savoir que, dans la pratique, de telles clauses revêtent des aspects différents et qu'elles sont à classer en se plaçant aux deux points suivants :

1° La clause peut être *prohibitive* ou simplement *limitative* : prohibitive, si elle interdit au preneur, sans autre précision, de céder ou de sous-louer ses droits; limitative ou restrictive, s'il est stipulé que le preneur ne pourra se substituer une tierce personne sans avoir obtenu le consentement exprès (et généralement *par écrit*) du bailleur, ou encore qu'il ne pourra se substituer qu'une personne agréée par le propriétaire;

2° Prohibitive ou simplement limitative, la clause peut viser soit la cession de bail, soit la sous-location, soit les deux opérations.

1231. — La jurisprudence qui s'est édifiée pour l'interprétation des clauses de ces diverses catégories, se résume, en gros, dans les propositions suivantes :

1° La clause *prohibitive* est de rigueur absolue; elle formule une interdiction de principe; le bailleur n'a même pas à choisir entre un consentement et un refus; ou, du moins, s'il consent à la sous-location ou à la cession, il le fait, non pas par application du bail, mais à l'encontre de ce contrat dont l'économie se trouve alors modifiée;

Au contraire, les clauses simplement *limitatives* sont d'une application plus nuancée; lorsque le bailleur refuse de donner l'autorisation prévue, il exerce une option fixée par le contrat, il réalise une clause du bail, il exerce un droit défini, déterminé, contractuel; or, ce droit, comme presque tous les autres, est relatif et non pas absolu; il

doit être exercé raisonnablement, conformément à sa finalité; le refus du bailleur doit s'appuyer sur des *motifs sérieux et légitimes*, sur des *griefs légitimes*, sinon il est abusif et, par suite, inopérant; le preneur peut demander au bailleur rétif quelles sont ses raisons, et celles-ci seront appréciées par le tribunal; ainsi, il ne dépendra pas du propriétaire d'opposer un refus par simple caprice, ou par malveillance, ou par chantage, en vue de se faire payer son consentement; de tels mobiles seraient illégitimes et le tribunal, passant outre, pourrait autoriser la sous-location ou la cession; *l'abus du droit* de refuser la substitution comporte ainsi une sanction en nature, puisque le preneur obtient la satisfaction même à laquelle il prétendait (V. L. Josserand, note *D. P.* 1923, 2, 169, et les décisions commentées; Savatier, *D. H.* chron. 1928, 29; Req. 27 nov. 1934, *D. P.* 1935, 1, 48; comp. Civ. 19 nov. 1924, *D. P.* 1926, 1, 138; Req. 16 nov. 1927, *D. P.* 1928, 1, 61, rapport Bricout; 21 janv. 1930, *D. H.* 1930, 148; 18 juill. 1932, *S.* 1932, 1, 349);

2° La question de savoir si une clause est prohibitive ou simplement limitative, et, dans cette dernière éventualité, si le refus opposé par le bailleur s'appuie ou non sur des motifs légitimes, est une question de fait, d'intention des parties; elle est donc tranchée souverainement par le juge du fond dont la décision échappe au contrôle de la Cour de cassation (Req. 31 oct. 1922, *D. P.* 1923, 1, 205, *S.* 1924, 1, 57, note P. Esmein; Civ. 19 nov. 1924, précité; Req. 24 déc. 1928, *D. H.* 1929, 67), contrôle qui s'affirme, au contraire, lorsqu'il s'agit de rechercher si le bailleur avait ou non donné son agrément à la sous-location (Civ. 30 nov. 1931, *D. H.* 1932, 33);

3° C'est aussi au juge du fond qu'il appartient de décider, en toute souveraineté et pourvu qu'il ne dénature pas la convention, si la clause d'interdiction de la sous-location doit être étendue à la cession du bail, ou inversement, ou bien si la convention des parties ne comporte pas à cet égard l'interprétation restrictive (Civ. 18 mai 1925, *S.* 1926, 1, 200; Req. 24 déc. 1928, *D. H.* 1929, 67; comp. la note de M. Voirin, *D. P.* 1929, 2, 5).

Chapitre IV

Cessation du bail

1232. Enumération. — Le bail peut prendre fin :
1° Par l'arrivée du terme prévu;
2° Par la volonté de l'une des parties;

3° Par l'inexécution des obligations nées du bail et par la *résiliation* qui en est la conséquence;

4° Par la *perte* de la chose louée.

On remarquera que nous ne faisons pas figurer, dans cette énumération, le décès du bailleur ni celui du preneur; encore qu'il soit conclu, dans une certaine mesure, *intuitu personæ*, le contrat de louage de choses ne prend pas fin par la mort de l'une des parties; les effets s'en prolongent dans les personnes de leurs héritiers.

1233. I. Arrivée du terme prévu [1]. — Lorsqu'un terme avait été fixé par la convention ou par la loi, le bail cesse de plein droit le jour où ce terme arrive (art. 1737 qui suppose, bien à tort, l'existence d'un écrit, car un écrit peut fort bien ne pas déterminer la durée du bail, tandis qu'à l'inverse cette durée est susceptible d'être fixée verbalement).

Lorsque le délai prévu est expiré, le bail cesse sans qu'il soit besoin de donner congé (art. 1737). Cependant : 1° lorsqu'un bail *rural* a été fait sans détermination de délai, on sait que la loi le considère comme conclu pour le temps nécessaire afin que le preneur recueille toutes les récoltes de l'héritage (art. 1774); il semble donc qu'une fois ce terme légal arrivé, le bail doive prendre fin de plein droit, et c'est bien ce que décidait l'ancien article 1775; mais le nouveau texte, modifié par une loi du 24 octobre 1919, veut que congé soit donné, par écrit, par l'une des parties à l'autre, six mois au moins avant le terme, sans quoi un nouveau bail succède au premier dont l'effet est réglé par l'article 1774; 2° il est fréquent que les baux d'appartements soient conclus pour une période déterminée, pour neuf années par exemple, avec facilité, pour les parties ou pour l'une d'elles, de se désister à l'expiration de la troisième ou bien à celle de la sixième année; celui qui use de ce droit est tenu de prévenir l'autre partie en lui donnant congé un certain temps à l'avance, trois mois ou six mois généralement, suivant la teneur de la convention ou les usages des lieux; faute de l'accomplissement de cette formalité en temps utile, le contrat poursuit son cours jusqu'à son terme normal.

1234. Renouvellement du bail; abus du droit; propriété commerciale ou artisanale. — Lorsqu'un bail vient à expiration, chacune des parties est libre de le laisser tomber ou de le renouveler; le renouvellement implique la

[1] Dans cette étude, il est fait abstraction, à cette place, du droit spécial issu de la guerre et concernant les *prorogations des baux* (v. *inf.* n^os^ 1257*bis* et s.).

conclusion d'un nouveau contrat, donc l'accord des deux volontés, et on ne saurait faire grief au bailleur de refuser le renouvellement sollicité par le preneur.

Cependant, il arrive que ce droit de *ne pas contracter* engage la responsabilité du bailleur, c'est-à-dire qu'il soit susceptible d'abus; ainsi le décide, *à titre définitif*, la loi du 30 juin 1926 — interprétée, modifiée et complétée par des lois du 22 avril 1927, du 13 juillet 1933, du 2 février 1937 et du 31 mars 1938, ainsi que par des décrets-lois du 25 août 1937 et du 17 juin 1938 — pour les baux *écrits*[1] intéressant des immeubles ou des locaux *à usage commercial* ou *industriel* ou *artisanal* (art. 18 dern. al. de la loi du 30 juin 1926): aux termes de cette réglementation, qui a institué ce qu'on a appelé bien improprement « *la propriété commerciale* ou *artisanale* », le preneur qui occupe de tels locaux, où s'exploite depuis au moins deux années, au moment de l'expiration de ces baux, un fonds de commerce ou d'industrie, peut, dans un certain délai (dix-huit mois à deux ans avant l'expiration du bail ou de la prorogation, art. 2 de la loi), notifier au bailleur une demande de renouvellement, par acte extra-judiciaire (le procédé de la notification par lettre recommandée, d'abord admis, a été exclu par la loi du 2 février 1937). Le propriétaire n'est pas obligé d'accueillir cette requête; théoriquement, il reste maître chez lui; mais son refus de renouvellement, qui entraîne nécessairement la comparution des parties, à la requête de la plus diligente d'entre elles, devant le président du tribunal civil de la situation de l'immeuble, peut engager sa responsabilité; il devra servir au preneur évincé « *une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement* », — c'est *l'indemnité d'éviction* — à moins cependant qu'il ne puisse alléguer, devant le président du tribunal et à l'encontre du locataire sortant, des motifs « *jugés graves et légitimes* » (art. 4), ou à moins qu'il n'ait la possibilité et le dessein d'user du *droit de reprise* que lui ménage la loi (art. 5). S'il est au contraire acquis au principe du renouvellement et s'il ressort du procès-verbal dressé par le magistrat que le conflit est limité aux conditions du nouveau bail (prix, durée, conditions accessoires), le cas sera soumis à des arbitres désignés par les parties ou leurs représentants, après quoi, qu'il y ait ou non accord entre les arbitres, l'affaire revient, à la requête de la partie la plus diligente, devant le président du tribunal qui, ou bien constatera l'accord, ou bien, s'il y a désaccord, statuera après en avoir conféré avec les arbitres et avoir entendu les parties. L'ordon-

[1] Pour les baux verbaux, v. les art. 2, § 4 et 17 de la loi.

nance par lui rendue, et qui doit être motivée, est susceptible d'appel dans le mois de la signification (art. 3).

Dans le délai d'un mois à dater de la décision définitive, les parties dresseront un nouveau bail « *dans les conditions convenues et arbitrées* »; faute par le bailleur d'avoir envoyé, dans ce délai, à la signature du preneur, le projet de bail conforme à la décision du juge, ou faute d'accord dans le mois de cet envoi, « *l'ordonnance ou l'arrêt fixant les conditions du nouveau bail vaudra bail* » : ainsi se trouve consacrée la notion du *bail judiciaire*, établi par autorité de justice et s'encadrant dans un jugement (art. 3 modifié par la loi du 13 juillet 1933).

Une loi du 31 mars 1938, modifiée par un décret-loi du 17 juin de la même année, est d'ailleurs intervenue en vue de relever de certaines forclusions les locataires commerçants, au moins si le propriétaire n'avait pas encore consenti une nouvelle location et n'avait pas disposé de son local, en pleine propriété ou en usufruit, par acte ayant date certaine avant le 1er avril 1938.

En ce qui concerne le *prix* du nouveau bail, le même texte recommande aux arbitres de tenir compte de toutes considérations de fait, et, notamment, de la *situation économique*; quant à la *durée*, elle sera, sauf accord entre les parties, égale à celle du bail précédent, sans toutefois pouvoir dépasser neuf ans (même texte, l. 13 juill. 1933).

1234*bis*. Le droit de reprise du propriétaire. — Le propriétaire peut conjurer le renouvellement du bail en exerçant un *droit de reprise* qui lui est conféré par la loi du 30 juin 1926, modifiée par une série de lois ou décrets-lois (ll. 29 juin 1929 et 31 déc. 1937).

Ce droit, qui constitue pour lui un monopole exclusif et, qui, notamment, n'appartient pas au locataire principal, lui est reconnu dans deux séries d'éventualités bien distinctes :

1° Le propriétaire se propose d'occuper l'immeuble ou de le faire occuper par son conjoint, ses descendants, ses ascendants ou leurs conjoints; l'occupation ainsi envisagée peut être, soit à fin d'habitation, soit à fin d'exploitation commerciale ou industrielle; toutefois, dans ce dernier cas, le droit de reprise est compris moins largement; il n'existe qu'autant que l'exploitation du fonds sera assurée par le propriétaire, son conjoint, ses descendants et les conjoints de ceux-ci, — donc à l'exclusion des ascendants et de leurs conjoints.

2° Le propriétaire peut exercer le droit de reprise et refuser le renouvellemnt du bail lorsqu'il se propose de *reconstruire* l'immeuble; il doit alors : *a*) donner au locataire, par

acte extra-judiciaire, un préavis d'une année; *b*) commencer les travaux dans les six mois qui suivent le départ du locataire; *c*) abandonner au locataire ou lui payer, préalablement au départ, une somme représentant deux années de loyer. — Toutefois, si l'immeuble menace ruine ou est en état d'insalubrité reconnue, la première de ces trois conditions est seule requise (art. 5 de la loi).

Ces deux chefs du droit de reprise sont à distinguer soigneusement, les régimes institués par la loi n'étant point les mêmes dans les deux cas. Notamment :

1. Dans la première éventualité, l'occupation des locaux par le propriétaire devra être rigoureusement effective, et d'une durée de *cinq ans* au moins, sauf en cas de *motif légitime*; 2. Le propriétaire qui exerce la reprise en vue d'exercer un commerce ou une industrie est tenu de servir au locataire sortant une *indemnité dite de plus-value* à raison de l'augmentation conférée à la valeur locative de l'immeuble par suite des aménagements effectués par le preneur, du moins si, d'après le bail, ceux-ci ne deviennent pas la propriété du bailleur et sans d'ailleurs que le montant de l'indemnité puisse dépasser le prix de la main-d'œuvre et la valeur des matériaux employés (art. 7 de la loi); 3. Le droit de reprise de la première espèce est, *en principe*, refusé aux étrangers, sauf réciprocité légale et réserve faite de certaines catégories (étranger ayant combattu dans les armées alliées ou dont les enfants sont Français, etc.; art. 19 de la loi); mais les étrangers eux-mêmes sont admis à exercer le droit de reprise en vue de reconstruire l'immeuble, au moins si celui-ci menaçait ruine ou était en état d'insalubrité reconnue (même texte). — On le voit, le droit de reprise à fin de reconstruction est compris plus largement que la reprise à fin d'occupation de l'immeuble.

1234*ter*. Appréciation de la législation relative à la prétendue propriété commerciale et au droit de reprise du propriétaire. — Cette législation, profondément dérogatoire au droit commun, n'est qu'un des épisodes de la lutte engagée entre propriétaires fonciers et commerçants; elle marque un important succès remporté par ceux-ci sur ceux-là : en vertu de leur dynamisme même, le commerce et l'industrie ont eu raison de la propriété immobilière, essentiellement statique et qui souffre d'un discrédit bien immérité, alors qu'elle est le fruit de l'épargne et de la prévoyance et qu'elle constitue les réserves les plus solides de la richesse d'un pays. Mais les commerçants n'ont-ils pas été imprudents de prétendre, de leur côté, à une propriété

dite commerciale? Devenus propriétaires, au moins dans le langage courant, ne vont-ils pas connaître à leur tour le discrédit qui, dans l'opinion publique, frappe les possédants? D'autre part, leurs succès se sont retournés contre eux; la loi du 30 juin 1936, a déterminé une hausse rapide des fonds de commerce et déclenché une spéculation qui a constitué assurément un facteur de la vie chère et qui a abouti à une très grave crise morale et économique le jour où s'est produit un ralentissement des affaires : les acquéreurs, qui avaient payé trop cher des fonds de commerce dont la valeur avait été enflée fictivement par leur circulation même, se trouvèrent dans l'impossibilité de faire honneur aux *billets de fonds* qu'ils avaient souscrits et demandèrent aide et protection au législateur en vue d'obtenir le droit de ne pas payer leurs dettes, ce qui leur fut très libéralement accordé, au grand détriment de la moralité publique, de la confiance placée dans la loi et dans les contrats, de la propriété générale et de la paix sociale. Aussi s'explique-t-on que le *neuvième Congrès international de la propriété bâtie*, tenu à Bruxelles en 1935, ait adopté une résolution tendant à l'« abrogation pure et simple des lois instituant le droit au renouvellement du bail commercial soumis au régime de la législation générale sur les contrats et obligations » (*Revue intern. de la propriété bâtie*, 1935, p. 478).

Ces réserves faites, et étant bien entendu que la prétendue propriété commerciale se ramène en réalité au droit, pour le commerçant ou l'industriel, d'exiger le renouvellement de son bail, donc à un droit de créance, on doit convenir que le législateur, s'il a eu la hardiesse de consacrer à cette occasion la notion du contrat forcé, ou tout au moins quasi-forcé, s'est ingénié à placer cette innovation sous l'égide de deux grandes théories qui font partie intégrante de la superlégalité et qui dominent tout le commerce juridique : celles de *l'abus des droits* et de *l'enrichissement sans cause* : d'une part, le bailleur qui se refuse au renouvellement du bail, abuse de son droit de propriété, plus exactement du droit de ne pas contracter, de ne pas reconduire un contrat préexistant et venu à expiration; d'autre part, en se comportant ainsi, il va pouvoir — ce qui doit être évité — s'enrichir sans cause du fait et à concurrence des améliorations réalisées par le preneur sortant, de la plus-value que celui-ci a procurée à la valeur locative de l'immeuble. Cette référence à deux grands standards de notre droit ressort, tant des travaux préparatoires que de l'économie générale et de la teneur des lois nouvelles qui évoquent à maintes reprises la notion

du motif légitime, pierre de touche de l'exercice légitime, non abusif des droits (*sup.* n° 431; l. du 30 juin 1926, art. 4, 5 et 9) et celle de l'enrichissement sans cause, laquelle trouve ici sa sanction tant dans l'indemnité d'éviction que dans l'indemnité de plus-value.

D'autre part, on doit reconnaître que la législation spéciale en la matière a tenté de réaliser une transaction aussi équitable que possible entre les intérêts et les droits en présence et de telle façon que le propriétaire, s'il ne retire plus un profit de l'activité et du départ de son locataire, ne soit du moins pas constitué en perte à cette occasion. Surtout, on s'est attaché à conjurer les *fraudes* auxquelles le régime nouveau pourrait ouvrir l'accès, qu'elles vinssent du propriétaire (art. 5) ou du preneur (art. 9); une contribution importante est ainsi apportée par cette législation aux grands concepts de l'*abus des droits*, de l'*enrichissement sans cause*, du *motif légitime* et de la *fraude à la loi*; c'est surtout à ces divers titres qu'elle mérite de retenir l'attention du juriste.

Sur la « propriété commerciale » et sur le droit de reprise du propriétaire, v. J. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. I, n^os^ 530 et suiv.; Brèthe de la Gressaye, *op. cit.*, n^os^ 573 et suiv.

1235. Tacite reconduction. — Il arrive que, le terme étant échu, le preneur reste et soit laissé en jouissance des lieux loués; la loi présume alors que les parties ont entendu conclure un nouveau bail qui se forme par *tacite reconduction* (de *conductio*, action de prendre une chose à bail). Bien entendu, ce phénomène juridique implique que les événements ne démentent pas la présomption légale, et si, par exemple, le fermier ou le locataire ne s'est maintenu en jouissance que contre la volonté du bailleur, la tacite reconduction ne se réalise pas (Req. 9 fév. 1875, *D. P.* 1876, 1, 27), et moins encore si un congé lui avait été régulièrement signifié (art. 1739).

Le nouveau bail, prévu par l'article 1738, produit des effets qui sont réglés « *par l'article relatif aux locations faites sans écrit* » (même texte), ce qui signifie qu'il est considéré comme conclu *pour une durée indéterminée* (sauf, cependant, pour les baux ruraux, l'application de l'article 1775 nouvelle rédaction, *sup.* n° 1233); il se prolongera aussi longtemps que l'une des parties n'aura pas donné congé à l'autre en observant les délais fixés par l'usage des lieux (art. 1736); à cet égard, il obéit donc à un tout autre statut que le bail primitif, lequel, par hypothèse, avait été conclu

pour une durée déterminée. Il y a vraiment un bail nouveau et l'aritcle 1740 en conclut que la caution donnée pour le bail primitif ne s'étend pas à sa prolongation; la tacite reconduction ne lui est pas opposable; et il faut vraisemblablement décider de même pour toutes les garanties, réelles ou personnelles, qui avaient été données par le preneur en vue d'un bail dont la durée avait été fixée de façon précise.

Cependant, s'il y a un nouveau bail, force est bien de considérer qu'il a été conclu tacitement aux mêmes conditions, de *prix* notamment, que l'ancien, sans quoi on ne saurait pas à quelle soluiton se rallier; et c'est ce que dit effectivement l'article 1759.

1236. II. Volonté de l'une des parties; baux faits sans détermination de durée. — L'éventualité prévue est étrangère aux *baux ruraux*, lesquels sont toujours faits pour un temps déterminé et quand bien même les parties ne s'en seraient pas expliqué (art. 1774); elle l'est également pour les baux des *appartements meublés*, dont la durée est fixée, en l'absence d'une clause expresse, par l'article 1758 (un an, un mois, un jour, suivant les cas).

Le bail à durée indéterminée prend fin par le *congé* que l'une des parties signifie à l'autre; il comporte la *résiliation par volonté unilatérale*; le congé doit être donné un certain temps à l'avance temps fixé par le bail, sinon par les usages; pour les locations importantes, il est de six mois ou d'un an; pour les petites locations et pour les locations verbales, il est de trois mois ou de six semaines.

La loi ne prescrit aucune forme particulière pour le congé (Req. 11 fév. 1907, *S.* 1911, 1, 358); acte unilatéral, il n'a pas à être accepté par le destinataire; mais l'expéditeur fera prudemment en se réservant la preuve écrite de son intervention; si le destinataire refuse de délivrer un reçu, il lui fera notifier le congé par acte d'huissier.

1237. III. Inexécution des obligations nées du bail et résiliation qui en est la conséquence. — Comme tous, ou presque tous les contrats synallagmatiques, le lougae des choses comporte le pacte commissoire de l'article 1184; aux termes de l'article 1741, il se résout « *par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements* ».

Suivant le droit commun, ce n'est pas une inexécution quelconque qui entraîne la dissolution du contrat, mais seulement une inexécution assez importante, assez grave pour que la convention ne soit plus à même d'atteindre son

but, de remplir sa mission; s'il n'en était pas ainsi, le tribunal se contenterait, tout en maintenant le bail, d'allouer des dommages-intérêts à la victime de l'inexécution partielle (Civ. 18 janv. 1869, *D. P.* 1869, 1, 112; Req. 9 janv. 1893, *D. P.* 1893, 1, 120).

Il va sans dire que l'inexécution n'entraîne la résiliation du contrat que si elle est injustifiée : par exemple, le bailleur qui n'exécute pas ses propres obligations ne saurait faire grief au preneur de refuser le paiement du loyer ou du fermage et d'opposer ainsi l'exception *non adimpleti contractus* (Req. 22 fév. 1932, *D. H.* 1932, 203).

1238. — La résiliation est *judiciaire*, toujours d'après le droit commun, mais il dépend des parties de décider qu'elle aura lieu de plein droit, par exemple à défaut de paiement, par le preneur, d'un seul terme de loyer (Civ. 2 juill. 1860, *D. P.* 1860, 1, 284; Alger, 7 nov. 1892, *D. P.* 1893, 2, 294); le tribunal ne saurait alors accorder au débiteur un délai de grâce (mêmes décisions, — *sup.* n° 389). C'est du moins le droit commun, mais qui est écarté, pour les baux à ferme et à métayage, autres que le colonat partiaire, par la loi du 12 juillet 1937 dont l'article 1er donne au président du tribunal civil, pendant une période de deux années, le pouvoir de suspendre, pour deux années au maximum, l'effet des clauses de résiliation insérées dans le bail : grâce à cette disposition exceptionnelle, particulièrement exorbitante du droit commun, la pratique des délais de grâce trouve devant elle une voie absolument libre et qui ne saurait être barrée à l'avance par la convention des parties.

Il importe de noter que la dissolution du bail se produit *sans rétroactivité* : ce n'est pas d'une résolution qu'il s'agit, mais d'une simple *résiliation* (*sup.* n° 394); les effets que le bail avait produits antérieurement subsistent intégralement; on ne revient pas sur le passé, parce que ce serait matériellement impossible, la jouissance du preneur demeurant un fait acquis et indélébile.

1239. IV. **Perte de la chose louée.** — Il faut distinguer entre la perte *totale* et la perte *partielle*.

1° La *perte totale* de la chose louée entraîne *ipso facto* la résiliation du bail qui prend alors fin de plein droit (art. 1722), sans que le preneur puisse conjurer cette extinction en exigeant du bailleur, ou même en lui proposant la reconstitution de la chose détruite (Civ. 9 avril 1930, *S.* 1930, 1, 219); et ce n'est pas seulement la perte par cas de force

majeure qui met ainsi le point final à l'opération, c'est une perte quelconque, même imputable au fait ou à la faute de l'une des parties; sans doute, le coupable sera passible de dommages-intérêts, mais le contrat n'en sera pas moins résilié.

Un immeuble qui n'est plus susceptible de réparations et dont la démolition s'impose est considéré comme détruit, au sens de l'article 1722 (Req. 24 déc. 1935, *D. H.* 1936, 83).

On ne distingue pas davantage entre la perte *matérielle* et la perte *juridique*; du moment que la chose ne se prête plus au louage et si, par exemple, elle a été mise hors du commerce, les baux antérieurement consentis tombent de plein droit (Civ. 22 nov. 1922, *D. P.* 1925, 1, 212).

La résiliation du bail pour perte totale de la chose cadre avec la nature du louage de choses qui donne naissance à des obligations successives; c'est à chaque moment que le bailleur doit assurer au preneur la jouissance de l'immeuble; son obligation se renouvelle sans cesse; elle est vraiment *successive*; du moment que la chose a péri, cette obligation est sans objet et le contrat manque donc désormais de support; il tombe aussitôt.

Cela revient à dire que, dans le louage de choses, les *risques* sont pour le bailleur qui ne peut plus exiger du preneur le paiement du loyer ou du fermage; solution logique et conforme au droit commun : en thèse générale, les risques incombent bien au débiteur de la prestation devenue impossible (*sup.* n° 368).

1240. — 2° Si la perte est seulement *partielle*, la loi ouvre une option au preneur qui peut, suivant les circonstances, demander soit une *diminution du prix* ou bien la *résiliation* même du bail (art. 1772, *in fine*); les mots « *suivant les circonstances* » se réfèrent à une faculté, non seulement pour le preneur, mais aussi pour le juge qui refusera de prononcer la résiliation si la perte est minime.

Chapitre V

De quelques espèces particulières de baux

1241. — Laissant de côté le bail *emphytéotique*, déjà examiné (*sup.*, t. I, n° 1947), le *bail à complant* et le bail à *domaine congéable* qui ne présentent qu'un *intérêt régional*, nous étudierons dans ce chapitre :

1° Le bail de *chasse*;
2° Le *métayage*;
3° Le bail à *cheptel*.

§ I. — *BAIL DE CHASSE*

1242. Rappel. — On sait que le droit de chasse, comme d'ailleurs le droit de pêche, ne saurait être établi à l'état de *servitude*, au profit d'un fonds et à la charge d'un autre fonds; telle est du moins l'opinion dominante qui peut être considérée comme celle de la jurisprudence (*sup.* t. I, n° 1970); il est au contraire admis que ce droit peut revêtir l'aspect juridique d'un droit réel attaché à la personne du titulaire, et se présenter alors comme une variété d'*usage* (*sup.*, t. I, n° 1963). Mais, dans la pratique, il affecte ordinairement la forme d'un droit de louage : la chasse d'un domaine peut faire l'objet d'une location, dans les termes du droit commun, et pour une durée maxima de 99 années.

1243. Nature juridique du bail de chasse. — 1° Le bail de chasse est un bail immobilier; il porte, non sur le droit de chasse lui-même, mais sur l'immeuble; il émane en effet du propriétaire, directement ou indirectement, et il a pour objet la jouissance du fonds, relativement à certains de ses produits, à savoir le gibier;

2° Plus précisément, le bail de chasse est un bail à ferme, non à loyer; d'abord parce qu'il est établi sur un fonds rural, puis parce que ce fonds produit des fruits naturels, les animaux auxquels peut prétendre le preneur, et c'est bien là la caractéristique du bail à ferme, tandis que le bail à loyer porte sur des maisons qui ne produisent que des fruits civils (*Sic*, Req. 13 avril 1899, *D. P.* 1899, 1, 598; Comm. sup. de cass., 1er mars 1923, *D. P.* 1924, 1, 221, note Lalou).

1244. — On sait que les baux à ferme ne sont pas toujours gouvernés par les mêmes règles que les baux à loyer; ils ont un statut particulier, notamment quant à la *tacite reconduction* (art. 1776; *sup.* nos 1235 et 1233), à l'obligation de prévenir le bailleur des *usurpations* (*sup.* n° 1217); au délai dans lequel l'administrateur des biens d'autrui ou l'usufruitier peut *renouveler le bail par anticipation* (art. 1430, *sup.*, t. I, n° 1903); à la prorogation accordée aux preneurs de baux à ferme dans les régions envahies (arrêt précité du 1er mars 1923) : à ces différents points de vue et à

d'autres encore, il est intéressant de constater que le bail de chasse est catalogué bail à ferme.

§ II. — *LE MÉTAYAGE*

Loi du 18 juillet 1889.

1245. Idée générale. — Dans le *métayage*, ou *bail à colonat partiaire*, le cultivateur, au lieu de servir au propriétaire une redevance fixe, soit en argent, soit en nature, lui abandonne une part proportionnelle, une quotité de la récolte, la moitié le plus souvent, d'où le nom de *métayage*; ce cultivateur prend alors le nom de *métayer* ou de *colon*, ou, dans certaines régions, de *granger*.

La redevance proportionnelle en nature peut d'ailleurs être accompagnée d'une redevance en argent qui est fixée de façon invariable, pour chaque année, et qui prend le nom de *prestation colonique*; le contrat ne perd pas pour cela son caractère de métayage, mais c'est à la condition que cette redevance fixe conserve, vis-à-vis de la redevance proportionnelle en nature, un caractère accessoire et secondaire.

1246. — Bien que le métayage ait un très long passé (il en est fait mention dans les lettres de Pline le Jeune), et encore qu'il ait été et qu'il soit de nos jours très pratiqué dans certaines régions de la France, le Code civil n'y a fait que des allusions discrètes et fugitives (art. 1763, 1764, 1827 à 1830), et le législateur a dû lui donner par la suite un statut, contenu dans la loi du 18 juillet 1889, laquelle a été incorporée dans le nouveau Code rural, dont elle constitue le titre IV du livre I. Ce procédé d'aménagement de la culture est en régression assez accusée; tandis que, vers le milieu du XIX^e^ siècle, on estimait qu'un tiers des terres cultivables en était tributaire, on peut évaluer actuellement à trois ou quatre millions d'hectares seulement les domaines qui y ressortissent, avec une étendue moyenne, pour chaque métayage, de onze hectares environ.

1247. Nature du métayage. — C'est une très ancienne question que celle de savoir si le métayage, qui participe à la fois du bail à ferme et de la société, doit être rattaché de préférence à l'une ou à l'autre de ces catégories juridiques; la controverse présente de l'intérêt pour les points qui n'ont pas été tranchés par un texte de loi; on aurait pu espérer que la loi du 18 juillet 1889 prendrait enfin parti, mais elle

a évité de le faire, tout en résolvant certaines difficultés qui étaient nées précédemment; elle a circonscrit le champ du débat, tout en le laissant subsister. A notre avis, et en dépit de la terminologie (*bail* à colonat partiaire), le métayage s'apparente avec la société plus étroitement encore qu'avec le louage; on y retrouve cette volonté de coopération en vue de réaliser un bénéfice, qui est de l'essence même du premier de ces contrats : le propriétaire fournit la jouissance du fonds, tandis que le métayer fait l'apport de son industrie; et les deux parties se partagent les récoltes, c'est-à-dire les produits de l'entreprise, ordinairement à égalité. Aussi est-il certain que la personnalité du métayer joue, dans la conclusion et dans l'exécution du contrat, un rôle autrement important que celle du fermier; l'*intuitus personae*, la mise en commun d'apports, le partage des bénéfices réalisés donnent à l'opération le caractère d'une association *lato sensu*, et, plus précisément, d'une société.

1248. — Nous concluons donc au caractère complexe, hybride du métayage, mais en admettant que cette opération penche du côté de la société plutôt que de celui du louage. On se rendra mieux compte du sens et de l'exactitude de cette affirmation lorsqu'on saura quels sont pratiquement les gains remportés par chacun des concepts par lesquels le métayage se trouve sollicité.

1249. I. Solutions se rapportant à la prédominance de l'idée de société.

1° Le propriétaire bénéficie de certaines prérogatives qui sont refusées au bailleur et qui s'expliquent par sa qualité d'associé : il a la surveillance des travaux et la direction générale de l'exploitation, soit pour le mode de culture, soit pour l'achat et la vente des bestiaux; l'exercice de ce droit est déterminé par la convention, sinon par l'usage des lieux (L. 18 juill. 1889, art. 5);

2° Le métayer ne peut ni céder son bail, ni sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été conférée par la convention (C. civ., art. 1763 et 1764);

3° En cas d'incendie, le métayer dégage sa responsabilité plus aisément que le ferait un fermier; il lui suffit de prouver qu'il a veillé à la garde et à la conservation de la chose en bon père de famille (L. 1889, art. 4, § 2); la disposition de l'article 1733 se trouve ainsi écartée;

4° Le métayer doit se servir des bâtiments d'exploitation qui existent dans les héritages qui lui sont confiés, et résl-

der dans ceux qui sont affectés à l'habitation (L. 1889, art. 4, § 3);

5° Chaque année, un règlement de compte d'exploitation peut être exigé pour chacune des parties (L. 1889, art. 11); ce règlement a lieu comme en matière de société;

6° Les actions nées du métayage se prescrivent par *cinq années*, à partir de la sortie du colon (L. 1889, art. 12), tandis que les actions issues du louage se prescrivent, selon le droit commun, par *trente ans*;

7° Le métayage est résilié, sinon par le décès du propriétaire, du moins par celui du métayer, sous le bénéfice de cette réserve que les héritiers restent en jouissance jusqu'à l'époque consacrée par l'usage des lieux pour l'expiration des baux annuels (L. 1889, art. 6);

8° Si, dans le cours de la jouissance, la totalité ou une partie de la récolte est enlevée par cas fortuit, le colon ne peut pas réclamer l'indemnité au propriétaire : chacun des associés supporte sa part dans la perte commune (L. 1889, art. 9).

1250. II. **Solutions procédant de l'idée de louage.** — 1° Le métayage se forme et se *prouve* ainsi que le louage (Req. 28 juin 1892, *D. P.* 1892, 1, 407);

2° Le propriétaire est tenu, en principe, des obligations qui incombent au bailleur d'un bien rural (délivrance, garantie, réparations, etc.; L. 1889, art. 3);

3° Le colon est tenu des mêmes obligations que le fermier, réserve faite du mode de fixation de la redevance et des diverses particularités qui ont été précédemment signalées. Il doit notamment user de la chose en bon père de famille, conformément à sa destination, et la restituer à sa sortie dans l'état où il l'avait reçue; il doit encore aviser le propriétaire des usurpations qui pourraient être commises sur le fonds de la part d'un tiers (L. 1889, art. 4, §1);

4° Le propriétaire est armé du privilège de l'article 2101-1°, sur les meubles, effets, bestiaux et portions de récolte appartenant au colon, pour le paiement du reliquat du compte de celui-ci (L. 1889, art. 10); et même — ce qui constitue une nouvelle différence entre le métayage et le louage — ce privilège ne comporte pas les restrictions apportées par la loi du 19 février 1889 à celui dont se trouve investi le bailleur d'un fonds rural.

§ III. — *BAIL À CHEPTEL*

Articles 1800 à 1831.

1251. Terminologie. — Le mot « *cheptel* » — qu'on doit prononcer « *che-tel* » — s'applique indifféremment au bétail et au « *contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles* » (art. 1800).

1252. Différents types de bail à cheptel. — Le Code civil prévoit cinq types de bail à cheptel dont les règles sont applicables en l'absence de stipulations conventionnelles : 1° le cheptel simple; 2° le cheptel à moitié; 3° le cheptel donné au colon partiaire; 4° le cheptel donné au fermier; 5° le contrat improprement appelé cheptel.

1253. I. Le cheptel simple (art. 1804 à 1817). — Le statut institué sous cette rubrique a la valeur d'un droit commun; il comporte les règles suivantes :

1° Le bailleur conserve la propriété du bétail, alors même que celui-ci aurait fait l'objet d'une estimation (art. 1805);

2° La perte des animaux est, en principe, pour le bailleur, resté propriétaire : *res perit domino*; sauf, pour le preneur, le *cheptelier*, l'obligation de rendre compte des peaux des bêtes (art. 1809). Cependant, cette solution n'est exacte que pour la perte totale; si la perte n'est que partielle, elle est supportée en commun, d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du contrat (art. 1810, § 2);

3° Les *profits* sont répartis ainsi qu'il suit : *a*) le cheptelier profite seul des laitages, du fumier et du travail du bétail; *b*) la laine et le croît se partagent (art. 1811, § 6); le preneur ne doit pas procéder à la tonte sans en prévenir le bailleur (art. 1814);

4° A défaut de stipulation expresse, le bail est censé fait pour *trois ans* (art. 1815); mais la résiliation peut en être demandée par le bailleur si le preneur ne remplit pas ses obligations (art. 1816);

5° A la fin du bail, ou lors de sa résiliation, on procède à une nouvelle estimation du cheptel; le bailleur peut alors prélever des bêtes de chaque espèce, jusqu'à concurrence du prix de la première estimation; l'excédent est partagé; s'il n'existe pas assez de bétail pour remplir le bailleur de l'esti-

mation initiale, celui-ci prend ce qui reste et on procède à un règlement en argent de telle sorte que le cheptelier supporte la moitié de la perte (art. 1817).

1254. II. **Le cheptel à moitié** (art. 1818 à 1820). — Dans cette combinaison, chacune des parties fournit la moitié du bétail qui demeure commun pour la perte, même totale (art. 1818); les profits sont atribués comme dans le cheptel simple (art. 1819).

Ce contrat est une espèce de *société* (art. 1818); il est fort peu pratiqué.

1255. III. **Le cheptel donné au colon partiaire** (art. 1827 à 1830). — Le bail du troupeau devient alors l'accessoire du métayage; et c'est pourquoi il prend fin avec lui (art. 1829); il est soumis à toutes les règles du cheptel simple (art. 1830); notamment, si le bétail périt totalement, la perte est pour le bailleur (art. 1827).

L'article 1828 énumère certaines clauses qui sont susceptibles de trouver place dans la convention et qui sont licites, à l'exception de celle qui prétendrait faire supporter toute la perte au colon.

1256. IV. **Le cheptel donné au fermier** (art. 1821 à 1826). — Ce cheptel est appelé traditionnellement « *cheptel de fer* », à raison des obligations particulièrement lourdes qui en résultent pour le fermier. Le propriétaire de la métairie la donne à ferme, en stipulant qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera du bétail d'une valeur égale au prix de l'estimation de celui qu'il aura reçu (art. 1821).

On applique alors les règles suivantes :

1° Une estimation est faite du bétail, lors de la convention (art. 1821 à 1822);

2° Cette estimation ne transfère pas au fermier la *propriété* du cheptel, mais elle le met à ses *risques* (art. 1822) : à ce point de vue surtout, l'opération mérite sa qualification de cheptel de fer;

3° En revanche, le fermier a droit à tous les *profits* : croît, laine, laitage, usage, etc., sauf clause contraire (art. 1823); cependant, il doit employer le fumier aux besoins de l'exploitation; ce produit appartient, en effet, à la métairie (art. 1824);

4° A l'expiration du bail, le fermier doit laisser sur le fonds un cheptel de valeur égale à celui qu'il avait reçu (art. 1826, § 1); s'il y a un déficit, il doit le payer, et c'est seulement l'excédent qui lui appartient (art. 1826, § 2).

Il faut remarquer, au sujet de cette restitution à fin de bail :

a) Que le fermier ne pourrait pas retenir le cheptel en payant au bailleur l'estimation originaire : l'article 1826, § 1, lui refuse cette *facultas solutionis*;

b) Que la plus-value acquise par le cheptel vif, au cours du bail, est pour le fermier que l'on tient quitte du moment qu'il restitue du bétail pour une valeur égale à celle que représentaient les bêtes qui lui ont été remises à l'origine. C'est du moins dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée et qu'elle a résolu une question à laquelle le bouleversement économique et monétaire de ces dernières années avait donné une très grande importance pratique : il peut donc se faire, notamment à raison de la dévaluation de la monnaie, que le fermier se libère en restituant un nombre de têtes de bétail bien inférieur à celui qui lui avait été compté, au lieu que, pour le cheptel mort, la restitution a lieu en même espèce, qualité et quantité, sans égard pour les variations de valeur (*Sic*, Civ. 6 juin 1921, *S.* 1921, 1, 193, note L. Hugueney, *D. P.* 1921, 1, 73, rapport A. Colin; 30 mars 1922, *S.* 1922, 1, 289; Req. 18 juill. et 26 nov. 1923, *S.* 1924, 1, 5, note Hubert, *D. P.* 1925, 1, 60; comp. les notes de M. Lalou, *D. P.* 1920, 1, 105, et de M. Rousseau, *S.* 1920, 2, 97).

1257. V. Contrat improprement appelé cheptel (art. 1831). — On suppose qu'une personne confie un ou plusieurs animaux à un preneur pour les loger et les nourrir; il ne s'agit plus alors d'une sorte de société, mais bien plutôt d'une espèce de louage d'ouvrage. Le preneur bénéficie du lait et du fumier, mais le croît est pour le bailleur qui supporte les risques. En principe, le contrat peut prendre fin à tout moment par la volonté du bailleur qui retire ses animaux quand bon lui plaît, et aussi par la volonté du preneur, mais à condition que les parties n'agissent pas à contre-temps et contrairement à l'équité; leur responsabilité serait alors engagée.

Appendice

LA LÉGISLATION EXCEPTIONNELLE DES LOYERS

(Droit transitoire)

1257*bis*. Nécessité et dangers d'une législation d'exception. — Les événements de 1914-1918 ont secoué la communauté sociale jusque dans ses fondements et

devaient nécessiter l'établissement d'une législation des loyers dérogatoire au droit commun : pendant la durée de la guerre, on ne pouvait exiger des hommes qui luttaient pour l'existence de la patrie, ni de leurs familles, le paiement exact des loyers afférents à des locaux qu'ils n'occupaient plus; après la fin des hostilités, d'autres considérations, aussi pressantes et plus diverses, s'opposaient à l'application du droit commun : au premier rang, il faut mentionner la pénurie des locaux d'habitation, le désir de conjurer des conflits sociaux et aussi le développement de l'esprit de démagogie, secourable aux plus nombreux, donc aux locataires, défavorable à une minorité considérée comme privilégiée, celle des propriétaires. Sous la pression de ces facteurs économiques et de ces mystiques sociales, une législation a été élaborée qui est attentatoire à une foule de règles faisant partie intégrante du droit naturel, commun aux nations civilisées : ni la force obligatoire des contrats, ni le caractère « inviolable et sacré » de la propriété, ni la loi de l'offre et de la demande et le dogme de la liberté contractuelle, ni l'autorité de la chose jugée, ni le principe de la non-rétroactivité des lois, n'ont trouvé grâce devant elle; aussi doit-on souhaiter sa disparition à brève échéance; si un tel provisoire devenait définitif, notre droit positif français serait à jamais déséquilibré et disqualifié; le devoir impérieux des pouvoirs publics est de tendre à la normalisation des rapports entre bailleurs et preneurs; en dépit du malheur des temps, les différents fournisseurs d'aliments, de vêtements, de meubles indispensables à la vie, ont continué à bénéficier du régime de la liberté contractuelle dont ils ont parfois outrageusement abusé; on peut s'étonner que, seuls, les propriétaires, fournisseurs du logement, aient été soumis à un droit d'exception, singulièrement rigoureux pour eux : c'est qu'à la différence des autres fournisseurs, ils ne sont pas considérés comme des *professionnels*, ce qui, à une époque où triomphe la profession, est une grosse infériorité : la propriété foncière pâtit de son caractère statique et passif; on ne lui pardonne pas de demeurer stagnante ni d'être le produit de l'épargne; l'essentiel est d'agir, fût-ce pour exploiter son prochain, et de consommer son gain, aussitôt réalisé, séance tenante, dût-on ensuite faire appel à l'assistance publique.

1257*ter*. Les principales mesures exceptionnelles. — Ces mesures ont été édictées par une série de lois énumérées *supra* n° 1176 (V. Ch. Beudant, *Cours de droit civil*

français, 2e éd., t. XI, par BRÈTHE DE LA GRESSAYE, nos 550 et suiv.) ; elles se ramènent à des *moratoires*, à des *prorogations de jouissance*, à l'établissement de *prix-limites*, à la *révision* de baux en cours, enfin à l'institution de certaines *juridictions* chargées de trancher les litiges soulevés par cette législation spéciale des loyers.

Laissant de côté et les moratoires institués par la loi du 9 avril 1918 et qui ont pris fin six mois après la cessation officielle des hostilités, soit le 24 avril 1919, et aussi, plus généralement, les dispositions aujourd'hui abrogées, nous nous contenterons de caractériser, en quelques mots, la situation actuelle, telle qu'elle ressort de la loi du 1er avril 1926, modifiée par celles des 29 juin 1929, 30 juin 1933, 25 juin 1934, 4 avril 1935, 30 juin 1935, 30 juin 1936 et 31 décembre 1937.

Cette législation, qui ne concerne que les locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel (non commercial), qui ne s'applique qu'aux localités éprouvées par la crise du logement (en principe, seulement dans les communes comptant plus de 4.000 habitants), et à l'exclusion des immeubles construits postérieurement à l'année 1914, institue des *prorogations de jouissance* au profit des locataires, sous-locataires, cessionnaires de bail ou « *occupants de bonne foi le locaux d'habitation en vertu d'une prorogation ou d'un délai de grâce, même expiré...* », qui se trouvaient en possession au 30 juin 1937, mais pourvu qu'ils soient « de bonne foi », c'est-à- dire qu'ils aient satisfait à toutes leurs obligations de locataires, à commencer par le paiement du loyer et la jouissance en bon père de famille. Il y a lieu d'observer, d'une part que certaines personnes, notamment, en règle générale du moins, les locataires de nationalité étrangère, sont exclues du bénéfice de la prorogation (art. 4 de la loi), d'autre part que l'on accorde au propriétaire un *droit de reprise* lorsqu'il veut occuper l'immeuble lui-même ou le faire occuper par certains membres de sa famille (art. 5, mod. par la loi du 31 déc. 1937), ou lorsqu'il se propose de démolir l'immeuble pour le reconstruire ou le surélever (art. 21, nouv. réd.).

La prorogation se réalise de plein droit, sans que le bénéficiaire ait à accomplir aucune formalité : « *de plano* », le contrat de bail est « reconduit » pour une nouvelle période, par la volonté toute-puissante du législateur et en dehors de la volonté des parties : *contractuelle* dans son origine, la situation juridique devient *légale* dans sa prolongation; la

notion paradoxale du *contrat forcé* tend ainsi à pénétrer dans notre droit.

La *durée* de la prorogation est subordonnée à divers éléments : chiffre de la population de la localité, prix du loyer au 1er août 1914, affectation du local qui peut être à usage d'habitation ou à usage professionnel ou mixte (art. 2) ; les petits locataires sont mieux traités que les locataires à loyer moyen ou élevé, et les professionnels sont plus favorisés que les locataires de locaux d'habitation.

1257*quater*. **Prix-limite ; revision des baux.** — Le prix des loyers est taxé, non seulement pour les baux sujets à prorogation, mais aussi pour les baux des locaux libres, non seulement pour les baux « reconduits », mais aussi pour les baux nouveaux. Le prix-limite est établi sur la base de la valeur locative en 1914 (art. 10) augmentée d'une majoration fixe (tant pour cent) et d'une majoration proportionnelle à l'accroissement des impôts et des charges. La majoration fixe, d'abord établie par la loi de 1926, à 100 % ou à 125 % selon qu'il s'agit de locaux à usage d'habitation ou de locaux professionnels, a été élevée par la loi du 29 juin 1929, à 150 et à 175 %, et cela avec une majoration annuelle de 15 %, à partir du 1er juillet 1931, laquelle a d'ailleurs été suspendue depuis 1935, en même temps que deux décrets-lois du 16 juillet et du 8 août 1935 réduisaient d'autorité de 10 % tous les loyers d'habitation ou à usage professionnel ainsi que les fermages; mais cette réduction a pris fin à compter du 1er janvier 1938 et avec la loi du 31 décembre 1937, dont l'article 14, § 2, porte abrogation de l'article 1er dudit décret-loi.

Malgré ces taxations, ou plutôt à cause d'elles, il est apparu que l'économie des contrats de bail ne cadrait plus avec les circonstances économiques et qu'un ajustement s'imposait, soit dans l'intérêt des preneurs, soit dans celui des bailleurs; et une série de lois sont venues autoriser la *revision* du prix des baux (L. 6 juill. 1925, admettant la majoration des prix des baux à loyer de longue durée; loi 9 juin 1927, autorisant la majoration des prix des baux à ferme, ayant pris cours ou conclus avant le 1er janv. 1924, pour une durée d'au moins neuf années; loi 12 juill. 1933 sur la revision du prix des baux des locaux à usage commercial, industriel ou artisanal; décrets-lois précités de 1935 réduisant d'office de 10 % le montant du prix des baux à loyer et des baux à ferme) ; l'interventionnisme des pouvoirs publics s'affirme ainsi avec une particulière énergie et le contrat de bail acquiert son maximum de flexibilité.

1257*quinquies*. **Juridictions spéciales.** — Des juridictions spéciales ont reçu la mission de trancher les contestations relatives au droit des prorogations, au droit de reprise du propriétaire et au prix du loyer, suivant une procédure particulière, — mais à l'exclusion des litiges concernant le droit commun des loyers ou des fermages (L. 1er avril 1926, art. 15 à 17).

Ces juridictions, dites « juridictions des loyers » sont : le juge de paix lorsque le prix annuel du loyer ne dépasse pas, charges comprises, le chiffre de 3.000 francs, et au delà la Chambre du conseil du tribunal de première instance; elles prononcent sans appel (art. 17, § 1). Les pourvois en cassation étaient soumis à la Commission supérieure de cassation, présidée par un magistrat de la Cour suprême, et telle qu'elle fut instituée par la loi du 14 décembre 1920; mais un décret-loi du 17 juin 1938, *relatif à l'organisation de la Cour de cassation*, a institué une quatrième chambre — *la chambre sociale*, laquelle statue définitivement sur toutes les affaires qui étaient portées précédemment devant la Commission supérieure des loyers, ainsi que sur les litiges relatifs à la revision des baux à ferme (art. 3, §§ 1 et 2 du décret), et décide sur l'admission des requêtes relatives « *à l'application de la législation sur les rapports entre les locataires et bailleurs en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyers d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel* » (même texte, al. 3 - 1°).

Observation. — La loi du 29 juin 1929 a prévu la fin de la législation exceptionnelle des loyers et le retour au droit commun, à compter du 1er avril 1931, dans les localités qui seront désignées par décrets rendus en Conseil d'Etat, après avis des conseils municipaux et des conseils généraux intéressés (art. 1er de cette loi du 29 juin 1929, modifiant l'art. 1er de la loi du 1er avril 1926).

LE LOUAGE DE SERVICES ou CONTRAT DE TRAVAIL

1258. Sources. — C. civ., art. 1780; C. trav.; L. 2 août 1868; 9 juill. 1889 (domestiques et ouvriers ruraux); 27 déc. 1890 (congés, résiliations); 9 avril 1898 et lois postérieures sur les accidents du travail; 28 déc. 1910, portant promulgation du Code du travail; 16 déc. 1927 (pour les *agents des compagnies d'assurance*); 19 juill. 1928; 4 août 1930; 5 fév. 1932; 11 mars 1932, 6 avril 1932; l. 18 juill. 1937,

instituant le statut légal des voyageurs, représentants, etc., et décret du 7 avril 1938. Sur les conventions collectives de travail, lois 25 mars 1919; 24 juin 1936 et lois postérieures prorogeant certaines conventions collectives. Loi 31 déc. 1936 *sur les procédures de conciliation et d'arbitrage dans les conflits collectifs du travail*; loi 4 mars 1938, sur le même objet.

Bibliographie. — Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 6e éd., 1930; Bry, *Cours élémentaire de législation industrielle*; Capitant et Cuche, *Cours de législation industrielle*, 3e éd. 1930.

1259. Généralités; caractère réglementaire du contrat de travail, contrat socialisé et à double adhésion. — Le *contrat de travail*, ou *louage de travail*, ou *louage de services*, n'est autre que la *locatio operarum* du droit romain; c'est la convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre, moyennant une rémunération qui peut revêtir les formes les plus diverses, à laquelle l'article 1710 applique la qualification de *prix* et qui, dans la pratique, s'appelle, selon les cas : *salaire*, *gages*, *appointements*, etc., suivant la qualité du travailleur qui peut être un *ouvrier*, un *domestique*, un *employé*, un *artiste lyrique* ou *dramatique* (Civ. 29 juin 1922, *D. P.* 1922, 1, 125), etc...

On voit par là quelle est l'importance pratique de ce contrat dont le rôle social est immense, puisqu'il tend à réaliser l'aménagement du travail humain, à fixer les conditions auxquelles notre activité sera mise au service d'autrui, à assurer la coopération équitable, harmonieuse, du travail et du capital, en sorte qu'il n'est pas excessif d'augurer de la configuration d'une communauté sociale d'après la physionomie qu'y revêt un tel contrat et d'après la sollicitude qu'apporte le législateur à la fixer.

Jusqu'à la fin du siècle dernier, cette sollicitude était faible, parce que la vie industrielle était peu intense et parce que le problème des rapports du capital et du travail était envisagé alors sous l'angle individuel, le monde du travail n'ayant pas encore pris conscience de sa force et de sa mission. Le Code civil était presque muet sur le louage de services (art. 1780 et 1781), soit que la classe ouvrière n'existât point encore véritablement, soit que la tradition fût excessivement pauvre en pareille matière : ce n'était ni dans le droit romain, ni dans notre ancien droit que l'on pouvait découvrir un statut général du travail qui a dû être élaboré

sous la pression des nécessités ouvrières, sociales et économiques. Une série de lois ont dû intervenir depuis 1889, que nous avons citées plus haut (n° 1258) et qui ont été couronnées d'abord par la loi du 28 décembre 1910 promulguant le *Code du Travail et de la Prévoyance sociale*, dont le livre premier est consacré aux *conventions relatives au travail* (contrat d'apprentissage, contrat de travail, etc.), tandis que le livre deuxième s'occupe de la *réglementation du travail*; puis par toute une législation intéressant, instituant ou développant le droit des *conventions collectives*, ainsi que celui de la *conciliation* et de l'*arbitrage*.

Cette abondante législation a eu pour résultat de faire du contrat de travail le contrat le plus *réglementé* (avec le contrat de transport et les assurances), de notre droit positif contemporain; celui où l'autonomie des volontés individuelles est le plus nettement mise en échec et où l'interventionnisme des pouvoirs publics se fait le plus effectivement sentir.

Dans le commerce et dans l'industrie notamment, les parties contractantes se bornent à adhérer, à entrer dans un règlement qui a été élaboré à l'avance par les pouvoirs publics et surtout par des *conventions collectives* intervenues entre les organisations patronales et les syndicats ouvriers; le contrat de travail devient ainsi plus qu'un contrat d'adhésion; il se présente à nous comme un *contrat à double adhésion*, tant du côté de l'employeur que par rapport à l'ouvrier ou à l'employé; il n'est qu'une épreuve tirée d'un cliché obtenu en dehors des volontés particulières des contractants; ici, le *droit collectif* prépare et domine les situations individuelles; le *contrat collectif* fait le lit du *contrat individuel* qui se borne à le reproduire, exactement et indéfiniment : le contrat de travail est le plus *socialisé* de tous les contrats; l'élément social qui, à vrai dire, se retrouve dans toute convention, s'assure ici un rôle dominant, ne laissant à l'élément individuel qu'une place étroitement subordonnée (V. Emm. Lévy, *La vision socialiste du droit*, notamment, p. 105; *L'affirmation du droit collectif*; G. Gurvitch, *L'idée du droit social*, 1932).

1260. Nature juridique du contrat de travail. — Il ressort de la définition et des explications précédentes que le contrat de travail est synallagmatique et à titre onéreux; on a voulu le rapprocher étroitement du *louage de choses* : la chose louée serait ici la *force de travail* de l'ouvrier ou de l'employé, qui peut être mise en location (Planiol et Ripert, t. II, n° 1827); et ce point de vue n'a pas été étranger aux

rédacteurs du Code civil qui, dans l'article 1708, ont distingué deux sortes de contrats de louage, celui des choses et celui d'ouvrage, et qui en ont traité sous la commune rubrique « *du contrat de louage* » (livre III, titre VIII). Nous pensons, avec MM. Colin, Capitant et de la Morandière (t. II, n° 728), que ce rapprochement du louage de choses et du louage de services procède d'une vue archaïque et superficielle; il se comprenait au temps de l'esclavage, alors que le travail était servile; il ne cadre plus du tout avec les idées modernes de liberté humaine et d'indépendance des travailleurs; régi par un statut original, le contrat, autrefois appelé louage de services, a conquis lui-même son autonomie; il est devenu le *contrat de travail* et, sous ce vocable, il n'évoque plus du tout, ni dans la forme ni quant au fond, le souvenir d'un louage de choses : les services assurés par une personne ne peuvent pas être coulés dans le même moule que ceux qui sont rendus par les choses ou par les animaux.

1261. Plan. — Nous nous occuperons :
1° De la *formation* du contrat de travail;
2° De sa *preuve*;
3° De son *exécution*;
4° De sa *cessation*.

CHAPITRE PREMIER

Formation du contrat de travail

1262. Plan. — Le contrat de travail doit être examiné au point de vue de sa *forme*, des *personnes* qui y participent et des *clauses* qu'il renferme.

1263. I. **Forme.** — Le contrat de travail est *consensuel*; il peut être constaté « *dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter* » (C. trav., livre I, art. 19, § 1); il peut donc être fait verbalement, sauf les difficultés de preuve; il est exempt de *timbre* et d'*enregistrement* lorsqu'il intervient entre les chefs ou directeurs des établissements industriels ou commerciaux, des exploitations agricoles ou forestières, et leurs ouvriers (même texte, § 2).

Toutefois, la règle de la consensualité est écartée lorsque l'engagement d'un ouvrier est conclu pour plus d'une année; la loi exige alors un *acte exprès* fixant les conditions du contrat (C. trav., livre I, art. 22).

1264. Le contrat de travail, contrat d'adhésion. — Le contrat de travail se présente, de plus en plus, sous l'aspect d'un contrat d'adhésion (*sup.* n^os^ 32, 400 et 1259), et cela par le jeu des *conventions collectives du travail* comme par celui des *règlements d'atelier*.

1° *Conventions collectives de travail.* — Les conditions du travail sont l'objet de négociations collectives et de conventions également collectives qui interviennent entre les syndicats ouvriers d'une part, et les organisations patronales d'autre part; à la suite d'un conflit, le plus souvent à la suite d'une grève, des traités interviennent entre les camps adverses qui fixent les conditions essentielles du travail : salaire, durée de la journée, heures d'entrée et de sortie. Ces tractations collectives réduisent à un rôle extrêmement effacé les tractations individuelles qui interviendront ensuite entre patrons et ouvriers, isolément; à vrai dire, ces dernières deviennent de simples adhésions; le patron et l'ouvrier, du moment qu'ils sont liés par une convention collective, ne sauraient y déroger dans les stipulations du contrat particulier intervenu entre eux, fussent-ils pleinement d'accord pour le faire; le droit collectif, qui domine ici le droit individuel, s'impose à eux « pour des raisons d'ordre public » (Civ. 17 nov. 1937, *S.* 1938, 1, 63; *C. trav.* liv. I, art. 319); l'employeur se contente d'embaucher des ouvriers dans les conditions prévues par la convention collective; chaque embauchage n'est, en quelque sorte, que l'épreuve fournie par ce cliché convenu que représente le traité intervenu entre les représentants des intérêts patronaux et ceux des intérêts ouvriers; le droit collectif, s'il ne supprime pas le droit individuel, le réduit du moins dans ses derniers retranchements : sous sa pression, le contrat individuel de travail devient un contrat *à double adhésion*, chacune des parties se bornant à entrer dans le règlement préexistant en s'appropriant une prérédaction qui échappe à son initiative et à son contrôle.

1265. — 2° *Règlements d'atelier.* — A la différence des conventions collectives de travail, le règlement d'atelier est d'origine, sinon de formation *unilatérale*; il est l'œuvre du patron; on y trouve des dispositions destinées à préciser les rapports des parties et à assurer la bonne exécution du travail ainsi que l'ordre de l'atelier; l'ouvrier est considéré comme adhérant tacitement à cette charte intérieure du moment qu'il entre au service du patron.

Les règlements d'atelier ont soulevé des critiques de la

part des ouvriers qui leur reprochent leur origine unilatérale, le caractère parfois draconien de certaines de leurs clauses et aussi l'impossibilité de fait où se trouve l'assujetti d'en prendre effectivement connaissance dès avant son entrée dans l'usine; il est bien certain que la présomption de connaissance du règlement d'atelier est une fiction, aussi nécessaire mais presque aussi risquée que la présomption de connaissance de la loi qui pèse sur tous, et même sur les plus ignorants; il appartient aux tribunaux de rechercher, à l'occasion de chaque espèce, si les ouvriers intéressés ont été à même de connaître le règlement dont on prétend leur faire l'application : à notre sentiment, la présomption de connaissance qui milite contre eux n'est qu'une présomption simple, susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

Le Code du travail, dans sa teneur actuelle (art. 22*a* du livre I, complété par une loi du 5 février 1932), exige que le règlement intérieur soit affiché tant dans les lieux où le travail est effectué que dans les locaux et à la porte des locaux où se fait l'embauchage; de plus, on sait qu'en principe, les manquements à ce règlement ne sauraient être sanctionnés par des amendes (art. 22*b* du même Code; *sup.* n° 641).

1266. II. **Personnes contractantes.** — Le patron choisit librement, en principe, ses ouvriers ou employés; cependant, deux remarques doivent être faites à cette occasion :

1° Le patron ou le maître n'ont pas le droit de se refuser à contracter en invoquant des motifs illégitimes, car ils commettraient alors un *abus* de droit de nature à engager leur responsabilité et qui les exposerait à une condamnation à des dommages-intérêts; le droit de ne pas contracter comporte lui-même des limites d'ordre subjectif (*sup.* n^{os} 49, 428 et suiv., 433). La question s'est posée à l'occasion de refus opposé par des patrons à l'embauchage d'ouvriers syndiqués, et parce que syndiqués; la Cour de cassation a pris, à cette occasion, une position intermédiaire : le refus est légitime s'il est motivé par des raisons d'ordre purement professionnel; il devient abusif s'il est dicté par la malveillance, par le désir de nuire au syndicat intéressé; le préjudice causé à autrui peut être un résultat, mais il ne saurait constituer un but (Civ. 9 mars 1915, *D. P.* 1916, 1, 25, note Planiol, trib. civ. Bordeaux, 14 déc. 1903, *S.* 1905, 2, 17, note Ferron; voy. cependant trib. civ. Lille, 12 nov. 1906, *D. P.* 1908, 2, 73, note L. Josserand). Le problème se pose aujourd'hui différemment à raison d'une clause qui figure dans les conventions collectives du travail et d'après laquelle « les employeurs s'engagent à ne pas

prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'engagement, la conduite et la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement ». Du même coup se trouve consolidée la liberté syndicale et restreint le droit de détermination de l'employeur qui n'est plus admis à prendre en considération la position syndicale de son personnel;

2° Certains règlements font une obligation aux industriels et aux commerçants de réserver un certain nombre d'emplois aux *mutilés de guerre* (L. 26 avril 1924; *D.* 9 juin 1928).

1267. Capacité. — Le contrat de travail est soumis aux règles de capacité du droit commun; un mineur émancipé, une femme mariée, peuvent librement engager leurs services, mais il en va autrement du mineur non émancipé; une assistance ou une autorisation est alors requise; d'autre part, le mari peut s'opposer à ce que sa femme, *non séparée de corps*, exerce une profession séparée, sauf pour celle-ci, si l'opposition n'est pas justifiée, le droit de demander au tribunal qu'il soit passé outre; si, au contraire, l'opposition est valable, elle devient une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme (art. 216, nouv. réd., l. 18 fév. 1938).

1268. III. **Clauses insérées dans le contrat de travail.** — Les clauses se réfèrent notamment : 1° au travail à effectuer; 2° à la rémunération; 3° au temps pour lequel le contrat est conclu.

1° *Travail à effectuer.* — Tous les services peuvent être l'objet d'un contrat de travail, pourvu qu'ils présentent un caractère *licite*. Il n'y a pas à distinguer entre le travail matériel et le travail intellectuel : un écrivain, un artiste, un savant peuvent louer leurs services aussi bien et au même titre qu'un ouvrier ou qu'un employé; leur rémunération prendra peut-être le nom de traitement ou d'honoraires, ce qui sauvegardera leur dignité, mais les engagements assumés ne diffèreront pas, économiquement et juridiquement, de ceux qui incombent à des ouvriers ou à des employés;

1269. — 2° *Rémunération.* — Le *salaire*, sous quelque nom qu'on le désigne, est fixé librement par les parties; la loi n'a pas prévu la rescision du contrat de travail pour cause de lésion subie par l'une des parties (*contra*, C. civ. *allemand*, art. 138); en fait, dans les grandes industries, le taux du salaire est déterminé par des accords collectifs dont

chaque contrat de travail ne constitue qu'un spécimen et une application (*sup.* n^os^ 1259 et 1264).

Ce salaire peut revêtir des formes très diverses, y compris celle du *pourboire* versé par les clients de l'établissement et que l'employeur est tenu de remettre intégralement à l'employé (L. 19 juill. 1933 *modifiant le chapitre premier du titre III du livre I^er^ du Code du Travail, en vue de réglementer le contrôle et la répartition du pourboire*).

Le salaire des *ouvriers* ou *employés* doit être *fixé* et *payé* « *en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal, nonobstant toute stipulation contraire à peine de nullité* » (C. trav., livre I, art. 43); on ne veut pas du paiement en nature; le *Truck-system* (système du troc) est condamné; le patron ne peut pas payer son personnel sous forme de fournitures; il lui est d'ailleurs interdit d'annexer à son établissement un économat où il vende, directement ou indirectement, à ses ouvriers et employés ou à leurs familles, des denrées et marchandises de quelque nature que ce soit (C. trav., Livre I, art. 75.

Cependant, il y a lieu de noter :

a) Que ce même article 75 admet la clause d'après laquelle l'ouvrier sera logé et nourri et recevra, en outre, un salaire déterminé en argent;

b) Que l'obligation du paiement en espèces n'existe pas pour le maître et au regard des domestiques et gens de service.

Le salaire peut être fixé à l'heure, à la journée, à la semaine, etc.; ou encore d'après le travail accompli, à la tâche; l'ouvrier étant alors payé *aux pièces*; le contrat n'en perd pas pour cela son caractère de contrat de travail (Civ. 9 mars 1938, *D. H.* 1938, 289).

3° *Durée du contrat.* — La loi n'admet pas qu'on engage ses services *à vie*; elle ne veut pas qu'une personne aliène définitivement sa liberté; l'article 1870 ne lui permet d'engager ses services qu' *à temps* (Comp. C. trav., livre I, art. 20).

Le contrat peut être fait, soit pour une durée *fixe*, soit, comme il arrive ordinairement, pour une période *indéterminée*.

Chapitre II

Preuve du contrat de travail

1270. Régime du Code civil. — Des difficultés peuvent surgir entre employeur et ouvrier ou employé, soit quant à l'existence même du contrat prétendûment intervenu entre

eux, soit bien plutôt quant aux conditions stipulées, par exemple pour la rémunération du travailleur.

Le Code civil avait résolu le problème par une disposition exorbitante du droit commun : aux termes de l'article 1781, le maître était cru *sur son affirmation*, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante; c'était un système simple, mais d'une brutalité et d'une injustice flagrantes, puisque l'une des parties devenait ainsi maîtresse de la situation; une loi du 2 août 1868 abrogea cette disposition archaïque.

1271. Régime actuel. — Il semble donc que la preuve du contrat de travail doive s'administrer conformément au droit commun dont le législateur de 1868 a voulu assurer le retour, et d'autant plus que le Code du travail en consacre formellement l'application (Livre I, art. 19, § 1); ce qui revient à dire, d'abord qu'au-dessus de 500 francs, les témoignages et les présomptions ne sont pas admis, sauf s'il existe un commencement de preuve par écrit, puis que l'écrit rédigé par les parties est assujetti à la formalité du double, ainsi que dans toute opération synallagmatique (art. 1325; *sup.* n° 173), étant entendu d'ailleurs que l'*aveu* et le *serment* jouent ici le rôle probatoire qui leur est constamment dévolu.

1272. — Cependant, ces règles ne s'appliquent pas sans restriction.

1° Si l'employeur a la qualité de commerçant, la preuve par témoins est recevable, au moins du côté de l'ouvrier et en sa faveur; car le contrat de travail est alors un acte de commerce pour le patron (Civ. 6 mars 1912, *D. P.* 1912, 1, 304);

2° A supposer qu'un écrit ait été dressé, la jurisprudence n'exige pas qu'il ait été rédigé en double exemplaire; pour la Cour de cassation, un exemplaire unique suffit, et cela parce que le Code du travail décide que le contrat peut être constaté dans les formes qu'il plaît aux parties d'adopter (art. 19, § 1, précité; Civ. 12 nov. 1913, *D. P.* 1914, 1, 289). L'argument est sujet à caution; le législateur avait seulement voulu soumettre le contrat de travail au droit commun de la preuve, ainsi qu'il s'en explique formellement dans le texte même sur lequel s'appuie la jurisprudence pour éluder la formalité du double; or, c'est ce droit commun qui se trouve écarté par ladite jurisprudence; en réalité, la dispense de la formalité du double ne peut s'expliquer que par la force de l'usage; elle relève du droit coutumier.

CHAPITRE III

Exécution du contrat de travail

1273. Réglementation du travail. — Le travail, industriel, commercial, agricole ou même domestique est l'objet d'une réglementation de plus en plus serrée qu'il ne peut être question d'étudier ici; elle ressortit, non plus au droit civil, mais à la législation ouvrière; elle s'exerce dans un sens toujours restrictif, au point que le travail dégénère de plus en plus facilement en délit; l'ouvrier, l'employé, le domestique sont considérés, non pas comme des personnes libres et indépendantes, maîtresses de leurs droits, mais comme d'éternels mineurs qu'il appartient aux pouvoirs publics de protéger contre les embûches qui leur sont tendues par de méchants patrons. Cette conception est d'ailleurs particulièrement légitime en tant qu'elle vient au secours des enfants et des femmes qui ont besoin d'être garantis contre leur propre faiblesse et contre leur inexpérience, et, spécialement, contre le surmenage du travail de nuit (C. trav., Livre II, art. 20 à 29).

Une loi du 23 avril 1919 a établi le principe de la *journée de huit heures*, tandis que la loi du 13 juillet 1906 (C. trav., Livre II, art. 30 à 51) avait précédemment institué le *repos hebdomadaire*. La loi du 21 juin 1936 a institué la *semaine de quarante heures* (régime des 5 fois 8) dans les établissements industriels et commerciaux, et la semaine de trente-huit heures quarante minutes pour le travail dans les mines souterraines; les *congés payés* ont été introduits par la loi du 20 juin 1936.

Les *assurances sociales* ont été instituées par la loi du 5 avril 1928, modifiée et complétée par celle du 30 avril 1930, ainsi que par les décrets-lois du 30 octobre 1935 et du 14 juin 1938.

L'étude de cette *législation sociale*, de plus en plus riche, complexe et touffue, sort évidemment du cadre de ce cours de droit civil; il aura suffi d'en noter les jalons essentiels.

1274. Obligations des parties. — 1° *Obligations de l'ouvrier ou employé.* — Il doit prester les services promis, dans les termes du contrat, mais aussi dans ceux des règlements dont les dispositions présentent un caractère d'ordre public.

L'exécution de ces obligations est garantie, soit par des dommages-intérêts, dont le recouvrement serait générale-

ment irréalisable, soit, exceptionnellement et après une autorisation administrative, par des *amendes* que prévoit le règlement et qui sont retenues par le patron sur le salaire, pour être versées dans une caisse de secours au profit du personnel (C. trav., livre I, art. 22*a* et 22*b* ajoutés par la loi du 5 fév. 1932).

1275. — 2° *Obligations de l'employeur.* — *a*) L'employeur doit payer le salaire, dans les conditions prévues par le contrat. A cette occasion, il faut observer :

1. Que l'ouvrier ou l'employé ne peuvent toucher leur salaire que s'ils ont la capacité d'administration : le salaire dû à un ouvrier mineur non émancipé doit être remis à son représentant légal. Mais on sait que la femme mariée pouvait, même antérieurement à la réforme du 18 février 1938, toucher elle-même son salaire dont elle a la libre disposition (L. 13 juill. 1907) ;

2. Le législateur veut que le salaire parvienne à l'ouvrier ou à l'employé, en toute occurrence; il écarte les obstacles qui seraient de nature à en compromettre la remise au bénéficiaire; notamment, il déclare insaisissables pour les *neuf dixièmes* les salaires, appointements, gages, etc., des ouvriers, employés, gens de services, commis, etc., lorsque la rémunération ne dépasse pas 15.000 fr. par an (L. 12 janv. 1895, abrogée et incorporée dans le livre I du Code du travail, art. 61, lui-même remanié par une loi du 27 juill. 1921, puis par la loi du 4 août 1930; — d.-l. du 8 août 1935, *fixant la quotité saisissable des traitements et salaires*).

b) L'employeur, patron ou maître, doit fournir au salarié, lors de l'expiration du contrat, un *certificat* contenant exclusivement la date de son entrée, celle de la sortie et l'espèce de travail auquel il l'a employé (C. trav., Livre I, art. 24);

c) Le contrat de travail oblige l'employeur à veiller sur les vêtements dont les ouvriers et employés sont obligés de se débarrasser temporairement, à raison des nécessités mêmes du travail (Civ. 9 déc. 1930, *D. H.* 1931, 35) ;

d) L'employeur est devenu légalement débiteur de sécurité envers le salarié; si un accident survient *au cours ou à l'occasion du travail*, il en est de plein droit responsable, en vertu d'une législation qui s'est constituée successivement [1].

[1] V. notamment les lois du 9 avril 1898, du 30 juin 1899, du 22 mars 1902, du 31 mars 1905, du 12 avril 1906, du 18 juill. 1907, du 15 juill. 1914, du 25 sept. 1919, du 15 déc. 1922, du 15 août 1929, du 14 mai 1930.

Cons. sur cette législation : Sachet, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail et les maladies profession-*

1276. Accidents du travail. — Cette responsabilité, instituée par la loi du 9 avril 1898, au profit des seuls ouvriers de l'industrie, puis étendue progressivement à tous les travailleurs, de l'industrie ou du commerce, de la ville ou des champs et jusqu'aux domestiques, concierges, etc., modifiée, dans un sens favorable aux bénéficiaires, par l'importante loi du 1er juillet 1938, présente quantité de particularités que nous indiquons brièvement :

1° Elle suppose, entre l'accidenté et le responsable, l'existence à un titre quelconque, *même d'essai ou d'apprentissage*, d'un contrat de louage de services, *valable ou non* (art. 1er de la loi, nouv. réd.), à l'exclusion de toute autre convention et, notamment, d'un louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise (Civ. 29 avril 1929, *D. P.* 1930, 1, 6, note Rouast; 19 juill. 1929, *D. H.* 1929, 473; 15 déc. 1931, *S.* 1932, 1, 221; Req. 25 fév. 1935, *motifs*, *D. H.* 1935, 195) : la responsabilité est donc à base contractuelle encore qu'elle soit instituée par la loi elle-même;

2° Elle est basée, non pas sur l'idée de faute contractuelle, ni sur celle de faute délictuelle, effective ou présumée, ni sur le fait des choses, mais sur le concept du *risque professionnel*; le patron, le maître, le directeur d'un établissement créent, du fait même de leur direction, un risque dont la réalisation doit leur incomber; l'indemnisation de la victime est intégrée dans les frais généraux de l'entreprise; il s'agit donc bien là d'une responsabilité purement *objective*, libérée de toute idée de faute;

3° En effet, l'ouvrier victime d'un accident n'a pas à faire la preuve d'une faute commise par l'employeur, tandis qu'à l'inverse, il conserve son droit à une indemnité quand bien même l'accident procéderait incontestablement de sa faute; le patron répond de la faute de son ouvrier ou de son employé, voir de sa faute lourde. Cependant, le concept subjectif fait certains retours offensifs : *a*) la faute *intentionnelle* de l'ouvrier reste à son compte; le patron n'en répond pas (L. 9 avril 1898, art. 20, § 2, nouv. réd.); *b*) la faute *inexcusable* peut déterminer une *réduction* de l'indemnité qui lui est due (même loi, art. 20, § 3); *c*) la faute *inexcusable* du patron peut, à l'inverse, motiver une *majoration* de ladite indemnité (même texte, § 4);

4° L'indemnité est *forfaitaire*; elle peut donc être infé-

nelles, 8e éd par F. Casteil et H. Gazier, 3 vol., 1934-1937; H. Gazier, *Législation et jurisprudence des accidents du travail dans l'agriculture*, 1937; André Rouast et M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, 1934.

rieure au montant du dommage effectivement subit, sauf cependant pour les frais *médicaux* et *pharmaceutiques* qui sont dus dans tous les cas; par exemple, en cas d'incapacité de travail, permanente et totale, l'indemnité affecte la forme d'une rente égale à 75 pour cent du salaire annuel (art. 3 - 3°, nouv. réd.), avec la possibilité de s'élever parfois à 100 pour cent (suite du même texte). Le forfait établi ainsi par la loi ne peut être dépassé sous aucun prétexte : le droit commun de la responsabilité ne saurait se cumuler, vis-à-vis du patron, avec la responsabilité à base de risque; la victime ne peut donc pas utiliser les articles 1382 et suivants du Code civil (L. 9 mars 1898, art. 2, § 1, nouv. réd.); mais elle peut invoquer, s'il y a lieu, les dispositions d'un statut spécial *élevant* le taux des indemnités (même texte); d'autre part, si l'accident est imputable à un tiers, la loi permet à l'accidenté ou à ses représentants de faire jouer la responsabilité de droit commun, mais étant entendu que l'indemnité versée par le défendeur exonérera à due concurrence le patron des obligations mises à sa charge (L. 9 avril 1898, art. 7, nouv. réd.);

5° Le patron peut contracter une *assurance* en vue de faire face à la responsabilité qui lui incombe vis-à-vis de son personnel; mais il n'est pas obligé de le faire; il lui est loisible de demeurer son propre assureur ou de s'affilier à un *syndicat de garantie*.

1277. — 6° Le législateur a pris des mesures pour assurer à l'ouvrier le service de l'indemnité à laquelle il a droit :

a) Toutes conventions contraires ou dérogatoires à la législation sur les accidents du travail sont radicalement nulles (L. 9 avril 1898, art. 30);

b) La loi a organisé une procédure rapide pour trancher les contestations soulevées entre les parties (même loi, (art. 15 et 16);

c) Le paiement des frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires ainsi que le service des indemnités allouées pour une incapacité de travail temporaire, est garanti par un *privilège* inscrit sous le n° 6 de l'article 2101 (même loi, art. 23);

d) S'il y a incapacité permanente ou bien si l'accident a été suivi de mort, le paiement est garanti, à défaut du chef de l'entreprise et de l'assureur, par la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, au moyen d'un fonds spécial (même loi, art. 24 et suiv.);

e) Les compagnies d'assurances, mutuelles ou à primes

fixes, doivent constituer des réserves ou cautionnements dont le montant est affecté par privilège au paiement des pensions et indemnités; elles sont soumises au contrôle de l'Etat, comme aussi les syndicats de garantie (même loi, art. 27; d.-l. 14 juin 1938, art. 13; *inf.* n° 1558);

f) Enfin, la loi accorde à la victime une *action directe* contre l'assureur pour obtenir le service de la rente à laquelle il a droit; « *...l'assureur est substitué à l'employeur pour le service de la totalité de la rente ou des rentes, nonobstant toute clause contraire de la police d'assurances... de façon à supprimer tout recours de la victime contre ledit employeur* » (L. 9 avril 1898, art. 16, modif. par la loi du 31 mars 1905, puis par celle du 1er juill. 1938; *sup.* n° 673).

Chapitre IV

Cessation du contrat de travail

V. Jean Vincent, *La dissolution du contrat de travail, Etude comparative du droit allemand et du droit français*, thèse, Lyon, 1935; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Le contrat de travail*, par André Rouast, nos 845 et suiv.

1278. Enumération. — Le contrat de travail cesse :

1° Par l'arrivée du terme convenu, lorsque le contrat avait été conclu pour une *durée déterminée*;

2° Par la survenance d'un *cas de force majeure* qui place l'une des parties dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations : maladie, infirmités, fermeture de l'établissement;

3° Par le *décès* de l'ouvrier ou de l'employé, mais non par la mort de l'employeur, du moins en thèse générale, pas plus que par sa retraite : si le fonds est vendu, transformé ou mis en société, s'il est transmis à un héritier, tous les contrats de travail subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise (C. trav., Liv. I, art. 23, § 7); il y a donc à la fois cession de créances et cession de dettes;

4° En vertu d'une clause insérée dans le contrat, mais dont l'application doit avoir lieu de bonne foi; une résiliation injustifiée engagerait, comme *abusive*, la responsabilité de celle des parties qui en prendrait l'initiative; il y a là une intéressante application de l'abus du droit contractuel (Trib. civ. Seine, 23 fév. 1929, *D. H.* 1929, 295);

5° Par la *résolution* du contrat pour inexécution des obligations de la part de l'une des parties (art. 1184), avec cette double particularité, d'abord que la résolution, parce qu'elle

porte sur un contrat à exécution successive, est en réalité une *résiliation* qui intervient donc sans effet rétroactif (*sup.* n° 394); ensuite, qu'il est même pratiquement impossible d'admettre que le contrat subsiste jusqu'au jour du jugement de résiliation; les rapports personnels que la convention implique entre les parties ne permettent pas de contraindre l'ouvrier à travailler et l'employeur à payer le salaire, alors que l'un des contractants s'est rendu coupable d'un manquement grave à la loi contractuelle et qu'il a peut-être commis un délit de droit commun; en fait, l'ouvrier ou l'employé coupable est mis à pied séance tenante, sauf pour lui le droit de réclamer, s'il y a lieu, une indemnité pour brusque rupture injustifiée (Civ. 15 juin 1914, *D. P.* 1918, 1, 32);

6° Par la volonté unilatérale de l'une des parties, lorsque le contrat avait été conclu *sans détermination de durée* ou lorsque, ayant été aménagé pour une durée déterminée, il comportait la faculté réciproque de résiliation (Req. 14 juin 1932, *D. H.* 1932, 410, *S.* 1932, 1, 61): le contrat de travail à durée indéterminée peut prendre fin, il peut être *résilié* à volonté, soit du côté de l'employeur, soit sur l'initiative de l'employé ou de l'ouvrier.

Résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée

Bibliographie. — V. Pic, *op. cit.* n^os^ 1192 et suiv.; Jean Vincent, *op. cit., sup.*; Lecomte, *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, Rev. crit.* 1929; Gény, note *S.* 1931, 1, 281.

1279. Principe. — Le principe de la résiliation unilatérale, dérogatoire au droit commun contractuel, est posé dans l'article 1780 du Code civil, ainsi que dans l'article 23 du livre I du Code du travail, qui constitue une simple réplique du premier de ces textes. La rédaction primitive a été profondément remaniée par la loi du 27 décembre 1890, puis par celle du 19 juillet 1928 [1], enfin par celle du 5 fé-

[1] Cette dernière loi a modifié l'art. 23 du livre I du Code du Travail sans toucher, du moins matériellement, à l'art. 1780 C. civ. dont la première de ces dispositions n'est en quelque sorte que le double ; il appartient à l'interprète de parer à cette carence législative en lisant l'art. 1780 à travers la nouvelle rédaction de l'art. 23 ; en modifiant ce dernier texte, la loi du 19 juill. 1928 a modifié virtuellement et du même coup l'art. 1780 C. civ. — Pour les *agents des compagnes d'assurances*, voy. la loi du 16 déc. 1927; pour les *voyageurs, représentants et placiers*, celle du 18 juill. 1937 (art. 29*m* de la section I du chap. II du titre II du livre I^er^ du Code du Travail).

vrier 1932, dans le sens d'une réglementation plus étroite du droit de résiliation unilatérale auquel le législateur s'est efforcé, afin de rendre plus stable et plus forte la situation de l'ouvrier, d'enlever un caractère discrétionnaire; pour se rendre compte des conditions dans lesquelles ce droit fonctionne pratiquement et des cas dans lesquels son exercice entraîne la responsabilité de qui l'exerce, il faut distinguer selon que le délai-congé a été méconnu ou qu'il a été respecté.

1280. I. Le délai-congé. — Exercice illégal du droit de résiliation. — Celle des parties qui veut rompre le contrat doit observer le délai-congé, c'est-à-dire qu'elle doit donner à l'autre partie un préavis, dans des conditions de délai qui sont fixées soit par les *usages* pratiqués dans la localité et dans la profession, soit, à défaut de ces usages, par des *conventions collectives* qui ont d'ailleurs la force de déroger auxdits usages, mais non par des conventions individuelles ou par un règlement d'atelier, au moins dans le sens restrictif; d'après le texte de 1928, « *toute clause d'un contrat individuel ou d'un règlement d'atelier fixant un délai-congé inférieur à celui qui est établi par les usages ou par les conventions collectives est nulle de plein droit* » (C. trav., Livre I, art. 23, § 3). De plus, et aux termes du § 9 du même texte, « *les parties ne peuvent renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus* ». Le délai-congé, tel qu'il est fixé par l'usage ou par la convention collective, revêt donc un caractère d'ordre public; sur ce point, et contrairement au droit commun, les usages sont plus forts que les conventions des parties; la loi du 19 juillet 1928 a consacré ainsi une défaite du principe de l'autonomie des volontés individuelles, qui se répercute jusque sur les contrats antérieurement conclus (Civ. 22 avril 1929, *D. H.* 1929, 281).

1281. Dérogations. — Il est cependant des cas où le délai-congé cesse de s'imposer, où la muraille que le législateur a voulu élever pour protéger le travail contre le capital, présente quelques fissures nécessaires.

1° L'une des parties a commis, envers l'autre, une faute assez grave pour justifier une rupture immédiate, sans préavis (Civ. 4 janv. 1910, *S.* 1911, 1, 195; 16 déc. 1925, *S.* 1925, 1, 375; 30 janv. 1935, *S.* 1935, 1, 782; 11 mars 1935, *S.* 1935, 1, 131; 25 avril 1936, *D. H.* 1936, 331; 13 avril 1938, *D. H.* 1938, 357);

2° Un cas de force majeure s'oppose à la continuation du contrat; celui qui en subit l'effet est dispensé de l'observation du délai-congé. La loi du 19 juillet 1928 précise que la cessation de l'entreprise ne suffit pas à elle-même, et si elle ne procède pas d'un cas de force majeure, à dispenser l'entrepreneur de l'obligation de respecter le délai-congé (C. trav., Livre I, art. 23, § 8). Mais la grossesse apparente de la femme laborieuse lui permet de cesser brusquement le travail, sans préavis (L. 17 juin 1913, C. trav., Livre I, art. 29*a*);

3° Au cours de la période d'essai qui suit l'embauchage et dont les parties fixent librement la durée (Civ. 30 nov. 1932, *S.* 1933, 1, 70), il est admis que chacune des parties peut se dégager sans préavis et sans engager sa responsabilité (Civ. 18 avril 1932, *S.* 1932, 1, 305; 30 nov. 1932, précité. — C. du travail, Livre I, art. 29*m*, 1°. V. cependant, Civ. 24 janv. 1927, *D. H.* 1927, 81).

1282. Origine et nature de la responsabilité. — Lorsqu'une des parties rompt le contrat bruquement, sans observer, comme elle aurait dû le faire, le délai-congé, elle commet une *illégalité*; il ne suffit pas de dire qu'elle abuse de son droit; elle en dépasse les limites réglementaires; peu importent donc, réserve faite des trois dérogations qui viennent d'être signalées, les raisons qui l'ont conduite à cette illégalité; son acte est critiquable, intrinsèquement, objectivement; il est donc, par lui-même et *de plano*, générateur de responsabilité contractuelle.

1283. II. **Le motif légitime; la résiliation abusive.** — Que la résiliation soit déclarée ou non dans les délais réglementaires, elle ne doit intervenir qu'à bon escient, et seulement si elle est justifiée par les circonstances, sinon elle est *abusive* et elle engage donc la responsabilité de son auteur; le droit de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée est un droit relatif, un droit causé, qui ne peut être exercé impunément que dans un but légitime, pour un *motif légitime* (Req. 22 juill. 1896, *D. P.* 1897, 1, 401, note Planiol; Rouen, 20 déc. 1894, *D. P.* 1895, 2, 228), pour un *juste motif* (Trib. com. Seine, 14 mars 1916, *S.* 1917, 2, 119); la nouvelle rédaction de l'article 23 du livre I du Code du travail se réfère formellement à la notion de l'abus du droit; il y est question de la « *résiliation abusive du contrat* »; de l'appréciation que le tribunal fait de l'*abus* commis par l'auteur du désistement; du *motif* allégué par celui-ci; toute cette

réglementation est donc franchement aménagée sur le plan de la thèse de l'abus des droits.

1284. — Elle se résume dans les règles suivantes :

1° Le droit qui appartient à chacune des parties, dans le louage de services *à durée indéterminée*, de rompre unilatéralement le contrat, est susceptible d'*abus* (V. ci-dessus et les décisions citées *inf.*) ;

2° L'abus en pareille matière est caractérisé par l'absence de *motifs légitimes*, c'est-à-dire par l'absence de raisons justificatives chez l'auteur de la rupture.

Constitueront de justes motifs de résiliation unilatérale : *a*) en faveur de l'employeur, l'infidélité d'un ouvrier qui est convaincu d'indélicatesse, de vol (Civ. 6 fév. 1935, *S.* 1935, 1, 143, *D. H.* 1935, 180; Rouen, 29 déc. 1894, *D. P.* 1895, 2, 228) ; l'indiscipline, l'inobservation des règlements (Trib. civ. Seine, 3 nov. 1921, *D. P.* 1922, 5, 2) ; l'intempérance, la diminution dans la capacité de travail de l'ouvrier (Civ. 18 juill. et 1er août 1916, *D. P.* 1916, 1, 286) ; la fermeture de l'usine (Civ. 17 juill. 1919, *D. P.* 1920, 1, 94; 30 juin 1925, *Rec. somm.* 1926, n° 2464) ; la réorganisation des services et la réduction du personnel (Civ. 28 déc. 1932, *S.* 1933, 1, 68; 14 mai 1935, *S. 1935*, 1, 263; 27 nov. 1935, *D. H.* 1936, 51; 6 avril 1936, *D. H.* 1936, 265) ; le ralentissement des affaires consécutif à une crise économique (Civ. 26 janv. 1932, *S.* 1932, 1, 86) ; le refus de l'employé d'examiner, de discuter des propositions de modifications au contrat primitif (Civ. 28 janv. 1931, *S.* 1931, 1, 242) ; la maladie de l'ouvrier, au moins si les nécessités de l'entreprise contraignent le patron à le remplacer avant sa guérison (Civ. 27 nov. 1933, *S.* 1934, 1, 60) ; — *b*) en faveur de l'ouvrier ou de l'employé, les exigences excessives du patron, le défaut de paiement ou le retard apporté dans le paiement du salaire; la prédominance, dans la direction d'une entreprise, d'éléments étrangers ressortissant à un pays avec lequel la France est en état de guerre (Trib. com. Seine, 14 mars 1916, *S.* 1917, 2, 119) ; à plus forte raison, la malice, la méchanceté (Req. 17 juin 1933, *D. H.* 1933, 393).

Seraient au contraire abusives et engageraient donc la responsabilité de leur auteur, les résiliations occasionnées par une courte absence de l'ouvrier due à la maladie (Req. 20 juill. 1920, Civ. 22 déc. 1920, *D. P.* 1921, 1, 35; 2 janv. 1924, *S.* 1924, 1, 268; 9 mars 1938, *D. H.* 1938, 306), ou par le refus qu'oppose l'employé de travailler dans des conditions illégales, délictueuses (Civ. 8 fév. 1928, *S.* 1928, 1, 215), ou

par un coup de tête, par simple caprice (Cons. Prud. Seine, 12 mars 1925, *Rec somm.* 1925, n° 3132), ou surtout par malveillance, par esprit de vengeance (Civ. 25 fév. 1920, *D. P.* 1920, 1, 94), ainsi que par une volonté de lutte à l'encontre d'une institution régulière, telle qu'un syndicat, et même, depuis le nouvel aménagement des conventions collectives du travail, la prise en considération de la position syndicale du personnel d'un établissement (*sup.* n° 1266). La vente, la transformation ou la mise en société de l'entreprise ne constituent pas davantage de justes motifs de rupture (C. trav., art. 23, § 7), ni même toujours nécessairement le ralentissement des affaires (Civ. 15 avril 1929, *S.* 1929, 1, 261);

3° C'est au juge du fond qu'il appartient de rechercher et de retenir souverainement les mobiles auxquels la partie congédiante a obéi (V. les arrêts précités; *adde*. Civ. 12 fév. 1923, *D. P.* 1923, 1, 129; 23 fév. 1925, *S.* 1926, 1, 30; 3 août 1935, *D. H.* 1935, 523). Le jugement doit mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture (C. trav., Livre I, art, 23, § 5).

Mais la Cour de cassation exerce son contrôle habituel sur la *qualification* donnée par les juges du fait aux motifs par eux retenus et dont elle apprécie le caractère correct ou abusif (Civ. 17 juin 1913, *S.* 1913, 1, 352; 28 janv. 1924, *Bull. civ.* 1924, n° 27, p. 51, et les arrêts cités *infra*);

4° Le fardeau de la preuve incombe au demandeur : *actori incumbit probatio;* il lui appartient de démontrer qu'un abus a été commis à son préjudice, tandis que la partie congédiante peut se tenir sur la défensive (Civ. 20 mars 1895, *D. P.* 1895, 1, 249; 12 mars 1902, *D. P.* 1902, 1, 214; 16 mars 1903, *S.* 1903, 1, 407; 28 janv. 1908, *D. P.* 908, 1, 195; 2 janv. 1924, *S.* 1924, 1, 268; 23 fév. 1925, *S.* 1926, 1, 30; 18 mars 1930, *D. P.* 1930, 1, 71, note Rouast, *S.* 1930, 1, 305; Req. 25 mars 1931, *S.* 1931, 1, 208, *D. P.* 1932, 1, 8; Civ. 28 janv. 1931, précité; 21 mars 1932, *S.* 1932, 1, 187; 20 mai 1935, *S.* 1936, 1, 263; 6 avril 1936, précité. — V. J. Vincent, *op. cit.*, pp. 499 et suiv.); en fait, le défendeur sera amené à donner ses raisons, sans quoi son attitude serait suspecte et influencerait défavorablement le tribunal;

5° La sanction de l'abus consiste dans des dommages-intérêts infligés à l'auteur de la rupture injustifiée; il ne peut être question de réaliser une sanction en nature, c'est-à-dire de contraindre le patron à garder son ouvrier ou bien celui-ci à réintégrer l'usine (C. trav., livre I, art. 23, § 4);

Pour la fixation des dommages-intérêts, il est tenu

compte « *des usages, de la nature des services engagés, de l'ancienneté des services combinés avec l'âge de l'ouvrier ou de l'employé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé* » (C. trav., liv. I, art. 23, § 6, dans la rédaction de 1928);

6° Les dommages-intérêts pour rupture abusive ne doivent pas être confondus avec ceux qui peuvent être accordés pour l'inobservation du délai-congé, mais ils se cumulent avec eux; autre chose est l'acte illégal (violation du délai-congé), autre chose l'acte abusif (détournement du droit de sa destination); l'article 23 s'en explique clairement dans son cinquième alinéa. (Civ. 15 avril 1929, précité);

7° La sanction de l'abus du droit de résiliation unilatérale est d'ordre public; aux termes du même article 23, § 8, « *les parties ne peuvent renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus* », (pour les *agents des compagnies d'assurances*, la règle est reproduite dans l'art. unique de la loi du 16 déc. 1927). En fait, il est facile aux parties de se soustraire à l'application de cette disposition; il leur suffit de traiter pour une durée déterminée, pour une semaine, voire pour une journée; elles se placent ainsi en dehors du système de l'article 1780 du Code civil et de l'article 23 du livre I du Code de travail, système institué uniquement pour le contrat de travail à durée indéterminée; nous ne croyons pas que cette combinaison tombe sous le coup de l'article 6 et qu'on puisse reprocher aux parties d'avoir commis une fraude à la loi; c'est le législateur lui-même qui leur donne le choix entre plusieurs types d'arrangements et on aurait mauvaise grâce à leur reprocher d'avoir usé de cette faculté au mieux de leurs intérêts (Cpr. Civ. 20 mars 1825, *D. P.* 1895, 1, 249, *S.* 1895, 1, 313; 26 mai 1908, *S.* 1908, 1, 241, note Ruben de Couder, *D. P.* 1908, 1, 168);

8° Enfin, le paiement des indemnités pour résiliation abusive, comme d'ailleurs celui des indemnités pour inobservation du délai-congé, sont garantis par le privilège général de l'art. 2101-4° (*inf.* n° 1555).

1285. Le contrat de travail et la grève. — C'est une question très délicate et très discutée que de savoir si la grève rompt le contrat de travail; la Cour de cassation la résout affirmativement, en principe tout au moins (Req. 18 mars 1902, *D. P.* 1902, 1, 323, *S.* 1903, 1, 465; Civ. 4 mai 1904,

D. P. 1904, 1, 289, *S.* 1906, 1, 497, note Wahl; 28 juin 1910, *D. P.* 1912, 1, 449, *S.* 1912, 1, 185, note Lyon-Caen; Req. 28 juill. 1924, *D. H.* 1924, 542; Civ. 29 déc. 1925, *D. P.* 1927, 1, 86). En général, les auteurs reprochaient, non sans raison, à cette jurisprudence de méconnaître le sens de la coalition, de confondre l'existence du contrat avec son exécution, et sa rupture avec sa suspension (Pic, *Traité de législation industrielle*, nos 310 et suiv.; Planiol et Ripert, t. II, n° 1896*bis*); pour M. Pic, notamment, la grève suspend seulement l'exécution du contrat de travail dont « elle distend les rouages sans les briser, jusqu'au jour où le conflit prend fin par un arrangement collectif qui vient consolider ou améliorer le contrat primitif, plutôt qu'il ne crée un état de choses nouveau » (*op. cit.*, n° 311).

A notre avis, la question doit être résolue en faisant appel aux mobiles auxquels ont obéi les ouvriers coalisés; il y a grève et grève, suivant les causes qui ont déterminé la coalition et le but qu'elle poursuit; s'il est à la rigueur concevable que les travailleurs aient vraiment entendu rompre délibérément le contrat de travail, il en va autrement dans la plupart des éventualités, notamment si la grève est *involontaire*, les ouvriers étant empêchés, par des menaces, des barrages ou des piquets de grève, de se rendre à leur poste; par exemple aussi lorsque, le patron ayant violé les clauses du contrat, l'ouvrier se refuse à exécuter de son côté l'accord, recourant ainsi à l'exception *non adimpleti contractus*; ou même s'il se propose d'obtenir des conditions meilleures que celles qui lui étaient faites jusqu'alors, s'il entend négocier dans ce but, « causer » avec le patron. C'est ce qu'admet maintenant la Cour de cassation qui a jugé, dans trois arrêts dont l'annotateur a précisé la portée et souligné l'importance, et au rapport du conseiller Gomien, que certaines grèves ne rompent pas le contrat de travail mais le suspendent seulement (Civ. 15 juin 1937, deux arrêts; 4 août 1937, *D. P.* 1938, 1, 23, note André Rouast). Ici, comme souvent, la notion du mobile-but est décisive. Ces dernières décisions réduisent de beaucoup l'importance du conflit qui s'était élevé sur ce point entre les auteurs et la jurisprudence; désormais, la divergence se ramène à ceci que la doctrine dominante trouve le principe là où la Cour de cassation découvre l'exception au principe opposé : pratiquement, les deux points de vue se rapprochent beaucoup.

1286. — Mais tout n'est pas terminé par là même; à supposer que la grève, comme il advient ordinairement à notre

avis, soit simplement suspensive du contrat, il reste à se demander si la cessation du travail, survenue dans des conditions déterminées, n'est pas susceptible de fournir au chef de l'entreprise *un juste motif* de résiliation, soit qu'elle ait éclaté brusquement, soit qu'elle procède de motifs illégitimes, extra-professionnels, et si, par exemple, elle est de caractère nettement politique. En pareille occurrence, le patron doit pouvoir rompre le contrat, jusque là simplement suspendu par les ouvriers; et il a aussi la faculté de demander des dommages-intérêts, non pas en vertu de l'article 1780 (il n'y a pas eu, à vrai dire et par hypothèse, résiliation du contrat par la volonté des ouvriers qui ont simplement suspendu l'exécution), mais en vertu du contrat de travail lui-même dont les coalisés n'ont pas respecté les obligations, puisqu'ils ont, sinon rompu, du moins inexécuté leurs engagements, sans motif légitime. Ainsi doit se résoudre, par le jeu des principes généraux, et en distinguant entre les coalitions légitimes et les coalitions injustifiées, la question de savoir si la grève est une cause de rupture du contrat de travail; à notre avis, ce n'est pas *de plano* qu'elle y met fin, du moins le plus souvent et à moins de se placer dans des éventualités exceptionnelles, mais seulement par la volonté de l'employeur à qui elle fournit parfois une juste cause de résiliation, dans les termes de l'article 1780.

LE CONTRAT D'ENTREPRISE

(Louage d'industrie; *locatio operis*)

Articles 1779; 1782 à 1799.

A. ROUAST, *Entreprise*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, t. XI, nos 906 à 978.

1287. Généralités. — L'*entreprise* — la *locatio operis* des Romains — est un contrat synallagmatique par lequel une des parties s'engage, sans entrer au service de l'autre partie, à effectuer un travail déterminé moyennant une rémunération : c'est un entrepreneur qui s'engage à élever une construction, un artisan qui doit réparer un meuble, un médecin ou un chirurgien qui donnent des soins à un client, un avocat qui assiste un plaideur, un voiturier qui s'engage à transporter des voyageurs ou des marchandises, un *impresario* qui assume la direction d'un théâtre, l'organisation d'un concert ou d'une tournée; tous ceux-là, entrepreneurs de bâtiments, de transports ou de spectacles, utilisent et pratiquent le contrat d'entreprise qui se présente donc sous

les aspects les plus variés, plus variés même qu'il ne conviendrait en bonne logique; car il y a quelque impropriété de langage à ranger dans cette catégorie juridique des contrats conclus par les médecins, les chirurgiens ou les avocats, avec leurs clients; nul ne s'aviserait de décerner à ces représentants de professions libérales le qualificatif d'entrepreneurs; et cependant, c'est bien une entreprise qu'ils concluent : ils ne sont ni des ouvriers ou des employés, puisqu'ils n'entrent pas au service de leurs clients (en ce qui concerne les médecins, même liés par un contrat annuel, v. Civ. 3 mars 1926, *D. P.* 1927, 1, 93, note FALCIMAIGNE), ni, d'autre part, des mandataires, puisqu'ils n'ont pas la qualité de représentants juridiques; ils ne concluent pas des actes au nom et pour le compte de leurs clients (V. *inf.* n° 1400) ; ils sont des locateurs d'ouvrage, sans être des entrepreneurs au sens courant du mot; ils représentent, dans la catégorie de l'entreprise, une sous-catégorie à laquelle il serait grand temps de donner un nom (*contrat médical*, notamment) et un statut particuliers.

1288. Sous-catégories. — D'autres sous-catégories existent qui revêtent une physionomie plus ou moins nettement accusée.

1° D'après le mode de fixation du prix, on distingue le *marché à forfait* et le *marché sur devis*. Dans le premier, le prix est déterminé en bloc et d'une façon fixe; on sait, dès le premier jour, à quelle somme aura droit l'entrepreneur, en toute éventualité; il s'engage, par exemple, à livrer la maison qui lui est commandée, *clefs en mains*, donc sans le moindre supplément d'aucune sorte. Dans le marché sur devis, on se contente d'établir des *prévisions*; on envisage, s'il s'agit d'une construction, le coût de la maçonnerie, celui de la charpente, celui de la serrurerie, etc.; le devis est un simple état des travaux à exécuter, qui servira de base pour la détermination du prix, une fois l'ouvrage achevé; le marché sur devis est donc plus flexible que le marché à forfait, lequel se présente, quant au prix, sous l'aspect le plus rigide qui se puisse concevoir;

2° L'entreprise comporte des sous-ordres; l'entrepreneur primitif, qui a traité en bloc pour un ensemble de travaux dépassant sa capacité de production ou sa compétence, se décharge sur d'autres entrepreneurs à qui il cède une partie de ces travaux, par exemple à celui-ci les terrassements, à celui-là la menuiserie, et ainsi de suite, ou bien encore tel lot à l'un qui se chargera de la construction d'une maison,

et tel lot à l'autre qui devra construire un immeuble différent. Ces entrepreneurs de seconde main, qui ont traité avec l'entrepreneur initial, sont appelés *sous-entrepreneurs*. Dans le cas particulier où ils sont des maîtres ouvriers à qui les matériaux nécessaires sont fournis et qui se chargent seulement de la mise en œuvre par une équipe dont ils ont la direction, on les qualifie de *marchandeurs* ou encore de *tâcherons*; leur rôle se borne à procurer de la main-d'œuvre à l'entrepreneur. Bien que des doutes aient surgi relativement à la validité du contrat de *marchandage*, ainsi intervenu entre entrepreneur et tâcheron (V. les notes de M. Jean Appleton, *D. P.* 1897, 2, 401; 1898, 1, 369; 1899, 2, 393), la jurisprudence s'est prononcée en sa faveur, réserve faite des abus dont il pourrait être l'occasion au détriment de l'ouvrier : c'est seulement « *l'exploitation des ouvriers* » par des sous-entrepreneurs qui est interdite et réprimée par le Code du travail, dans ses articles 30*b* et 103, au livre I (Crim. 4 fév. 1898, *D. P.* 1898, 1, 369, note Appleton; *S.* 1899, 1, 249, note J.-A. Roux; Ch. réun. 31 janv. 1901, *D. P.* 1901, 1, 169, *S.* 1902, 1, 157, note J.-A. Roux);

3° Il y a encore lieu de distinguer selon que l'entrepreneur ne promet que son travail ou qu'il fournit aussi la matière (art. 1787); dans ce dernier cas, on doit se demander si le contrat demeure toujours un contrat d'entreprise, ou bien s'il ne dégénère pas en une vente, ou enfin s'il ne présente pas un caractère mixte; dans tous les cas, la question des risques se pose alors sous une toute autre forme que si l'entrepreneur ne fournissait que son travail.

1289. Plan. — 1° Il faut examiner comment se forme et se prouve le contrat d'entreprise;

2° Quels *effets* il produit;

3° Comment il se *dissout*;

4° Après quoi, il importe de différencier cette opération d'opérations voisines.

§ I. — *FORMATION ET PREUVE D'UN CONTRAT D'ENTREPRISE*

1290. Principe. — Le contrat d'entreprise est un contrat consensuel qui n'exige nullement, pour sa validité, la rédaction d'un écrit, mais qui, au-dessus de 500 francs, ne saurait être prouvé par témoins, à moins, cependant, qu'il n'existe déjà un commencement de preuve par écrit (Civ. 25 août 1862, *D. P.* 1862, 1, 345), et sauf usages contraires (rapport du médecin ou de l'avocat avec leur clientèle).

1291. — *Exceptionnellement*, il est admis que le contrat de *transport de marchandises* est un contrat *réel* qui ne se forme que par la remise de la chose au voiturier (Caen, 7 juin 1905, *D. P.* 1908, 2, 364; Besançon, 29 juill. 1913, *D. P.* 1917, 2, 92; Paris, 18 mars 1924, *D. P.* 1924, 2, 125; Civ. 27 mai 1918, *D. P.* 1926, 1, 204). Cette solution est assurément contraire aux textes, puisque le législateur a vu, dans le transport de marchandises, une simple variété du louage d'ouvrage (Comp. les rubriques du chap. III du titre VIII du livre III et de la section II du même chapitre), lequel est un contrat consensuel; d'ailleurs, le point de vue jurisprudentiel arrive à faire du transport de marchandises un *contrat réel synallagmatique*, c'est-à-dire une véritable curiosité juridique. Nous sommes en présence d'une règle de droit coutumier, établie par la force des usages et consacrée par la jurisprudence (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e éd., nos 78 et suiv.).

§ II. — *EFFETS DU CONTRAT D'ENTREPRISE*

1292. Observation. — Il est malaisé d'exposer les effets du contrat d'entreprise, en général, tellement nombreuses et diverses en sont les applications : le contrat de transport de marchandises ne saurait avoir le même statut que la convention qui intervient entre un avocat ou un médecin et leurs clients; c'est ainsi que la créance d'un médecin se prescrit par deux années (art. 2272, § 5), alors que les actions nées du transport sont soumises à des prescriptions variées, et tandis que la créance d'un entrepreneur contre le maître pour le compte de qui les ouvrages ont été faits ne se prescrit, en principe, que par trente années, conformément au droit commun (Civ. 27 oct. 1924, *S.* 1924, 1, 366).

Dans ces conditions, et étant donné l'extrême complexité du sujet, nous nous bornerons à envisager les effets attachés aux contrats passés par des entreprises de construction et par des entreprises de transport.

1293. I. **Entreprises de construction.** — Trois points principaux sont à examiner :

1° L'*action directe* des ouvriers contre le propriétaire;

2° La *responsabilité* des entrepreneurs et des architectes;

3° Les modifications au prix convenu.

1294. A. **Action directe des ouvriers contre le propriétaire.** — L'article 1798 décide que les ouvriers, qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ou-

vrages faits à l'entreprise, « *n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée* ». La jurisprudence interprète cette formule dans le sens de la concession d'une *action directe* qui appartient, à son sens, auxdits ouvriers contre le propriétaire; interprétation contestable, mais qu'il serait oiseux de discuter, d'abord parce qu'elle est constante au point de faire partie intégrante de notre droit coutumier, puis parce qu'elle conduit à des résultats équitables et satisfaisants; grâce à elle, en effet, les ouvriers n'en sont plus réduits à agir contre le propriétaire obliquement, par le truchement de l'entrepreneur et en vertu de l'article 1166, ce qui les mettrait en concours avec les autres créanciers de celui-ci et les exposerait donc à pâtir de son insolvabilité; c'est de leur propre chef, *proprio nomine*, qu'ils réclament au propriétaire le paiement de ce qui leur est dû, et encore qu'ils n'aient point traité avec lui; l'avantage est particulièrement appréciable si l'entrepreneur est en état de faillite déclarée, puisqu'ils ne seront pas compris dans la masse et qu'ils toucheront intégralement leur salaire, alors que les créanciers de la masse devront se contenter d'un dividende plus ou moins réduit.

1295. A qui appartient l'action directe. — La jurisprudence accorde l'action directe à tous ceux qui ont la qualité d'*ouvrier*, sans distinguer d'après le mode de rémunération — à la journée ou à la tâche —, y compris les maîtres-ouvriers et tâcherons qui travaillent manuellement (Civ. 12 fév. 1866, *D. P.* 1866, 1, 57; Aix, 9 août 1877, *D. P.* 1879, 5, 267); mais elle la refuse :

1° Aux *fournisseurs* de matériaux, étant entendu cependant qu'un ouvrier ne doit pas être exclu par cela seul qu'il a fait quelques fournitures et si celles-ci ne sont que l'accessoire de la rémunération du travail (Bordeaux, 31 mars 1854, *D. P.* 1857, 2, 35);

2° Aux *employés*, par exemple à un *commis aux écritures* (Besançon, 16 juin 1863, *D. P.* 1863, 1, 103);

3° Aux *sous-entrepreneurs* qui ne fournissent pas un travail manuel (Civ. 12 fév. 1866, précité; Req. 28 janv. 1880, *D. P.* 1880, 1, 254; Lyon, 18 déc. 1879, *D. P.* 1879, 5, 267) : c'est en faveur du travail et pour protéger le salaire du simple ouvrier que l'action directe a été introduite.

1296. Contre qui est donnée l'action directe. — Elle est donnée aux ouvriers contre le *maître de l'ouvrage*;

dans l'opinion la plus communément reçue, elle est donc refusée aux ouvriers qui ont contracté avec un sous-traitant, dans leurs rapports avec l'entrepreneur principal.

1297. Effets de l'action directe. — Cette action n'est accordée aux ouvriers que jusqu'à concurrence de la somme dont le maître de l'ouvrage se trouve, lors de l'exercice de l'action, débiteur envers l'entrepreneur (art. 1798). Cette formule est interprétée assez strictement; en conséquence, les ouvriers ont à redouter certaines éventualités.

1° Le paiement d'*acomptes* antérieurement effectué par le propriétaire entre les mains de l'entrepreneur; encore que faits par anticipation, ces règlements leur sont opposables et quand bien même la quittance qui en fait foi n'aurait pas date certaine (Req. 16 déc. 1873, *S.* 1876, 1, 264). A ce point de vue, l'action directe de l'article 1798 est moins efficace que celle qui appartient au propriétaire à l'encontre du sous-preneur; car, aux termes de l'article 1753, ce dernier ne peut pas opposer au demandeur les paiements faits par anticipation entre le mains du locataire principal (*sup.* n° 1228);

2° Une *cession* faite par l'entrepreneur, *sans fraude*, de tout ou partie de sa créance contre le propriétaire et dûment signifiée au débiteur avant le moment où l'action directe est exercée (Req. 18 janv. 1854, *D. P.* 1854, 1, 121; Civ. 11 juin 1861, *D. P.* 1861, 1, 262; Lyon, 19 déc. 1878, *D. P.* 1880, 1, 180);

3° Des *saisies-arrêts* qui auraient été pratiquées antérieurement, entre les mains du maître de l'ouvrage, par d'autres créanciers de l'entrepreneur (Paris, 12 avril 1866, *D. P.* 1866, 5, 291).

1297*bis*. B. Responsabilité des architectes et des entrepreneurs. — La responsabilité des architectes et entrepreneurs est soumise à des statuts très différents, selon les circonstances dans lesquelles elle est mise en œuvre; nous distinguerons entre la responsabilité contractuelle aggravée, la responsabilité contractuelle de droit commun, enfin la responsabilité délictuelle.

1298. 1° Responsabilité contractuelle aggravée. — C'est celle qui est instituée par l'article 1792; dans l'état actuel de la jurisprudence, ce texte n'est applicable que si les conditions suivantes sont réunies :

a) Le marché avait été conclu *à forfait*; l'article 1792 s'en explique formellement; si les parties ont traité sur devis, le texte cesse de recevoir son application (Req. 29 mars 1893,

D. P. 1893, 1, 289; 24 mai 1894, *D. P.* 1894, 1, 251), et, par exemple, si l'on s'en est référé à des prix de série (Req. 23 oct. 1907, *D. P.* 1908, 1, 494);

b) L'édifice a péri, en totalité ou en partie (art. 1792); ou encore, un vice se manifeste dans les *gros ouvrages* du bâtiment (art. 2270), c'est-à-dire dans ceux qui constituent la structure même de l'édifice ou ses parties maîtresses (couverture, toiture, charpente, serrurerie d'une maison entière; comp. Amiens, 29 mai 1871, *D. P.* 1871, 2, 171).

Lorsque ces deux conditions se trouvent réunies, on considère que la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur est engagée *de plano*, sans que le propriétaire ait à faire la preuve d'une faute par eux commise, le Code civil ayant établi à leur encontre, dans les article 1792 et 2270, une présomption de faute. Il ne faudrait pas voir dans ce régime une application pure et simple du droit commun de la responsabilité contractuelle; car, normalement, l'architecte et l'entrepreneur devraient être déchargés par la *réception* de l'édifice; or, il n'en est rien; leur responsabilité demeure engagée éventuellement, si un accident survient par la suite; malgré la livraison et la réception, l'architecte et l'entrepreneur demeurent les éditeurs responsables de leur œuvre, dans les termes des articles 1792 et 2270, sans distinguer, ni d'après leur caractère (les entrepreneurs de travaux publics sont soumis à ces dispositions au même titre que les entrepreneurs de travaux privés, Civ. 19 mai 1851, *D. P.* 1851, 1, 138; C. d'Et. 12 juill. 1855, *D. P.* 1856, 3, 6), ni suivant que l'accident est dû à un vice de construction ou à un vice du sol (art. 1792); leur responsabilité ne cèderait même pas à raison de cette circonstance que le propriétaire s'était immiscé dans les travaux en donnant des indications ou en choisissant les matériaux employés (Req. 16 juill. 1889, *D. P.* 1890, 1, 488; Lyon, 6 juin 1874, *D. P.* 1875, 2, 119), et à moins qu'une faute précise ne soit relevée à sa charge, auquel cas il y aurait lieu de procéder à un partage de responsabilité (Req. 8 déc. 1852, *D. P.* 1854, 5, 653; 1er déc. 1868, *D. P.* 1872, 1, 65).

En revanche, les vices des *petits ouvrages* et les simples *malfaçons* ne mettent pas en œuvre la responsabilité aggravée des articles 1792 et 2270.

1299. Durée de la responsabilité. — La responsabilité subsiste pendant *dix années* (textes précités) qui courent à dater, non de l'achèvement, mais de la *réception* de l'ouvrage (Paris, 12 mai 1874, *D. P.* 1874, 2, 172; comp. Req.

24 janv. 1876, *D. P.* 1876, 1, 262) ; il s'agit là, non pas d'une véritable prescription, ni d'ailleurs d'un délai préfix, mais d'un *temps d'épreuve* qui court même contre les mineurs et les interdits (Paris, 20 juin 1857, *D. P.* 1858, 2, 88; Aix, 14 mars 1927, Paris, 15 déc. 1928, *D. P.* 1930, 2, 161; Nîmes, 13 fév. 1935, *S.* 1935, 2, 107 — *contra*, trib. civ. du Hâvre, 4 mars 1922, *ibid*).

La jurisprudence estime que ce délai de dix années est unique et indivisible, en ce sens qu'il court et qu'il s'accomplit fatalement sans égard à l'époque à laquelle l'accident s'est produit ou à laquelle le vice a été découvert, en sorte que si, par exemple, la toiture s'effondre neuf années après la réception de l'édifice, le propriétaire ne dispose plus que d'une année pour actionner l'architecte ou l'entrepreneur (Ch. réunies, 2 août 1882, *S.* 1883, 1, 5, note Labbé, *D. P.* 1883, 1, 5, avec les conclusions du procureur général Barbier) ;

1300. 2° Responsabilité contractuelle de droit commun. — Elle est mise en œuvre, toujours, dans les rapports du propriétaire avec l'architecte et l'entrepreneur.

a) Si le marché a eu lieu sur *devis*, et, par exemple, d'après des prix de série (décisions précitées du 29 mars 1893, du 24 mai 1894 et du 23 oct. 1907) ;

b) Alors même que le marché aurait été conclu à prix fait : 1. Pour les *petits ouvrages*; 2. Pour les simples *malfaçons*.

Dans de telles éventualités, c'est au propriétaire qu'il échoit de prouver qu'une faute précise a été commise par l'architecte ou par l'entrepreneur, faute de quoi on en revient au principe de la libération du débiteur comme conséquence de la réception de l'ouvrage (arrêts précités).

Cependant, ces décisions vont trop loin et s'expriment en des termes trop absolus lorsqu'elles déclarent que les dispositions des articles 1792 et 2270 ne s'appliquent qu'aux travaux à prix fait, à l'exclusion des marchés sur devis. La discrimination est exacte pour ce qui est de la *preuve*; elle ne l'est pas en ce qui concerne la *prescription*; il est bien certain, en effet, que, même pour les marchés passés sur devis et même pour les petits ouvrages, l'architecte et l'entrepreneur sont complètement libérés lorsque dix années se sont écoulées depuis la réception, sans quoi on leur appliquerait des règles plus rigoureuses en cas de forfait que dans l'hypothèse d'un simple devis, ce qui constituerait un contre-sens. C'est toute la responsabilité contractuelle de ces

personnes qui est abolie par la prescription décennale des articles 1792 et 2270;

1301. 3° **Responsabilité délictuelle.** — La responsabilité délictuelle de l'architecte et de l'entrepreneur peut être engagée envers des tiers, par exemple envers un voisin auquel la ruine de l'édifice a causé un dommage; conformément aux principes généraux, cette responsabilité n'est engagée qu'autant qu'une faute est établie à la charge du constructeur, mais elle peut être mise en œuvre pendant trente années, dans les termes du droit commun, et le délai ne commence à courir que du jour de l'accident (art. 2257).

1302. C. **Modifications au prix convenu.** — On voit réapparaître à cette occasion l'opposition entre les travaux effectués à forfait et les ouvrages édifiés d'après un devis; pour les premiers, aucune augmentation de prix n'est possible, pour quelque raison que ce soit (art. 1793); à moins cependant que des changements au plan primitif n'aient été décidés et autorisés *par écrit* et seulement si le prix des nouveaux ouvrages avait été fixé d'accord avec le propriétaire (même texte). Si cette double condition n'a pas été observée, l'entrepreneur ne saurait réclamer aucun supplément de prix à raison des changements effectués, alors même qu'ils l'auraient été au su et au vu du propriétaire à qui on ne pourrait même pas déférer le serment. La rédaction d'un écrit revêt donc ici la valeur d'une véritable solennité (Req. 19 juill. 1897, *D. P.* 1897, 1, 467; Civ. 2 mars et 8 juin 1915, *D. P.* 1920, 1, 102; 10 juin 1931, *S.* 1931, 1, 324, *D. P.* 1932, 1, 65, note L. Josserand); l'entrepreneur n'aurait pas même la ressource de rentrer dans ses débours en exerçant contre le maître l'action de *in rem verso* (Civ. 2 mars 1915, précité, et 5 nov. 1934, *D. H.* 1934, 587, S. 1936, 1, 365).

Au contraire, et comme on l'a déjà observé, les marchés sur devis comportent une certaine marge dans la direction et, par suite, dans la rémunération des travaux; une économie plus souple fait place alors au statut rigide de l'article 1793.

1303. II. **Entreprise et contrat de transport.** — Le contrat de transport est une des opérations les plus originales, les plus pratiques qui soient; réglementé sommairement par le Code civil (art. 1782 à 1786) et par le Code de commerce (art. 96 à 108), dans des termes archaïques et périmés (le législateur vise le *voiturier*, la *voiture*, les entrepreneurs et directeurs *de voitures et roulages publics*), ce

contrat a pris, depuis un siècle, un essor inouï, en même temps qu'il s'est rénové complètement et qu'il a conquis une véritable autonomie (V. André Brun, *L'autonomie du contrat de transport*, dans les *Annales du droit et des Sciences sociales*, n° 5, 1905, p. 49) : le « voiturier » actuel, c'est la compagnie des chemins de fer (à laquelle s'est substituée la *Société nationale des chemins de fer français*, Décret-loi du 31 août 1937) ; c'est la société de transports automobiles ou aériens, tandis que la « voiture » est devenue l'automobile, le wagon ou l'aéronef (V. L. Josserand, *Les transports*, 2e édit., 1926). Il ne saurait être question, dans ce traité de droit civil, de procéder à une étude, même schématique, d'une opération de cette envergure, qui a pris place dans le cadre du droit commercial. Après avoir rappelé que le transport de marchandises est un contrat *synallagmatique réel* (au moins d'après la jurisprudence; *sup.* nos 153 et 1291) et *à titre onéreux*, nous nous bornerons à signaler quelques-unes des particularités inhérentes à la *responsabilité* du voiturier et au *prix du transport* dont le paiement incombe aux clients du transporteur.

1304. Responsabilité du voiturier. — Il n'y a pas longtemps encore, la responsabilité du voiturier changeait de nature selon qu'il y avait transport de *marchandises* ou transport de *personnes* : dans le premier cas, elle était contractuelle, tandis que, dans le deuxième, elle était d'origine délictuelle : le voyageur, victime d'un accident, devait prouver la faute du transporteur, dans les termes des articles 1382 et 1383. Mais on sait que cette situation a été modifiée par une évolution jurisprudentielle des plus importantes : en 1911, la Chambre civile a décidé que le transporteur devait aux voyageurs, de par le contrat intervenu entre eux, une sécurité abbsolue, en sorte que, si un accident survient, sa responsabilité se trouve par là même engagée et qu'il ne saurait s'en libérer qu'en établissant que l'accident est imputable à la force majeure ou à la faute de la victime (*sup.* n° 490) ; désormais, le voyageur est donc traité, ou peu s'en faut, ainsi qu'un colis qui doit être conduit à destination, en bon état, sans avarie; et par là, le transport des personnes s'est rapproché sensiblement du transport des marchandises auquel il s'opposait jusqu'alors irréductiblement.

1305. Clauses de non-responsabilité. — Une loi du 17 mars 1905 est venue proscrire, dans le transport des *marchandises*, les clauses de non-responsabilité qu'elle a frappées d'une nullité radicale (C. com., art. 103, § 3), con-

trairement au droit commun jurisprudentiel qui admet, en thèse générale, que la responsabilité *contractuelle* peut être écartée par une clause de non-garantie (*sup.* n^os^ 623 et suiv); on a voulu, par cette disposition exceptionnelle, protéger le commerce contre la tyrannie des grandes compagnies de transports; mais la mesure n'en a pas moins une portée d'application générale; elle s'impose au petit voiturier, au plus modeste entrepreneur de transports, comme aux grandes administrations ferroviaires.

Toutefois, le domaine d'application de la loi du 17 mars 1905 est sensiblement plus réduit qu'on ne serait tenté de le croire en première vue; toute une série d'opérations en demeurent exclues pour rentrer sous l'application du droit commun, à savoir : le transport de *personnes*; les transports *maritimes*; les transports du *service international*, lesquels sont régis par les conventions signées à Berne, le 23 octobre 1924 et entrées en vigueur à la date du 1^er^ octobre 1928; les transports *aériens*, pour lesquels le législateur a admis, dans un cadre déterminé, l'efficacité des clauses de non-responsabilité (L. 31 mai 1924, art. 42 et 43). A quoi il faut ajouter que la loi de 1905 n'est pas applicable au *commissionnaire de transports* (C. com., art. 98); et qu'elle ne proscrit ni les clauses de non-responsabilité du chef de *retard*, ni même, en ce qui concerne la perte et les avaries, celles qui se borneraient à limiter, à conditionner la responsabilité du voiturier; seules sont frappées les stipulations excluant la responsabilité pour pertes ou pour avaries (V. L. Josserand, *op. cit.*, n^os^ 622 et suiv.).

1306. 2° Prix du transport. — Le prix du transport est acquitté, dans le transport des personnes, par le voyageur, dans le transport de marchandises, par l'expéditeur ou par le destinataire selon que l'expédition est faite en port payé, *franco*, ou en port dû.

Garanties. — Le voiturier bénéficie de deux garanties pour le paiement du prix : le droit de *rétention* et le *privilège mobilier* de l'art. 2102 - 6°. Ces deux sûretés dérivent, la première d'un principe général, la seconde d'un texte formel; de plus, il arrive que le voiturier bénéficie de la *subrogation légale*.

a) Droit de rétention. — Tenu de restituer une chose à l'occasion de laquelle il est devenu créancier, le voiturier est fondé à différer la restitution jusqu'au moment où on lui offira le prix du transport; il y a *debitum cum re junctum*; l'exception *non adimpleti contractus* peut donc être opposée (*sup.* n° 23; *inf.* n° 1473);

b) Le *privilège* est conféré expressément au voiturier sous le numéro 6 de l'article 2102; il est fondé, non sur une idée de plus-value, mais sur celle de nantissement tacite, en sorte qu'il ne survit pas à la livraison, ce qui ne l'empêche d'ailleurs pas de subsister après le dessaisissement involontaire, au cas de perte ou de vol (*inf.* n° 1598; L. Josserand, *op. cit.* n° 522);

c) Parfois, le voiturier fait l'avance de certains droits, par exemple des droits de douane; il acquitte, en ce faisant, une dette dont il était tenu pour un autre et qu'il avait intérêt à solder; il rentre donc dans la formule de l'article 1251 - 3° et peut se réclamer de la subrogation légale instituée par ce texte (Civ. 23 mars 1915, *D. P.* 1917, 1, 63).

§ III. — *DISSOLUTION DU CONTRAT D'ENTREPRISE*

1307. Droit commun; risques. — Le contrat d'entreprise se dissout comme les autres contrats synallagmatiques; notamment, il est susceptible d'être résolu pour inexécution des obligations.

Lorsque la chose vient à périr entre les mains de l'entrepreneur et par cas de force majeure, les *risques* sont pour le propriétaire : donc, pour l'entrepreneur, s'il fournissait la matière sur laquelle il travaillait, c'est-à-dire qu'il perd la chose sans pouvoir réclamer aucun salaire (art. 1788); ils sont, au contraire, pour le maître si celui-ci avait fourni la matière première, en ce sens du moins qu'il ne pourra pas réclamer de dommages-intérêts; mais, d'autre part, l'entrepreneur, comme dans le cas précédent, n'a point de salaire à réclamer (art. 1789 et 1790).

Tout cela revient à dire que le contrat est dissous par impossibilité d'exécution; chacune des parties se trouve libérée des obligations qui lui incombaient, ce qui est conforme à l'idée dominante en matière de *riques* (*sup.* n^os^ 367 et suiv.).

Bien entendu, il en irait autrement si l'entrepreneur avait commis une faute : il répondrait alors de la perte, dans les termes du droit commun (art. 1789 et 1790), de même que le maître répond de la perte, même par force majeure, survenue à un moment où il se trouvait en demeure de recevoir la chose (art. 1788).

1308. Décès. — Le contrat d'entreprise est dissous par la mort de l'entrepreneur, ouvrier ou architecte, car, en ce qui le concerne, l'opération avait été conclue *intuitu per-*

sonæ (art. 1795) ; au contraire, le décès du maître est sans influence sur les destinées de la convention.

1309. Résiliation unilatérale. — Le contrat d'entreprise comporte parfois un mode de dissolution assez exceptionnel, par la *volonté unilatérale* du maître, c'est-à-dire de celui qui avait commandé l'ouvrage (art. 1794).

Cette disposition, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, a un assez large domaine.

1° Elle existe, non pas seulement en matière de constructions d'édifices et à l'encontre des architectes et des entrepreneurs proprement dits, mais quels que soient l'objet et la nature des travaux à effectuer, par exemple lorsqu'il s'agit de la construction de machines à vapeur (Civ. 5 janv. 1897, *S.* 1897, 1, 73, *D. P.* 1897, 1, 89, note Planiol).

2° On ne distingue pas non plus selon que l'ouvrier avait ou non fourni la matière (même arrêt).

En revanche :

1° Pour que le droit de résiliation unilatérale existe, il est indispensable que le marché ait lieu *à prix fait;* l'article 1794 s'en explique catégoriquement; si l'opération a été faite sur devis, le maître est lié aussi bien que l'entrepreneur;

2° Le maître qui use de la faculté de résiliation doit indemniser l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise (art. 1794). Cette disposition vient limiter singulièrement la liberté de détermination du maître; elle n'est pas assimilable à celle que la loi octroie à chacune des parties dans le louage de services à durée indéterminée, car, même si le maître peut invoquer un motif légitime de rupture, il semble bien que sa responsabilité soit néanmoins engagée dans les termes de l'article 1794, au lieu que celle du patron qui congédie un ouvrier n'entre en jeu qu'au cas d'abus (*sup.* n° 1283).

1310. Transport. — De ce droit de résiliation unilatérale dans les entreprises à forfait, il convient de rapprocher le *droit de disposition des marchandises*, qui est reconnu, dans le transport de choses, à l'expéditeur ou au destinataire suivant les cas, et en cours de transport; il est admis, en effet, que l'expéditeur peut modifier, en cours de route, les instructions par lui données au voiturier, en lui adressant un *contre-ordre* relativement à l'itinéraire, à la vitesse ou à la destination de l'envoi, voire même un contre-ordre de retour à l'envoyeur; il conserve ainsi la maîtrise de l'opé-

ration jusqu'au moment où il se dessaisit du titre de transport (lettre de voiture, récépissé) pour en investir le destinataire; la maîtrise de l'opération passe alors à ce dernier (V. L. Josserand, *op. cit.*, nos 385 et suiv.).

§ IV. — *DIFFÉRENCIATION DE L'ENTREPRISE D'AVEC DES OPÉRATIONS VOISINES*

1311. Rapprochement. — L'entreprise, ou louage d'ouvrage, présente des affinités certaines avec quelques autres opérations, notamment avec le louage de services ou contrat de travail, le mandat et même, parfois, avec la vente; comme ces divers contrats obéissent à des règles qui leur sont propres, il importe d'établir une différenciation sans laquelle on réaliserait la confusion des genres.

1312. I. Entreprise et contrat de travail. — Le critère entre ces deux opérations est fourni, comme nous l'avons précédemment noté, par la notion de l'*entrée au service* du maître, par l'idée de *subordination* (Req. 28 juill. 1924, *S.* 1925, 1, 183; 8 juin 1926, *S.* 1927, 1, 270; 25 fév. 1935, *D. H.* 1935, 195; Civ. 9 mars 1938, *D. H.* 1938, 289); le domestique, l'ouvrier, l'employé, sont au service du patron qui exerce sur eux un pouvoir de direction et de surveillance, qui est leur *commettant*; au contraire, l'entrepreneur conserve toute son indépendance personnelle et jusqu'à la direction de l'ouvrage dont il s'est chargé; il arrive même que le prétendu maître se confie aveuglément, sans pouvoir contrôler efficacement l'activité de l'agent, avocat, médecin, chirurgien, architecte. La ligne de démarcation ainsi établie est d'une grande netteté : le chauffeur au service d'un particulier est lié à son patron par un contrat de travail, mais si je prends place dans un « taxi », c'est un contrat de louage d'ouvrage, un contrat d'entreprise que je conclus avec le conducteur. (Sur la distinction, v. la note de M. P. Pic, *D. P.* 1931, 1, 121.)

1313. Intérêts de la distinction. — Les intérêts de la distinction sont fort nombreux :

1° Dans le contrat de travail, l'employeur répond des actes de l'ouvrier, de l'employé ou du domestique, lesquels sont des *préposés* au sens de l'article 1384 (*sup.* n° 508); mais les dommages causés à des tiers par un entrepreneur ne sont pas de plein droit imputables au maître, lequel n'a point, vis-à-vis de lui, la qualité de commettant; c'est seulement

si une faute personnelle est prouvée à sa charge, que sa responsabilité sera engagée;

2° La législation relative aux *accidents du travail* ne protège que les travailleurs unis au patron pour un louage de services, valable ou non; l'entrepreneur ne peut s'en prévaloir (*sup.*, n° 1276);

3° La créance du salarié contre son patron se prescrit par *six mois* (art. 2271, § 3), celle du domestique par *un an* (art. 2272, § 3); mais la créance de l'entrepreneur ne s'éteint que par le délai de *trente années*;

4° Les gens de service, les ouvriers, les employés et commis ont un *privilège* général sur le mobilier du maître (art. 2101 - 4°; C. com., art. 549). L'entrepreneur, en principe, ne dispose pas d'une sûreté de ce genre, réserve faite du privilège immobilier conféré aux architectes et entrepreneurs par l'article 2103 - 4° (*inf.* n^os^ 1771 et suiv.);

5° Seul, le contrat de travail comporte normalement, pratiquement, la *résiliation* par volonté unilatérale (*sup.*, n^os^ 1279 et suiv.).

Il faut encore ajouter que, en thèse générale, les règles protectrices du *salaire* de l'ouvrier ne s'étendent pas au *profit* de l'entrepreneur, et que la compétence du conseil des Prud' hommes est limitée aux litiges issus du contrat de travail entre patrons d'une part et ouvriers, employés ou apprentis d'autre part; elle n'englobe pas les différends nés d'un contrat d'entreprise (Civ. 8 fév. 1926, *S.* 1926, 1, 176).

1314. II. **Entreprise et mandat.** — Bien des différences existent entre le mandat et l'entreprise, qui seront mieux comprises lorsqu'on connaîtra le mandat (*inf.* n° 1430).

1315. III. **Entreprise et vente.** — Il arrive assez souvent que l'entrepreneur fournit la matière sur laquelle il travaille; c'est un entrepreneur de constructions qui emploie ses propres matériaux, ou bien c'est un tailleur qui confectionne un vêtement sur mesure; l'analyse discerne alors deux opérations qui se combinent et se pénètrent, mais auxquelles il est pratiquement impossible de faire place à chacune (V. cependant, Planiol, note *D. P.* 1912, 1, 113); c'est l'un ou l'autre : ce ne peut être l'un et l'autre. Aussi la jurisprudence décide-t-elle, très sagement à notre avis, que tout dépend de l'importance des fournitures par rapport au travail fourni; si les premières n'ont qu'un caractère accessoire et secondaire, l'opération est, pour le tout, une entreprise; dans le cas contraire, elle devient une vente. C'est par application de ce critère qu'il a été jugé que le

contrat par lequel un entrepreneur s'engage à construire une maison, dont il fournit les matériaux, sur un terrain qui est la propriété du maître, est un louage d'ouvrage, non une vente (Civ. 18 oct. 1911, deux arrêts, *D. P.* 1912, 1, 113, note critique de M. Planiol). Cette opinion est conforme à la tradition (Pothier, Louage, n° 394), à la raison et à l'article 1787 qui suppose que l'entrepreneur fournisse, outre son travail, la matière elle-même.

SOCIÉTÉ ET ASSOCIATION

1316. Sources. — Civ. art. 1832 à 1873; C. com. art. 18 à 64; l. 24 juill. 1867 mod. par l. 1er août 1893 et les décrets-lois des 8 août et 30 oct. 1935; 1er août 1893; 22 nov. 1913; 26 avril 1917; 25 juin 1920, art. 111; 24 juin 1921; 7 mars 1925 *sur les sociétés à responsabilité limitée*, mod. par l. 28 fév. 1933, art. 47 et d.-l. 30 oct. 1935 et 14 juin 1938; 4 avril 1926, art. 17 et suiv.; 26 mars 1927, art. 36 et suiv.; 21 déc. 1930, art. 1 et 2; 18 juill. 1934; décrets-lois du 16 juill., du 8 août et du 30 oct. 1935 et du 31 août 1937.

Bibliographie. — P. Pic, *Des sociétés commerciales*, 2e éd., 3 vol. et un supplément. P. Kayser, *Société ou association?* 1928. V. P. Pic, Constantin et Kréher, *Les décrets-lois d'août-octobre 1935 sur la protection de l'épargne par la réforme du droit des sociétés*, 1936; Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937*, 1938; Jean Demogue, *La protection des obligataires*, 1937; Kréher, *La défense des obligataires*, 1938; Eddy Copper-Royer, *Le droit nouveau des obligations*.

1317. Définition. — L'article 1832 définit la société « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* ».

1318. Insuffisance du Code civil. — Les règles contenues dans le Code civil sont d'une insuffisance manifeste, d'abord parce que la matière des sociétés était, en 1804, peu développée, soit juridiquement, soit pratiquement : dans une communauté à esprit individualiste, comme l'était la France d'alors, au lendemain de la Révolution, tout concept corporatif était relégué au second plan; il était réservé à la science et à l'industrie de prouver que l'union fait la force; les grandes entreprises du XIXe siècle (chemins de fer, canaux, tra-

vaux publics de toute sorte), en nécessitant une concentration de capitaux, imprimèrent un essor vigoureux au contrat de société qui se *commercialisa* de plus en plus; dans la réalité, le droit des sociétés ressortit actuellement au droit commercial bien plus qu'au droit civil; le droit commun, contenu dans les articles 1832 à 1873 C. civ. est devenu d'une insuffisance dérisoire; sa primauté est nominale plutôt qu'effective; et c'est pourquoi nos explications seront aussi brèves que possible; comme le transport, la société a déserté presque complètement le domaine du droit civil pour se laisser attirer dans le cercle du droit commercial.

1319. Plan. — 1° *Généralités*;
2° *Constitution* des sociétés;
3° *Fonctionnement*;
4° *Dissolution*.

§ I. — *GÉNÉRALITÉS*

1320. Plan. — Il faut rechercher : 1° quelles sont les *caractéristiques* de la société; 2° quels sont les différents types de société.

1321. I. Caractéristiques essentielles de la société. — 1° La société implique le groupement, l'union de deux ou plusieurs personnes (art. 1832); la loi ne fixe pas de limite au nombre des contractants qu'on appelle des *associés*;
2° Chacun des associés doit faire un *apport*, c'est-à-dire mettre quelque chose en commun. La *mise* revêt les aspects les plus variés; elle peut consister en argent, comme elle peut être fixée en nature (meubles ou immeubles); elle peut revêtir aussi une forme incorporelle; on apporte en société un brevet, une marque de fabrique, une clientèle, des relations, etc.;

1322. — 3° *Toute société a un but lucratif;* plus précisément, les associés se proposent de réaliser un bénéfice qu'ils partageront entre eux (art. 1832).
Ce troisième caractère trace la frontière qui sépare la société de l'association, puisque ce dernier contrat intervient entre personnes qui mettent en commun leurs connaissances ou leur activité « *dans un but autre que de partager des bénéfices* » (L. 1er juill. 1901, art. 1er; Ch. réun. 11 mars 1914, *D. P.* 1914, 1, 257; Req. 16 nov. 1936, *D. H.* 1937, 1; comp. Gaudemet, note *S.* 1913, 1, 481).
Comme on le voit, le point de vue auquel s'est placé le

législateur pour différencier les deux opérations est fort étroit : du moment que le groupement ne tend pas à la réalisation et au partage de bénéfices, il rentre dans le concept associationnel, *encore qu'il soit intervenu dans l'intérêt des participants* : il en va ainsi des *sociétés coopératives de consommation* (Civ. 4 août 1909, *D. P.* 1910, 1, 153, note L. Durand, *S.* 1910, 1, 393, note Wahl), des *cercles*, des sociétés de *chasse* (Crim. 3 janv. 1925, *D. P.* 1925, 1, 85, note Nast), des *sociétés de courses* (Req. 2 janv. 1894, *S.* 1894, 1, 129, *D. P.* 1894, 1, 81), des sociétés *d'obligataires* (Besançon, 11 déc. 1926, trib. civ. Seine, 19 janv. 1927, *D. P.* 1928, 2, 57, note Escarra) organisées, par un décret-loi du 30 octobre 1935, sous le nom de *masse des obligataires*; sans doute, on a pris l'habitude d'appliquer à ces groupements le nom de sociétés; mais leur nature juridique ne s'en trouve nullement influencée; ils se ramènent au concept associationnel, au même titre qu'un groupement d'anciens élèves d'un lycée ou d'une Faculté ou d'amis d'une Université [1].

On sait quels intérêts présente la distinction des sociétés et des associations : notamment, toutes les sociétés, ou peu s'en faut, sont douées de la personnalité juridique, au lieu que les associations sont soumises, à cet égard, à un régime encore assez restrictif (*sup.* t. I, nos 188 et suiv.) ;

1323. — 4° La société est animée de l'*affectio societatis*, de la volonté d'union, en dehors de laquelle elle est inconcevable; là où n'existe pas une telle volonté, jointe à la décision de participer aux risques de l'entreprise, il ne saurait y avoir société (V. Hamel, *L'affectio societatis*, *Rev. trim.* 1925, p. 761). C'est pourquoi :

a) La *participation aux bénéfices* ne rentre pas dans le cadre de la société; le bénéficiaire reste un ouvrier ou un employé pour qui le salaire constitue l'essentiel de la rémunération; il y a louage de services, contrat de travail, encore que le travailleur soit intéressé à la bonne marche de l'entreprise;

b) L'article 1855 proscrit la société dite *léonine*, laquelle serait contraire au *jus fraternitatis*, à l'*effectio societatis* (*inf.* n° 1333).

[1] M. Solus considère que la masse des obligataires constitue une entité *sui generis*, ni association ni société (*op. cit.*, n° 379). Il est à noter que la loi du 28 juin 1938 fixant *le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, semble s'écarter du critère classique lorsque, dans son article 1er, elle déclare que les sociétés qu'elle réglemente « *sont valablement constituées sous les différentes formes reconnues par la loi*, même si elles n'ont pas pour but de partager un bénéfice... ».

1324. II. **Différents types de sociétés.** — Les sociétés affectent des aspects très divers et nous devons nous contenter de procéder par voie de classification, en distinguant :

1° Les sociétés douées de la *personnalité* et celles qui en sont dépourvues;

2° Les sociétés *civiles* et les sociétés *commerciales*;

3° Les sociétés de *personnes* et les sociétés de *capitaux*;

4° Les sociétés *universelles* et les sociétés *particulières*.

1325. 1° **Sociétés douées de la personnalité et sociétés qui en sont dépourvues.** — Par suite des progrès réalisés par la notion de la personnalité morale, les deux termes de cette classification sont devenus fort inégaux; en effet, la Cour de cassation reconnaît, depuis 1891, que les sociétés civiles elles-mêmes sont douées de la personnalité (Req. 23 fév. 1891, *D. P.* 1891, 1, 337; S. 1892, 1, 73; V. *sup.*, t. I, n° 189); si bien que l'on ne trouve plus à citer, comme dépourvues de personnalité morale, que les sociétés dites *en participation*, lesquelles, à raison de leur caractère occulte, ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes et ne sont pas destinées à rayonner au dehors.

1326. Quelques conséquences de la personnalité des sociétés. — *a*) Les biens sociaux n'appartiennent pas aux associés, individuellement considérés, ils ne sont pas indivis entre eux, mais ils forment le patrimoine de cet être moral qu'est la société; d'où il ressort : 1° que les biens ne peuvent pas être saisis par les créanciers personnels des associés; 2° qu'aucune compensation n'est possible entre les dettes ou les créances de la société et celles des associés (*sup.* n° 939); 3° que les hypothèques générales établies sur les immeubles des associés ne grèvent point les biens sociaux; 4° que le droit des associés est *mobilier*, dans tous les cas, et alors même que l'actif social comprendrait des immeubles (art. 529, § 1; *sup.* t. I, n° 939);

b) La société peut ester en justice, représentée par ses gérants ou par ses administrateurs, et sans qu'on puisse objecter la règle que *nul en France ne plaide par procureur*; il ne sera donc pas nécessaire de faire figurer les noms de tous les associés dans les actes de la procédure;

c) La société peut acquérir, soit à titre onéreux, soit même, sauf controverse, à titre gratuit, et cela sans aucune autorisation administrative; seul, le principe de la spécialité serait susceptible de limiter, à ce point de vue comme à tous autres, sa capacité (*sup.*, t. I, n° 673);

1327. 2° **Sociétés civiles et sociétés commerciales.** — La distinction, moins capitale qu'autrefois et depuis que

la jurisprudence reconnaît la personnalité aux sociétés civiles elles-mêmes, présente encore un grand intérêt, le même qui s'attache à la différenciation des individus commerçants ou non commerçants : notamment, la *compétence* des tribunaux de commerce et le régime de la *faillite* sont réservés aux sociétés commerciales dont la constitution est d'ailleurs sujette à des règles de *publicité* particulières (*inf.* n° 1332).

Critère. — En principe, le critère est tiré de l'objet de la société qui est commerciale si elle a été constituée en vue de faire des opérations commerciales.

Mais ce critère est loin d'être constant; certaines sociétés bénéficient du statut commercial qui, cependant, ne se livrent pas à des opérations commerciales :

a) La loi du 1er août 1893 a décidé que les sociétés civiles « *sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce* », du moment qu'elles ont emprunté la forme commerciale; en pareille matière, la forme emporte le fond (L. 24 juill. 1867, art. 68, ajouté par l. 1er août 1893) ;

b) La loi du 9 septembre 1919 traite les *sociétés minières* comme sociétés commerciales (art. 5, d'après lequel *l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce* ») ;

c) La loi du 7 mars 1925 sur les *sociétés à responsabilité limitée* leur imprime invariablement le caractère commercial « *quel que soit leur objet* » (art. 3).

La commercialité gagne donc sans cesse du terrain au détriment du droit commun, c'est-à-dire du droit civil.

1328. 3° Sociétés de personnes et sociétés de capitaux. — Les sociétés de *personnes* sont formées *intuitu personæ*, entre personnes se connaissant, se faisant mutuellement confiance; ce peuvent être, soit des sociétés civiles, soit même des sociétés de commerce (en *nom collectif* ou en *commandite simple*) ; les parts des associés, qui s'appellent des *intérêts* (d'où le nom de *sociétés par intérêts*), sont intransmissibles; la société est dissoute, sauf clause contraire, par le décès d'un associé (art. 1865 - 3°). Enfin, en général, chacun des associés répond, sur ses biens personnels, du passif social.

Les sociétés de *capitaux* unissent les biens et les droits plutôt que les personnes elles ne supposent aucun rapport de confiance particulier entre ceux qui y adhèrent; ce sont des sociétés de commerce ou à forme commerciale (*commandites par actions*, sociétés *anonymes*) ; les parts des associés s'appellent des *actions* (d'où le nom de *sociétés par actions*) ; elles sont négociables, dans les termes prévus par

les statuts; le décès d'un associé est sans influence sur les destinées de la société; enfin, chaque associé ne répond du passif social que jusqu'à concurrence de son apport.

Il est à noter que les *sociétés à responsabilité limitée* occupent une position juridique intermédiaire entre celle des sociétés de personnes et celle des sociétés de capitaux : ce sont des sociétés de personnes en ce sens que les associés sont connus et que les actions ne sont pas négociables (art. 21 de la loi du 7 mars 1925) ; mais elles rentrent dans le compartiment des sociétés de capitaux en ce qu'aucun associé n'est tenu au delà de sa mise, en ce que les actions sont cessibles (dans les termes de l'art. 1690 C. civ; — art. 23 de la loi de 1925), enfin en ce que le décès de l'un des associés ne met pas fin à l'entreprise (sauf stipulation contraire des statuts; L. 7 mars 1925, art. 36; V. Pic et Baratin, *Des sociétés à responsabilité limitée*, 2e éd.).

1329. 4° Sociétés universelles et sociétés particulières. — Cette distinction, prévue dans l'article 1835, ne présente plus guère d'intérêt. On ne trouve guère d'application des sociétés universelles, sauf entre époux où la communauté universelle, d'un emploi fort rare, est gouvernée par des règles appropriées (art. 1526 et suiv.; *inf.* t. III, n° 454); hors de là, les sociétés sont toutes *particulières*; elles portent sur certains biens des associés.

D'ailleurs, la loi apporte des limites à l'universalité des sociétés, en décidant que les biens que les associés pourraient acquérir par succession, donation ou legs, n'entrent en société que pour la jouissance, c'est-à-dire quant à leurs revenus, mais non pour le capital lui-même (art. 1837, § 2) : la société dite universelle n'aspire donc pas totalement les biens des associés qui conservent les capitaux par eux acquis ultérieurement à titre gratuit.

§ II. — *CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS*

1330. Enumération. — Il y a lieu d'envisager l'*objet* de la société; la *forme* et la *preuve* du contrat; les *clauses* qu'il renferme; les *personnes* qui y participent.

1331. I. Objet de la société. — Cet objet doit être licite; de plus, il doit être susceptible d'être exploité en société.

1° L'objet doit être *licite*, au sens le plus large du mot, c'est-à-dire qu'il doit être à même d'entrer *in obligatione*; si le but poursuivi est d'exploiter un établissement de *jeux*

sans autorisation administrative, ou bien une maison de *prostitution*, ou bien s'il s'agit de pratiquer la *traite des nègres* ou *la traite des blanches*, la société sera radicalement nulle;

2° Il faut encore, et plus précisément, que l'objet soit susceptible d'être exploité en société, qu'il soit dans le commerce, par rapport à ce contrat. On sait que cette condition n'est point satisfaite par les *offices ministériels*, réserve faite des charges d'agents de change près des Bourses pourvues d'un parquet (C. com., art. 75, modif. par l. 2 juill. 1862). Les *avocats* ne peuvent pas s'associer, du moins dans la France continentale, pour l'exercice de leur profession, (v. cependant, Jean Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, 2e éd., n° 73 (ou 74); la question est discutée pour les *médecins* et pour les *pharmaciens*, mais la jurispudence la tranche dans le sens de l'interdiction (Paris, 15 mai 1922, *D. P.* 1922, 2, 78; 23 juill. 1930, *J. Soc.* 1931, 337).

1332. II. Forme et preuve du contrat. — Le contrat de société n'est soumis, *en droit civil*, à aucune forme particulière; théoriquement, il peut être conclu verbalement, sous cette réserve, qui est de droit commun, que la preuve par témoins n'est pas recevable au-dessus de cinq cents francs (art. 1834, § 1, modif. par l. 21 déc. 1930); inversement, et si un écrit a été rédigé, ainsi qu'il arrive toujours, la preuve testimoniale n'est point admise outre ni contre le contenu de l'acte, quand bien même l'objet de la société n'excèderait pas cinq cents francs (art. 1834, § 2; C. com. art. 41, modif. par l. 21 déc. 1930).

Le sociétés *civiles* doivent être déclarées à l'*enregistrement* dans le mois qui suit leur constitution (L. de finances, 13 juill. 1925, art. 62).

Pour les *sociétés de commerce*, la loi exige, dans tous les cas, la rédaction d'un écrit (C. com., art. 39, modif. par d.-l. 30 oct. 1935; dépôt de l'acte constitutif au greffe du tribunal de commerce et publication d'un extrait de cet acte dans un journal désigné pour recevoir les annonces légales), et certaines mesures de *publicité* (L. 24 juill 1867, art. 55 et suiv.; — l. 24 juill. 1867, art. 58 mod. par d.-l. 30 oct. 1935) qui ne sont d'ailleurs sanctionnées que par une nullité relative, insusceptible d'être opposée par les associés aux créanciers sociaux (Req. 27 avril 1931, *S.* 1931, 1, 247), plus généralement aux tiers (même texte).

1333. III. Clauses incluses dans le contrat. — La loi laisse aux parties une grande latitude pour l'élaboration de

l'acte de société; cependant, elle ne permet pas qu'il soit porté atteinte à l'*affectio societatis* par des clauses *léonines*, soit que l'un des associés dût recueillir la totalité des bénéfices, soit que l'un d'eux fût affranchi de toute contribution aux pertes; de telles clauses seraient frappées de nullité (art. 1855); et on doit décider qu'elles entraîneraient avec elles le contrat tout entier si elles avaient joué dans son aménagement un rôle déterminant. On peut donc ranger la société dans la catégorie des contrats qui répugnent à une inégalité excessive dans les prestations imposées aux parties, mais avec cette particularité que la *lésion* n'est prise en considération que si elle est intégrale et qu'elle est sanctionnée, au moins dans la terminologie de l'article 1855, non par la rescision, mais par la nullité, d'abord de la clause léonine, et en plus, s'il y a lieu, de la société elle-même.

1334. IV. **Personnes des participants.** — En principe, une société peut être formée entre toutes personnes capables ou habilitées dans les termes du droit commun. Cependant, la jurisprudence décide que la société formée *entre époux* est *nulle*; elle appuie cette solution sur ces trois idées, d'abord que la puissance maritale exclut l'égalité de droits qui doit exister entre associés, puis que les conventions matrimoniales ne doivent pas être modifiées au cours du mariage (art. 1395); enfin, la faculté laissée aux conjoints de s'associer entre eux leur permettrait de tourner aisément la règle de la révocabilité des donations entre époux (art. 1096), (*Sic*, Civ. 5 mai 1902, *D. P.* 1903, 1, 207; *S.* 1905, 1, 41, note Hémard; 23 janv. 1912, *D. P.* 1912, 1, 181, note Bouvier-Bangillon; Req. 1er fév. 1926, *D. H.* 1926, 114). La première justification a perdu sa valeur depuis que la loi du 18 février 1938 a conféré à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile et a supprimé — théoriquement — la puissance maritale; mais la deuxième et la troisième considérations ont conservé entièrement leur force. Cette jurisprudence est d'ailleurs critiquée par la plupart des auteurs qui font remarquer qu'elle institue une incapacité sans texte; mais elle est solidement établie dans la pratique au point de revêtir la valeur d'un règle de droit coutumier.

§ III. — *FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS*

1335. Enumération. — Le fonctionnement de la société implique : 1° une *gestion*; 2° la naissance de certains *engagements*; 3° le *partage* des bénéfices et des pertes

1336. I. **Gestion.** — Trois éventualités sont à prévoir :

1° Les statuts ont désigné un ou plusieurs gérants qui sont alors dits *statutaires*; ils ne peuvent être révoqués que pour *cause légitime* (art. 1856, § 2);

2° Un ou plusieurs gérants ont été nommés ultérieurement; ils peuvent être révoqués comme des mandataires ordinaires (art. 1856, § 2);

3° Il n'y a point de gérant du tout. En ce cas, les associés ont des pouvoirs égaux; ils administrent les uns pour les autres (art. 1859 - 1°); cependant, chacun d'eux peut s'opposer à une opération tant qu'elle n'est pas conclue (même texte).

Les *pouvoirs* des gérants sont fixés par les statuts ou par l'acte de leur nomination; sinon, on considère qu'ils ont reçu mandat pour tous actes utiles à la gestion de la société.

1337. II. **Engagements des associés.** — Distinguons les engagements entre associés et les engagements vis-à-vis des tiers.

1° Dans leurs *rapports intérieurs*, les associés sont débiteurs envers la société de tout ce que chacun d'eux avait promis d'y apporter (art. 1845, § 1);

a) Si l'apport a pour objet un *corps certain*, la société en devient aussitôt propriétaire, sauf, en matière immobilière et vis-à-vis des tiers, la nécessité d'effectuer la transcription, cela conformément au droit commun. Il y a lieu de noter, toujours conformément au droit commun, que l'associé apporteur est tenu à *garantie* envers la société (art. 1845, § 2);

b) Si c'est une *somme d'argent* qui est apportée, les intérêts courent, à la charge du débiteur, à dater du jour où le versement devait être opéré, et cela de plein droit, par dérogation à la règle de l'article 1153, § 3, sans qu'il soit besoin, pour la société, de faire sommation (art. 1846, § 1);

c) S'il s'agit d'un *apport en jouissance*, les choses demeurent aux risques de l'associé propriétaire, lorsqu'elles ne sont pas consomptibles (art. 1851, § 1); elles passent aux risques de la société si elles se consomment par le premier usage, ou si elles se détériorent à l'usage, ou si elles ont été destinées à être vendues, enfin si elles ont été estimées sur inventaire (art. 1851, § 2);

2° Les engagements des associés *envers les tiers*, sont régis par un statut qui est absolument périmé; le Code civil suppose, en effet, que l'engagement est pris envers un tiers par tous les associés conjointement, auquel cas il se divise également entre eux (art. 1863) ou qu'il émane d'un seul asso-

cié qui aurait agi spontanément; il ne lie alors que celui dont il émane, en principe tout au moins (art. 1862).

Ce sont là des hypothèses d'école; pratiquement, les engagements sont pris par des gérants, par des administrateurs qualifiés et mandatés; ils incombent donc à la société elle-même.

Mais il importe de relever que les associés ne sont point tenus solidairement, en principe, du passif social qui se divise entre eux par parts viriles, sauf clause contraire (art. 1862).

1338. III. **Partage des bénéfices et des pertes.** — Le partage s'efectue conformément à la convention qui a pu prévoir une répartition inégale, réserve faite des clauses léonines précédemment signalées et qui seraient nulles.

A supposer que la convention soit muette, la répartition aurait lieu proportionnellement aux mises (art. 1853, § 1); comme la proportionnalité est difficile à établir pour les apports en industrie, la loi décide que la part de l'apporteur sera alors égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (art. 1853, § 2).

§ IV. — *DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS*

1339. I. **Causes de dissolution.** — D'après l'article 1865, la société prend fin :

1° Par l'*expiration du temps* pour lequel elle avait été contractée;

2° Par la *perte totale* du fonds social; une perte *partielle* permettrait de provoquer la dissolution judiciaire de la société qui continuerait à subsister jusqu'au jugement;

3° Par la *consommation de la négociation*;

4° Par la *mort* de l'un des associés, sauf stipulation contraire (art. 1868);

5° Par l'*interdiction* de l'un des associés;

6° Par la *déconfiture*, la *faillite* ou la *liquidation judiciaire* de l'un d'eux (Req. 4 août 1880, *D. P.* 1881, 1, 464; Poitiers, 26 déc. 1892, *S.* 1894, 2, 297);

7° Par l'impossibilité où se trouve l'un des associés de réaliser son apport; son obligation étant éteinte par impossibilité d'exécution, les obligation des autres disparaissent également, en sorte que le contrat est dissous (art. 1867);

8° Par la *volonté* concurrente, unanime, des associés; ou bien même par la volonté *unilatérale* d'un seul d'entre eux, mais seulement si la durée de la société est *illimitée* (art. 1869), et à la condition que le désistement soit fait de bonne

foi et qu'il ne soit pas donné à contre-temps, sans quoi il demeure inopérant; l'*abus du droit* comporte ici une sanction en nature et d'ordre préventif (art. 1869 et 1870);

9° Dans les sociétés à durée limitée, la dissolution peut être prononcée par le tribunal, pour *justes motifs*, et la loi cite comme exemple, le cas où l'un des associés manque à ses engagements et celui où une infirmité habituelle le rend inapte aux affaires de la société.

1340. II. Effets de la dissolution. — La société dissoute, il faut la *liquider*; le *partage* a lieu comme s'il s'agissait d'une succession, en principe du moins (art. 1872).

Nous avons signalé déjà une jurisprudence d'après laquelle la personnalité morale survit à la société dissoute, au moins dans la mesure où l'exigent les opérations nécessitées pour la liquidation et pour les besoins de cette liquidation (Req. 27 juill. 1863, *D. P.* 1863, 1, 460; *sup.* t. I, n° 192).

LES CONTRATS DE PRÊT

1341. Distinction et définition. — Il y a deux sortes de prêt, déclare l'article 1874 : « *Celui des choses dont on peut user sans les détruire, et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait; la première espèce s'appelle* prêt à usage, *ou* commodat; *la deuxième s'appelle* prêt de consommation, *ou simplement* prêt ».

Ces définitions sont à peu près exactes; il convient seulement de les redresser en se rappelant que le caractère fongible et même aussi le caractère consomptible des choses dépendent en quelque mesure de la volonté des parties (*sup.* t. I, n^{os} 1324 et suiv.) : des pièces de monnaie peuvent être considérées comme non consomptibles et non fongibles si l'emprunteur doit les restituer dans leur identique individualité; elles font alors l'objet d'un commodat, encore que naturellement consomptibles; à l'inverse, un livre qui, par sa nature, n'est pas consomptibles, peut être l'objet d'un prêt de consommation s'il est entendu que l'emprunteur restituera, non l'exemplaire prêté, mais un volume identique. Et c'est bien là le véritable critère : il y a commodat si l'emprunteur doit rendre, dans leur identique individualité, les choses qui lui ont été livrées (art. 1875); il y a prêt de consommation s'il est seulement tenu de rendre des choses de même espèce, de même qualité et en même quantité (art. 1892); avec le commodat, le prêteur reste propriétaire; avec le prêt de consommation, il cesse de l'être; la première opé-

ration ne déplace que la détention; la deuxième est translative de propriété.

1342. Caractère commun aux deux sortes de prêt. — Le prêt, qu'il soit à usage ou bien de consommation, est traditionnellement considéré comme un contrat *réel*; il se forme par la remise de la chose prêtée (V. *sup.* n° 153).

En conséquence, il est *unilatéral*; du moment qu'il est formé, le prêteur n'a pas d'obligations à remplir puisque, par hypothèse, il a fait livraison des choses prêtées; seul, l'emprunteur est obligé. Toutefois, nous verrons et on sait déjà que le *commodat* rentre dans la catégorie des contrats dits *synallagmatiques imparfaits*, car des obligations peuvent naître *à son occasion*, à la charge du commodant.

CHAPITRE PREMIER

Le commodat ou prêt à usage

(Art. 1875 à 1891)

1343. Caractères. — Le commodat ou prêt à usage, qui peut porter sur « *tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage* » (art. 1878), donc sur les immeubles comme sur les meubles, sur les biens incorporels comme sur les choses, présente un certain nombre de caractères qui en assurent l'individualisation :

1° Il est un contrat *réel*;

2° Il ne déplace ni la *propriété*, ni même la possession, mais seulement la *détention*;

3° Il est essentiellement *gratuit*;

4° Il confère au commodataire l'usage de la chose avec obligation de la restituer dans son identique individualité.

1344. — 1° Le commodat est un contrat *réel*, qui n'est formé que lorsque le *commodant* — c'est-à-dire le prêteur — a remis la chose au *commodataire*, ou emprunteur. Jusque-là, il peut bien y avoir promesse de commodat, mais non commodat. La tradition peut d'ailleurs s'effectuer sous une forme effective ou feinte: le propriétaire convient avec le détenteur de la chose qu'il en aura désormais l'usage à titre de commodat.

Comme nous en avons fait la remarque, le caractère réel du commodat a pour conséquence sa nature *unilatérale*; on

ne voit pas à quoi le commodant pourrait être tenu du moment que la tradition a été par lui effectuée. Cependant, il n'est pas impossible que des obligations naissent après coup, à sa charge; seulement elles ne découleront pas du contrat lui-même, et c'est pourquoi celui-ci est qualifié de contrat *synallagmatique imparfait*. Ces obligations adventices sont au nombre de deux :

a) Le commodant doit rembourser au commodataire les dépenses par lui faites pour la *conservation* de la chose (art. 1890);

b) Il répond des défauts de la chose et des conséquences dommageables qu'ils ont eues pour l'emprunteur, du moins lorsqu'il en connaissait l'existence et qu'il n'en a pas avisé son cocontractant, c'est-à-dire, en somme, s'il a commis un dol ou une faute lourde (art. 1891);

1345. — 2° Le commodat ne déplace ni la propriété, ni même la possession, mais seulement la détention (art. 1877); le maître conserve donc la revendication ainsi que les actions possessoires, et c'est à son profit, s'il y a lieu, que l'usucapion continue à courir;

1346. — 3° Le commodat est *essentiellement gratuit* (art. 1876). — Il ne s'accommode donc d'aucune rémunération; il est réfractaire à l'immixtion du titre onéreux, absolument; sa gratuité est plus essentielle que celle de la donation même, laquelle peut être assortie de charges plus ou moins importantes, et n'en reste pas moins une donation; mais la stipulation d'un prix transforme nécessairement le commodat en un louage de choses.

Cette idée que le commodant fournit et que le commodataire reçoit un service gratuit a d'assez nombreuses conséquences :

a) Le commodat, c'est-à-dire le service gratuit, ne se présume pas; le prétendu commodataire doit, en cas de contestation, recourir au droit commun de la preuve pour établir que le propriétaire a agi d'une façon désintéressée à son endroit (Paris, 24 déc. 1912, *S.* 1914, 2, 140);

b) Si la chose était atteinte de certains vices non déclarés, le commodant ne répond que de son dol et de sa faute lourde (art. 1891; — V. une application intéressante, Req. 3 avril 1933, *S.* 1933, 1, 334; Riom, 9 nov. 1934, *S.* 1935, 2, 45);

c) Le commodant peut obtenir du juge la restitution de sa chose par anticipation, s'il lui en est survenu un besoin pressant et imprévu (art. 1889); solution dérogatoire au

droit commun, puisque, par hypothèse, le terme avait été apposé dans l'intérêt de l'emprunteur qui, seul, devrait donc être admis à y renoncer (*sup.* n° 724);

d) Si la chose périt en dehors du fait de commodataire, par cas de force majeure, celui-ci supporte le risque : 1° s'il lui était possible de garantir la chose en employant la sienne propre; 2° si, ne pouvant conserver les deux, il a préféré la sienne; c'est donc de l'altruisme qu'on exige de lui (art. 1882);

e) S'il a fait quelque dépense pour user de la chose, il n'a pas droit au remboursement (art. 1886);

f) Si plusieurs commodataires ont emprunté conjointement la même chose, ils sont *solidairement* responsables envers le prêteur; il y a alors solidarité *légale* (art. 1887).

Une autre conséquence semblerait devoir découler du caractère essentiellement gratuit du commodat : on serait tenté de considérer qu'il est conclu *intuitu personæ*, absolument. Cependant, les engagements qui découlent de ce contrat passent aux héritiers des deux parties, en principe (art. 1879, § 1), sauf si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, auquel cas ses héritiers ne sont pas admis à jouir de la chose prêtée (art. 1879, § 2);

1347. — 4° Le commodat confère au commodataire l'usage de la chose avec obligation de la restituer dans son identique individualité; bien que l'opinion contraire ait été défendue (Maxime Chauveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels*, n° 29, *Rev. crit.* 1931), ce droit d'usage ne suffit pas à postuler la réalité du droit du commodataire qui demeure un simple détenteur-créancier :

a) Les articles 1880 et suiv. déterminent les obligations de l'emprunteur qui doit se comporter en bon père de famille et ne se servir de la chose que d'après l'usage déterminé par sa nature ou par la convention. Les sanctions consistent normalement dans des dommages-intérêts (art. 1880); de plus, dans le cas particulier où l'emprunteur a employé la chose à un autre usage ou au delà du terme prévu, il supporte tous les risques (art. 1881), et il en va de même si la chose avait été estimée lors du prêt, sauf convention contraire (art. 1883). Tout au moins, le commodataire ne répond-il pas des détériorations dues à l'usage (art. 1884);

b) L'obligation de *restitution* est particulièrement impérieuse; elle est de l'essence même du commodat (Civ. 29 janv. 1877, *D. P.* 1877, 1, 280); elle ne s'éteint pas par le jeu de la compensation (art. 1885) et l'emprunteur ne sau-

rait donc émettre la prétention de garder la chose en compensation des sommes dont le commodant pourrait lui être redevable; il le pourrait d'autant moins qu'une somme d'argent ne se compense pas avec un corps certain (*sup.* n° 940). Mais il paraît certain que, conformément aux principes généraux, le commodataire, à qui des indemnités sont dues par le prêteur, aurait la faculté de retenir la chose jusqu'à ce qu'on lui offre le paiement; en effet, le droit de *rétention* existe du moment qu'il y a *debitum cum re junctum*, ce qui est précisément le cas (*Sic*, POTHIER, *Prêt à usage*, n° 82; *contra*, arrêt précité du 29 janv. 1877).

CHAPITRE II

Le prêt de consommation

LA RENTE CONSTITUÉE EN PERPÉTUEL

Articles 1892 et suivants.

1348. Généralités. — Le prêt de consommation — le *mutuum* du droit romain — porte sur des choses que les parties ont considérées comme consomptibles à la fois et fongibles : des denrées, de l'argent ou, plus généralement, une chose quelconque; dans cette combinaison, l'emprunteur restituera, non pas identiquement les choses reçues, mais des choses de même espèce et qualité, en même nombre (art. 1892) : c'est là la différence spécifique qui sépare le prêt de consommation du commodat.

En conséquence, le prêt devient, sous cette forme, *translatif de propriété* : l'emprunteur a, non pas seulement l'usage, mais bien la propriété et la possession des choses qui lui sont remises; il peut les consommer, et de là le nom de *prêt de consommation*.

1349. Obligations de l'emprunteur. — L'emprunteur doit restituer les choses prêtées, par exemple la somme d'argent, au jour convenu (art. 1902). Les articles 1900 et 1901 visent le cas où aucun terme précis n'aurait été prévu : nous renvoyons simplement à ces dispositions.

Si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de rendre des choses identiques à celles qu'il avait reçues, il doit en payer la valeur en argent (art. 1903).

A défaut par lui de s'acquitter de ses obligations, il est comptable de l'intérêt, calculé d'après le taux légal, mais

seulement du jour de la sommation ou de la demande en justice, conformément au droit commun (art. 1904).

1350. **Prêt d'argent.** — L'article 1895 spécifie que « *l'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement* ». Un exemple suffira à faire saisir le sens et la portée de cette disposition : le débiteur qui avait emprunté, en 1914, une somme d'argent, soit 20.000 francs remboursables après quinze ans, a pu se libérer en 1929 en remettant à son créancier vingt billets de mille francs, encore que, par suite de la dévaluation du franc (loi monétaire du 25 juin 1928), ces vingt billets n'en représentassent plus que quatre d'autrefois; la dépréciation de la monnaie n'entre donc pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'acquitter une dette issue d'un prêt d'argent, ce qui revient à dire que les *risques* de l'opération sont pour le créancier qui avait prêté *cinq* et envers qui le débiteur se libère en lui rendant *un*. Le législateur n'a pas voulu que la monnaie pût être traitée ainsi qu'une marchandise; il y a vu un étalon immuable et infaillible, se suffisant à lui-même et opérant dans l'absolu.

Cette conception est malheureusement démentie par les faits; comme toujours, la réalité est plus forte que la fiction, et, dans l'espèce, c'est le créancier qui fait tous les frais de ce divorce entre le droit et l'économie politique. Il en résulte une grave injustice et un bouleversement social; dans certains pays, on a résolu le problème en *revalorisant*, au moins partiellement, les créances.

1351. — Il va sans dire que l'article 1895 serait sans application possible si le montant du prix avait été stipulé remboursable en *francs-or*; une telle clause ne saurait avoir d'autre signification que le désir, chez les parties, d'échapper aux fluctuations de la monnaie; insérée sous un régime de cours légal, mais non pas de cours forcé, sa validité ne saurait, croyons-nous, être mise en doute (*sup.* n° 856). La règle inscrite dans l'article 1895 est interprétative de la volonté des parties; elle n'est point d'ordre public; seul, l'établissement d'un régime de cours forcé serait de nature à lui conférer, pour l'avenir, un tel caractère.

Pour le cas où le prêt a été fait en *lingots*, on en revient au droit commun : le débiteur doit restituer la quantité et la

qualité reçues, sans égard pour la somme représentée (art. 1896 et 1897).

1352. Prêt à intérêt. — Le prêt de consommation diffère encore du commodat en ce qu'il peut être indifféremment aménagé à titre gratuit ou à titre onéreux; le plus souvent, il présente ce dernier caractère : l'emprunteur doit servir au créancier un intérêt, mais il faut pour cela une stipulation expresse (art. 1905) et écrite (art. 1907, § 2). Nous nous sommes expliqué précédemment sur l'intérêt *conventionnel* (*sup.* n° 642), ainsi que sur l'intérêt *légal* (*sup.* n° 639); nous ne revenons pas sur les explications données à ce propos, en nous contentant de rappeler que nous vivons actuellement sous le régime provisoire, indéfiniment provisoire, de la liberté du taux conventionnel de l'intérêt (L. 18 avril 1918, *sup.* n° 642), mais sous la réserve du correctif apporté par le décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'usure*, qui frappe de sanctions civiles et pénales celui qui aurait consenti un prêt « *à un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques...* », une telle opération est considérée comme lésionnaire; la lésion d'oultre-moitié détermine la revision, le rajustement de l'opération. En Algérie, le taux de la lésion, pris en considération, a été abaissé par un décret-loi du 30 octobre 1935 à la proportion d'un tiers; du moment que la lésion subie par l'emprunteur dépasse ce taux, les sanctions édictées par le décret-loi du 8 août 1935, deviennent applicables (v. *sup.* n° 642).

1353. La constitution de rente. — Dans notre ancien droit, le prêt à intérêt était prohibé sous l'influence du droit canonique qui avait pris à son compte, à cet effet, une parole du Christ : « *Mutuum date, nihil inde sperantes* ». Cette prohibition était véritablement contre nature; elle fut transgressée obliquement au moyen de stratagèmes variés; on recourait, à cet effet, au *contrat pignoratif* (prêt revêtant l'aspect d'une vente à réméré, *sup.* n° 1156; *inf.* n° 1540), à la vente à réméré elle-même (*sup.* n° 1156), au contrat *mohatra* (achat au comptant à bas prix, accompagné d'une revente à terme, passée au prix fort), et aussi à la *constitution de rente*, c'est-à-dire au contrat par lequel une personne — le *crédirentier* — remet à une autre personne appelée *débirentier*, un capital en argent dont le remboursement ne pourra pas être exigé, et cela moyennant l'établissement

d'une rente dont les arrérages devront être servis dans les conditions arrêtées entre les parties.

1354. Nature juridique de la constitution de rente. — La constitution de rente présente une physionomie particulière, mais non entièrement originale; suivant les tendances législative et coutumière, elle s'apparente à la vente ou au prêt.

C'est dans la première direction que s'était aiguillé notre ancien droit, et nécessairement : ramener la constitution de rente au prêt eût été l'exposer à l'exclusive dont celui-ci était alors frappé. D'ailleurs, l'assimilation, ou du moins le rapprochement avec la vente se justifiait en quelque mesure par cette considération que le capital fourni pour le crédirentier était par lui définitivement aliéné, à la différence de celui qui est remis par le prêteur à l'emprunteur et qui est toujours sujet à restitution; à considérer les choses de très haut, le crédirentier vend un capital en recevant, en guise de prix, une rente.

De nos jours, il n'y a plus danger à apparenter la constitution de rente au prêt puisque cette dernière opération est licite; d'autre part, les arrérages d'une rente ressemblent singulièrement, par leur origine et par leur périodicité, aux intérêts d'une somme prêtée; aussi comprend-on que les rédacteurs du Code civil aient rapproché étroitement les deux opérations : c'est à propos et à la suite du prêt à intérêt qu'il est traité, dans le même chapitre (art. 1909 et suiv.) de la *rente constituée*.

1355. — On conclut de cette affinité entre les deux contrats :

1° Que les dispositions restrictives du taux de l'intérêt conventionnel sont applicables à la constitution de rente comme au prêt, du moins lorsque, comme nous le supposons ici, la rente est constituée en perpétuel;

2° Que la constitution de rente est, comme le prêt, un contrat *réel*, qui n'est conclu que par la remise du capital au débirentier (Paris, 11 avril 1899, *D. P.* 1902, 2, 373).

Mais le prêt et la rente sont gouvernés par des règles différentes en ce qui concerne la capitalisation des intérêts ou *anatocisme*; le régime institué à cet égard par le Code civil est plus restrictif pour le prêt que pour la rente (*sup.* n° 646 *quater*); cette différence de traitement s'explique par le caractère non exigible du capital aliéné par le crédirentier (*ibid.*), caractère auquel nous arrivons maintenant.

1356. Remboursement facultatif pour le débirentier et non exigible de la part du crédirentier. — 1° Le débirentier peut, à tout moment, se libérer du service de la rente en remboursant le capital au crédirentier; il procède ainsi au *rachat* de la rente (art. 1911 et 1912). Cette faculté de rachat est *essentielle* (art. 1911, § 1); les parties pourraient seulement la conditionner en convenant que le rachat ne sera pas effectué avant un certain délai, lequel ne saurait excéder *dix ans* (art. 1911, § 2);

2° Le crédirentier ne peut pas exiger le remboursement du capital par lui aliéné; il n'a pas le droit de contraindre le débirentier au rachat; ce caractère est également de l'essence du contrat (art. 1909, § 1).

1357. — Cependant, la loi prévoit, dans les articles 1912 et 1913, trois éventualités dans lesquelles le débirentier peut être contraint au rachat :

a) Le débiteur a cessé de remplir ses obligations — c'est-à-dire de servir les arrérages — pendant *deux années*. Il ne semble pas nécessaire — mais la question est discutée — que le retard porte sur deux années consécutives; l'article 1912 - 1° suppose, en termes généraux, que le débirentier a cessé de remplir ses devoirs pendant deux années, sans préciser davantage.

On explique cette disposition soit en faisant intervenir le principe de la résolution des contrats pour inexécution des obligations (art. 1184), soit, mais plus difficilement encore, en considérant que le débiteur en retard est déchu du terme; en réalité, il n'y avait pas de terme du tout puisque, normalement, le rachat ne pouvait être exigé à aucun moment. Comme, d'autre part, l'explication par le pacte commissoire se heurte au caractère unilatéral de la constitution de rente, contrat réel, il faut, à notre avis, renoncer à ramener la disposition de l'article 1912 - 1° à un principe général et considérer qu'elle établit, à l'encontre du débirentier inexact, une déchéance d'ordre spécial;

b) Le débiteur manque à fournir les *sûretés* promises (art. 1912 - 2°), ou encore il diminue celles qu'il avait déjà données (art. 1188);

c) Il tombe en faillite ou en déconfiture (art. 1913).

1358. Domaine d'application pratique de la rente constituée. — Les particuliers ne recourent guère, de nos jours, à la pratique des rentes constituées en perpétuel; du moment que le prêt est licite, ils préfèrent en user plutôt que de procéder à une aliénation définitive de leurs capitaux.

Seul, ou à peu près, l'Etat recourt à cette opération pour se procurer de l'argent : il est le crédirentier par excellence; en sorte que la constitution de rente perpétuelle est devenue un contrat du droit public; c'est une raison pour ne pas y insister davantage ici.

LE DÉPÔT

Articles 1915 à 1963.

1359. Définition et plan. — Le dépôt est « *un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* » (art. 1915). L'auteur du dépôt s'appelle le *déposant*; celui à qui la chose est confiée prend le nom de *dépositaire*.

Il existe diverses variétés de dépôt: nous étudierons d'abord le dépôt proprement dit, ou mieux le dépôt *ordinaire*; après quoi, nous envisagerons certaines formes spécialisées qui s'éloignent plus ou moins du contrat-type.

§ I. — *LE DÉPÔT ORDINAIRE*

1360. Plan. — Nous étudierons d'abord les *caractéristiques* du dépôt ordinaire; puis nous nous inquiéterons des *effets* qu'il produit et des *obligations* qu'il met à la charge des parties.

1361. I. Les caractéristiques du dépôt. — Nombreuses sont ces caractéristiques :

1° Le dépôt est un *contrat*, du moins le dépôt ordinaire, le seul que nous envisagions pour le moment; à cet égard, la définition de l'article 1915 qui emploie le mot « *acte* », manque de précision;

2° Il s'agit d'un contrat réel qui se forme par la remise de la chose au dépositaire (art. 1919); cette remise peut, si le dépositaire était déjà nanti de la chose à un autre titre, revêtir la forme d'une tradition *brevi manu* : c'est ce que l'article 1919 qualifie inexactement de « *tradition feinte* »;

3° Bien que réel, le dépôt implique, chez les parties, une volonté appropriée : il faut que le déposant entende faire et que le dépositaire sache recevoir la chose à titre de dépôt; c'est en ce sens qu'il est vrai de dire, avec l'article 1921, que « *le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit.* C'est pourquoi l'opération cesse d'être un dépôt, d'abord si elle ne révèle pas, chez le prétendu dépositaire,

l'intention d'assumer la garde de la chose (Paris, 5 avril 1930, *S.* 1931, 2, 237), puis lorsqu'elle se rattache étroitement à un *negotium* plus compréhensif dans lequel elle vient s'encadrer; c'est ainsi que la conservation de bagages ou de marchandises, *à l'arrivée*, fait partie intégrante du contrat de transport, lequel ne cesse qu'avec la livraison des colis (Civ. 18 avril 1901, *S.* 1901, 1, 292; 27 déc. 1905, *S.* 1906, 1, 286; 25 juill. 1923, *S.* 1924, 1, 215); ainsi, que les effets apportés par un domestique ne font nullement l'objet d'un dépôt dont le maître n'a pas entendu assumer distinctement la charge, mais qu'ils relèvent du contrat de travail (Civ. 4 fév. 1924, *D. P.* 1924, 182), au même titre que les vêtements ou les outils laissés sur le chantier par un ouvrier (Civ. 24 déc. 1924, *D. P.* 1925, 1, 16; Civ. 24 juill. 1929, *D. P.* 1929, 474; 9 déc. 1930, *D. H.* 1931, 35). Dans toutes ces éventualités, il n'y a pas dépôt, parce que la volonté de déposer ou de recevoir en dépôt n'existe pas principalement chez les parties;

1362. — 4° Le dépôt est présenté par le Code civil, dans l'article 1917, comme un contrat *essentiellement gratuit*. Et telle était bien la conception traditionnelle; dans notre ancien droit, comme en droit romain, le dépositaire rendait un service d'ami; mais, à l'époque moderne, on a vu surgir, à côté de ce dépôt « vieux style », le dépôt rémunéré, acte intéressé de part et d'autre, et, le plus souvent, acte professionnel chez le dépositaire qui s'apelle le magasin général, le garde-meuble, l'entrepreneur de transports, l'entrepreneur de spectacles, l'hôtelier — pour les bagages et effets du voyageur, — le banquier — pour les titres et objets précieux déposés dans ses coffres —, le garagiste, la compagnie internationale des wagons-lits, etc., toutes personnes qui ne se piquent en aucune façon de désintéressement et qui entendent obtenir la juste rémunération de leurs services. Ainsi s'est constitué un dépôt « modern style » qui diffère assez sensiblement de l'ancien type : le titre onéreux a eu raison du titre gratuit (V. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n^os^ 274 et suiv.).

Cette transformation a pu s'opérer sans que le législateur ait eu à intervenir; car, le Code civil, après avoir posé, dans l'article 1917, le principe de la gratuité du dépôt, sans y avoir d'ailleurs fait aucune allusion dans l'article 1915 qui contient la définition de ce contrat, prévoit, dans l'article 1928, que le dépositaire a stipulé un salaire, et il rend, dans l'article 1952, les hôteliers responsables, *comme*

dépositaires, des effets apportés par le voyageur, alors que ces commerçants accomplissent un acte professionnel et non désintéressé. Il résulte de ces textes que, bien qu'on l'ait nié, le *dépôt salarié* est encore un dépôt, et ne se ramène nullement à un louage de services (*Sic*, Bordeaux, 12 mai 1931, *S.* 1931, 2, 230; contra, COLIN et CAPITANT, t. II, n° 820).

1363. — Mais, si l'immixtion du titre onéreux laisse à l'opération sa nature de dépôt, elle en modifie en un certain sens la nature : d'un contrat, en principe unilatéral, ou, si l'on veut, synallagmatique imparfait, elle fait un contrat *parfaitement synallagmatique*, puisque le déposant assume des obligations envers le dépositaire, dès l'origine, et en vertu même de la convention; d'autre part, nous verrons que la *responsabilité* du dépositaire est plus sévèrement appréciée lorsqu'il fait payer ses services que s'il les rend gracieusement;

5° Le dépôt ordinaire ne peut porter que sur des *meubles* (art. 1918), et, plus précisément, sur des *meubles corporels*; on ne dépose pas des immeubles ni des biens immatériels;

6° En ce qui concerne la *preuve*, le droit commun s'applique purement et simplement : l'article 1923 rappelle que la preuve testimoniale n'est point reçue au-dessus de cinq cents francs (*sup.* n° 211, sauf, évidemment, en matière *commerciale*, Req. 30 oct. 1933, *D. H.* 1933, 553); l'article 1924 vise la preuve par l'*aveu* du dépositaire, aveu qui est indivisible, selon une règle bien connue (*sup.*, t. I, n° 179).

1364. II. **Effets produits par le dépôt; obligations qu'il engendre.** — Le dépôt met, en toute occurrence, des obligations à la charge du dépositaire; il arrive aussi qu'il en fasse naître, originairement ou occasionellement, à la charge du déposant.

1365. A. **Obligations du dépositaire.** — On découvre trois obligations :

1° *Le dépositaire doit veiller à la garde et à la conservation de la chose* (art. 1927 et suiv.). Le législateur précise en mesurant la diligence du dépositaire d'après celle qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927) : sa responsabilité est donc appréciée *in concreto*, et non pas abstraitement, eu égard à cet administrateur exemplaire qu'est le *bonus paterfamilias*; cette mesure de faveur se justifie par la considération que le dépositaire preste un bon office; c'est un service gracieux qu'il rend

au déposant. Aussi le Code civil en revient-il au critère du droit commun du moment que cete considération ne joue plus entièrement ou qu'elle se trouve neutralisée par une autre circonstance, soit que le dépositaire ait stipulé un salaire, soit que le dépôt ait eu lieu uniquement dans son intérêt, soit aussi qu'il se soit offert lui-même pour le recevoir : une telle initiative opère, à son désavantage, comme un déplacement partiel de la responsabilité; de plus, il va sans dire qu'un tel déplacement peut être réalisé par la convention des parties, la responsabilité contractuelle n'étant pas d'ordre public. Dans ces diverses éventualités, la responsabilité du dépositaire « *doit être apliquée avec plus de rigueur* » (art. 1928), ce qui revient à dire, semble-t-il, qu'en la thèse générale, on doit en revenir au critère de la faute légère appréciée *in abstracto*, conformément au droit commun et abstraction faite de la personnalité du dépositaire.

En tout cas, ce dernier ne répond pas des cas de force majeure, à moins qu'il n'eût été mis préalablement en demeure de restituer (art. 1929);

2° *Le dépositaire ne peut pas se servir de la chose déposée* (art. 1930). — Cette règle comporte un correctif qui est énoncé à sa suite : le déposant peut donner au dépositaire la permission de se servir du dépôt, et cette autorisation est *expresse* ou *présumée* (art. 1930); ce dernier mot ouvre la porte à bien des concessions; la permission sera volontiers présumée pour le dépôt portant sur des choses qui ne se détériorent pas par l'usage qu'on en fait.

Le dépositaire qui use irrégulièrement de la chose ne commet pas un vol, ni même un abus de confiance, mais seulement un *abus de dépôt* qui comporte, à titre de sanction, une condamnation à des dommages-intérêts; le cas serait plus grave s'il avait disposé de la chose, notamment en la vendant; il aurait alors commis un *abus de confiance* qui l'exposerait à des sanctions pénales (C. pén., art. 408 et 406).

Il est à noter que, d'après l'article 1931, le dépositaire ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été remises, lorsqu'elles lui ont été confiées, on le suppose, dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée;

3° *Le dépositaire doit restituer la chose.* — C'est un droit, pour le déposant, que de réclamer, à tout moment, la restitution de la chose; l'exercice de ce droit ne serait même pas tenu en échec par l'apposition d'un terme, prévu dans le contrat pour la restitution; en effet, dans la plupart des

cas, ce terme serait fixé dans l'intérêt du seul déposant qui serait donc qualifié pour y renoncer (*sup.* n° 724); il n'en irait autrement que si, d'aventure, le terme avait été apposé dans l'intérêt des deux parties, auquel cas la restitution anticipée ne pourrait avoir lieu que de leur mutuel consentement.

Dans certaines éventualités exceptionelles, le dépositaire pourrait se refuser à restituer la chose, notamment si une saisie-arrêt avait été pratiquée entre ses mains (art. 1944).

La restitution doit porter sur la chose même qui avait été déposée; c'est ainsi que le dépôt de sommes d'argent doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il avait été fait (art. 1932). Mais le dépositaire n'est pas responsable des détériorations qui ne sont pas survenues par son fait (art. 1933). Si la chose a péri par cas de force majeure, il est libéré, sauf pour lui l'obligation de rendre compte du prix qu'il aurait reçu à la place (art. 1934). Il faut signaler la disposition d'après laquelle l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix (art. 1935).

La restitution doit être faite au déposant ou à son représentant qualifié; si le déposant est décédé, la chose ne peut être rendue qu'à son héritier; s'il y a plusieurs héritiers, elle doit être restituée à chacun d'eux pour sa part et portion, à moins cependant qu'elle ne soit indivisible, auquel cas les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir (art. 1939). Pour le cas où le dépôt avait été consenti par une femme célibataire qui s'est ensuite mariée dans l'intervalle, voyez l'article 1940, modifié par la loi du 18 février 1938, article 1er.

1366. B. **Obligations du déposant.** — Le déposant peut être tenu d'obligations, de par le contrat lui-même qui devient alors vraiment synallagmatique : il en est ainsi lorsqu'un salaire est dû au dépositaire (*sup.* n° 1363).

En dehors de cette éventualité, d'ailleurs très pratique, ce sont seulement des obligations adventices qui peuvent naître, après coup, à la charge du déposant et à l'occasion de l'exécution du dépôt; il doit : 1. rembourser au dépositaire les dépenses que celui-ci a faites pour la conservation de la chose déposée; 2. l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées (art. 1947).

1367. Droit de rétention. — L'exécution de ces obligations, directes ou adventices, est garantie par le droit de

rétention que la loi accorde au dépositaire qui « *peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû...* ». Il y a, en effet, *debitum cum re junctum* : le droit de rétention trouve donc à s'employer dans les termes du droit commun (*inf.* n^os^ 1465 et suiv.). Si le dépositaire se dessaisissait de la chose, il aurait encore la ressource, du moins pour le remboursement des frais de *conservation*, d'invoquer le *privilège* institué par l'article 2102 — 3° (*inf.* n° 1618).

§ II. — *FORMES PARTICULIÈRES DE DÉPÔT*

1368. Enumération. — On rencontre, dans les textes du Code civil ou dans la pratique, diverses formes de dépôt soumises à des statuts particuliers : ce sont le dépôt *nécessaire*, le dépôt d'*hôtellerie*, le *séquestre*, enfin le dépôt *irrégulier*.

1369. I. Dépôt nécessaire. — Le dépôt nécessaire qui, s'oppose au dépôt volontaire, « *est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu* » (art. 1949) ; ou encore, suivant la formule adoptée par la Chambre des requêtes, c'est le dépôt auquel le déposant a été contraint « *par une nécessité pressante et pour soustraire la chose qui en est l'objet à une ruine imminente* » (Req. 17 juill. 1923, *D. P.*, 1923, 1, 203, *S.* 1924, 1, 184). C'est ainsi que présente un caractère nécessaire le dépôt d'un cheval effectué pendant la guerre, à la suite de l'évacuation par ordre d'une ville (même arrêt), mais non pas le fait, de la part d'un ouvrier, de laisser ses outils, son matériel et ses marchandises dans l'immeuble où il exécute les travaux qui lui ont été commandés, car il n'y a pas, en pareille éventualité, d'accident de force majeure (Civ. 24 juill. 1923, *D. P.* 1923, 1, 141).

1370. — L'intérêt de la distinction du dépôt nécessaire et du dépôt volontaire réside, non pas, comme on pourrait le croire, dans le dosage de la responsabilité du dépositaire, mais dans l'administration de la preuve : en effet, aux termes de l'article 1950, « *la preuve par témoins peut être reçue, pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cinq cents francs* ». Cette dérogation au droit commun de la preuve se justifie par les circonstances dans lesquelles le dépôt nécessaire a dû être effectué : le déposant n'a pas eu le temps de se ménager une preuve écrite; il y avait péril en la demeure (comp. art. 1348 - 2°). Ce der-

nier texte autorise d'ailleurs le juge à écarter la preuve testimoniale lorsqu'elle lui paraît suspecte; il l'incite, en effet, à tenir compte de la *qualité de personnes* et des *circonstances du fait*.

Sous le bénéfice de cette règle exceptionnelle, le dépôt nécessaire est traité comme un dépôt ordinaire (art. 1951).

1371. II. **Dépôt hôtelier.** — L'hôtelier et l'aubergiste sont traités par la loi ainsi que des dépositaires, en ce qui concerne les effets apportés par le voyageur qui loge chez eux (art. 1952) et dont le bagage se trouve soumis implicitement à leur garde.

Ces dépositaires d'un genre spécial présentent même cette triple caractéristique d'être des dépositaires *salariés*, *professionnels* et *nécessaires* (art. 1952). L'accumulation de ces particularités aggravantes détermine un alourdissement de la responsabilité qui se traduit par les solutions suivantes :

1° Dépositaire nécessaire (du moins aussi longtemps que le voyageur séjourne dans l'hôtel, Req. 26 nov. 1935, *S.* 1936, 1, 45), l'hôtelier ou l'aubergiste se voit appliquer la règle d'après laquelle la preuve par témoins est alors recevable même au delà des cinq cents francs (art. 1950 et 1952; 1348 - 2°), sauf au juge, d'après ce dernier texte, à tenir compte de la *qualité des personnes* et des *circonstances du fait*;

2° En tant que dépositaire salarié, l'hôtelier répond de sa faute légère et non pas seulement de celle qu'il ne commettrait pas dans la garde de ses propres biens. Il n'y a là que l'application pure et simple de la règle écrite dans l'article 1928 - 2°;

1372. — 3° Enfin, et surtout, parce qu'il est un *professionnel*, un chef d'établissement, l'hôtelier répond, non seulement de son fait personnel, mais encore du *fait d'autrui*, à savoir :

a) Du fait de ses domestiques et préposés, ce qui n'est que l'application de l'article 1384 (*sup.* n^os^ 507 et suiv.);

b) Du fait des *étrangers allant et venant dans l'hôtellerie* (art. 1953), donc du fait des voyageurs, fournisseurs, visiteurs, tiers, intrus quelconques. Ceci ne peut s'expliquer que par la notion du *risque professionnel*; l'hôtelier répond du cas *fortuit*, du dommage qui se produit à l'intérieur de l'entreprise, mais à l'exclusion de celui qui aurait une provenance externe, à l'exclusion du *cas de force majeure*; l'article 1954 décide, en effet, qu'il n'est pas responsable des *vols faits avec force armée ou autre force majeure* : nulle

part n'est mieux marquée l'opposition entre l'accident professionnel et l'événement extra-professionnel, entre le *cas fortuit*, de provenance interne, et le *cas de force majeure*, d'origine externe (*sup.* n^os^ 451 à 454, et 614).

1373. Limitation de responsabilité. — La responsabilité de plein droit de l'hôtelier, telle qu'elle vient d'être précisée, a paru, à l'expérience, trop lourde, au moins pour les objets précieux, pour ceux qui, sous un petit volume, représentent une valeur considérable : billets de banque, titres de bourse, bijoux; deux lois, du 18 avril 1889 et du 8 avril 1911 sont venues limiter, pour les objets de cette sorte, la responsabilité de l'hôtelier à la somme de *mille francs* (art. 1593, § 2).

Toutefois il y a lieu d'observer :

1° Que cette limitation n'affecte que la responsabilité de *plein droit*, à base de risque professionnel : la victime conserve la ressource d'obtenir une réparation intégrale à la condition d'établir une *faute précise* à la charge de l'hôtelier (Req. 8 mars 1926, *S.* 1926, 1, 53, *D. H.* 1926, 203, Paris, 5 fév. 1932, *D. H.* 1932, 224);

2° Que l'hôtelier répond, sans limitation de somme, des objets précieux qui ont été déposés *réellement* entre ses mains (art. 1953, § 2).

1374. Domaine d'application de la responsabilité de l'hôtelier.

1° L'article 1952 vise les *aubergistes* et *hôteliers*, à l'exclusion des cafetiers et des restaurateurs (trib. civ. Lyon, 11 mai 1900, *D. P.* 1904, 2, 327; 10 août 1903, *D. P.* 1904, 2, 469), et même de la *compagnie internationale des wagons-lits* que notre jurisprudence se refuse à assimiler à un hôtelier (Req. 3 fév. 1896, *S.* 1896, 1, 165; *D. P.* 1898, 1, 502; Paris, 6 déc. 1923, *D. P.* 1923, 2, 188; L. Josserand, *Les Transports*, n^os^ 931 et 964). Au contraire, *les logeurs en garnis* sont assimilés, en principe, aux hôteliers (trib. civ. Lyon, 24 mai 1899, *D. P.* 1899, 2, 443).

2° La responsabilité de plein droit n'existe qu'au profit des *voyageurs* (art. 1952); elle ne fonctionne pas en faveur de locataires au mois qui font dans l'établissement un séjour prolongé et qui ont toutes facilités pour se rendre compte des conditions de sécurité que leur offre le séjour de l'hôtel et pour prendre toutes dispositions en conséquence (Civ. 25 juin 1913, *D. P.* 1914, 441, 243; trib. civ. Seine, 29 oct. 1930, *S.* 1931, 2, 21);

3° La responsabilité de l'hôtelier entre en jeu pour les *effets du voyageur* (art. 1952). La jurisprudence interprète ce mot très extensivement, au point de lui faire englober, non seulement les bijoux (Req. 26 nov. 1935, *D. H.* 1936, 35), mais aussi les voitures et les chevaux, du moins, à condition que le propriétaire de ces effets soit vraiment descendu lui-même à l'hôtel (Bourges, 17 déc. 1877, *D. P.* 1878, 2, 39; Riom, 31 mars 1906, *D. P.* 1906, 5, 68).

1375. **Conventions des parties.** — La responsabilité de l'hôtelier peut être atténuée, mais non complètement écartée, par la convention des parties ou même par un avis apposé dans les locaux de l'hôtel; de toute façon, la responsabilité délictuelle de droit commun subsiste, car la jurisprudence lui reconnaît un caractère d'ordre public (*sup.* n° 473); il dépendra donc toujours du voyageur de la mettre en jeu en établissant, à la charge de l'hôtelier, une faute précise; seulement, le tribunal pourra tenir compte, dans sa décision, de cette circonstance que la victime de la perte ou du vol n'a pas donné suite à l'invitation qui lui était adressée de déposer au bureau de l'hôtel son argent et ses objets précieux; en cela, elle a pu commettre une imprudence qui sera de nature à alléger la responsabilité du défendeur.

1376. III. **Séquestre.** — Le *séquestre* est le dépôt d'une chose litigieuse efectué, par une ou par plusieurs personnes, entre les mains d'un tiers, jusqu'à l'issue de la contestation dont cette chose est l'objet (art. 1956). Le dépositaire prend alors, lui aussi et comme l'opération elle-même, le nom de séquestre.

Cette opération présente deux particularités dont la première seule est effective :

1° Elle peut porter sur des immeubles aussi bien que sur des meubles (art. 1959);

2° Le séquestre peut être rétribué (art. 1957); mais on sait que le dépôt ordinaire lui-même s'accommode d'une rémunération sans pour cela changer de nature, ou du moins sans passer dans une catégorie juridique différente (*sup.* n° 1362).

L'article 1958 décide que, lorsqu'il est gratuit, le séquestre conventionnel est soumis aux règles du dépôt proprement dit; s'il est rétribué, on lui applique la disposition aggravante de l'article 1928 - 2°.

1377. — Le séquestre peut être *conventionnel* ou *judiciaire*. L'article 1961 cite les cas dans lesquels le tribunal peut

ordonner le séquestre, sans d'ailleurs y être jamais obligé :

a) Pour les meubles saisis sur un débiteur;

b) Pour un bien, meuble ou immeuble, dont la propriété ou la possession est litigieuse entre plusieurs personnes;

c) Pour les choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

Le gardien a droit au salaire fixé par la loi (art. 1962, § 3); aussi doit-il apporter à la conservation des effets saisis les soins d'un bon père de famille (art. 1962, § 1).

1378. IV. **Dépôt irrégulier.** — Dans le dépôt irrégulier, auquel le Code civil ne consacre aucune disposition, le dépositaire s'engage à rendre, non pas les choses mêmes qu'il a reçues, dans leur identique individualité, mais des choses du même genre, en pareille quantité et qualité; il devient donc non pas seulement détenteur, mais bien propriétaire des effets qui lui ont été confiés, pratiquement de la somme d'argent qui lui a été remise; il est débiteur, non d'un corps certain, mais d'un genre; les risques sont pour lui.

Lorsqu'il porte sur une somme d'argent (*dépôt en banque*), le dépôt irrégulier ressemble beaucoup à un prêt d'argent, sous le bénéfice de cette particularité que le déposant peut réclamer la restitution à tout moment au lieu que le prêteur doit attendre le terme fixé par le contrat; mais il arrive que le dépôt soit lui-même remboursable, non pas *à vue*, mais à une échéance déterminée par les parties : trois mois, six mois, un an; la ligne de démarcation qui sépare les deux opérations, prêt et dépôt irrégulier, s'estompe alors tout à fait, d'autant plus que le banquier s'engage, à l'instar d'un emprunteur, à servir des intérêts; sauf que ceux-ci sont généralement inférieurs à ce qu'ils seraient dans un prêt, on n'arrive plus à distinguer, ni en droit, ni en fait, les deux opérations qui se perdent pour ainsi dire l'une dans l'autre, aux confins de leurs domaines respectifs (Req. 11 juin 1929, *S.* 1929, 1, 372).

1378*bis*. Contrat de coffre-fort. — On a tenté de ramener le contrat de coffre-fort au concept du dépôt, ou du moins à celui d'une opération innommée se rapprochant du dépôt (Glasson, Tissier et Morel, *Tr. pr. civ.*, 3e éd. t. IV, n° 1099; Solus, *Essai d'une justification de la saisie-arrêt des objets placés dans le coffre-fort d'une banque*, *Rev. crit.* 1937). Mais cette tentative, dont le but est de mettre à la disposition des créanciers du client de la banque la procédure de la saisie-arrêt, plus rapide et plus sûre que celle de

la saisie-exécution, se heurte à des objections qui nous paraissent décisives : on ne retrouve dans le contrat de coffre-fort ni la remise d'une chose à la banque qui ignore le nombre, la nature, la valeur des objets enfermés dans le coffre, et même si ces objets existent (art. 1919) ; ni l'obligation de restitution qui est de l'essence même de l'opération ; ni la volonté chez les parties, de réaliser un dépôt. En réalité, le client de la banque loue le coffre ; c'est un contrat de louage de choses qui intervient entre les parties et qui ne laisse donc aux créanciers du preneur que la ressource d'agir par voie de saisie-exécution ; la doctrine et la jurisprudence sont bien établies en ce sens (Valéry, *Traité de la location des coffres-forts*, n° 97 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.* 5e éd. par Amiaud, t. IV, n° 676c ; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de pr. civ.* 3e éd. Suppl. t. II, n° 307 *quinquies* ; J. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, n° 1027 — Montpellier, 19 mars 1901, *D. P.* 1902, 2, 25, note Valéry ; Paris, 12 fév. et 1er juill. 1903, *S.* 1905, 2, 27, note Wahl, Angers, 25 juin 1929, *S.* 1930, 2, 152), sans d'ailleurs, que la Cour de cassation ait eu l'occasion de prendre parti dans ce débat.

LES CONTRATS ALÉATOIRES

(Art. 1964 à 1983)

1379. Rappel ; énumération. — Nous avons précédemment défini les contrats *aéatoires* (*sup.* n° 30) ; nous n'y revenons pas.

L'article 1964, après avoir lui-même donné une définition, cite des exemples : l'*assurance*, le *prêt à la grosse aventure*, le *jeu*, le *pari*, le contrat de *rente viagère*. Bien d'autres contrats aléatoires existent qui ne sont pas compris dans cette liste énonciative, telles les ventes d'*usufruit* ou, à l'inverse, de *nue propriété*, ou la vente ferme d'une chose future (*emptio spei*), ou même la vente d'un immeuble consentie avec l'exclusion complète de toute garantie, aux périls et risques de l'acheteur (art. 1629).

De cette idée que les parties ou l'une d'elles ont voulu courir un risque, tenter la chance, il faut conclure, d'abord que tout contrat aléatoire est à titre onéreux (Colmar, 10 déc. 1929, *D. P.* 1930, 2, 81, note Nast), puis que ces opérations ne sont pas rescindables pour cause de *lésion* ; la lésion est de leur essence ; un joueur qui perd ne peut pas se dire lésé, du moment qu'on a observé la règle du jeu. Cependant, nous

avons vu qu'il ne convenait pas de pousser cette idée trop loin; encore faut-il que le contrat ne soit pas sûrement lésionnaire pour l'une des parties et quoi qu'il advienne : s'il en était autrement, et si, d'autre part, l'opération comportait par sa nature, ou à raison de la personnalité de l'une des parties, la rescision pour cause de lésion, elle serait soumise à cette cause de destruction. (V., pour la vente d'immeubles, *sup.* n° 1052; C. *libanais* des obligations, art. 214).

1380. Plan. — Nous étudierons :
1° Le *contrat d'assurance terrestre*;
2° Le *jeu* et le *pari*;
3° Le contrat constitutif de *rente viagère*.

I

LE CONTRAT D'ASSURANCE TERRESTRE

1380*a*. Sources. — Art. 1964; législation sur *les accidents du travail*; sur *les assurances sociales;* et surtout, L. 13 juillet 1930, *relative au contrat d'assurance;* pour le *contrôle* en matière d'assurance automobile, D.-L. 8 août 1935, 30 oct. 1935; pour *l'assurance obligatoire*, imposée aux entrepreneurs de transports automobiles, D. du 25 fév. et du 25 juil. 1935 pour le *contrôle* de l'Etat sur les *assurances de toute nature*, D.-L. 14 juin 1938.

Bibliographie contemporaine. — Maurice Picard et André Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. I, 1938; Hémard, *Traité théorique et pratique des assurances terrestres*, 3 vol. parus; Sumien, *Traité des assurances terrestres*, 3 vol. parus; H. Capitant, *La loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance*, *Rev. gén. ass. terr.* 1930, p. 739; Ancey et Sicot, *la loi sur le contrat d'assurance*, 2e éd., 1931; André Besson, *La conclusion du contrat d'assurance*, *Rev. gén. ass. terr.* 1933; *l'aliénation de la chose assurée*, même revue, 1934; E.-H. Perreau, *Règlementation légale impérative des assurances*, *Rev. trim.* 1934, p. 73. *Revue générale des assurances terrestres*, fondée et dirigée par Maurice Picard.

Plan. — 1° *Généralités*;
2° *Droit commun des assurances terrestres*;
3° *Différents types d'assurances terrestres*.

CHAPITRE PREMIER

Généralités

1380*b*. **Définition.** — L'assurance est un contrat par lequel *l'assureur* prend à sa charge, moyennant le versement par *l'assuré* de *primes* ou de *cotisations*, un *risque* dont la réalisation est envisagée par les parties, et dont l'assuré entend ne pas supporter à lui seul et personnellement l'incidence définitive.

De nos jours, avec le développement acquis par ce genre d'opérations, tous les risques licites sont susceptibles d'entrer dans la combinaison : risques d'*incendie* (assurance contre l'incendie) ; risques de *mer* (assurances maritimes) ; risques *agricoles* (assurance contre la grêle, contre la mortalité du bétail, etc.) ; risques d'*accidents* (assurances contre les accidents, notamment contre les accidents du travail) ; risques de *vol* (assurances contre le vol) ; risque de *mort* (assurance sur la vie, en cas de décès ou en cas de vie) ; risque de *responsabilité* (assurances de responsabilité) et jusqu'au risque de pluie, de mauvais temps.

Caractéristiques du contrat d'assurance. — Elles sont multiples, à raison de la complexité de l'opération qui sort du cadre contractuel traditionnel.

1° Le contrat d'assurance est *aléatoire*, précisément parce qu'il est destiné à couvrir un *risque*. Dans la plupart des types d'assurances, l'incertitude porte sur la réalisation même de l'événement envisagé, réalisation qui peut même être fort improbable (incendie d'une maison, vol) ; dans les assurances sur la vie, en cas de décès, l'incertitude ne concerne que la date de l'événement, le jour du décès, plus ou moins proche ou reculé. Mais, dans tous les cas, l'aléa existe; on ignore, lors de la signature du contrat, la mesure dans laquelle chacune des parties, notamment l'assuré, retirera un bénéfice de l'opération; aussi le code civil range-t-il le contrat d'assurance au nombre des contrats aléatoires (art. 1964) ;

2° Du moment qu'il est aléatoire, le contrat d'assurance est à *titre onéreux* : celui qui a couru un risque n'est jamais un ayant cause à titre gratuit (*sup.* n° 1379) ;

3° L'opération est nécessairement *synallagmatique*, chacune des parties assumant des obligations (acquittement des primes ou cotisations; versement éventuel de l'indemnité d'assurances) qui se servent réciproquement de cause;

4° L'assurance est un des rares contrats de *droit strict*, « de droit étroit » (Civ. 8 août 1876, *D. P.* 1877, 1, 109) qui existent de nos jours : d'une part, les clauses en comportent une interprétation rigoureuse (Civ. 19 oct. 1914, *D. P.* 1916, 1, 225, note L. S. 7 déc. 1931, *S.* 1932, 1, 52; 7 juill. 1936, *S.* 1936, 1, 327; 27 oct. 1936, *S.* 1937, 1, 12); d'autre part, ces clauses sont, en principe, impuissantes à écarter les prescriptions de la loi qui revêtent donc, en pareille matière, un caractère impératif (L. 13 juillet 1930, art. 2); on a noté que, sur les 86 articles que comporte cette dernière loi, 22 seulement ont un caractère interprétatif de la volonté des parties; tous les autres, soit les trois quarts, sont *impératifs* (E.-H. Perreau, art. précité, p. 74[1].

5° L'assurance est un contrat à *exécution successive* (*sup.* n° 33*bis*);

6° Elle est un *contrat d'adhésion* (V. *sup.* n[os] 32, 33, 400), dont le cliché est préparé par l'assureur, dans le cadre d'une réglementation légale et administrative de plus en plus serrée [2]; le client se borne à adhérer à la formule, à la prérédaction qui lui est offerte; sa liberté de détermination n'existe que sur le principe même de la tractation; il est libre, — et encore plus ou moins, — de s'assurer ou non; mais, s'assurant, il ne lui est pas loisible de discuter les conditions de l'opération. Il est donc à craindre qu'il ne soit opprimé par la contre-partie qui est une puissante compagnie d'assurances; ainsi s'expliquent de nombreuses prescriptions légales destinées à venir au secours de sa faiblesse;

7° L'assurance est un acte de *prévoyance* et de *solidarité*, ce qui explique et son prodigieux développement et les égards dont l'entourent, — au moins à l'époque actuelle, — la jurisprudence et le législateur;

8° Plus précisément, il faut voir dans l'assurance un procédé de *socialisation du risque* : grâce à elle, un risque, naturellement individuel, devient un risque collectif, au moins quant à son incidence définitive; les conséquences dommageables en sont diluées dans une fraction plus ou moins étendue de la communauté humaine. Le propriétaire qui n'avait pas contracté d'assurance contre l'incendie et dont la maison vient à brûler, se trouve ruiné, peut-être; mais

[1] Cependant, MM. Maurice Picard et Besson estiment que le contrat d'assurance exige une *exceptionnelle bonne foi*, qu'il n'est pas seulement *bonæ fidei*, mais *uberrimæ fidei* (*op. cit.*, t. I, n° 110).

[2] On a pu dire que le contenu de l'assurance est devenu « plus légal que contractuel» (M. Picard, *L'affaiblissement du contrat d'assurance*, dans le *Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. III, p. 159).

s'il avait eu la précaution de recourir à l'assurance, la perte serait répartie entre les dizaines de milliers d'autres propriétaires qui, de leur côté, constituaient la clientèle du même assureur : l'union et la solidarité font la force; grâce à l'assurance, c'est une multitude qui vient au secours de l'individu cependant désigné par le destin; « le fardeau de la responsabilité passe des faibles épaules de l'individu sur celles d'une collectivité » (Bruck, *Rev. gén. ass. terr.*, 1936, p. 10); l'incidence du dommage se trouve modifiée du tout au tout;par une transposition ingénieuse, le risque individuel est placé sur le plan collectif; et c'est l'assurance qui réalise cette transposition, par le simple jeu des primes ou des cotisations.

Comme on l'a dit, avec quelque exagération, elle élimine, ou elle tend à éliminer le hasard des entreprises humaines; et elle devient ainsi un *facteur de sécurité*.

Aux caractères qui viennent d'être tracés, on serait tenté d'en ajouter un autre, en affirmant que l'assurance est un *contrat d'indemnité*; mais cette conception, exacte pour la grande majorité des types d'assurances, ne le serait pas pour les assurances sur la vie, dans lesquelles l'étendue du risque est librement appréciée par les parties; notamment, en s'assurant pour le cas de vie, on n'entend pas obtenir l'indemnisation d'un dommage quelconque, et la preuve en est que le capital assuré pourrait être fixé aussi bien à un million qu'à un millier de francs.

L'assureur. — Il se présente normalement sous l'aspect *d'une compagnie d'assurances*, et ce groupement peut être, soit une *société d'assurances mutuelles*, soit une *compagnie d'assurances à primes fixes*.

1° Dans les *sociétés d'assurances mutuelles*, les intéressés s'unissent délibérément en vue de se garantir réciproquement contre la réalisation d'un risque déterminé qu'ils mettent en commun; chacun d'eux joue ouvertement le double rôle d'assuré et d'assureur; la direction est aux mains des clients eux-mêmes qui sont des associés et dont l'annuité, dénommée *cotisation*, est, théoriquement, *variable* d'année en année : elle sera ce qu'il faudra qu'elle soit pour couvrir le risque de l'année, et rien de plus; nul, dans ce groupement à caractère *civil*, ne recherche des bénéfices; on se borne à se prémunir contre une perte éventuelle;

2° Dans les *compagnies d'assurances à primes fixes*, cet élément associationnel ne se retrouve pas, ou du moins il n'est pas apparent : les assurés ne sont plus que des contrac-

tants, débiteurs d'une annuité fixe qui revêt ici le nom de *primes*, et créanciers éventuels de la compagnie si le risque prévu vient à se réaliser; ils ne sont pas des associés; ici, les associés sont des actionnaires distincts des assurés; ce sont eux, et non ces derniers, qui encaisseront, s'il y a lieu, les bénéfices réalisés par le groupement; car, dans ce genre de compagnie, il y a un capital à faire fructifier et à rémunérer, et l'entreprise qui est de nature *commerciale* poursuit la réalisation de bénéfices aux dépens de ses clients.

1380c. Développement des assurances. — Ce développement, au cours du dernier siècle et de nos jours encore, tient du prodige. Réserve faite de l'assurance contre les risques de mer, connue et pratiquée, sous des formes diverses, par les Romains eux-mêmes et à laquelle le Code civil de 1804 fait une brève allusion dans l'article 1964, notre opération date du XIX^e^ siècle; elle fut d'abord aménagée pour le risque d'incendie; puis, dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, on vit apparaître les *assurances sur la vie*, — depuis longtemps déjà pratiquées en Angleterre, mais condamnées en France, comme dangereuses et immorales : suivant les paroles de Portalis, dans l'*Exposé des motifs* du Code civil, « l'homme est hors de prix; sa vie ne saurait être un objet de commerce; sa mort ne peut devenir la matière d'une opération mercantile; ces espèces de pactes sur la vie ou sur la mort d'un homme sont odieux et ils peuvent n'être pas sans danger. La cupidité qui spécule sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abréger ». Les assurances sur la vie se trouvaient ainsi confondues, avec les pactes sur succession future, dans une même réprobation.

Elles ont pris une revanche éclatante, puisque les capitaux assurés sur la vie dépassaient, pour la France seule et dès avant la guerre, le total de treize milliards de francs-or : Michel Chevalier exaltait déjà ce genre d'opérations où il découvrait à juste titre « de la prévoyance à haute puissance » et l'on a pu dire que la pratique des assurances sur la vie est le meilleur thermomètre de la civilisation d'un pays ». (Wiegand.)

En même temps, on voyait se développer des assurances contre toutes sortes de risques : accidents, vol, grêle, mortalité du bétail, remboursement d'obligations au pair, responsabilité civile. Enfin, les *assurances sociales* sont venues donner un nouvel et important aliment à une institution dont les destinées contemporaines sont véritablement fabuleuses;

il n'est pas jusqu'au développement de la responsabilité qui n'en ait favorisé l'essor : plus notre responsabilité se propage et s'intensifie, et plus nous éprouvons la nécessité de nous mettre à l'abri de sa réalisation au moyen d'une assurance (*sup.* n° 477).

Législation. — Le législateur n'avait pas suivi le mouvement des institutions, des usages et des mœurs; le contrat d'assurance, qui n'avait été réglementé ni par le Code civil, ni par des lois postérieures, obéissait à un statut qui lui fut donné peu à peu par la pratique, par les clauses devenues de style dans les polices, par les usages qui s'établissaient dans les compagnies, sous le contrôle de l'interprétation des tribunaux, statut essentiellement *coutumier*, de source à la fois corporative et jurisprudentielle : la règle de droit se formait à l'intérieur de la profession avant de recevoir l'approbation, la sanction jurisprudentielle (*sup.*, t. I, n° 99), et elle s'y développait avec beaucoup de hardiesse, rompant avec des principes traditionnels qu'ellet faisait « voler en éclats » (Bruck, *Rev. gén. ass. terr.*, 1936, pp. 14 et s.); « le droit des assurances est parvenu à surmonter des obstacles séculaires et à atteindre les plus hautes cimes de l'évolution juridique » (*ibid.*); la règle corporative a préparé le droit jurisprudentiel qui a préparé lui-même le droit législatif : car, la loi du 13 juillet 1930 qui est enfin venue réglementer le contrat d'assurance, s'est contentée, sur beaucoup de points essentiels, de transformer en droit écrit le droit coutumier qui s'était formé progressivement depuis près d'un siècle: elle a fait œuvre de consolidation.

Cette loi n'a pas une portée absolument générale, il s'en faut: son article premier limite son domaine d'application aux assurances *terrestres*, à l'exclusion des assurances maritimes ou fluviales et des réassurances conclues entre assureurs et réassureurs; de plus, il maintient en vigueur et il réserve les dispositions antérieures relatives à certaines assurances, notamment pour le accidents du travail et pour les mutuelles agricoles ainsi que pour toutes les opérations qualifiées d'assurances-crédit.

Nous cantonnerons notre étude dans les limites mêmes qui sont ainsi tracées par la loi de 1930, laissant en dehors de nos explications toutes les assurances qui ressortissent à une branche déterminée du droit (assurances maritimes, assurances contre les accidents du travail, assurances sociales, etc...) et qui échappent, à ce titre, à l'emprise du droit civil proprement dit.

CHAPITRE II

Droit commun des assurances terrestres

1380*d*. Caractère impératif des dispositions de la loi de 1930. — Le droit commun des assurances terrestres, tel qu'il est contenu dans les articles 1 à 27 de la loi (titre 1er) présente cette particularité d'être un droit commun *impératif*, auquel il n'est pas loisible aux parties de déroger par la convention, sauf dans les prescriptions qui leur ouvrent une simple faculté (art. 2 de la loi); on a voulu ainsi protéger efficacement l'assuré contre l'assureur, en condamnant à l'avance des clauses draconiennes qui fussent devenues rapidement de style. Aussi doit-on décider que les prescriptions légales ne sont impératives qu'à l'encontre de l'assureur; c'est contre lui seul qu'est dirigée la pointe du principe; et les clauses qui dérogeraient à la réglementation légale dans un sens favorable à l'assuré, devraient être considérées comme valables, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires : il a été dit notamment que les pénalités prévues à l'encontre de l'assuré pourront toujours être atténuées par la convention. Le caractère impératif des prescriptions légales est donc *unilatéral* : il est établi en considération de la nature de l'assurance, contrat d'adhésion, et en faveur du contractant le plus faible que l'on veut protéger contre le plus puissant.

Plan. — 1° *Eléments de validité et preuve* du contrat d'assurance;
2° *Contenu* du contrat;
3° *Obligations* des parties;
4° *Prescription*;
5° *Comment l'assurance prend fin ou est suspendue* (nullité, résiliation, etc...);
6° *Compétence*.

§ I. — *ÉLÉMENTS DE VALIDITÉ ET PREUVE DU CONTRAT D'ASSURANCE*

1380*e*. Distinction. — Il convient de distinguer les conditions de *forme* et les conditions de *fond*.

I. **Conditions de forme.** — Le contrat d'assurance est rédigé par écrit, dans un document qui prend le nom de *police*. A notre avis et contrairement à l'opinion générale-

ment reçue (V. Maurice Picard et André Besson, *op. cit.*, t. I, n° 117), la rédaction de la *police d'assurance* est exigée, non seulement pour la preuve, mais pour la validité, pour l'existence même du contrat : elle a la valeur d'une véritable solennité et il convient de reproduire, en cette matière, l'adage traditionnel : *forma dat esse rei*. Cette solution, très généralement repoussée par les auteurs, est recommandée :

a) Par la formule impérative de l'art. 8 de la loi de 1930, qui exige un écrit, passé soit devant notaire, soit au seing privé;

b) Par le même texte qui n'admet de modification ou d'addition au contrat primitif que par le moyen d'un « *avenant signé des parties* » : la convention originaire et principale ne doit pas comporter un formalisme moindre que les actes modificatifs ultérieurs;

c) Par le désir du législateur de protéger l'assuré au moyen d'un certain dispositif : il faut que la police soit rédigée en *caractères apparents* (art. 8, § 1) voire en *caractères très apparents* pour ce qui est des clauses édictant des nullités ou des déchéances (art. 9, *in fine*). Il n'est pas admissible que ces prescriptions de la loi, dont le caractère impératif est manifeste, soient éludées aisément par la substitution de la forme orale à la forme écrite;

d) Par la minutie même avec laquelle le législateur de 1930 énumère les mentions qui doivent figurer dans l'*instrumentum* : noms et domiciles des parties; choses ou personne assurée; nature des risques garantis; moment à partir duquel le risque est garanti et durée de la garantie; montant de la garantie; prime ou cotisation (art. 9).

L'assurance est donc un contrat solennel : le même acte, la police, forme et prouve le contrat.

Cette police est datée du jour de la souscription (art. 9, § 1); elle peut être aménagée à personne dénommée, à ordre ou au porteur (art. 10, § 1) : la police à ordre se transmet par voie d'endossement, même en blanc (art. 10, § 2).

II. **Conditions de fond.** — Le contrat d'assurance intervient entre l'assureur et le souscripteur, celui-ci pouvant être représenté par un mandataire, général ou spécial, ou même par un gérant d'affaires, sauf ratification ultérieure de la part du maître (art. 6, § 1).

Le souscripteur n'est pas nécessairement le bénéficiaire de l'assurance qui peut être contractée au profit d'un tiers,

soit d'une personne déterminée, soit « *pour le compte de qui il appartiendra* » (art. 6, §§ 1 et 2) : on voit alors une stipulation pour autrui se greffer sur l'assurance (art. 6 § 3; *sup.* n° 274).

La *capacité* des parties contractantes est déterminée par le droit commun, étant entendu que l'assurance est considérée comme un acte d'administration *lato sensu* : un tuteur est donc qualifié pour assurer, sans autorisation, les biens qui appartiennent à son pupille (*sup.* t. I, n° 432).

Le contrat d'assurance implique, pour sa validité, comme les autres contrats, un *consentement* librement donné, exempt d'erreur, de dol et de violence; il ne comporte pas la rescision pour cause de lésion, d'abord parce que la lésion ne vicie pas les contrats en général, puis parce qu'il présente un caractère aléatoire et que les opérations ressortissant à cette catégorie répugnent en principe à la rescision (*sup.* n^{os} 1052 et 1379).

Comme tous autres contrats, l'assurance implique l'existence d'un *objet* licite et d'une *cause*. Il faut noter que l'objet du contrat lui-même se différencie des objets des obligations qui en découlent : tandis que l'opération a pour objet la couverture d'un risque, les obligations des parties ont pour objets, l'une, celle de l'assuré, une *prime* ou *cotisation*, l'autre, celle de l'assureur, le versement éventuel d'une somme d'argent, si le risque prévu vient à se réaliser. Il va sans dire que, sans un objet, l'obligation de l'assureur ne peut naître, ni subsister : c'est ainsi que, dans l'assurance des choses, la perte de la chose, si elle est antérieure au contrat, fait obstacle à sa formation, et, si elle intervient ultérieurement à raison d'un événement non prévu par la police, met fin à l'assurance (art. 39 et 35).

Quant à la *cause*, elle est donnée ici, comme dans tous contrats synallagmatiques, par la notion d'interdépendance des obligations issues de l'opération : les obligations de l'assureur et de l'assuré se servent réciproquement de cause; l'assuré s'engage à payer la prime parce que l'assureur promet de lui verser éventuellement une indemnité, et réciproquement.

§ II. — *CONTENU DU CONTRAT*

1380*f*. Stipulations obligatoires. — On doit trouver, dans la police, des renseignements et des précisions qui sont énumérées dans l'article 9, notamment quant à la nature du risque garanti et quant au montant tant de la prime ou

cotisation que de l'indemnité à laquelle aura droit l'assuré ou le tiers bénéficiaire en cas de résiliation du risque prévu. Il est seulement à noter, — et c'est un point sur lequel nous reviendrons, — que, dans les assurances de choses, on ne sait pas à l'avance à quelle somme exactement l'assuré aura droit, car l'indemnité est alors strictement limitée à l'étendue du dommage subi, étendue sur laquelle on ne sera fixé qu'au jour où jouera la police d'assurance (*inf.* n° 1380*n*).

Il est rappelé que les diverses clauses doivent être insérées en caractères *apparents* (art. 8, § 1), et même, pour celles qui édictent des nullités ou des déchéances, en caractères *très apparents* (art. 9 *in fine*), ceci afin d'éviter les surprises, toujours à redouter, pour l'assuré, dans un contrat d'adhésion à la préparation et à la rédaction duquel il n'a point collaboré (*sup.* n° 1380*b*).

Clauses prohibées. — En principe, sont prohibées les clauses qui prétendraient faire échec aux prescriptions de la loi de 1930 (art. 2) : nous en rencontrerons, chemin faisant, plusieurs exemples en matières de *déchéances* (art. 24), de *prescription* (art. 26), de délai pour l'acquittement des primes (art. 16 *in fine*) ou pour la déclaration de l'événement qui a réalisé le risque (art. 15).

§ III. — *OBLIGATIONS DES PARTIES*

1380*g*. I. **Obligations de l'assureur.** — Il y a lieu de déterminer :

1° Le *risque* couvert et les *dommages* dont répond l'assureur;

2° *L'étendue de son obligation;*

3° *Son mode de réalisation.*

A. **Risque couvert et dommages dont répond l'assureur.** — Normalement, l'assureur répond des *cas fortuits* (art. 12, § 1); et cette expression doit être entendue, à notre avis, dans le sens restrictif que nous lui avons assigné, par opposition au cas de force majeure, c'et-à-dire à l'événement extérieur au cercle contractuel, à la chose ou à la personne assurée (*sup.* n^{os} 451 et 614). C'est ainsi que, dans l'assurance contre l'incendie, sont exceptés de la garantie les sinistres causés par les éruptions de volcan, les séismes et autres cataclysmes (art. 45), et que, plus généralement, dans les assurances de choses, l'assureur ne répond pas des dom-

mages occasionnés par la guerre, civile ou étrangère, par des émeutes ou des mouvements populaires (art. 34, § 1).

En revanche, l'assurance englobe les dommages occasionnés par la *faute* de l'assuré, et même, — ce qui est une innovation, — par sa *faute lourde* : seule est exclue la *faute intentionnelle* ou *dolosive*, qui est réservée par l'art. 12, § 2, et nonobstant toute convention contraire : il serait dérisoire et immoral qu'un propriétaire pût demander une indemnité d'assurance après avoir mis volontairement le feu à sa maison.

Mais il en va autrement de la faute intentionnelle commise par les personnes dont l'assuré est civilement responsable aux termes de l'art. 1384, C. civ., tels ses domestiques : alors même que l'incendie aurait été volontairement allumé par ceux-ci, la police d'assurance jouerait pleinement (art. 13).

B. **Etendue de l'obligation de l'assureur.** — Il est évident que l'assureur ne saurait, en aucun cas, être tenu au-delà de la somme assurée (art. 14, § 2), laquelle représente, pour les prétentions du bénéficiaire, une limite infranchissable.

Mais ce n'est pas toujours que cette limite sera atteinte, et ici intervient la classification établie plus loin entre différentes catégories d'assurances :

a) Dans l'assurance de *personnes*, c'est la somme stipulée au contrat qui doit être versée par l'assureur (art. 54);

b) Mais, dans l'assurance de *choses*, qui est d'*ordre strictement indemnitaire*, c'est le dommage effectivement subi qui constitue, de même que la somme assurée, une limite qui ne saurait être dépassée; l'assuré ne doit pas pouvoir s'enrichir aux dépens de l'assureur, et sans cause (*inf.* n° 1380*n*);

c) Enfin, dans l'assurance de *responsabilité*, l'étendue de l'obligation de l'assureur est déterminée, en même temps que par la police, par l'étendue de la responsabilité de l'assuré : si un automobiliste s'est assuré contre les accidents qu'il pourra causer à autrui, et si, ayant renversé un piéton ou accroché une autre voiture, il est déclaré responsable jusqu'à concurrence de 10.000 francs, c'est pour cette somme (plus les dépens) que jouera la police d'assurance, et rien de plus, quand bien même la somme assurée s'élèverait à plusieurs centaines de milliers de francs (art. 50 et suiv.);

C. **Mode de réalisation de l'obligation de l'assureur.** — L'assureur doit verser la somme dont il est rede-

vable, dans le délai convenu; les intérêts moratoires courent, dans les termes du droit commun, conformément à l'art. 1153 (*sup.* n° 603 et suiv.); mais on ne saurait contraindre le débiteur à une satisfaction en nature, par exemple à reconstruire à ses frais la maison qui a été incendiée.

1380*h*. II. **Obligations de l'assuré.** — Elles sont au nombre de quatre.

A. **Première obligation.** — *L'assuré doit payer la prime ou cotisation aux époques convenues* (art. 15 - 1°) : ce paiement est *obligatoire* pour le souscripteur; contrairement à une opinion erronée, parfois consacrée par les tribunaux, c'est seulement dans les assurances sur la vie qu'il présente un caractère facultatif (Civ. 7 juill. 1936, *S.* 1936, 1, 325; 9 juill. 1936, *S.* 1936, 1, 301). Le *montant* de la prime a dû être fixé par la police (art. 9).

De même pour l'*époque* du paiement : pratiquement, la prime est payable d'avance; une clause de style conçue en ce sens et qui n'est nullement prohibée, se retrouve dans les polices. Le défaut de paiement au jour convenu n'entraîne d'ailleurs pas, et *ne peut jamais* entraîner de plein droit la résiliation du contrat; l'assureur a seulement la faculté de mettre l'assuré en demeure de payer, *par simple lettre recommandée* (ce qui est une dérogation au droit commun de l'art. 1153; *sup.* n° 618); vingt jours après cette mise en demeure, l'assurance est, non pas résiliée, mais simplement *suspendue*, pour reprendre ses effets, à midi, le lendemain du jour où la prime arriérée, et, s'il y a lieu, les frais ont été payés à l'assureur (art. 16). Mais, dix jours après l'expiration du délai de vingt jours, l'assureur a le droit de résilier la police ou d'en poursuivre l'exécution en justice; la résiliation s'effectue par simple lettre recommandée (art. 16, § 3).

Quant au lieu de *paiement*, la première prime est versée lors de la signature de la police; les primes suivantes sont payables au domicile de l'assuré; elles sont donc *quérables* mais sauf clause contraire (art. 16, § 1).

B. **Deuxième obligation.** — *Déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de l'assuré qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge* (art. 15 - 2°). Il importe, en effet, que l'assureur puisse se faire une opinion exacte du risque qu'il assume.

La réticence ou la déclaration inexacte comportent des sanctions très variables selon qu'elles sont intentionnelles ou non.

1° *Intentionnelles*, la réticence ou la fausse déclaration entraînent la nullité du contrat, du moins, lorsqu'elles ont changé l'objet du risque ou qu'elles en ont diminué l'opinion chez l'assureur, et cela alors même qu'elles auraient été sans influence sur le sinistre lui-même : de plus, les primes payées demeurent acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues, à titre de dommages-intérêts (art. 21) ;

2° Si l'assuré n'était pas de mauvaise foi— et cette hypothèse est considérée comme exacte jusqu'à preuve du contraire, — le contrat demeure valable, mais la réticence ou la déclaration inexactes n'en comportent pas moins certaines sanctions qui varient suivant la distinction suivante :

a) Si ces circonstances sont constatées avant le sinistre, l'assureur a le choix, ou de maintenir le contrat moyennant une augmentation de prime acceptée par l'assuré, ou de résilier l'assurance dix jours après notification adressée à l'assuré par lettre recommandée, mais à la condition de restituer la portion de prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus;

b) Si la constatation n'a lieu qu'après un sinistre, l'indemnité est réduite en proportion du taux des primes payées par rapport aux taux des primes qui auraient été dues au cas de déclaration complète et exacte (art. 22).

C. **Troisième obligation.** — *Déclarer, en cours de contrat, les circonstances spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver les risques* (art. 15 - 3°). Par exemple, l'assuré introduit, dans les locaux assurés contre l'incendie, des matières inflammables; ou c'est un voisin qui établit, à proximité de l'immeuble, un dépôt dangereux.

Si la déclaration est faite, l'assureur peut, soit résilier le contrat, soit proposer à son client un taux de prime plus élevé que par le passé. Au cas de non-déclaration, la sanction n'est pas établie par la loi; nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer les mêmes solutions, *mutatis mutandis*, que pour la règle précédente dont celle-ci n'est, en somme, que la continuation, le prolongement.

D. **Quatrième obligation.** — *Le client de l'assureur doit lui donner avis, dès qu'il en a connaisance, et au plus tard dans les cinq jours, de tout sinistre de nature à faire*

jouer l'assurance (art. 15 - 4°). Ce délai de cinq jours peut être prolongé par la convention, mais il ne saurait être réduit (même texte); de plus, il ne court pas contre « *l'assuré qui justifie*, — la charge de la preuve lui incombe à cet égard, — *qu'il a été mis, par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, dans l'impossibilité de faire sa déclaration dans le délai imparti* » (éloignement, maladie, ignorance du sinistre, etc...).

La loi n'attache pas de sanction à l'inobservation de cette quatrième obligation; par là même, elle s'en remet aux parties du soin de préciser, dans le contrat, ce qu'il adviendra si l'assuré ne fait pas la déclaration en temps voulu; pratiquement, la police édicte, en vue de cette éventualité, la déchéance de l'assuré, et cette clause est certainement demeurée valable, depuis comme avant la loi de 1930.

Remarque. — Dans son dernier alinéa, l'art. 15 spécifie que les obligations placées sous les numéros 1, 3 et 4 ne sont pas applicables aux assurances sur la vie, et que le délai de cinq jours pour faire la déclaration, est étranger aux assurances contre la grêle, la mortalité du bétail et le vol.

§ IV. — *PRESCRIPTION*

1380*i*. **Particularités.** — Dans les articles 25 à 27, la loi nouvelle organise un statut nettement dérogatoire au droit commun.

1° Le délai « *pour toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance* », est ramené à deux années, — au lieu des trente années du droit commun de la prescription;

2° Ce délai ne peut pas être abrégé par une clause de la police : on a voulu protéger l'assuré contre des clauses défavorables qui n'auraient pas manqué de devenir de style (comp. *sup.* n° 991); nous pensons que les clauses extensives sont à proscrire également, conformément à une directive générale (*sup.* n° 990);

3° Le délai a pour *point de départ*, en principe, l'événement qui a donné naissance à la créance : réalisation du risque, échéance de la prime; il arrive, cependant, que ce point de départ soit différé :

a) En cas de réticence, omission, déclaration fausse ou inexacte sur le risque couru, — jusqu'au jour où l'assureur a eu connaissance de ces circonstances;

b) En cas de sinistre, — jusqu'au jour où les intéressés

en ont été informés, du moins s'ils font la preuve de leur ignorance jusqu'à ce moment;

c) Lorsque l'action de l'assuré contre l'assureur procède du recours d'un tiers, — jusqu'au jour où ce tiers a exercé une action en justice contre l'assuré ou a été indemnisé par lui;

4° On applique à notre prescription les causes d'*interruption* du droit commun (*sup.* n° 985), mais en y ajoutant :

a) Pour l'action en paiement de l'indemnité, la désignation d'experts à la suite du sinistre;

b) Pour l'action en paiement de la prime, l'envoi d'une lettre recommandée adressée par l'assureur à l'assuré (art. 27).

Il faut ajouter que, conformément au droit commun (*sup.* n° 989), la prescription de deux ans court même contre les mineurs, les interdits et tous incapables (art. 27, § 1 de la loi).

§ V. — *COMMENT L'ASSURANCE PREND FIN OU EST SUSPENDUE*

1380*j*. Extinction normale. — La loi prévoit différentes éventualités de nature à mettre fin à l'assurance ou à en paralyser momentanément les effets : normalement, celle-ci s'éteint par l'arrivée du *terme* fixé dans la police en *caractères très apparents* (art. 5, § 3). A l'expiration du délai prévu, le contrat peut se prolonger par *tacite reconduction*, mais pour une durée qui ne saurait être supérieure à une année (art. 5, § 4).

Causes d'extinction ou de paralysie exceptionnelles. — Il y a lieu de prévoir la *perte* totale de la chose, la *résiliation*, la *suspension* ou la *nullité* du *contrat*, ainsi que la *déchéance* encourue par l'assuré.

1° *La résiliation* qui, on le sait, agit sans rétroactivité (*sup.* n° 394), peut intervenir dans deux ordres de circonstances très différents :

a) Comme sanction des obligations incombant aux parties et conformément au droit commun de l'art. 1184, C. civ., mais avec cette particularité que le contrat est dissous sans rétroactivité, pour l'avenir seulement, comme dans tous les contrats à exécution successive (*sup.* n° 1238; art. 17 et 18 de la loi);

b) La loi prévoit des cas particuliers de résiliation :

1. Si l'assurance a été conclue pour une longue période,

chacune des parties a la faculté de se retirer tous les dix ans en prévenant l'autre au moins six mois à l'avance (art. 5, § 1);

2. Au cas de *faillite* ou de *liquidation judiciaire* de l'assuré, la résiliation de la police *peut être* demandée tant par les créanciers de la masse que par l'assureur (art. 18, § 1); quant à la faillite de l'assureur, elle détermine obligatoirement la dissolution du contrat (art. 18, § 2);

2° La *suspension*. Elle se borne à paralyser momentanément le contrat qui reprendra sa vigueur aussitôt que l'obstacle aura disparu; elle intervient au cas de retard dans le paiement de la prime (art. 16, § 2; *sup.* n° 1380*h*);

3° A la différence des causes de résiliation ou de suspension, les causes de *nullité* sont contemporaines du contrat, et c'est pourquoi elles en font table rase rétroactivement.

La nullité est *relative* lorsqu'elle dérive d'un vice de consentement ou de l'incapacité de l'une des parties; elle est *absolue* si elle sanctionne une règle impérative (V. l'article 39, § 2).

A un autre point de vue, la nullité est totale ou partielle : *totale*, si elle s'attaque au contrat tout entier (V. le même texte); *partielle*, si elle n'intéresse qu'une clause spéciale, par exemple une clause abréviative du délai de la prescription (art. 26);

4° L'assuré encourt la *déchéance*, c'est-à-dire la privation du droit à l'indemnité, s'il n'a pas déclaré le sinistre dans le délai qui lui était imparti par la police ou par la loi, à supposer du moins que ladite déchéance ait été stipulée dans le contrat (*sup.* n° 1380*h*). L'assurance demeure d'ailleurs en vigueur malgré la déchéance dont les effets sont limités au passé.

En résumé : la nullité fait disparaître absolument l'assurance, *ex tunc*; la *résiliation* ne produit d'effets que pour l'avenir, tandis que ceux de la *déchéance* sont limités au passé, et que ceux de la *suspension* n'intéressent que le présent.

§ VI. — *LA COMPÉTENCE*

1380*k*. Distinction. — La loi de 1930 est muette sur la compétence d'*attribution* (*ratione materiae*) : on doit en conclure que les principes généraux conservent tout leur empire et qu'il y aura donc lieu de prendre en considération la personnalité de l'assureur qui, suivant les cas, a la position juridique d'un commerçant (compagnies à primes fixes) ou d'une société civile (compagnies mutuelles).

Au contraire, la compétence *territoriale* (*ratione personae vel loci*) est réglementée dans l'art. 3 de la loi du 13 juillet 1930; ce texte reproduit, en les modifiant, les dispositions contenues dans la loi du 2 janvier 1902 dont l'abrogation est expressément formulée par l'art. 86.

Principe. — L'art. 3 attribue compétence territoriale au tribunal du domicile de l'assuré; et c'est une dérogation au droit commun, à la règle *actor sequitur forum rei*, dérogation motivée par le désir de favoriser l'assuré qui n'aura pas à se déplacer pour engager ou pour soutenir l'instance.

Le principe est général, en ce sens qu'il s'applique aussi bien lorsque l'action est intentée par l'assuré que si elle est formée contre lui.

Mais son domaine n'est pas aussi vaste qu'on pourrait le croire tout d'abord; des limitations doivent y être apportées qui résultent, directement ou indirectement, de la loi de 1930.

1° Pour les assurances des risques concernant des immeubles par nature ou des meubles par nature, la compétence est dévolue au tribunal de la situation des objets assurés, mieux placé que tout autre pour apprécier les faits (art. 3, § 1);

2° Pour les assurances contre les accidents, quelle qu'en soit la nature, on ouvre à l'assuré une option entre le tribunal de son domicile et celui du lieu où s'est produit le fait dommageable (art. 3, § 2) : une concordance, non pas complète mais approximative, est ainsi établie, dans cet ordre d'idées, entre la compétence en matière d'assurance et celle qui est aménagée en matière de responsabilité (L. 26 nov. 1923; *sup.* n° 465).

Même si l'on fait abstraction de ces deux importantes dérogations, on doit remarquer que la teneur de l'art. 3 ne se prête pas à une application vraiment générale;

3° Car le texte vise, non pas tous les procès, mais seulement « *les instances relatives à la fixation et au règlement des indemnités dues...* » (art. 3 *in limine*); à cet égard, la formule de la loi de 1930 est beaucoup plus étroite que celle de la loi de 1902 [1]; et l'on en conclut ordinairement que, malgré la généralité de la formule abrogatoire de

[1] A vrai dire, la formule restrictive se trouvait déjà dans la loi de 1902 à laquelle elle a été empruntée ; mais elle ne concernait que les assurances pour accidents causés à des personnes ou à des animaux, tandis que le législateur de 1930 place sous son commandement tout le système qu'il institue.

l'art. 86 de la première de ces lois, le régime institué par la seconde demeure en vigueur dans la mesure où il n'est pas effectivement modifié par la législation postérieure : en d'autres termes, on applique ici les règles de l'abrogation tacite, laquelle n'agit que dans la mesure de la contrariété des deux lois intéressées (*sup.*. t. I, n° 76), et non celles de l'abrogation expresse. La loi de 1902 continue donc à déterminer la compétence pour les instances étrangères à la fixation et au règlement des indemnités, par exemple à celles qui concernent l'acquittement de la prime (*Sic*, CAPITANT, *op. cit.* n° 96; ANCEY et SICOT, *op. cit.*);

4° Il faut observer encore que la loi de 1930, — comme d'ailleurs celle de 1902, — suppose que l'instance met aux prises l'assureur et l'assuré : si c'est un tiers, par exemple la victime d'un accident de locomotion, qui engage le procès contre l'assureur, nous pensons qu'il est loisible de saisir le tribunal du domicile du défenseur, conformément au droit commun; mais la jurisprudence est en sens contraire et donne, de la disposition de l'article 3, une interprétation élargie. (*Inf.* n° 1380*v*; L. JOSSERAND, note *D. P.* 1930, 2, 2, col. 2)

Remarque. — Les règles de compétence qui sont contenues dans les lois de 1902 et de 1930 ont un caractère impératif; il ne saurait y être dérogé par la convention des parties; on a voulu protéger l'assuré contre l'insertion de clauses qui, lui étant défavorables, seraient devenues de style (L. 2 janvier 1902, art. 2; L. 13 juillet 1930, art. 2).

CHAPITRE III

Différents types d'assurances terrestres

1380*l*. Classification. — La loi de 1930 se contente d'opposer les *asurances de dommages* (titre II) *aux assurances de personnes* (titre III), en faisant rentrer dans le premier groupe les *assurances de responsabilité*.

Cette méthode est critiquable.

1° Les assurances de personnes peuvent être en même temps, et sont très fréquemment, des assurances de dommages; exemple : une assurance contre les accidents de locomotion;

2° L'assurance de responsabilité, qui présente une physionomie particulière, peut être aussi bien une assurance de

personnes qu'une assurance de choses : l'automobiliste qui veut se garantir contre les actions en responsabilité auxquelles il s'expose éventuellement, envisage les accidents de personnes tout comme les dégâts matériels qu'il pourra causer.

Il convient donc de substituer à la division bipartite de la loi une classification tripartite et d'étudier successivement :

1° Les assurances de *choses;*
2° Les assurances de *personnes;*
3° Les assurances de *responsabilité* [1].

§ I. — *LES ASSURANCES DE CHOSES*

1380*m*. Eliminations et plan. — Il ne sera pas question, dans ce traité de droit civil, des différentes assurances de choses — assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, contre le vol, etc... —, mais seulement des principes généraux qui régissent la matière, tels qu'ils sont posés dans la section I du titre II de la loi de 1930 (art. 28 à 39).

Nous envisagerons :

1° La *nature* de l'opération;
2° Les objets du contrat et des obligations qui en naissent;
3° L'*indemnité* dont le versement incombe à l'assureur lors de la réalisation du risque.

I. **Nature de l'opération.** — Elle est très exactement énoncée dans l'art. 28, § I qui définit l'assurance de choses « *un contrat d'indemnité* ». Ce principe traditionnel est de l'essence même de l'opération qui a pour but de réparer le dommage causé par le sinistre, sans que l'assuré puisse en aucun cas, sous aucun prétexte, réaliser un gain en recevant une indemnité supérieure à la perte qu'il a faite (Civ. 12 fév. 1913, *D. P.* 1914, 1, 137).

Ce n'est d'ailleurs pas à dire que l'indemnité sera toujours égale à la perte : elle pourra lui être inférieure, car l'assurance n'est pas nécessairement totale; elle peut fort bien n'être que partielle; mais le montant du dommage représente un maximum absolument infranchissable : il ne faut pas que l'assuré soit tenté de déclencher le sinistre, par exemple de mettre le feu à sa maison, dans le but de s'enrichir; dans les conjonctures les plus favorables, l'opéra-

[1] Cette division tripartite est rejetée par MM. Picard et Besson (*op. cit.*, t. I, n° 4) qui se contentent d'ailleurs d'affirmer que la classification bipartite « apparaît préférable ».

tion ne sera jamais pour lui qu'une opération blanche, sans bénéfice possible.

II. **Objets du contrat et des obligations qui en naissent.** — Le contrat tend à la couverture d'un *risque* dont la nature doit être précisée dans la police (art. 9; *sup.* n° 1380*e*); en principe, les cas de *force majeure* sont exclus (art. 34; *sup.* n° 1380*g*); mais une clause du contrat peut les faire rentrer dans le cercle des risques couverts par l'assureur (même texte). En l'absence de cette clause et alors que de tels risques sont exclus de l'opération, c'est, en principe, à l'assureur qu'il incombe de prouver que le sinistre procède d'une cause exonératoire pour lui : guerre civile, émeute, etc...; il en va cependant autrement lorsque le dommage se produit au cours d'une *guerre étrangère*; il appartient alors à l'assuré d'établir qu'il provient d'une cause autre que le fait de guerre (même texte).

Ce sont toutes les choses qui peuvent faire l'objet d'une assurance de dommages, et de la part de toute personne ayant un intérêt à leur conservation : propriétaire, usufruitier, gardien, commodataire, preneur, créancier hypothécaire, etc... (art. 32, § 1) : « *tout intérêt direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque peut faire l'objet d'une assurance* ». (Art. 32, § 2.)

La *prime*, objet de l'obligation de l'assuré, est, elle aussi, déterminée dans la police (art. 9; *sup.* n° 1380*e*); elle n'appelle pas d'observations spéciales.

Mais il en va autrement de *l'indemnité*, rendue exigible par la réalisation du risque et qui soulève des problèmes nombreux, essentiels et souvent délicats.

1380*n*. III. **Indemnité d'assurance.** — Il faut préciser : 1° son *montant*; 2° sa *nature*; 3° son *affectation*; 4° le *recours* de l'assureur contre l'auteur responsable du sinistre.

A. *Montant de l'indemnité.* — La détermination du chiffre de l'indemnité est commandée par ce principe qu'il ne saurait excéder, ni la somme pour laquelle l'assurance a été conclue, car la convention fait la loi des parties, ni le dommage effectivement subi par l'assuré, puisque l'assurance est un « *contrat d'indemnité* » (art. 28, § I) qui ne saurait, sous aucun prétexte, devenir une cause de gain pour l'assuré. De ces deux maxima, c'est le moins élevé qui, en toute occurrence, devra être pris en considération et servir de limite précise et infranchissable pour la détermination de l'indemnité.

Le deuxième critère — importance du dommage éprouvé

— n'appelle qu'une observation : c'est *au moment du sinistre*, par exemple de l'incendie, de la grêle, qu'il convient de se placer pour évaluer la chose assurée, et non pas au jour de la signature de la police (art. 28, § 1).

Le premier critère — la somme pour laquelle l'assurance a été établie — soulève plus de difficultés : rarement, le chiffre prévu se trouvera de coïncider avec le montant du dommage effectivement subi; il faut donc rechercher les conséquences tant d'une prévision trop forte (surestimation), que d'une prévision insuffisante (sous-estimation).

1° *Surestimation (surassurance)*. — Une maison qui vaut 200.000 francs a été assurée pour 300.000 : le sinistre venant à se réaliser, quelles seront les conséquences de cette évaluation trop optimiste?

L'art. 29 distingue selon qu'il y a eu ou non *dol ou fraude* de la part de l'une des parties.

a) En cas de dol ou de fraude, l'autre partie peut demander la nullité du contrat, avec, s'il y a lieu, des dommages et intérêts;

b) En l'absence de dol ou de fraude, le contrat est valable, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur réelle des objets assurés. En conséquence, l'assureur n'a pas droit aux primes pour l'excédent; il conserve seulement les primes échues, lesquelles lui restent définitivement acquises, ainsi que la prime de l'année courante lorsqu'elle est payable à terme échu (art. 29, § 2).

2° *Sous-estimation*. — L'assurance peut être contractée pour une somme inférieure à la valeur de la chose, et cela de propos délibéré, ouvertement; l'art. 28, § 2, prévoit qu'il soit stipulé « *que l'assuré restera obligatoirement son propre assureur pour une somme ou une quotité déterminée, ou qu'il supportera une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre* ». Une stipulation de ce genre est une garantie de la prudence et de la vigilance de l'assuré qui sait que le sinistre le constituera en perte dans une certaine mesure; et elle est sous-entendue, elle est tacite, du moment qu'il y a sous-estimation par rapport à la valeur réelle de la chose et si, par exemple, une maison qui vaut 300.000 francs a été assurée pour 200.000 seulement.

Pour faire application de cette règle, il faut distinguer selon que la chose périt en totalité ou seulement en partie.

a) Si elle périt *complètement*, le sinistré ne peut réclamer de l'assurance que le montant de la somme prévue dans la police, soit 200.000 francs dans l'espèce;

b) Au cas de perte *partielle*, on voit entrer en jeu une

nouvelle règle, celle de la *proportionnalité*, qui était consacrée par une pratique constante et qui a passé dans l'art. 31 de la loi : l'assuré ne peut prétendre qu'à une somme proportionnelle, eu égard au chiffre de l'assurance et à l'importance du dommage. Par exemple, si, dans le cas que nous venons d'envisager, la maison n'est endommagée que pour moitié, l'assuré aura droit, non pas à 150.000 francs, montant du dommage effectif, mais seulement à 100.000, moitié de la somme assurée, et cela encore que l'assurance eût été contractée pour 200.000 francs : par une sorte de ventilation, la proportion de la perte est appliquée purement et simplement à l'indemnité stipulée elle-même, soit, en l'occurence, la proportion de moitié.

La règle de la proportionnalité, qui suscite de vives critiques, peut être écartée par la convention : on précisera qu'au cas de perte partielle il n'y aura pas lieu à réduction proportionnelle; il résulte des travaux préparatoires que la clause serait valable.

Pluralité d'assurances. — Cette pluralité peut revêtir deux aspects très différents :

1° Chacun des assureurs ne couvre qu'une partie du risque; par exemple un quart de la valeur de la chose; il y a alors *coassurance*;

2° Chaque assureur couvre le risque tout entier : c'est l'assurance, ou plutôt les *assurances cumulatives*. Alors intervient la règle d'après laquelle l'assurance, contrat d'indemnité, ne doit jamais enrichir l'assuré; chacun des assureurs n'est donc tenu que pour une part proportionnelle, à moins que le lien de la solidarité n'ait été établi entre eux par une clause de la police, ce qui serait parfaitement licite; mais, même dans cette éventualité, l'assuré ne saurait être indemnisé au delà du préjudice éprouvé (art. 30 *in fine*).

Celui qui s'assure, pour la même chose, contre un même risque, à plusieurs compagnies, doit, sauf stipulation contraire, mettre immédiatement chacun des assureurs au courant de cette situation (art. 30);

B. *Nature de l'indemnité.* — On considère généralement que l'indemnité d'assurance, notamment pour le cas d'incendie, est représentative, non de la chose détruite, mais des primes qui ont été payées.

Cette conception est défendable dans les rapports contractuels des parties entre elles : l'obligation de payer les primes et l'obligation éventuelle d'indemniser l'assuré se répondent respectivement, commandent l'une à l'autre; elles se servent

réciproquement de cause, comme nées d'un même contrat synallagmatique.

Mais, hors du cercle des contractants, ce point de vue nous paraît erroné.

1° Il est contraire au simple bon sens : pour le propriétaire d'une maison incendiée ou d'un troupeau décimé par la maladie, l'indemnité est bien représentative des choses disparues dont elle prend la place dans son patrimoine; et, à supposer que ce propriétaire effectue un *remploi*, le bien nouvellement acquis sera lui-même indirectement représentatif de la chose anéantie :

2° La thèse courante a ce gros inconvénient de faire obstacle à l'application du concept de la *subrogation réelle*, concept qui donne cependant satisfaction à l'équité : la créance de l'assuré n'est pas représentative du bien disparu et n'occupe donc pas, dans son patrimoine, la position juridique qui lui appartenait (V. pour l'immeuble dotal, *inf.* t. III, n° 560);

3° Mais un courant se dessine qui tend au contraire à traiter la créance de l'assuré comme représentative du bien anéanti et à la placer, en conséquence, sous le statut juridique de celui-ci. Le pas a été franchi notamment pour les créanciers hypothécaires ou privilégiés dont les droits sont reportés, comme nous l'allons voir, de l'immeuble sur la créance d'indemnité : la subrogation réelle fait son œuvre à ce point de vue et dans cette direction.

On peut donc prévoir que la thèse de la représentation des primes cédera la place, un jour ou l'autre et complètement, à celle de la représentation de la chose détruite; l'évolution s'accomplira, est en voie de s'accomplir, et fort juridiquement, dans cette direction.

C. *Affectation de l'indemnité d'assurance.* — Soumise au droit commun, l'indemnité d'assurance de choses, en pénétrant dans le patrimoine de l'assuré, entrerait par cela dans le gage général de tous ses créanciers qui se la partageraient suivant la loi du dividende (art. 2092 et 2093).

Or, cette solution serait profondément injuste dans le cas où le bien assuré et détruit était grevé d'hypothèques ou de privilèges; les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés se trouveraient définitivement sacrifiés. Ce résultat inique avait été déjà conjuré par une loi du 19 février 1889 qui décida que les indemnités d'assurance seraient attribuées, sans qu'il y eût besoin de délégation expresse, et sous réserve des paiements faits de bonne foi avant toute opposition, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.

Ce transfert des sûretés, du bien anéanti à l'indemnité d'assurance, qui se ramène à la consécration de la *subrogation réelle* dans un cas particulier, a été confirmé par la loi du 13 juillet 1930, *relative au contrat d'assurance*, qui, tout en abrogeant l'art. 2 de la loi du 19 fév. 1889, en a reproduit le dispositif dans son propre article 37, §§ 1 et 2. C'est à propos de l'extinction des privilèges et hypothèques par la perte du bien hypothéqué que nous traiterons de cette règlementation (V. *inf.* nos 1966 et suiv.).

1380o. D. **Recours de l'assureur contre l'auteur responsable du sinistre.** — Avant 1930, on décidait que l'assureur, qui a versé l'indemnité, n'était pas subrogé légalement contre l'auteur responsable du dommage, par exemple contre l'individu qui avait allumé ou provoqué l'incendie de la maison assurée; en effet, cet assureur ne répond pas à la formule de l'art. 1251 - 3° : il n'était pas tenu « *avec d'autres ou pour d'autres* », au paiement de la dette (*sup.* n° 883), mais il avait acquitté sa propre dette, distincte de celle de l'auteur responsable. Aussi les compagnies avaient-elles coutume de stipuler, dans les polices, la subrogation conventionnelle qui, dans la réalité juridique, n'était qu'une *cession d'actions* : à l'avance, l'assuré déclarait céder les actions qui lui appartiendraient éventuellement contre l'auteur responsable du sinistre, et cette combinaison sortait ses effets à condition que la cession fût notifiée, conformément à l'art. 1690, à l'auteur du dommage, débiteur cédé.

Ces arrangements ont perdu beaucoup de leur intérêt : la loi du 13 juillet 1930, dans son art. 36, décide que « *l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur* ».

C'est un nouveau cas de *subrogation légale* qui a été institué par la loi de 1930.

Il est gouverné, à la fois, par le statut général de la subrogation légale (*sup.* nos 879 et suiv.), et par quelques règles particulières.

1° *Statut général de la subrogation légale.*

a) La subrogation ne joue au profit de l'assureur que jusqu'à concurrence de l'indemnité par lui versée à l'assuré; pour le surplus, et à supposer que le risque ne fût pas entièrement couvert, l'assuré conserve tous ses droits contre l'auteur responsable du sinistre (art. 36, § 1; *sup.* n° 900);

b) Il est donc possible qu'il ait à concourir avec l'assureur; dans ce concours, c'est lui qui passera le premier, conformément à la règle « *nemo contra se subrogasse censetur* » (*sup.* n° 901);

c) Dans la mesure où agit la subrogation, l'assuré est dépouillé de ses droits contre l'auteur responsable; car c'est la créance elle-même qui passe au subrogé (*sup.* n° 898);

d) Si l'assuré a rendu, par son fait, la subrogation impossible ou inefficace, l'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité (art. 36, § 2; *inf.* n° 1490).

2° *Règles spéciales aux assurances de choses.* — La subrogation ne fonctionne pas toujours au profit de l'assureur.

a) Il a pu y renoncer, pratiquement contre une prime spéciale, dans la police même; les travaux préparatoires de la loi de 1930 sont explicites en ce sens;

b) Cette loi décide que la subrogation légale ne joue pas contre « *les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf les cas de malveillance commise par une de ces personnes* » (art. 36, § 3). C'est que le recours de l'assureur contre telle de ces personnes, retentirait sans doute sur l'assuré, à qui une faute de surveillance serait imputable, et qui perdrait ainsi, en dernière analyse — ce qu'il faut éviter — le bénéfice de l'assurance; ce n'est qu'au cas de malveillance commise par une de ces personnes, que le législatur se résout à une extrémité qu'il veut écarter autant que possible.

Remarque. — L'institution de la subrogation légale n'a donc pas enlevé tout intérêt à la clause, devenue de style, de cession, au profit de l'assureur, des actions de l'assuré.

1° Cette clause conserve toute son utilité dans les cas où la subrogation légale ne se réalise pas;

2° Plus généralement, elle permet à l'assureur d'actionner aussitôt l'auteur responsable, avant même que d'avoir indemnisé l'assuré.

§ II. — *LES ASSURANCES DE PERSONNES*

1380*p*. I. **Définitions et classifications.** — Les assurances de personnes sont tous les types d'assurances tendant à garantir, moyennant des primes ou cotisations, le versement d'un capital ou le service d'une rente à l'occasion d'une éventualité intéressant, non des biens, mais la personne elle-

même : arrivée à tel âge, mariage, maladie, décès, accident corporel.

Le titre III de la loi de 1930, qui règlemente cette catégorie d'assurances (art. 54 à 83), est divisée en deux sections correspondant, l'une aux *principes généraux* du sujet, l'autre *aux assurances sur la vie;* il n'est traité spécialement ni des assurances contre les accidents, ni des assurances contre la maladie ou l'invalidité.

1° *Principes généraux.* — Deux particularités sont à retenir, dont la deuxième est d'ailleurs commandée par la première.

a) Les assurances de personnes ne sont pas des assurances d'indemnité au même titre et aussi constamment que les assurances de choses : le montant de la somme assurée est fixé, non pas au jour de l'éventualité prévue, par exemple du décès, mais dans la police elle-même; et il l'est *librement* par les parties dont l'accord fait loi, sur ce point comme sur les autres; au jour du mariage, du décès, de l'accident, l'assureur est tenu de verser la somme ou de servir la rente assurée, sans même qu'il puisse imposer à son client ou à ses héritiers la preuve d'un dommage effectivement subi;

b) L'assureur n'est pas subrogé légalement dans les actions qui appartiendraient à l'assuré contre un tiers responsable; l'art. 55 s'en explique formellement; il résulte même de ce texte, comme d'ailleurs du caractère impératif des dispositions de la loi de 1930, que la subrogation ne pourrait pas davantage être stipulée dans la police; en toute occurrence, l'assuré conserve donc les actions qui peuvent lui appartenir, éventuellement, contre une tierce personne, par exemple à l'occasion de l'accident dont il a été la victime, à moins cependant qu'une clause de cession d'actions n'ait été insérée dans la police; il semble que cette stipulation, dont la portée est différente de celle qui est reconnue à la clause de subrogation (*sup.* n° 1380*o*), doive être reconnue licite et produise ses effets habituels (Comp. Req. 18 avril 1932, *D. H.* 1932, 282).

1380*q*. II. **Assurances sur la vie.** — (Art. 56 et suiv.). — Les assurances sur la vie ne sont qu'une variété d'assurances de personnes : elles répondent donc à la définition précédemment donnée de cette dernière combinaison, mais avec cette précision que l'éventualité envisagée dans le contrat est ici soit le *décès*, soit la *survie* du souscripteur ou d'un tiers.

On distingue, en effet, parmi les assurances sur la vie, les *assurances en cas de vie* et les *assurances en cas de décès*, étant entendu que le décès envisagé sera, suivant les cas, celui du souscripteur lui-même ou celui d'une tierce personne : l'assurance peut ainsi être contractée soit sur la tête du souscripteur lui-même, comme c'est le cas habituel, soit sur celle du tiers.

Exemple d'assurance en cas de vie : le client de la compagnie stipule de celle-ci qu'elle lui versera telle somme ou qu'elle lui servira telle rente, s'il atteint un certain âge, cinquante ou soixante ans.

Exemple d'assurance en cas de décès : la compagnie s'engage à verser telle somme ou à servir telle rente à compter du décès soit de l'assuré, soit du tiers sur la tête duquel l'assurance est instituée.

Fréquemment, l'assurance en cas de décès est contractée — et nous touchons à une nouvelle classification — non pas au profit du stipulant, le souscripteur, mais au profit d'un tiers, ou de tiers : sa femme, ses enfants notamment. Il y a alors *stipulation pour autrui* venant se greffer sur le contrat d'assurance.

Diverses combinaisons et diverses personnalités qui y sont intéressés sont donc à distinguer : l'*assureur* qui, en fait, est ordinairement une compagnie d'assurances; le *souscripteur* de la police qui joue le rôle de stipulant; l'*assuré*, qui est la personne sur la tête de laquelle l'assurance est établie, et dont le décès est pris en considération; enfin, le *bénéficiaire* qui profitera de l'opération. Tandis que les deux premières personnes sont les contractants eux-mêmes, les deux dernières sont, suivant les cas, ou le souscripteur ou bien une tierce personne.

Renvois. — Il ne saurait être question d'étudier ici, même superficiellement, les assurances sur la vie qui sont régies par un statut spécial ressortissant davantage au droit commercial qu'au droit civil. Nous avons eu d'ailleurs, ou nous aurons l'occasion d'exposer, à propos de telles ou telles institutions, certaines dépendances de ce statut (V. pour l'assurance sur la vie au profit d'autrui, *sup.* n^os^ 270 et suiv.; pour différentes questions soulevées par la combinaison de cette assurance avec les régimes de communauté conjugale, *inf.* t. III, n^os^ 27, 34, 38, 328; avec les droits des successions et des donations, *inf.* t. III, n^os^ 1112, 1125, 1132, 1320, 1411 *bis*, 1593).

1380r. Plan. — Nous nous bornerons à noter à cette place quelques caractéristiques d'ordre général, afin de situer les assurances sur la vie dans le droit des assurances en général et dans le droit tout entier; ces règles concernent :

1° La *police*;
2° Les *contractants*;
3° L'*assuré*;
4° Le *tiers bénéficiaire*;
5° Les cas de *nullité*, de *résiliation*, de *réduction* et de *rachat*.

1° *La police.* — La rédaction en est plus complexe que pour les autres types d'assurances : on doit y faire figurer certaines mentions supplémentaires, énumérées dans l'article 60, à la lecture duquel nous renvoyons purement et simplement.

De plus, il est remarquable que la police d'une assurance sur la vie ne peut être que nominative ou à ordre : le législateur ne veut pas qu'elle soit au porteur (art. 61, § 1) : d'ne part, l'utilité d'une circulation rapide du titre n'est nullement certaine; de plus, la forme au porteur cadrerait mal avec la disposition de l'art. 57, § 2 qui, au cas d'assurance en cas de décès contractée sur la tête d'un tiers, exige que ce dernier donne son consentement par écrit pour tout transfert du bénéfice du contrat.

Il faut encore noter que, si la police est rédigée à ordre, l'endossement doit, à peine de nullité, être daté et indiquer le nom de l'endossataire (art. 61, § 2, qui renchérit ici sur la rigueur du droit commun contenu dans l'art. 117 du Code de commerce, nouvelle rédaction de 1935).

2° *Les contractants.* — Leur situation est réglée par le droit commun des assurances, sous le bénéfice d'une particularité remarquable concernant l'obligation, pour le souscripteur, d'acquitter la prime ou la cotisation convenue : aux termes de l'art. 75, § I, « *l'assureur n'a pas d'action pour exiger le paiement des primes* ». C'est une règle traditionnelle : le paiement de la prime, laquelle correspond normalement au risque couru par l'assureur pendant une année, est facultatif pour le souscripteur. S'il en était autrement, si le client de la compagnie se trouvait engagé de façon ferme et définitive envers celle-ci, il serait à craindre que les assurances sur la vie ne fussent pas volontiers pratiquées : une opération de cette envergure, portant sur un long espace de temps, ne doit pas consacrer l'irréparable, mais il faut que le souscripteur puisse s'en évader si la situation vient à se modifier au cours du contrat. Le défaut de paiement de la

prime ne comporte d'autre sanction que la *résiliation* de l'assurance ou la *réduction* de ses effets (art. 75, § 2). On voit par là que, dans les assurances sur la vie, l'une des parties, le client, est moins fortement engagée que l'autre, l'assureur : la réciprocité existe dans les rapports obligatoires, non dans l'intensité, la fixité de ces rapports.

L'art. 74 spécifie que « *tout intéressé peut se substituer au contractant pour payer les primes* », lesquelles pourront donc être acquittées, notamment et si besoin est, par le tiers bénéficiaire, qui se trouve d'accepter ainsi tacitement la stipulation pour autrui faite en sa faveur. Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que cette substitution d'un intéressé au souscripteur pour le paiement des primes, n'est possible qu'autant que ce souscripteur n'est lui-même plus intéressé à l'entretien de l'assurance, sans quoi il demeurerait seul juge de la continuation ou de la non-continuation du contrat;

3° *L'assuré.* — Ce peut être, soit le souscripteur lui-même, soit un tiers. Il est à noter que l'art. 73 autorise les époux à contracter une assurance réciproque sur la tête de chacun d'eux, par un seul et même acte.

Lorsque l'assurance *en cas de décès* est contractée sur la tête d'un tiers, la loi prend des précaution pour exclure, de la part du bénéficiaire, tout calcul criminel, toute anticipation sur la réalisation du risque, et pour aménager la moralité de l'opération : il faut que le tiers assuré donne son consentement à l'opération par écrit, avec indication de la somme assurée (art. 57, § 1); le même consentement est exigé pour toute cession du bénéfice de l'assurance ou pour la mise en gage (art. 57, § 2); le tiers assuré ne doit être, à peine de nullité de l'opération, ni un mineur de douze ans, ni un interdit, ni un interné dans un asile d'aliénés (art. 58); enfn, si le tiers est un mineur parvenu à l'âge de douze ans, on exige l'autorisation du détenteur de la puissance paternelle, du tuteur au du curateur; pour une femme mariée, la loi requiert l'autorisation maritale (art. 59, § 1), et ce dernier texte n'a pas été abrogé par la loi du 18 février 1938 relative à la capacité de la femme mariée : l'autorisation ne dispense d'ailleurs pas du consentement personnel de l'incapable, toujours requis (art. 59, § 2).

En principe, le *suicide de l'assuré*, souscripteur de la police ou tiers, ne met pas en œuvre l'obligation de l'assureur, du moins s'il est *volontaire* : l'assurance en cas de décès est alors « de nul effet », et la compagnie doit seulement payer aux ayants droit une somme égale au montant

de la réserve, ceci pour éviter qu'elle ne s'enrichisse sans cause (art. 62, § 1). C'est à l'assureur qu'il appartient d'établir la preuve du suicide, après quoi c'est au bénéficiaire de l'assurance qu'incombe le soin de prouver, s'il y a lieu, que le suicide n'a pas été conscient (art. 62, § 3).

La loi admet que l'assureur s'engage à payer la somme assurée, même en cas de suicide volontaire et conscient de l'assuré; toutefois, cette clause ne peut produire effet que passé un délai de deux ans depuis la conclusion du contrat (art. 62, § 2).

1380*s*. 4° **Le tiers bénéficiaire.** — Lorsque l'assurance a été conclue au profit d'un tiers, pratiquement du conjoint ou des enfants du souscripteur, on sait que le bénéficiaire est aussitôt investi d'une créance directe contre l'assureur. Ce droit direct, inhérent au mécanisme de la stipulation pour autrui, présente pour son titulaire de multiples avantages, notamment en lui épargnant le concours des créanciers du souscripteur et en le soustrayant aux règles du droit successoral ainsi que du droit communautaire (art. 63, 64, 67, 68, 69, 71). Pour toute cette théorie de l'action directe et pour le droit de révocation qui appartient au stipulant jusqu'au jour où le tiers a déclaré vouloir profiter de l'opération, nous renvoyons à l'étude de la stipulation pour autrui dont l'assurance sur la vie au profit d'un tiers n'est qu'une des multiples et modernes applications (*sup.* n^os^ 270 et suiv.), ainsi qu'au droit des successions (*inf.*, t. III, n^os^ 1112, 1125, 1132, 1302, 1411*bis*, 1593) et aux régimes matrimoniaux (27, 34, 38, 39*bis*, 328);

5° *Cas de nullité, de résiliation, de réduction et de rachat.* — Les cas de nullité sont plus nombreux pour l'assurance sur la vie que pour les autres types d'assurances, parce que les règles impératives sont elles-mêmes ici en plus grand nombre (V. notamment art. 57 § 1 et § 2; 58 § 2; 59 § 3; 61 § 2; 62 § 1; 81), et doivent parfois être adaptées à cette forme particulière d'assurance (V. pour l'erreur sur l'âge de l'assuré, l'art. 81 § 1; pour la faillite ou la liquidation judiciaire de l'assureur, l'art. 82; pour le cas où le bénéficiaire a occasionné volontairement la mort de l'assuré, l'art. 79).

Les assurances sur la vie comportent, à l'occasion, deux dénouements qui leur sont propres et qui s'appellent la *réduction* et le *rachat*; elles se rattachent à la fois au droit qui appartient au souscripteur de cesser le versement des primes et à la notion de la *réserve mathématique*.

Cette réserve est constituée, dans la caisse de l'assureur, par la majoration de prime que subit l'assuré dans les premières années du contrat, alors que ses chances de décès, relativement peu nombreuses encore, ne cadrent pas avec le montant de la contribution qu'il fournit annuellement. Cette sorte de trop-perçu lui appartient, au moins en partie, et déduction faite d'une indemnité à laquelle l'assureur a légitimement droit à raison des frais qu'il avait avancés pour la conclusion et l'alimentation du contrat.

Dans ces conditions, si l'assuré cesse de verser les primes convenues, il faut lui permettre de récupérer la réserve qui ne peut demeurer sans cause dans la caisse de la compagnie. On y arrive soit au moyen de la *réduction*, qui est de droit pour lui, pourvu qu'il ait versé trois primes annuelles (art. 75 § 3), et qui s'analyse en la conclusion d'un nouveau contrat alimenté par une prime unique que constitue la réserve individuelle de l'assuré, avec réduction de la somme assurée; soit au moyen du *rachat* qui, à la différence de la réduction, doit être *demandé* par l'assuré, mais qui ne saurait lui être refusé et dont les conditions sont fixées, non plus par la loi, comme celles de la réduction, mais par la police, en conformité d'un règlement général de l'assureur, rendu sur avis du ministre du travail (art. 77); alors il n'y a plus substitution d'une nouvelle assurance à l'ancienne; il y a *résiliation* de l'assurance, moyennant le versement à l'assuré, par l'assureur, d'une somme appelée *valeur* ou *prix de rachat*. L'opération est donc tout autre que celle de la réduction : elle est une opération de liquidation définitive et elle implique, de la part de l'assureur, un décaissement immédiat que l'on ne retrouve pas dans la réduction.

§ III. — *LES ASSURANCES DE RESPONSABILITÉ*

Bibliographie. — V. H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 2e éd. t. III, nos 2646 et s.; Pierre Denave, *Rapports entre la responsabilité civile et l'assurance*, thèse, Lyon, 1937, pp. 317 et s.

1380*t*. Développement de ces assurances. — Les *assurances de responsabilité* ont été rendues indispensables par le développement même du concept de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle : répondant, non seulement de sa faute personnelle, mais du fait de certaines personnes, ou des choses et des animaux dont il a la garde, comme aussi parfois du risque par lui créé en dehors de toute faute,

l'homme cherche, sinon à esquiver toute responsabilité, ce qui lui interdirait d'ailleurs le caractère d'ordre public reconnu par la jurispudence à la responsabilité délictuelle (*sup.* n° 477), du moins à canaliser cette responsabilité, à l'aiguiller pour ainsi dire sur une voie de garage qui est constituée, en l'occurrence, par l'assurance. C'est ainsi que l'automobiliste, en prévision des accidents qu'il pourra éventuellement causer à des tiers, s'adresse à une compagnie d'assurances qui, moyennant le versement d'une prime ou d'une cotisation annuelle, s'engage à prendre à sa charge, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, les indemnités dues aux victimes.

Toutes les responsabilités civiles se prêtent à cette combinaison, non seulement celle qui est commandée par les art. 1382 et 1383, mais celles qui dérivent du fait d'autrui, du fait des animaux ou du fait des choses inanimées ou de la ruine d'un bâtiment (art. 1386), comme aussi celles qui découlent d'un contrat, et, par exemple, du transport de marchandises ou de voyageurs; les *responsabilités professionnelles* elles-mêmes peuvent être palliées, amorties, grâce à l'assurance, telles celles qui incombent à un notaire, à un avoué, à un médecin, à un chirurgien, et alors même qu'elles seraient inscrites expressément, spécialement, dans un texte de loi, comme celle qui est établie, par la législation des accidents du travail, à la charge de l'employeur et au profit de l'employé ou de l'ouvrier (L. 9 avril 1898 et lois subséquentes; *sup.* n^{os} 1275 à 1277) : c'est un domaine immense qui s'ouvre à cette branche des assurances et qui s'agrandit à mesure que se développe et que s'intensifie la responsabilité elle-même.

Nature des assurances de responsabilité. — Ces assurances sont gouvernées par le statut général de la responsabilité (titre I de la loi de 1930) ; elles ne sont pas nécessairement, comme l'a pensé à tort le législateur (*sup.* n° 1380*l*), des assurances de choses; mais elles sont du moins des *assurances de dommages* : l'assuré veut se mettre à l'abri de ce risque spécial, la responsabilité qu'il encourra éventuellement s'il vient à causer injustement un dommage à autrui : ce n'est donc pas ce dernier dommage qui est l'objet du contrat et qui met en œuvre les obligations de l'assureur; c'est la responsabilité encourue en vue de la réparation dudit dommage.

Nous sommes ainsi amené à rechercher à quelles conditions l'assurance-responsabilité entrera en action.

Conditions requises pour que l'assurance-responsabilité puisse jouer.

1° Il faut d'abord et avant tout que l'assuré encoure une responsabilité, et une responsabilité civile, à l'exclusion d'une responsabilité d'ordre pénal, laquelle ne doit pas pouvoir être, même palliée, même amortie par une assurance. En revanche, toute responsabilité civile, fût-elle d'ordre public, comporte l'assurance;

2° Il faut encore que la victime du fait dommageable ait adressé une *réclamation, amiable ou judiciaire*, à l'assuré (art. 50) : une responsabilité demeurée à l'état théorique ne fait pas jouer le contrat d'assurance; il y faut une responsabilité qui s'affirme effectivement, qui soit au moins en voie de réalisation.

Etendue de la garantie due par l'assureur. — Elle dépend de la volonté des parties : on a pu stipuler une garantie illimité, comme on peut — et c'est l'éventualité pratique — la limiter à une somme déterminée. Dans ce dernier cas, la règle de la *prorportionnalité* (*sup.* n° 1380*n*), s'appliquera, du moins si c'est à l'occasion d'une chose détenue par l'assuré et sujette à restitution que l'assurance a été contractée; en dehors de là elle serait sans objet et sans application.

Il faut noter que, d'après l'art. 51, la garantie de l'assureur englobe les *dépens* afférents à l'instance en responsabilité engagée contre l'assuré, *sauf convention contraire*. Il semble même résulter des travaux préparatoires de la loi qu'on a entendu le mot « dépens » dans un sens exceptionnellement large, en y faisant rentrer aussi les honoraires des avocats.

1380*u*. Les droits du tiers, victime d'un dommage, sur l'indemnité d'assurance ; ACTION DIRECTE. — (V. HÉBRAUD, *L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur*, *Rev. Crit.* 1931; M. PICARD, *Rév. gén. ass. terr.* 1930, p. 1; J. PERROUD, même revue, 1931, p. 21; L. JOSSERAND, notes *D. P.* 1927, 1, 57 et 1930, 2-1; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*; et, sur les actions directes en général, la thèse de M. SOLUS). — De plus en plus, on s'efforce d'assurer à la victime d'un dommage une réparation effective; on réalise cet objectif par des moyens très variés, mais notamment en utilisant à cet effet le contrat d'assurance qui avait été conclu par l'auteur responsable : compris primitivement dans le seul intérêt des parties, ce contrat, par une curieuse adaptation, va offrir à l'accidenté une sorte de voie d'exé-

cution de nature spéciale, qui n'est autre qu'une action directe : la victime du dommage actionnera directement l'assureur, sans passer par l'intermédiaire de son client et se fera appliquer le montant de l'indemnité d'assurance, se saisissant ainsi d'une arme qui avait été fourbie, non par elle-même, mais par l'auteur responsable du dommage. En se comportant ainsi, elle échappe à tout danger d'insolvabilité de la part de ce dernier, puisqu'elle agit, non pas obliquement et en vertu de l'art. 1166, ce qui lui imposerait le concours des autres créanciers, mais bien de son propre chef, directement, *proprio nomine*, ce qui lui garantit le profit exclusif de l'action (sur les actions directes, v. *sup.* n° 673).

N'est-il pas à craindre cependant que la victime ne se présente pas trop tard, à un moment où l'assureur aura déjà versé l'indemnité entre les mains de son client? Non, car la loi écarte ce péril en faisant défense à l'assureur de payer à toute autre personne qu'au tiers lésé tout ou partie de l'indemnité d'assurance, aussi longtemps que « *ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré* » (art. 53 de la l. de 1930). Par cette défense, l'indemnité d'assurance se trouve bloquée dans la caisse de l'assureur en vue de faire face à la réparation du préjudice causé au tiers: c'est, non plus un *droit* de rétention, mais bien un *devoir* de rétention qui incombe à l'assureur et dont la transgression enlèverait tout caractère libératoire aux paiements effectués entre les mains de l'assuré.

Grâce à cette conjugaison de l'action directe et du devoir de rétention, la situation de la victime du dommage est aussi forte que possible; en somme, c'est pour elle que l'assurance se trouve d'avoir été contractée; et nous pensons qu'effectivement c'est à une *stipulation pour autrui*, tacitement, obligatoirement incluse dans le contrat d'assurance, que l'on peut ramener l'action directe, assortie du blocage de l'indemnité dans la caisse de l'assureur, qui est attribuée à la victime (V. sur ce point, nos deux notes précitées).

Tel est le système qui fut imaginé, d'abord pour l'assurance, en cas d'incendie, du *risque locatif* ou du *recours du voisin* (L. 19 fév. 1889, art. 3; *sup.* n° 1211), puis pour l'*assurance-accident* (L. 28 mai 1913, modifiant et complétant l'art. 2103 - 8° C. Civ.): la loi du 13 juillet 1930, en abrogeant les art. 2 et 3 de la loi du 19 fév.1889, a généralisé le système en le déclarant applicable, dans son art. 53, à

toutes les assurances de responsabilité, même abstraction faite d'un accident proprement dit, donc, par exemple, aux assurances contractées par un officier ministériel en vue de couvrir la responsabilité issue de faits de charge. Du moment qu'il existe une assurance de responsabilité, le tiers lésé trouve « dans le droit propre qui lui est conféré par la loi, la source d'une action directe... » (Civ. 14 juin 1926, *D. P.* 1927, 1, 57, avec le rapport A. Colin). La loi de 1930 fait d'ailleurs spécialement application de cet aménagement juridique à l'assurance du risque locatif et à celle du recours du voisin (art. 37, § 4).

Le principe de l'action directe est consacré par plusieurs *législations étrangères*, en *Suisse* (loi fédérale du 15 mars 1932, art. 49), en *Suède* (l. 10 mai 1929, art. 3); il a été admis, en 1937, par le *Comité d'étude pour la responsabilité civile des automobilistes* (Institut international de Rome pour l'unification du droit privé). Si la jurisprudence *belge* ne le consacre pas, on peut cependant noter chez elle l'indice d'un revirement possible (Bruxelles, 5 juin 1935, *Revue belge ass. et resp.*, 1935, n° 1930).

1380*v*. Avantages et attributs de l'action directe. — L'action directe, telle qu'elle est instituée par le législateur, et comprise tant en doctrine qu'en jurisprudence, présente, pour le tiers lésé, d'autant plus d'avantages que la jurisprudence tend visiblement à reconnaître au système un caractère *d'ordre public*, et, par conséquent, un caractère *indépendant* à l'action directe vis-à-vis de l'action de l'assuré: *une voie de droit qui intéresse l'ordre public ne saurait présenter un caractère subsidiaire par raport à un moyen qui ne touche qu'à des intérêts privés*; aussi, non seulement la victime échappe, grâce à ce système, et au concours des créanciers de l'assuré (Paris, 8 avril 1935, *D. H.* 1935, 339) et à un paiement précipité que la compagnie ferait entre les mains de son client, mais encore :

1° L'assuré se trouve en quelque sorte dessaisi de sa créance contre l'assureur, *et cela dès l'instant où le dommage a été causé* (Civ. 29 juill. 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, p. 1014). Désormais, les cessions qu'il consentirait ne seraient pas opposables au tiers qui n'a, d'autre part, rien à redouter d'une saisie-arrêt ou d'une compensation;

2° Mieux que cela, le tiers a une situation plus forte que celle qui appartenait à l'assuré lui-même; car l'assureur ne sera pas en mesure de se prévaloir, vis-à-vis de lui, des déchéances et fins de non-recevoir nées après la réalisation

du dommage (même arrêt), par exemple, à raison de la déclaration tardive d'un accident. Il ne suffirait donc pas de dire que la créance de l'assuré passe sur la tête du tiers lésé; en réalité, celui-ci a plus de droits que celui-là; il est titulaire d'une action directe qui lui appartient en propre et qui n'est pas une simple réplique de l'action de l'assuré (Civ. 15 juin 1931, *S.* 1932, 169, note P. Esmein, *D. H.* 1931, 411; 19 janv. 1937, *D. H.* 1937, 129);

3° La victime peut engager le procès contre l'assureur, isolément, sans être tenue de mettre en cause l'auteur de l'accident (Toulouse, 8 oct. 1928; Paris, 26 déc. 1929 et 24 janv. 1930, *D. P.* 1930, 2, 1; Grenoble, 17 fév. 1934, *D. H.* 1934, 227; Poitiers, 25 fév. 1935, *Rev. gén. ass. terr.*, 1935, p. 792; Orléans, 15 janv. 1937, même revue, 1937, p. 515; Colmar, 14 déc. 1937, même revue, 1938, p. 265; — *contra*, Agen, 17 juill. 1935, *D. H.* 193, 28; Grenoble, 8 févr. 1938, *D. H* 1938, 267); cette solution nous paraît commandée impérieusement, tant par le principe auquel nous la rattachons (autonomie, indépendance de l'action directe, institution d'ordre public, par rapport à l'action de l'assuré), que par le statut applicable à l'action indirecte de l'article 1166; il est admis que le créancier qui intente cette dernière action n'est point tenu de mettre en cause son débiteur (*sup.* n° 670); s'il en va ainsi de l'action *indirecte*, à plus forte raison doit-on décider de même pour une action *directe*, sans quoi la ligne droite cesserait d'être le plus court chemin d'un point à un autre pour devenir la route la plus longue et la plus embarrassée. (V. L. Josserand, note *D. P.* 1933, 1, 5, notamment p. 8, col. 2; *adde*, H. et L. Mazeaud, *op. cit.*, t. III, n° 2717; Hébraud, *L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur*, *Rev. crit.* 1931, pp. 488 et s.; P. Bouzat, note *S.* 1933, 2, 105.)

4° A notre sentiment, et pour les mêmes raisons, la victime n'est pas tenue d'attendre, pour agir contre l'assureur, que la situation ait été réglée entre elle-même et l'auteur de l'accident (Lyon, 6 déc. 1928, *ibid.*, Paris, 29 janv. 1931, *Gaz. Pal.* 29 janv.; Orléans, 28 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 65; Grenoble, 13 fév. 1934, précité; Orléans, 15 janv. 1937, *S.* 1938, 2, 89. — *Contra*, Paris, 25 juill. 1931, cité *inf.*; 17 nov. 1931, *Rev. gén. ass. terr.*, 1932, 68);

5° Le tribunal du domicile de l'assureur est compétent pour connaître de l'action directe dirigée contre ledit assureur par le tiers lésé : l'art 3 de la loi de 1930 qui attribue compétence, soit au tribunal du domicile de l'assuré, soit au tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable, vise les

instances engagées entre assureur et assuré; il n'a rien à voir avec l'action intentée par le tiers contre l'assureur (Req. 15 avril 1926, *D. H.* 1926, 249). C'est cependant en sens contraire que s'est fixée la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour de cassation (11 juill. 1932, 4 arrêts, *D. P.* 1933, 1, 5, note critique L. Josserand; 17 janv. 1934, *S.* 1934, 1, 205) qui limite la compétence au tribunal du domicile de l'assuré et à celui du lieu de l'accident;

6° L'action directe peut atteindre même une compagnie d'assurance étrangère, et alors même que la législation du pays où elle est située n'admettrait pas le principe de cette action : elle est une voie d'exécution qui est ouverte, en France, à tous les tiers victimes de dommages (V. l'article précité de M. J. Perroud; Req. 24 fév. 1936, *D. P.* 1936, 1, 49, rapport Gazeau, note Savatier; trib. civ. Vienne, 29 juin 1929, et trib. civ. Chinon, 27 juill. 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, pp. 47 et 795; Nîmes, 23 nov. 1931, *D. H.* 1932, 78; — *contra*, trib. civ. Seine, 2 juill. 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1932, p. 65).

Tout au moins faut-il répudier toute solidarité entre les dettes de l'assureur et du tiers responsable, car elles procèdent de deux causes différentes, l'une contractuelle et l'autre délictuelle (Paris, 18 juill. et 25 juill. 1931, *Rev. gén. ass. terr.* 1931, pp. 861 et 1026. — *Contra*, et dans le sens de la solidarité, Bordeaux, 18 mai 1931, *S.* 1932, 2, 100). C'est la solution que la Cour de cassation donne pour les accidents du travail (Civ. 27 fév. 1933, *S.* 1933, 1, 225); elle vaut également pour les accidents du droit commun, les raisons de décider étant exactement les mêmes : les deux débiteurs, étant tenus de dettes différentes et par leur *cause* et par leur *objet* (la garantie de l'assureur ne joue que dans les limites de la police), ne sont ni solidaires, ni conjoints.

Sources de l'action directe. — On se demande si cette action découle de la loi, en droite ligne, ou si elle ne doit pas être rattachée au contrat d'assurance.

Nous pensons que les deux points de vue contiennent chacun une part de vérité qu'il y a lieu de dégager et de préciser : d'un côté, il est certain que le droit de la victime lui est conféré par des textes de loi (C. civ., art. 2102 - 8°; l. 13 juill. 1930, art. 53); en ce sens, il a une origine légale; mais il est tout aussi évident que le législateur n'a consenti cette attribution qu'en considération et en fonction du contrat qui liait l'assureur à son client, auteur du dommage; en ce sens, on peut dire, avec la Chambre civile, que le droit de la victime, « bien qu'ayant un caractère propre et

direct, puise sa source et trouve sa mesure dans la convention antérieurement intervenue entre les parties » (Civ. 10 mars 1937, *S.* 1937, 1, 151; Comp. Colmar, 11 mars 1938, *D. P.* 1938, 2, 43, note LALOU); en l'absence de cette convention, le droit direct n'existerait pas; de même que n'existerait pas, en l'absence d'un contrat de travail précédemment conclu entre l'employeur et l'ouvrier ou employé, la responsabilité du premier, cependant d'origine légale et fondée sur la notion du risque professionnel (*sup.* n° 1276); la véritable formule est celle d'après laquelle la loi permet à la victime d'utiliser la police de l'auteur du dommage, à titre personnel et direct.

Cette conception éclectique conduit à décider que la victime ne saurait exiger de l'assureur une somme supérieure au montant de la garantie assumée par celui-ci (arrêt précité du 10 mars 1937); mais il faut reconnaître qu'elle laisse indécise la question de savoir quelle est *la durée de la prescription* de l'action directe, les uns la traitant comme une action qui dérive du contrat d'assurance et lui appliquant, en conséquence, la prescription biennale, instituée, pour les actions de ce genre, par l'article 25 de la loi du 13 juillet 1930 (*Sic*, Paris, 22 avril 1936, *D. P.* 1936, 2, 55, note LALOU; 13 déc. 1937, *D. H.* 1938, 154); tandis que d'autres, s'attachant à une origine légale, la soumettent à la prescription de trente ans, expression du droit commun (*Sic.*, Lyon, 6 nov. 1935, *D. P.* 1937, 2, 63, note M. NAST; Aix, 18 mai 1937, *D. H.* 1937, 476; trib. com. Seine, 9 déc. 1937, *Rev. gén. ass. terr.* 1938, p. 273; Aix, 6 janv. 1938, *D. H.* 1938, 155; Angers, 4 janv. 1938, *D. H.* 1938, 249). Tout en reconnaissant que la question est rendue fort délicate par la double origine, légale à la fois et contractuelle, de l'action directe, c'est à la seconde solution que vont nos préférences : il ne faut pas oublier que cette action constitue à la fois une garantie et une voie d'exécution mise par la loi à la disposition de la victime, et qu'elle se sépare nettement de l'action de l'assuré, ce qui assure à son titulaire une situation plus forte que celle du créancier contractuel; l'action directe est soustraite aux déchéances et aux fins de non recevoir postérieures à la réalisation du dommage; il ne faut pas s'étonner si elle échappe également à la prescription biennale, instituée dans les rapports des parties et non pas à l'encontre des tiers (*Sic*, H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, t. III, n° 2730). C'est d'ailleurs un principe général que les prescriptions des actions issues d'un contrat ne jouent pas vis-à-vis des tiers, pas plus en leur faveur que contre eux (v. pour l'action paulienne, *sup.* n° 705).

1380*x*. Action directe et privilège. — En outre de l'action directe assortie du devoir de rétention, l'art. 2102-8° C. civ. accorde à la victime, *mais seulement en cas d'accident*, un privilège sur l'indemnité d'assurance; on a soutenu que cette disposition avait été indirectement abrogée par la loi du 13 juill. 1930 qui ne la rappelle pas (*Sic*, HÉBRAUD, *loc. cit.*). Cette conclusion nous paraît erronée : le privilège est tout différent de l'action directe; le créancier le fait valoir contre son propre débiteur et dans le patrimoine de celui-ci, au lieu que l'action directe lui permet d'atteindre des biens situés dans un tiers patrimoine; elle est intentée contre le sous-débiteur (*sup.* n^os^ 673 et 674). L'existence de l'une de ces garanties n'implique nullement la disparition de l'autre; et d'ailleurs, elles coexistaient avant la loi de 1930, pour les accidents causés aux tiers; on ne voit pas pourquoi elles seraient devenues incompatibles, dans cette mesure, en vertu d'une loi qui a eu pour objectif de renforcer la situation de la victime, non de l'amoindrir.

II

LE JEU ET LE PARI

1381. Définitions. — Le législateur n'a pas jugé utile de définir le jeu et le pari, tellement ces mots, et la réalité qu'ils expriment, sont de notoriété publique : le *jeu* est une convention par laquelle des personnes s'engagent, en se livrant à une combinaison quelconque, à payer au gagnant une somme d'argent ou, plus généralement, à lui remettre une prestation; le *pari* est une convention par laquelle des personnes, qui ne sont pas d'accord sur une question, qui envisagent différemment telle ou telle éventualité, conviennent que celles qui auront raison recevront des autres une somme d'argent ou, plus généralement, une prestation déterminée.

1382. Règles applicables. — Le statut qui gouverne le jeu et le pari tient dans les propositions suivantes.

A. Le jeu et le pari sont des opérations *licites*, qui ne tombent plus sous le coup de la loi pénale.

Mais cette règle comporte bien des dérogations ou atténuations.

1° Les *loteries* sont prohibées par la loi du 21 mai 1836 et sont devenues délictueuses, au sens pénal du mot, sauf celles qui ont un but de bienfaisance ou d'utilité publique, lesquelles peuvent être autorisées par l'administration (ordonn.

29 mai 1844; circul. min. intérieur 22 déc. 1845). — En conséquence de cette défense, les *obligations à lots* ne peuvent être émises que sur autorisation législative; et l'on sait que la *vente à tempérament des valeurs à lots* est prohibée (*sup.* n° 1023);

2° Le *pari aux courses* tombe également, en principe, sous le coups de la loi pénale, réserve faite du *pari mutuel* organisé en vertu d'une autorisation administrative toujours révocable (L. 2 juin 1891);

3° Les jeux dans les *cercles* et dans les *casinos* sont soumis à une réglementation particulière (L. 15 juin 1907 et l. 30 juin 1923, art. 47 et 48).

1383. — B. Aux termes de l'article 1965, « *la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payement d'un pari* ». Le gagnant ne peut donc pas exiger le paiement de l'enjeu dont le règlement ne saurait être que volontaire de la part du perdant : celui-ci peut opposer à la demande qui lui est adressée un moyen de défense dit *exception de jeu*. Le législateur a considéré que le jeu et le pari sont immoraux et démoralisants; ils sont l'occasion de ruines, de désespoirs, d'enrichissements subits et injustifiés, en un mot de scandales; de telles opérations, si elles ne sont pas délictueuses, ne sauraient du moins bénéficier de la protection légale; au nom de la morale et de la loi, le perdant peut donc refuser de tenir sa parole, solution qui peut être considérée comme une application de l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », mais qui, à tout prendre, n'est pas spécialement édifiante.

1384. Dérogations. — Il est d'ailleurs des cas dans lesquels la loi refuse l'exception de jeu au perdant et accorde donc un action au gagnant.

1° D'après l'article 1966, « *les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps* », sont exceptés de la règle et assurent une action au gagnant : le législateur de 1804 favorise ainsi le jeu de force et d'adresse; déjà, il était sportif. Mais la faveur qu'il accorde comporte deux réserves fort importantes :

a) La faveur faite par l'article 1966 n'est accordée qu'aux joueurs, aux participants eux-mêmes, par exemple, dans une *course de chevaux*, au propriétaire ou au jockey, à l'exclusion des spectateurs; dans un match de *billard*, à

ceux qui mènent la partie (Crim. 16 mars 1905, *S.* 1905, 1, 424) ;

b) « Le *tribunal peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît excessive* » (art. 1966, § 2), c'est-à-dire, en somme, quand le contrat s'affirme lésionnaire; encore qu'aléatoire, l'opération est rescindable pour cause de lésion.

1385. — 2° Les *marchés à terme* qui sont conclus à la Bourse des valeurs ou à celle des marchandises recouvrent le plus souvent de simples paris; aussi la jurisprudence permettait-elle d'opposer, à leur occasion, l'exception de jeu. La loi du 28 mars 1885 en a décidé autrement; l'article 1er reconnaît *légaux* « *tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises* », et il ajoute « *nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 C. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le payement d'une simple différence* ».

En revanche, on a laissé subsister l'*exception de coulisse*, opposée au coulissier qui aurait participé à la négociation de valeurs admises à la cote officielle, entreprenant ainsi sur le monopole des agents de change; ainsi que l'exception de *contre-partie* opposée aux intermédiaires (agents de change, coulissiers, etc.) qui auraient passé, pour leur propre compte, des opérations dont ils avaient été chargés pour le compte de leurs clients.

1386. — C. Si la loi refuse l'action en justice au gagnant, du moins dénie-t-elle au perdant l'action en répétition; aux termes de l'article 1967 : « *dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagant, dol, supercherie ou escroquerie* ».

On est en désaccord sur le sens juridique de cette solution : pour les uns, elle s'explique par l'existence d'une obligation naturelle qui incomberait au perdant et elle se rattache donc au principe posé dans l'article 1235, § 2 (*sup.* n° 716, tandis que d'autres font intervenir les vieux brocards « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » et « *in turpi causa melior est causa possidentis* ». C'est dans ce dernier sens que se prononce la jurisprudence qui est ainsi conduite aux solutions suivantes :

a) Les *billets* souscrits en reconnaissance d'une dette de jeu n'éteignent pas l'exception de jeu, laquelle continue d'appartenir au perdant; il en serait de même de la remise d'*effets de commerce* (Civ. 12 avril 1854, *D. P.* 1854, 1, 180;

4 déc. 1854, *D. P.* 1854, 1, 413; 27 avril 1870, *D. P.* 1870, 1, 258). On sait qu'au contraire, une obligation naturelle peut servir à causer un engagement civil (*sup.* n° 716).

Il faut d'ailleurs ajouter que, si les billets souscrits par le perdant ont été mis en circulation, l'exception de jeu ne peut être opposée au tiers *porteur de bonne foi* d'un *billet à ordre* (Paris, 27 juill. 1896, *D. P.* 1897, 2, 122).

b) L'exception de jeu est d'*ordre public*; le juge doit la suppléer d'office et elle peut être opposée en tout état de cause, voire même pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 15 nov. 1864, *D. P.* 1865, 1, 224, *S.* 1865, 1, 77).

III

LA CONSTITUTION DE RENTE VIAGÈRE

1387. Définitions. — Idée générale. — La rente viagère est une créance donnant droit, pour son titulaire le crédirentier, et *sa vie durant*, à des redevances annuelles en argent qui prennent le nom d'*arrérages* et qui doivent lui être servies par le débirentier.

A en croire le Code civil, cette créance aurait toujours sa source dans un contrat dit de rente viagère (rubrique du chap. 2, livre III, titre XII), lequel contrat rentrerait invariablement dans la catégorie des contrats aléatoires (rubrique du titre XII). Mais ce point de vue est beaucoup trop étroit.

1° La rente viagère ne procède pas toujours d'un contrat; il arrive qu'elle soit établie par *testament*, qu'elle fasse l'objet d'un *legs;*

2° Lorsqu'elle dérive d'un contrat, celui-ci n'a pas nécessairement un caractère aléatoire : ce peut être une *donation*, et alors les parties ne courent aucun aléa, du moins en vertu de la convention; de toute façon et quoi qu'il advienne, le constituant se dépouille purement et simplement, tandis que le gratifié s'enrichit sans contre-partie.

C'est donc seulement lorsque la rente est constituée *à titre onéreux* qu'elle présente un caractère à la fois contractuel et aléatoire : une personne remet à une autre un capital, en argent (rente *constituée*), ou bien en nature, généralement un immeuble (rente *foncière*), en stipulant qu'il lui sera servi une rente annuelle et viagère. L'avantage de cette opération est manifeste pour le crédirentier qui bénéficiera d'annuités supérieures aux intérêts que le capital aliéné lui eût procurés; par exemple, au lieu du revenu de cinq pour cent que lui eût rapporté sa maison, il touchera des arrérages équiva-

lents au huit, dix pour cent ou même davantage, d'après l'âge auquel il était parvenu lors de l'opération. En revanche, la combinaison est moins avantageuse pour les héritiers du constituant : la rente s'éteignant par son décès et le capital ayant été aliéné par lui, ils ne trouveront rien dans sa succession; aussi dit-on que l'aliénation a eu lieu *à fonds perdu* — perdu pour les héritiers tout au moins; le crédirentier a mangé son capital avec ses revenus; chacun des arrérages contenait, avec ceux-ci, une fraction de celui-là.

1388. Différentes variétés et modalités. — Diverses classifications sont à établir dont certaines viennent d'être indiquées.

1° La rente peut être constituée moyennant l'aliénation d'un *capital en argent* ou d'un *capital en nature*. Dans un cas comme dans l'autre, le débirentier — qui est fréquemment une Compagnie d'assurances — ne peut pas mettre fin au contrat en remboursant le capital reçu; même s'il s'agit d'une rente constituée, il se trouve dans la situation d'un acheteur — acheteur d'un capital en argent — plutôt que dans celle d'un emprunteur. Sur ce point, la rente viagère s'oppose invariablement à la rente perpétuelle qui laisse au contraire au débirentier la faculté de se libérer en remboursant le capital (*sup.* n° 1356). Mais il n'en reste pas moins que c'est seulement s'il y a eu aliénation d'un corps certain, meuble ou immeuble, qu'il peut être question d'obligation de *garantie* et de *privilège* du vendeur;

1389. — 2° La rente peut être constituée à titre *gratuit* ou à titre *onéreux*; cette distinction présente de nombreux intérêts.

a) Quant à la forme; constituée à titre gratuit, la rente viagère est assujettie aux formalités des libéralités testamentaires ou entre-vifs; il y a seulement lieu de noter qu'on la dispense volontiers des règles de forme des donations lorsqu'elle présente un caractère *rémunératoire*, par exemple lorsqu'elle est destinée à reconnaître les bons et loyaux services d'un domestique; il y a alors exécution d'une obligation naturelle (Paris, 8 nov. 1891, *D. P.* 1894, 2, 191).

b) Quant au *fond* : si la rente a été constituée à titre gratuit, on lui applique les règles relatives au *rapport*, à la *réduction*, à la *révocation* des libéralités;

c) Constituée à titre gratuit, la rente peut être déclarée *insaisissable*, non si elle est établie à titre onéreux (art. 1981);

d) Les rentes viagères constituées à titre onéreux sont

exposées à une cause particulière de nullité; elles sont sans effet si elles sont établies sur la tête d'une personne déjà décédée lors du contrat ou qui meurt, dans les *vingt jours*, d'une maladie dont elle était déjà atteinte à cette époque (art. 1974 et 1975). Les rentes constituées à titre gratuit échappent à l'application de ces textes. (Req. 17 fév. 1904, S. 1904, 1, 335, *D. P.* 1904, 1, 526), comme aussi les ventes avec réserve d'usufruit (Civ. 12 nov. 1930, *D. P.* 1932, 1, 28);

1390. — 3° La rente peut être constituée soit au profit de l'aliénateur, soit au profit d'un tiers : Primus donne ou vend son immeuble à Secundus, en stipulant que celui-ci servira une rente viagère soit à lui-même Primus, soit à Tertius; dans cette dernière éventualité, il y a *stipulation pour autrui*, en faveur d'un *tiers*, avec cette particularité que la libéralité dont bénéficie ce tiers n'est pas soumise, en elle-même, à la forme notariée; quant à la *forme*, elle n'est pas traitée ainsi qu'une donation (art. 1973, § 2; *sup.* n° 288);

4° La rente peut être constituée au profit de plusieurs personnes successivement, avec stipulation de *réversibilité* de l'une à l'autre; elle ne prendra fin, dans ce cas, qu'avec le dernier survivant (art. 1972);

5° La rente peut être établie soit sur la tête du crédirentier, soit sur la tête d'un *tiers*, c'est-à-dire qu'elle devra être servie aussi longtemps que vivra ce tiers dont l'existence lui sert ainsi de mesure (art. 1971);

6° Le taux des arrérages est fixé librement par les parties sans qu'elles soient gênées, à cet égard, par les règles limitatives du taux de l'intérêt; grâce à son caractère aléatoire, la rente viagère échappe à cette législation restrictive (art. 1976). — C'est une nouvelle différence avec la rente perpétuelle à qui cette législation est au contraire applicable (*sup.* n° 1355).

Mais, si les arrérages n'excédaient pas les revenus du capital aliéné, l'opération équivaudrait à une donation de la nue propriété et serait à traiter comme telle.

1391. Extinction de la rente. — La rente prend fin le jour du décès de la personne sur la tête de qui elle avait été constituée, donc, normalement, le jour du décès du crédirentier. Aux termes de l'article 1980, « la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu »; cependant, si les arrérages étaient payables d'avance, le terme entier est acquis

au créancier s'il vivait encore au jour où il a commencé (même texte, § 2).

Le crédrentier doit, en conséquence, faire la preuve de son existence lors de chaque échéance; il produit, à cet effet, un *certificat de vie* délivré, le plus souvent, par un notaire.

1392. Résolution du contrat. — Le contrat peut être résolu si le débirentier manque à fournir les sûretés promises (art. 1977), mais non pas s'il cesse de servir les arrérages (art. 1978). Le pacte commissoire de l'art. 1184 n'est donc pas sous-entendu ici; c'est une dérogation aux principes généraux et c'est une nouvelle différence entre la rente perpétuelle et la rente viagère (*sup.* n° 1357); on explique cette dérogation en disant que la résolution tend à rétablir le *statu quo ante*, ce qui, dans l'espèce, serait impossible (*sup.* n° 1142).

Tout au moins la disposition de l'article 1978 n'intéresse-t-elle pas l'ordre public : les parties pourraient convenir que le contrat constitutif de la rente sera résiliable pour défaut de paiement des arrérages (Civ. 24 juin 1913, *D. P.* 1917, 1, 38; Poitiers, 18 nov. 1907, *D. P.* 1908, 2, 167); et même que la résolution aura lieu, de plein droit, à l'expiration d'un délai suivant le commandement (Req. 9 juin 1869, *D. P.* 1870, 1, 82; Rouen, 6 fév. 1874, *D. P.* 1875, 2, 199).

1393. — Même en l'absence de stipulation de ce genre, le crédirentier n'est pas désarmé : s'il ne lui est pas donné d'obtenir la résolution du contrat, il peut du moins saisir et faire vendre les biens de son débiteur et en tirer une somme qui sera placée, au nom du débiteur pour le capital, mais à son propre nom pour la jouissance à titre viager; il obtiendra ainsi des choses, sinon de la personne, le service des arrérages qui lui sont dus (art. 1978).

1394. Le bail à nourriture. — Une personne remet à une autre un capital, en argent ou en nature, en stipulant qu'elle sera, sa vie durant, logée, nourrie et entretenue par l'acquéreur : le contrat ainsi conclu s'appelle le *bail à nourriture*; il s'apparente assez étroitement à la constitution de rente viagère, la différence consistant en ceci que le débiteur fournit ici des redevances, non en argent, mais en nature. D'où la question de savoir si les règles édictées par le Code civil pour la rente viagère doivent être transplantées dans le cadre du bail à nourriture. On écarte la disposition de l'ar-

ticle 1978, et l'on applique le droit commun de l'article 1184, le contrat devenant résoluble si le débiteur n'exécute pas les obligations qu'il avait assumées (Grenoble, 19 fév. 1907, *S.* 1907, 2, 230; Caen, 14 nov. 1935, *S.* 1936, 2, 214) ; mais on est en désaccord sur le point de savoir si l'article 1975 doit être étendu au bail à nourriture. (V. contre l'interprétation extensive, Rennes, 21 mai 1883, *D. P.* 1884, 2, 130; et, en faveur de cette interprétation, trib. civ. Seine, 2 mars 1898, et trib. civ. Toulouse, 22 janv. 1900, *D. P.* 1901, 2, 145).

V. sur le bail à nourriture, la thèse de M. Lalou, Paris, 1900.

LE MANDAT REPRÉSENTATIF, LE MANDAT SANS REPRÉSENTATION ET LA GESTION D'AFFAIRES

1395. Distinctions. — De tout temps, la technique juridique s'est employée à faire en sorte que les effets d'une opération puissent se réaliser, en fin de compte, dans le patrimoine d'une personne qui n'y a pas figuré, apparemment et directement, comme partie; les procédés actuellement employés dans ce but se ramènent à quatre grandes catégories juridiques : 1° le *mandat représentatif*; 2° le *mandat sans représentation*; 3° la *gestion d'affaires*; 4° la *stipulation pour autrui*. Le premier de ces procédés est le plus perfectionné, le plus rapide et le plus sûr; il tient à la fois du concept *conventionnel* et du concept *représentatif*, tandis que le deuxième exclut l'idée de représentation, que le troisième opère en dehors de toute convention et que le quatrième implique au contraire la conclusion d'un contrat (*sup.* n^os^ 270 et suiv.) ; aussi le mandat représentatif correspond-il à une période déjà très évoluée du droit romain et a-t-il pris rapidement l'avantage sur ses deux aînés; il est devenu le mandat *ordinaire*; c'est par son étude que nous commencerons.

Section I. — LE MANDAT REPRÉSENTATIF OU MANDAT ORDINAIRE [1]

1396. Définitions et terminologie. — Le mandat est défini par l'article 1984 : « ... *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose*

[1] G. Madray, *De la représentation en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1931, avec préface de M. Bonnecase.

pour le mandant et en son nom ». Celui qui confère le pouvoir s'appelle *mandant*; celui à qui il est remis est le *mandataire*; l'acte écrit qui est rédigé à l'effet de constater l'accord des parties est dénommé *procuration*; le législateur a commis l'erreur de le confondre avec le contrat lui-même : « *le mandat ou procuration...* » (art. 1984); c'est identifier à tort l'*instrumentum* avec l'acte juridique dont il n'est que l'extériorisation.

Le mandat rentre dans le genre bien plus compréhensif de la *préposition* (*sup.* n° 508); si le mandataire est ordinairement, mais non pas toujours, un préposé (V. Civ. 16 juin 1936, *D. H.* 1936, 427; *sup.* n^{os} 508 et 512), la réciproque est loin d'être exacte : un domestique, un ouvrier sont des préposés; cependant, ils n'ont pas, par rapport au maître ou au patron, la position juridique de mandataires; car ils ne sont pas leur représentants, ils n'agissent pas en leur nom, et en vertu de pouvoirs juridiques qui leur auraient été conférés.

Le mandat est, en principe, conclu *intuitu personæ* (Req. 28 janv. 1936, *S.* 1936, 1, 140; Paris, 22 mai 1919, *S.* 1921, 2, 33, note Bonnecase).

1397. Plan. — Nous devons étudier :

1° Les *caractères* du mandat représentatif;

2° Comment il se *forme* et comment il se *prouve*;

3° Quels *effets* il produit;

4° Comment il *prend fin*;

5° Après quoi nous le rapprocherons de certaines opérations plus ou moins voisines (louage de services; louage d'ouvrage).

§ I. — *CARACTÈRES DU MANDAT ORDINAIRE*

1398. Evolution. — Le mandat a subi, depuis le droit romain, une évolution complexe; à certains égards, il s'est contracté et précisé; à un autre point de vue, il s'est élargi et il s'est assoupli.

1399. I. Contraction et précision de la notion de mandat. — 1° *Idée de représentation.* — Originairement, le mandat romain ne comportait pas l'idée de la représentation à laquelle il n'a cédé qu'assez tard (P. Huvelin, *Cours de droit romain*, t. II, p. 148); en droit moderne, le mandat, du moins tel que le comprend et que l'organise le Code civil, est toujours *représentatif*; le mandataire parle, écrit et agit

au nom du mandant dont il est l'organe et le porte-parole; c'est en son nom qu'il figure sur la scène juridique, de telle sorte que les actes auxquels il procède produisent leurs effets dans le patrimoine du commettant, non dans le sien propre. Ce caractère représentatif du mandat fait partie intégrante de la définition que le législateur donne de cet acte dans l'article 1984; sans doute, il n'est pas d'ordre public et il dépendrait des contractants de l'écarter; mais alors il n'y aurait plus mandat ordinaire, mandat tout court, et bon nombre des règles instituées par le législateur, dans les articles 1984 et suivants, cesseraient de recevoir leur application, notamment pour ce qui est des effets de l'opération et de la capacité exigée chez le mandataire; on se trouverait en présence d'une opération produisant ses effets dans le patrimoine du préposé, qui appartiendrait encore à la grande famille du mandat, mais qui serait régie par un statut particulier (*inf.* n° 1432); lorsqu'il vise le mandat, le législateur se réfère invariablement, en termes exprès ou implicitement, au concept représentatif. La preuve en est qu'il assimile, dans l'article 1984, le mandat à la procuration : si mandat égale procuration, c'est évidemment qu'il implique, comme celle-ci, le concept de la représentation.

1400. — 2° Cette première spécialisation du mandat devait en entraîner fatalement une autre, relative, celle-là, aux *actes susceptibles d'en faire l'objet;* comme la représentation ne se conçoit que pour les *actes juridiques*, ce sont seulement de tels actes qui rentrent dans le cadre du mandat civil, à l'exclusion des simples faits; on ne donne pas une *procuration* à une personne pour élever un mur ou pour effectuer un voyage; l'opération conclue dans ces conditions est un louage d'ouvrage ou un louage de services, et nous verrons combien il importe de la différencier du mandat (inf. n° 1428). Au contraire, en droit romain et alors que l'idée de représentation ne constituait pas le corollaire naturel du mandat, cette opération pouvait porter sur des actes matériels comme sur des actes juridiques : un architecte, un médecin étaient alors traités ainsi que des mandataires; dans notre droit, on estime d'ordinaire que cette qualité ne leur appartient pas, car ils ne répondent pas à la définition de l'article 1984 (sauf pour l'architecte, s'il est chargé de régler les comptes); ils n'ont pas reçu le pouvoir de passer un acte pour le compte du client et en son nom. (Cependant, pour l'architecte, V. en sens con-

traire, Req. 19 juin 1929, *D. P.* 1930, 1, 169, note MINVIELLE; Paris, 23 juill. 1931, *D. H.* 1931, 466).

1401. II. Elargissement de la notion de mandat. — Mandat gratuit et mandat salarié. — Par ailleurs, la notion du mandat s'est élargie et s'est assouplie : essentiellement gratuite autrefois, cette opération comporte aujourd'hui le titre onéreux; sans doute, la gratuité est demeurée le principe; le mandat conserve sa vieille réputation de contrat de bienfaisance (Civ. 29 janv. 1867, *D. P.* 1867, 1, 53; 3 déc. 1929, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 30); mais le législateur lui-même prévoit que le mandataire stipulera une rémunération (art. 1986) et lui accorde, en ce cas, une action pour obtenir le paiement de son dû (art. 1999, § 1).

L'évolution s'est produite dans cette direction aussi complètement qu'il était possible; tandis que, dans le droit romain de l'époque classique, la rémunération stipulée par le mandataire ne pouvait jamais être demandée par l'action née du mandat, mais seulement par une *persecutio extra ordinem* (P. HUVELIN, *op. cit.* t. II, p. 101); tandis que, dans notre ancien droit, Pothier, reproduisant la même solution, rappelle qu'« il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge par un pur office d'amitié de l'affaire qui fait la matière du mandat... » (*contrat de mandat*, n° 22), au contraire le Code civil admet formellement l'intrusion du titre onéreux dans le mandat, sans restriction aucune; sans doute il exige, à cet effet, une convention des parties; mais cette convention peut être tacite aussi bien qu'expresse (Req. 17 juill. 1936, *D. H.* 1936, 428), et l'accord des parties ressort suffisamment sur ce point dela qualité du mandataire dont la profession — avoué, huissier (Paris, 2 juin 1933, *D. P.* 1933, 2, 49, note J. APPLETON), agent de change, agent d'affaires, banquier, architecte, gérant d'immeubles, intendant — consiste à accomplir, contre rémunération, des actes juridiques au nom d'autrui. En droit moderne, on peut dire que le mandat rémunéré constitue, dans la pratique, la règle, tandis que le mandat gratuit, le bon office d'autrefois, est devenu l'exception; ou bien les parties n'ont pas voulu se lier, et alors il n'y a pas de contrat du tout, ou bien elles ont entendu s'engager, et alors, dans la grande majorité des cas, le mandataire a prétendu, expressément ou tacitement, à une rétribution; le mandat a ainsi changé de physionomie, économiquement et juridiquement.

Nous verrons d'ailleurs que cette pénétration du titre oné-

reux entraîne des conséquences juridiques importantes, au moins quant à la responsabilité du mandataire (*inf.* n° 1411).

1402. — Mais il est surtout curieux de relever que le mandat moderne se ressent, malgré tout, de ses origines premières.

1° Les auteurs et la pratique ont une tendance à le traiter, notamment quant à la preuve, ainsi qu'un contrat synallagmatique imparfait, donc ainsi qu'un contrat unilatéral (*inf.* n° 1409) ; cependant, l'obligation, qui incombe au mandant, de payer le salaire convenu, découle bien du contrat lui-même qui en devient donc *synallagmatique*, puisqu'il met des obligations à la charge des deux parties;

2° En souvenir de l'essence gratuite qui était jadis celle du mandat, la jurisprudence attribue aux tribunaux le pouvoir de contrôler le chiffre de la rémunération du mandataire et de la réduire s'ils la jugent excessive (*inf.* 1414); il y a si bien là une survivance du passé que ce pouvoir de révision est admis, non seulement dans le cadre du mandat actuel, mais dans celui du mandat du droit romain qui, on l'a vu, était sensiblement plus large : les honoraires du médecin, du chirurgien, de l'architecte, sont eux-mêmes susceptibles d'être réduits par le juge, encore que ces professions soient actuellement tributaires, sauf controverse pour la dernière d'entre elles, non plus du mandat, mais du louage d'ouvrage (*sup.* n° 1400) ; le souvenir subsiste ainsi d'une époque où les actes matériels eux-mêmes étaient susceptibles de faire l'objet d'un mandat et où, d'autre part, le mandataire ne pouvait pas prétendre, en cette qualité et par l'action du mandat, à une rémunération quelconque.

§ II. — *FORMATION ET PREUVE DU MANDAT*

1403. A. **Formes.** — Les pouvoirs du mandataire n'ont pas toujours leur source dans un contrat : à côté du mandat *conventionnel*, il existe un mandat *légal* (tuteur légal, administrateur légal), un mandat *testamentaire* (tuteur testamentaire) un mandat déféré par le *conseil de famille* (tuteur datif).

Pour nous en tenir au mandat conventionnel, le principe est que cette opération, de nature consensuelle, n'est soumise à aucune formalité particulière (art. 1984 et 1985) : la rédaction d'un écrit n'est pas indispensable, en règle générale, et le mandat peut être donné verbalement (art. 1985,

§ 1), sauf les difficultés de preuve qui surgissent alors dans les termes du droit commun.

Toutefois, cette absence de formalisme n'a qu'une valeur de principe; deux dérogations importantes doivent y être apportées, l'une qui est certaine, l'autre qui est contestable et même généralement repoussée.

1404. Première dérogation. — Lorsque le mandat est donné en vue d'un acte qui doit être revêtu de la forme authentique — un contrat hypothécaire par exemple, ou bien l'acceptation d'une donation — la procuration doit être passée dans la même forme. En effet, l'authenticité est exigée généralement dans l'intérêt des parties dont on a voulu attirer l'attention sur la gravité de l'acte à accomplir et que l'on s'est proposé de protéger contre des erreurs ou des collusions fâcheuses; il importe que le mandant trouve ces garanties, sinon lors de la signature de l'acte qui ne sera point son œuvre mais celle du mandataire, du moins dans la procuration qu'il consent à celui-ci. On relève d'ailleurs d'assez nombreuses applications de celle loi de symétrie dans différents textes (art. 36; 66; 933; l. 21 juin 1843, art. 9 modif. par l. 12 août 1902), et on s'accorde à en reconnaître la valeur générale. Mais il semble bien que la procuration ne serait plus soumise à la forme authentique si l'acte, en vue duquel elle est donnée, était lui-même assujetti à cette forme, non pas dans l'intérêt des parties, mais uniquement dans celui des tiers. (*Sic*, pour la procuration donnée par un débiteur à l'effet de consentir une subrogation, Civ. 5 août 1891, *D. P.* 1892, 1, 217; pour celle qui est donnée en vue d'accepter une cession de créance, Civ. 20 juill. 1892, *D. P.* 1893, 1, 42).

1405. Deuxième dérogation. — Le mandat doit être donné *expressément*; sans doute, l'acceptation, de la part du mandataire, peut être tacite (art. 1985, § 2), mais le pouvoir ne peut être consenti qu'en termes exprès.

Nous fondons cette opinion — très généralement repoussée (V. Req. 13 juin 1936, *S.* 1936, 1, 388, *D. H.* 1936, 393) et qui nous est personnelle, — sur des arguments de texte et sur une considération de prudence et d'équité.

1° Les arguments de texte sont fournis par l'article 1985 et par l'article 1578 : par l'article 1985 qui, prévoyant une acceptation tacite du mandat, de la part du mandataire (al. 2), suppose au contraire que le pouvoir est conféré par le mandant, soit par écrit, soit verbalement (al. 1). L'opposi-

tion est ainsi établie très nettement entre les deux déclarations de volonté; seule, celle qui émane du mandataire peut n'être que tacite et résulter, comme le suppose le texte, de l'exécution même du mandat. D'autre part, l'article 1578, prévoyant le cas où le mari a administré les paraphernaux sans opposition, mais au su de sa femme, le considère comme ayant agi sans mandat : c'est donc qu'un mandat tacite est inopérant;

2° L'opposition établie entre les deux déclarations de volonté est parfaitement justifiée : s'il est légitime d'induire l'acceptation du mandat de certaines indices et par exemple de l'exécution, il serait fort dangereux d'admettre des constitutions de mandataire et des attributions de pouvoirs par simples présomptions; alors s'estomperait la ligne de démarcation entre le mandat et la gestion d'affaires, ce qui serait grave, pratiquement et juridiquement; la volonté du mandant est à la base même de l'opération dont elle constitue l'amorce; on ne doit pas la présumer en vain.

1406. — A cela on objecte, dans l'opinion commune, que la jurisprudence a consacré le mandat tacite dans plusieurs de ses applications; et l'on cite comme exemples typiques d'un tel mandat, le mandat dit *domestique* que le mari est considéré comme donnant à sa femme en vue des dépenses courantes du ménage, ainsi que le mandat donné par les maîtres à leurs domestiques pour les achats quotidiens, notamment pour ceux des provisions de bouche. Cette interprétation nous paraît fort contestable : comme nous l'avons vu, le mandat domestique est un corollaire du mariage, un mandat légal, un mandat *de droit*, bien plutôt qu'un mandat conventionnel, car il ne dépendrait pas du mari de s'y dérober ou de le révoquer arbitrairement (*sup.* t. I, n° 603 *bis*); quant au mandat donné par les maîtres aux domestiques, il est évident, pour nous, qu'il n'est autre qu'un mandat verbal, donc un mandat exprès et non pas tacite; en chargeant sa cuisinière d'aller faire des achats chez l'épicier ou chez le boucher, la maîtresse de maison lui donne incontestablement mandat, non pas tacitement, mais expressément, de traiter en son nom.

Nous concluons donc, avec l'article 1985, que le mandat doit être donné expressément par le mandataire et que, seule, l'acceptation du mandataire peut être tacite.

1407. B. **Objet du mandat; son étendue.** — 1° Le mandat doit avoir un objet *déterminé* et *licite*, par application des principes généraux en matière d'obligations, nous

rappelons qu'en outre cet objet ne peut consister, dans la conception moderne du mandat, que dans des actes juridiques, à l'exclusion des actes matériels (*sup.* n° 1400);

2° Le mandat est *spécial* ou *général* : spécial, s'il est donné pour une affaire ou certaines affaires seulement; général, s'il s'étend à toutes les affaires du mandant (art. 1987). En vue de trancher des difficultés d'interprétation, le Code civil décide que le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988, § 1) et qu'un pouvoir spécial et exprès est nécessaire s'il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer ou de procéder à tout autre acte de disposition intéressant la propriété elle-même (art. 1988, § 2).

1408. C. Capacité des parties. — 1° Le *mandant* doit avoir la capacité de contracter; mais de plus, et comme les actes en vue desquels il confère des pouvoirs au mandataire produisent leurs effets dans son propre patrimoine, on exige qu'il ait la capacité d'y procéder; c'est ainsi que, si le mandat intervient en vue de la vente d'un immeuble, le mandant doit être capable d'aliéner le bien en question;

2° Pour la même raison, et du moment que les actes accomplis par le mandataire n'intéressent pas son patrimoine ni sa personne, on se montre peu exigeant en ce qui concerne sa capacité; il n'est pas nécessaire qu'il soit capable de procéder à ces actes pour son compte personnel : autre chose est le pouvoir, autre chose la capacité (*sup.* t. I, n^os^ 305 et 306); c'est ainsi qu'une femme mariée pouvait accomplir, en tant que mandataire de son mari ou en qualité de tutrice de ses enfants et dès avant la loi du 18 février 1938, des actes auxquels elle n'aurait pas pu valablement procéder pour son compte personnel. Aussi le Code civil décide-t-il que les *femmes* et les *mineurs* émancipés peuvent être choisis pour mandataires (art. 1990), et on s'accorde à faire bénéficier de ce libéralisme tous les incapables, pourvu cependant qu'ils soient doués de discernement. D'ailleurs, il n'est pas prudent, pour le mandant, de donner une procuration à un incapable, voire à une femme mariée agissant seule, sans l'intervention de son mari, car un tel mandataire serait fondé à se prévaloir de son incapacité ou de son défaut de pouvoirs, de son défaut de qualification, sinon vis-à-vis des personnes avec qui il contracte au nom de son commettant, du moins *dans ses rapports avec ce commettant lui-même*; c'est à quoi fait allusion l'article 1990 lorsqu'il déclare que « *le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales relatives aux obliga-*

tions des mineurs, et contre la femme mariée et qui accepte le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux ».

1409. D. **Preuve du mandat.** — Le mandat est soumis au droit commun de la preuve; au-dessus de cinq cents francs, les témoignages ou les présomptions ne seraient donc recevables que s'il existait un commencement de preuve par écrit, par exemple une procuration signée du seul mandant et non du mandataire (Voy. cependant *sup.* n° 171, mais aussi n° 215).

Pratiquement, et du moment que l'affaire est quelque peu importante, on dresse une *procuration*, laquelle est signée des deux parties. Logiquement, et du moment que le mandat rétribué est un contrat synallagmatique (*sup.* n° 1402), cet écrit devrait être rédigé en double (Req. 15 mars 1933, S. 1933, 1, 147; — art. 1325; *sup.* n° 173). Cependant, et notamment dans la pratique bancaire, on suit des errements tout différents; un seul exemplaire est rédigé, sur lequel on on fait précéder la signature du mandant de la formule « *Bon pour pouvoir* »; c'est-à-dire qu'on traite le mandat, quant à la preuve écrite, non comme un contrat synallagmatique, mais comme une opération unilatérale (V. Lalou, *Les exigences abusives du « bon pour »*, *D. H.* 1933, Chr. p. 33); il y a là une pratique qui s'explique peut-être historiquement, par la survivance d'une époque où le mandat, nécessairement gratuit, n'engendrait par lui-même d'obligations que d'un seul côté et rentrait ainsi dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, elle-même assimilée par la suite à celle des contrats unilatéraux.

§ III. — *EFFETS DU MANDAT*

1410. Plan. — Distinguons : 1° les rapports des parties entre elles; 2° leurs rapports avec les tiers; 3° la substitution de mandat.

1411. I. **Rapports des parties entre elles.** — Le mandat, opération synallagmatique, fait naître des obligations à la charge des deux parties; nous examinerons successivement celles qui incombent au mandataire, puis celles dont peut être tenu le mandant.

A. **Obligations du mandataire.** — Elles ressortissent à deux catégories : le mandataire doit exécuter le mandat,

après quoi il est tenu de rendre compte de sa mission :

1° Il doit exécuter complètement et fidèlement le mandat qui lui a été confié (art. 1991), sinon sa responsabilité serait engagée, non seulement à raison de son dol ou des fautes lourdes qu'il aurait commises, mais en suite des fautes simples qui seraient relevées à sa charge; la loi veut qu'il se comporte ainsi qu'un administrateur diligent, ainsi qu'un bon père de famille; il répond de la *culpa levis in abstracto*; cependant, le Code civil ajoute que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire (art. 1992, § 2); cette formule est assez vague, intentionnellement; nous pensons qu'elle a une double portée : d'une part, le juge sera moins sévère dans l'appréciation des fautes; d'autre part, et s'il reconnaît que la responsabilité du mandataire est engagée, il devra faire preuve de modération dans la fixation des dommages-intérêts. Comme on le voit, l'immixtion du titre onéreux dans le mandat a pour effet, sinon de changer la nature du contrat, de le faire passer dans une catégorie juridique différente, du moins d'en modifier les effets.

1412. Pluralité des mandataires. — Lorsque plusieurs mandataires sont chargés de la même affaire, le Code civil décide, contrairement à la tradition romaine, qu'ils ne sont pas tenus solidairement envers le mandant, à moins que la solidarité n'ait été établie entre eux par une clause expresse (art. 1995). Il en va cependant différemment et la solidarité est de droit entre les différents co-mandataires :

a) En matière *commerciale*;

b) Lorsque les mandataires sont des exécuteurs testamentaires (art. 1033).

1412*bis*. — 2° Le mandataire doit *rendre compte de sa gestion* (art. 1993). C'est là une obligation générale et essentielle : elle incombe à tout mandataire, et on ne comprendrait pas qu'il en fût dispensé, car la clause qui tendrait à ce résultat placerait le mandant à sa merci.

Le Code civil veut que le mandataire fasse raison à son commettant « *de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration* »; et il ajoute : « *quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* » (art. 1993). Quant aux *intérêts* des sommes qu'il a touchées, il n'en est redevable, conformément au droit commun des obligation (art. 1146), qu'« *à compter du jour qu'il est mis en demeure* » (art.

1996), à moins cependant qu'il n'ait employé l'argent à son usage : il en devrait alors l'intérêt à dater de cet emploi et sans mise en demeure (même texte).

1413. B. **Obligations du mandant.** — Elles sont de deux catégories : 1° le mandataire doit être rendu indemne; 2° il doit recevoir le salaire auquel il peut avoir droit.

1° Le mandataire doit être rendu *indemne* (sans d'ailleurs que cette règle touche à l'ordre public; il peut y être dérogé, plus ou moins complètement, expressément ou implicitement, par la convention des parties : Req. 9 fév. 1938, *D. H.* 1938, 213) . Il ne faut pas qu'il soit constitué en perte par l'exécution de sa mission : il porte donc en compte, au passif du mandant, les sommes déboursées à cette occasion, et aussi les pertes que l'exécution du mandat a pu lui infliger, du moins lorsqu'aucune faute ne lui est imputable (art. 1999 et 2000). S'il a fait des *avances*, il a droit aux intérêts du jour du déboursé, *sans mise en demeure*, par dérogation au droit commun de l'article 1153 (art. 2001); et tout ceci quand bien même l'affaire n'aurait pas réussi (art. 1999, § 2).

Les dommages causés à la personne doivent être réparés aussi bien et au même titre que les dommages d'ordre matériels (V. pour le cas d'un mandataire tué au cours de l'éruption du mont Pelé, à la Martinique, Req. 28 oct. 1907, *D. P.* 1908, 1, 481, note Boistel) : en somme, c'est une obligation contractuelle de sécurité qui incombe au mandant et vis-à-vis du mandataire;

1414. — 2° Le mandataire peut réclamer le paiement du *salaire* auquel il a droit (art. 1999, § 1), et dont la stipulation n'a pas modifié la nature du contrat; de nos jours, le mandat peut être construit sur le type onéreux (*sup.* n° 1401). Cependant, il reste de la conception romaine cette survivance que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux le droit de contrôler le salaire et de la réduire si elle le juge excessif, c'est-à-dire hors de proportion avec le service rendu; c'est une véritable révision judiciaire du contrat qui est alors effectuée, pour cause de *lésion*, contrairement à la règle d'après laquelle les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134, § 1); et, comme la remarque en a été déjà présentée, cet interventionnisme judiciaire fait sentir son action, non seulement dans le domaine du mandat proprement dit, mais dans celui du mandat romain tout entier : les honoraires du médecin, du chirurgien, de l'avo-

cat ou de l'architecte peuvent être révisés et réduits tout comme ceux de l'avoué, du notaire, du commis-voyageur, de l'homme d'affaires, ou du gérant d'immeubles (Req. 8 avril 1872, *D. P.* 1873, 1, 259; Civ. 13 mai 1884, *D. P.* 1885, 1, 21; Req. 11 mars 1913, *D. P.* 1913, 1, 408; 28 mai 1913, *D. P.* 1916, 1, 271; Civ. 24 avril 1914, *D. P.* 1917, 1, 1, note SARRUT; Agen, 4 mars 1889, *D. P.* 1890, 2, 281; Paris, 4 déc. 1895, *D. H.* 1896, 2, 438; Bordeaux, 16 fév. 1900, *D. P.* 1901, 1, 206; Alger, 31 déc. 1908, *S.* 1910, 2, 14; Rouen, 26 oct. 1928, *D. H.* 1928, 599; Amiens, 15 mai, 1929, *D. H.* 1929, 451).

Cette généralité de la décision montre bien que cette théorie de la revision des honoraires du mandataire dérive en droite ligne du caractère gratuit de l'opération, jadis considéré comme essentiel; c'est d'ailleurs le point de vue auquel se placent les arrêts (Civ. 29 janv. 1867, *D. P.* 1867, 1, 53; Lyon, 15 mars 1893, *La loi*, 1893, p. 815; — Comp. MAURY, *La lésion dans les contrats*, *Rev. crit. internat.* 1936).

La réduction ne serait plus possible si les honoraires n'avaient été promis et fixés qu'après l'exécution du mandat, donc en connaissance de cause et à une époque où le mandant ne subissait plus l'influence du mandataire (Douai, 29 janv. 1931, *D. H.* 1932, *Sommaires*, p. 8, col. 3).

1415. Solidarité des mandants. — Aux termes de l'article 2002, « *lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat* ». Donc la *solidarité légale*, qui n'existe pas entre co-mandataires, est imposée aux co-mandants. La jurisprudence fait application de ce texte au profit des *notaires*, pour le paiement des frais et honoraires des actes par eux rédigés et auxquels plusieurs clients ont participé (Civ. 23 oct. 1889, *D. P.* 1890, 1, 390; Req. 17 juin 1890, *D. P.* 1891, 1, 272), ainsi qu'en faveur des *avoués* qui ont occupé pour plusieurs plaideurs, dans une même affaire (Bordeaux, 15 déc. 1840, DALLOZ, Répertoire, v° *avoué*, 115). Mais on s'accorde à limiter le domaine de la solidarité au mandat *conventionnel* : en effet, l'article 2002 suppose que le mandataire a été *constitué* par plusieurs personnes : c'est ainsi que les mineurs dont les intérêts sont gérés par un même tuteur ne deviennent pas ses débiteurs solidaires.

1416. Droit de rétention du mandataire. — Il est admis que le mandataire bénéficie du droit de rétention sur

les objets qui lui ont été remis pour ou à l'occasion de l'exécution du mandat, jusqu'au paiement de ce qui lui est dû à raison de sa mission; il y a, en effet, *debitum cum re junctum* (*inf.* n^os^ 1465 et suiv.; 1474).

1417. II. Rapports des parties avec les tiers. — On suppose que le mandataire s'est présenté comme tel aux personnes avec lesquelles il a contracté et qu'il a donc traité au nom et pour le compte du mandant; les rapports avec les tiers tiennent alors dans les deux propositions suivantes :

1° Les actes passés par le mandataire, dans la limite de ses pouvoirs, produisent tous leurs effets dans la personne et dans le patrimoine du mandant, et cela au point de vue actif comme au point de vue passif. D'une part, les droits sont acquis directement par lui; d'autre part, les obligations assumées le lient personnellement, *omisso medio*, sans passer par le patrimoine du mandataire (art. 1998, § 1);

2° A l'inverse, les mêmes actes, bien qu'émanant du mandataire, sont sans effet à son égard; ils ne le rendent ni créancier, ni débiteur, ni propriétaire; ils traversent en quelque sorte sa personnalité, sas s'y arrêter et sans en être influencés.

En un mot, tout se passe comme si les actes avaient été conclus par le mandant, qui doit être considéré comme y ayant été partie, alors que le mandataire, en dépit des apparences, est demeuré en dehors du *negotium*. Ainsi le veut le principe de la *représentation* dont nous avons indiqué précédemment la signification juridique (*sup.* n° 1399); en conséquence, les écrits sous seing privé signés par le mandataire font foi de leur date à l'égard du mandant, encore que cette date n'ait pas été rendue certaine dans les termes de l'article 1328.

1418. Du cas où le mandataire a dépassé ses pouvoirs. — Si le mandataire a dépassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la procuration, les règles suivantes reçoivent leur application.

1° Le mandant n'est pas lié; le standard de la représentation ne joue plus et l'on en revient à la règle « *res inter alios acta*... » (art. 1998, § 2);

Cependant, cette première règle comporte deux correctifs :

a) Le mandant est lié par les actes du mandataire du moment qu'il les a ratifiés, expressément ou tacitement (art. 1998, § 2), sous une forme quelconque (Req. 2 déc.

1935, *S.* 1936, 1, 72, *D. H.* 1936, 52) : il se les est ainsi appropriés;

b) Il serait encore tenu personnellement envers les tiers s'il avait commis une faute caractérisée, soit que les termes de la procuration fussent ambigus, soit qu'il eût donné à entendre que les pouvoirs de son préposé étaient plus larges qu'ils ne l'étaient réellement, soit même, et plus généralement, que les tiers eussent « de sérieuses raisons de croire que le mandataire agisait dans la limite de ses pouvoirs » (V. Req. 14 janv. 1920, *S.* 1920, 1, 272; 11 mai 1936, *S.* 1936, 1, 223; Paris, 25 mars 1892, *D. P.* 1892, 2, 263);

2° Quant au mandataire, qui a, par hypothèse, excédé ses pouvoirs, il ne s'engage pas non plus, en principe, envers les personnes avec lesquelles il a traité indûment, car il n'a pas agi en son nom personnel, mais au nom de son commettant; il n'a pas voulu s'obliger. Il n'en irait autrement que s'il avait commis, de son côté, une faute caractérisée, et notamment s'il s'était rendu coupable d'un dol (Req. 12 nov. 1907, *D. P.* 1908, 1, 87, *S.* 1910, 1, 498; 11 mai 1909, *S.* 1910, 1, 500, *D. P.* 1910, 1, 47).

1419. III. **De la substitution de mandat.** — Pour résoudre les questions de savoir si le mandataire peut se substituer un tiers pour l'exécution du mandat et quelles sont les conséquences de cette substitution, trois éventualités sont à différencier :

1° La convention interdisait formellement la substitution. Cette clause prohibitive a un caractère obligatoire; si le mandataire la transgresse, d'une part son substitué n'a pas qualité pour représenter le mandant, d'autre part la faute qu'il a commise est susceptible d'engager sa responsabilité, à l'occasion, envers ce dernier;

2° A l'inverse, la procuration autorisait le mandataire à se substituer une ou plusieurs personnes pour l'exécution de tout ou partie du mandat; en ce cas, la substitution est régulière; mais, quant à savoir si le mandataire répond de la gestion d'un substitué, de nouvelles distinctions deviennent nécessaires : 1. la responsabilité est écartée si le substitué a été nommément désigné dans la procuration; 2. si, au contraire, la convention ne contenait pas de désignation de personne, le mandataire répond de la gestion du substitué, mais uniquement s'il a fait choix d'une personne *notoirement incapable ou insolvable* (art. 1994) : il est tenu de la *culpa in eligendo*;

3° Si la procuration n'a pas prévu la possiblité d'une

substitution, le mandataire peut cependant se substituer une tierce personne, à moins cependant que le service prévu ne puisse être rendu exactement que par lui seul (arrêt précité, Req. 28 janv. 1936); s'il use de cette faculté, il devient responsable, dans tous les cas et sans restriction, des actes de son substitué qu'il est considéré, en quelque sorte, comme s'appropriant.

1420. Rapports du mandant et du substitué. — 1° Les actes accomplis par le substitué, que l'on suppose avoir été régulièrement constitué, produisent leurs effets à l'égard du mandant; la représentation fait son œuvre doublement, à travers les personnes du substitué et du mandataire;

2° Dans tous les cas, le mandant a une *action directe* contre le substitué, en sorte qu'il n'a pas à concourir avec les autres créanciers du mandataire; les sommes dont le substitué est comptable lui parviennent sans avoir à traverser le patrimoine du mandataire; de cette façon, il a, à peu près, l'équivalent d'un privilège (ar. 1994, § 2).

§ IV. — *FIN DU MANDAT*

Articles 2003 à 2010.

1421. Enumération. — Le mandat peut prendre fin par des causes très diverses, les unes *normales*, les autre *exceptionnelles*.

Les causes *normales* sont la *consommation de l'affaire* et l'arivée du *terme* prévu dans la procuration; elles ne nécessitent pas de commentaires particuliers.

Les causes *exceptionnelles* sont :

1° La *volonté* unilatérale de l'une des parties;

2° Le *décès* de l'une d'elles;

3° La *faillite* ou la *déconfiture* de l'une ou de l'autre;

4° Leur *interdiction* ou leur *internement*.

1422. I. Volonté unilatérale de l'une des parties. — Le mandant peut *révoquer* le mandat, de même que le mandataire a la faculté d'y *renoncer*.

A. *Révocation du mandat. — Principe.* — Le mandant peut révoquer sa procuartion *quand bon lui semble* (ar. 2004); le mandat est révocable *ad nutum*; c'est qu'en effet, il est affaire de confiance; or, la confiance ne se commande pas; si elle vient à disparaître, l'armature de l'opération

fléchit; le commettant doit pouvoir se dégager à son gré en révoquant la procuration, soit *expressément*, soit *tacitement* : c'est ainsi que la constitution d'un nouveau mandataire, pour la même affaire, vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci (art. 2006). Mais, en toute occurrence, le mandant fera prudemment d'aviser les tiers intéressés, sans quoi ceux-ci pourraient arguer de leur bonne foi et les actes qu'ils passeraient avec le mandataire révoqué, dans l'ignorance de la révocation, lieraient le commettant qui en serait ainsi réduit à un recours contre le madataire obstiné (art. 2005).

1423. Les dérogations. — Le droit de révocation n'appartient pas toujours et nécessairement au mandant :

1° D'une part, ce droit n'est pas d'ordre public; il n'existe que par interprétation de la volonté des parties; en conséquence, il dépend de celles-ci de déroger, par une clause expresse, à la révocabilité du mandat (Req. 8 avril 1857, *D. P.* 1858, 1, 134; 9 juill. 1885, *D. P.* 1886, 1, 310);

2° D'autre part, et pour la même raison, la faculté de révocation n'existe que si le mandat est intervenu dans le seul intérêt du mandant; elle disparaît du moment que l'opération est conçue dans l'intérêt du mandataire (Bordeaux, 27 avril 1885, *D. P.* 1886, 2, 263), ou dans l'intérêt commun des deux parties (Civ. 11 fév. 1891, *D. P.* 1891, 1, 197), ou dans celui d'un tiers, ou enfin dans l'intérêt commun d'un tiers et de l'une des parties ou de toutes deux (Orléans, 31 juill. 1883, *D. P.* 1885, 2, 20; Amiens 28 janv. 1892, *D. P.* 1893, 2, 158); en un mot, du moment qu'elle cesse d'intéresser exclusivement le commettant. Mais il est à noter que, d'après la jurisprudence, la stipulation d'un salaire ne suffit pas à faire considérer le mandat comme constitué dans l'intérêt du mandataire et que cefte circonstance ne met donc pas obstacle, par elle-même, à la révocation; à cet égard, l'immixtion du titre onéreux dans l'opération n'en modifie pas les effets (Civ. 4 mars 1914, *D. P.* 1916, 1, 68).

1424. L'abus du droit de révocation. — Bien qu'on ne trouve, dans le Code civil, aucune disposition venant conditionner le droit de révocation, il est admis, en jurisprudence et en doctrine, que ce droit n'est point absolu, mais *relatif;* il ne peut être exercé qu'à bon escient, pour un *motif légitime*, sans quoi la responsabilité du mandant pourrait être engagée envers le mandataire à qui son repentir

causerait un préjudice; encore que le mandat puisse être révoqué *ad nutum*, sa rétractation offre une prise à l'*abus*, par exemple si elle procède du désir de nuire ou d'un simple caprice ou du désir de s'approprier la clientèle du mandataire (Req. 31 mars 1931, *S.* 1931, 1, 200); d'une façon générale, si elle n'est pas *justifiée* par les circonstances dans lesquelles elle intervient, par une cause plausible (Req. 2 juin 1924; *Rev. trim.* 1924, p. 1008; Lyon, 6 avril 1895 *D. P.* 1895, 2, 431; Douai, 20 avril 1891, *D. P.* 1892, 2, 51; Nancy, 2 fév. 1909, *D. P.* 1910, 2, 268; Paris, 27 déc. 1930, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 89).

1425. B. **Renonciation du mandataire.** — De son côté, le mandataire a la faculté de s'évader de l'opération en notifiant au mandant sa renonciation (art. 2007, § 1); mais, pas plus que le droit de révocation du mandant, cette faculté n'est sans limites; elle en comporte qui sont tracées par le Code civil lui-même et qui ressortissent, elles aussi, au concept de l'*abus* : aux termes de l'article 2007, § 2, le mandataire qui se désiste doit indemniser le mandant du préjudice que lui cause sa décision, à moins cependant qu'elle ne s'explique, de sa part, par l'impossibilité où il se trouvait de continuer le mandat *sans en éprouver lui-même un préjudice considérable*. On admet donc que le mandataire donne le pas à ses propres intérêts sur ceux de son commettant : « charité bien ordonnée commence par soi-même ». C'est là le seul motif légitime qui soit admis par la loi; en son absence, la renonciation du mandataire serait abusive et risquerait donc d'engager sa responsabilité envers le mandant.

1426. II. **Décès de l'une des parties.** — Le mandat étant conclu *intuitu personæ*, prend fin par le décès de l'un des contractants, mandant ou mandataire (art. 2003); la confiance est personnelle, elle ne se transmet pas d'auteur à héritiers.

Dérogations et tempéraments. — 1° Aux termes de l'article 1991, § 2, le mandataire est tenu d'achever sa gestion, malgré le décès du mandant, lorsqu'il y a péril en la demeure;

2° En cas de décès du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, *à ce que les circonstances exigent* (art. 2010);

3° Les parties peuvent déroger au caractère intransmissible du mandat, tant du côté du mandant que de celui du mandataire; leur volonté peut s'induire implicitement des

circonstances dans lesquelles la procuration a été donnée et du but auquel elle tend (Limoges, 1er fév. 1935, S. 1935, 2, 148) ; il arrive, en effet, que la mission du mandataire ne puisse s'exécuter qu'après le décès du mandant; tel est le cas de cette variété particulière du mandat qu'est l'*exécution testamentaire* (art. 1025 et suiv.).

1427. III. **Faillite ou déconfiture.** — La loi considère que la *déconfiture* de l'une des parties, mandant ou mandataire, met fin à la confiance réciproque qui devait présider à leurs rapports (art. 2003) et on s'accorde à reconnaître la même influence, pour les mêmes raisons, à la *faillite*.

1427*bis*. IV. **Interdiction ou internement.** — L'*interdiction* de l'un des contractants ne permet plus le prolongement des rapports de confiance et d'intérêt qu'implique le mandat: un mandataire interdit n'est plus en état de s'acquitter de sa mission; un mandant interdit ne peut plus maintenir le pouvoir qu'il avait conféré ni en surveiller l'exécution (art. 2003).

On s'accorde à interpréter extensivement l'article 2003 en assimilant à l'interdiction l'*internement* d'un aliéné non interdit : c'et un principe que l'internement imite l'interdiction (*sup.*, t. I, n° 558).

§ V. — *LE MANDAT ET LE LOUAGE DE SERVICES OU D'OUVRAGE*

1428. I. **Mandat et louage de services.** — A. **Intérêts de la distinction.** — Nombreuses sont les différences qui séparent les deux catégories juridiques :

1° Le mandat est naturellement *gratuit*; le louage de services ou contrat de travail est nécessairement établi sur le type onéreux (*sup.* nos 1259, 1269) ;

2° Aussi les tribunaux se reconnaissent-ils le droit de modérer les honoraires du mandataire (*sup.* n° 1414), alors qu'ils n'ont pas celui de réduire le salaire de l'ouvrier ou de l'employé;

3° Le louage de services est toujours et certainement synallagmatique, tandis que la plupart des auteurs rangent le mandat *gratuit* dans la catégorie des contrats synallagmatiques dits imparfaits;

4° Le mandataire *représente* le mandant; il parle et il agit au nom de celui-ci; il fait naître des droits en sa faveur ou contre lui; un tel pouvoir n'appartient pas à celui qui a loué ses services;

5° Le mandat ne peut avoir pour objet que des actes *juridiques*; le contrat de travail porte, normalement, sur des actes *matériels*;

6° Le mandataire doit *rendre compte* de sa gestion; cette obligation serait sans objet en ce qui concerne l'ouvrier ou l'employé;

7° La loi établit la *solidarité* entre les co-mandants (*sup.* n° 1415), mais non entre ceux qui emploient le même ouvrier ou le même employé;

8° Celui qui engage ses services est protégé par la législation des *accidents du travail* (L. 9 avril 1898 et lois postérieures); le mandataire ne saurait prétendre à cette protection;

9° Le droit de résiliation unilatérale, qui existe dans les deux cas, est soumis à des statuts différents : c'est ainsi que l'article 1780 en limite le fonctionnement au louage de services à durée indéterminée, tandis qu'il existe même dans le mandat conclu pour une durée préfixe; mais, à l'inverse, le droit de révocation n'est reconnu au mandant qu'autant que la procuration avait été consentie par lui dans son intérêt exclusif (*sup.* n° 1423); d'autre part, la renonciation du mandataire devient abusive et risque donc d'engager sa responsabilité du moment qu'il pouvait continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (art. 2007, § 2); il y a là une précision du motif légitime qui n'existe pas en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail.

1429. B. **Critère de la distinction.** — Ce critère est fourni par les intérêts mêmes de la distinction, ou du moins par plusieurs d'entre eux : la gratuité est nécessairement exclusive du contrat de travail, comme aussi le concept de la représentation juridique; à quoi il convient d'ajouter que le mandataire jouit, dans l'accomplissement de sa mission, d'une certaine indépendance que ne connaît pas celui qui engage ses services; il n'est pas « au service » du mandant; il est son représentant, non son domestique, son ouvrier ou son employé, et c'est bien pourquoi la législation des accidents du travail n'est pas faite pour lui.

Il faut d'ailleurs remarquer que la notion du mandat peut coexister et se conjuguer avec celle du contrat de travail : le domestique qui fait des achats pour le compte de son maître agit en tant que mandataire (*sup.* n° 1406).

1430. II. **Mandat et louage d'ouvrage.** — A. Les *intérêts* de la distinction sont à peu près les mêmes que pour

la distinction précédente : notamment, le louage d'ouvrage exclut le titre gratuit (*sup.* n° 1287) et il ne comporte ni le pouvoir de représentation, ni la solidarité légale entre les maîtres, ni l'obligation, pour le locateur, de rendre compte, ni, en sa faveur, l'application de la législation des accidents du travail. Quant à l'*action directe* de l'article 1798, elle obéit à un tout autre statut que celle de l'article 1994, § 2 : au lieu de descendre du mandant au substitué, elle remonte de l'ouvrier au propriétaire pour lequel les ouvrages ont été faits (*sup.* n° 1294).

1431. B. **Critère de la distinction.** — On ne le rencontre plus ici dans un rapport de dépendance plus ou moins grand, car, comme le mandataire et à la différence de celui qui loue ses services, le locateur d'ouvrage conserve une certaine indépendance et a la direction de l'entreprise; c'est dans le concept représentatif que la solution doit être cherchée : là où une *procuration* est inconcevable, il n'y a pas place pour un *mandat;* un *médecin*, un *chirurgien*, un *dentiste* ne représentent pas juridiquement leurs clients; ils n'ont donc pas la qualité de mandataires; ils sont des locateurs d'ouvrage, des entrepreneurs au sens le plus large du mot (*sup.* n° 1287) ; de même pour l'*architecte*, du moins en tant qu'il dresse des plans ou qu'il surveille des travaux; il en irait autrement et la qualité de mandataire apparaîtrait s'il traitait avec des entrepreneurs au nom de son client, ou encore s'il procédait au règlement de leurs comptes; une procuration écrite est alors concevable. On sait que l'*avoué* est le mandataire de son client, tandis que cette qualité est ordinairement refusée à l'avocat (Civ. 19 déc. 1899, *D. P.* 1900, 1, 105, note Claro; Jean Appleton, *Traité de la profession d'avocat*, 2e éd., nos 218 et suiv.; — V. cependant, Agen, 4 mars 1889, *D. P.* 1890, 2, 281; note Glasson; Paris, 26 fév. 1908, *S.* 1909, 2, 297, note Wahl).

Section II. — LE MANDAT SANS REPRÉSENTATION

LE PRÊTE-NOM

1432. Hypothèse. — On conçoit l'existence d'un mandat sans pouvoir de représentation correspondant; le mandataire se présentera au public non pas en cette qualité, non pas *ès qualités*, mais bien en personne; il traitera, non pas *alieno nomine*, mais *proprio nomine*. Alors, le mandat restera une affaire d'*ordre intérieur;* il ne dépassera pas le

cercle des parties; il ne rayonnera pas au dehors. En outre — et la remarque est essentielle — même entre les parties, il ne produira pas ses effets ordinaires; les actes accomplis par le mandataire ne rendront pas le mandant créancier, débiteur ou propriétaire; une translation deviendra nécessaire entre eux des droits et des obligations qui, nés dans le patrimoine du mandataire, doivent ensuite être déversés dans celui du mandant; de telle sorte que le défaut de représentation fait sentir son influence, non seulement dans les rapports des parties avec le public, mais aussi dans les relations des parties entre elles.

Dès lors, il est impossible de voir dans le mandat sans représentation un mandat véritable; expurgé de sa caractéristique naturelle, il n'est plus que l'ombre de lui-même; il est réduit à l'état de mandat incomplet, de mandat imparfait; un mandataire sans pouvoir de représentation ne parle plus, n'agit plus au nom de son commettant; il fait son affaire, à lui-même, sauf ensuite à en rendre compte au mandant.

1433. **Distinction.** — En écartant le concept de la représentation, les parties peuvent prendre deux attitudes très différentes, selon qu'elles agissent ostensiblement ou secrètement:

1° *Ostensiblement.* — Le mandataire non représentatif est un mandataire avoué, dont la qualité s'étale au grand jour : c'est un *commissionnaire*. Ceux qui traitent avec lui savent parfaitement que, derrière sa personnalité, existe celle d'un commettant pour le compte de qui les opérations sont effectuées. Mais peu leur importe; c'est au commissionnaire qu'ils ont affaire; c'est avec lui qu'ils traitent; c'est sa solvabilité qu'ils prennent en considération, non celle du commettant avec qui ils n'ont aucun rapport, ni juridique, ni d'affaires. Tel est le mécanisme de la *commission*, mandat sans représentation, mais mandat ostensible, qui relève du droit commercial et que nous n'avons pas à étudier ici.

1434. — 2° *Secrètement. — Le prête-nom.* — Le mandat consenti n'est pas avoué; les parties le dissimulent aux yeux de tous; le mandataire se présente au public comme agissant personnellement et pour son propre compte; il masque systématiquement la personnalité de son mandant; il lui sert d'écran; il donne le change aux tiers; il joue le rôle de *prête-nom* [1]; c'est lui qui est censé vendre, acheter, emprun-

[1] V. la thèse de M. Lerebours-Pigeonnière, Caen, 1898 ; et les notes

ter, posséder, plaider pour son propre nom, alors qu'en réalité il est l'organe, sinon le représentant juridique d'un commettant qui se dissimule soigneusement derrière lui; il joue le rôle de *personne interposée*.

1435. Utilité du prête-nom. — En recourant à cette combinaison, les parties poursuivent l'un des deux buts suivants, sinon les deux :

a) Le commettant veut dissimuler sa personnalité à l'autre partie, au cocontractant; par exemple, désireux d'acheter un immeuble, il craint qu'à raison de sa situation de fortune ou parce qu'on sait que l'acquisition présente pour lui un caractère d'urgence absolue, on ne lui fasse des conditions trop dures; il mettra en avant un comparse qui traitera prétendument pour son compte personnel et qui lui retransférera l'immeuble ainsi acquis;

b) Le commettant veut procéder à un acte qu'il n'a pas le droit de faire ostensiblement et pour son compte personnel; c'est, par exemple, une congrégation non autorisée qui se propose d'acquérir et de posséder un immeuble; elle mettra en avant une personne qui prétendra acheter puis posséder pour son compte personnel. En pareil cas, ce n'est pas le public que l'on veut abuser, mais c'est la loi elle-même qu'on prétend tourner; on commet une *fraude à la loi*.

1436. Validité du prête-nom. — Le prête-nom n'est pas nul en principe, car on sait que la simulation, même poussée à l'extrême, ne vicie pas, à elle seule, les actes juridiques (*sup.* n° 323; Civ. 21 juin 1897, *D. P.* 1897, 1, 557). Mais il va sans dire que l'acte simulé ne peut pas valoir davantage que l'acte ostensible; si la fraude à la loi est prouvée, l'acte sera nul, comme le décide, pour les opérations conclues au profit de congrégations religieuses par des personnes interposées, l'article 17 de la loi du 1er juillet 1901, laquelle établit même des présomptions d'interposition de personnes, susceptibles d'ailleurs d'être combattues par la preuve contraire.

1437. Effets du prête-nom. — On distingue les rapports des parties entre elles et leurs rapports avec les tiers.

a) Dans les rapports des *parties* entre elles, la convention

de M. R. Beudant *D. P.*, 1893, 1, 369 et de Mlle Jack, *S.*, 1935, 1, 137. Il faut observer que la dénomination de prête-nom offre un double sens; tantôt elle sert à désigner le mandataire, et tantôt elle s'applique à l'opération elle-même, variété du mandat.

de prête-nom reçoit exactement son application, à la supposer valable, c'est-à-dire lorsqu'elle ne cache pas une fraude à la loi. Les règles du mandat s'appliquent, en ce sens du moins que le prête-nom doit rendre compte de sa mission au commettant, et notamment, s'il y a lieu, lui transférer la propriété des biens qu'il a acquis, ou, suivant les cas, lui remettre les loyers ou fermages des immeubles qu'il a achetés et dont la propriété continue à résider sur sa tête;

b) Les *tiers* ne connaissent pas l'arrangement intervenu entre les parties; c'est avec le prête-nom qu'ils ont traité, c'est à lui qu'ils ont affaire, lui qu'ils ont pour créancier ou pour débiteur; l'apparence est pour eux réalité; le prête-nom ne représente pas son mandant (Req. 11 mars 1890, *D. P.* 1893, 1, 369; 25 avril 1894, *S.* 1895, 1, 230) et il ne dépendrait pas de celui-ci d'attaquer les actes passés par celui-là, fût-ce après la révocation du mandat et tant que cette révocation n'a pas été révélée aux tiers (Req. 30 janv. 1934, *D. H.* 1934, 179, *S.* 1935, 1, 137, note de Me Jack). Toutefois, il faut se rappeler que les actes simulés peuvent être attaqués au moyen de l'action en déclaration de simulation; si les tiers ont intérêt à écarter l'apparence, ils sont admis à prouver la simulation, à rétablir la réalité, à faire apparaître le nom et la personnalité du commettant et à se placer dans la situation qui leur serait faite si le commettant avait agi lui-même ostensiblement (*sup.* nos 328 et 706; — Req. 15 avril 1891, *D. P.* 1892, 1, 238), et, tout au moins, à lui demander compte, par l'action *de in rem verso*, du montant de son enrichissement (Paris, 8 déc. 1930, *D. P.* 1932, 2, 85).

Le *fisc* peut se réclamer de la qualité de tiers en exigeant, à l'occasion de l'opération, l'acquittement de deux droits de mutation (Req. 10 fév. 1936, *D. P.* 1937, 1, 92, rapport Pilon).

1438. Capacité. — Il est à remarquer que la capacité exigée pour figurer comme mandataire dans un mandat sans représentation — ostensible ou dissimulé — s'apprécie tout autrement que dans le mandat proprement dit; les effets des opérations se fixant sur la tête du préposé, celui-ci doit avoir la capacité personnelle d'y procéder, et, par exemple, d'acquérir un immeuble ou d'emprunter; le mineur émancipé, apte à remplir un mandat ordinaire (art. 1990), est incapable d'assumer un mandat sans représentation; en d'autres termes, c'est de capacité qu'il s'agit ici, non de pouvoir, puisque le préposé agit en son nom per-

sonnel et que les actes par lui accomplis produisent leurs effets dans son propre patrimoine.

Section III. — LA GESTION D'AFFAIRES

1439. Sources. — Articles 1372 à 1375.

Bibliographie. — Maurice Picard, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, *Rev. trim.* 1921 et 1922; Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, thèse, Bordeaux, 1912; P. Guillot, *Essai critique sur la gestion d'affaires*; M. Maruitte, *La notion juridique de gestion d'affaires*, 1931; G. Pacchioni, *Della gestiona degli affari altrui*, 1935.

Définition. — Il y a *gestion d'affaires* lorsqu'une personne (le *gérant d'affaires*) accomplit spontanément un acte ou une série d'actes dans l'intérêt et pour le compte d'autrui (le *maître*), sans en avoir été priée : elle prend l'initiative de réparer un mur qui menace ruine, de boucher une gouttière, d'acquitter une dette afin de conjurer la saisie des biens du débiteur qui est non-présent.

1440. Plan. — Il faut distinguer : 1° les éléments et le domaine de la gestion d'affaires; 2° les obligations qui en découlent; 3° la nature juridique de cette opération; 4° en quoi elle diffère de certaines opérations voisines.

1441. I. Eléments et domaine de la gestion d'affaires. — Comme il ressort de la définition précédente, deux conditions sont requises pour qu'il y ait gestion d'affaires.

1° L'immixtion du gérant dans les affaires du maître doit être *spontanée*; si elle se produisait à la requête de l'intéressé, il n'y aurait plus gestion, mais *mandat*;

2° Il faut encore que l'immixtion dans les affaires d'autrui soit consciente de la part de celui qui y procède; si l'agent croyait administrer ses propres intérêts, il n'y a pas gestion d'affaires. On en a douté pendant longtemps, par exemple dans le cas où un individu administre la chose, l'immeuble d'autrui, croyant agir sur son propre bien. Mais la question a été tranchée par la jurisprudence ainsi qu'elle devait l'être; l'article 1372 suppose que la gestion a eu lieu *volontairement*, c'est-à-dire consciemment, en toute connaissance de cause (Civ. 25 juin 1919, *D. P.* 1923, 1, 223). En d'autres termes, la gestion d'affaires implique la *volonté de représentation*, ou, plus généralement, la volonté d'agir

pour le compte d'autrui, de s'immiscer dans le patrimoine d'une autre personne (Civ 14 déc. 1931, *D. H.* 1932, 98).

1442. — Ces deux conditions réunies, il y a gestion d'affaires; peu importe la nature de l'acte, et nous touchons ici à une nouvelle différence avec le mandat; tandis que cette dernière opération ne peut avoir pour objet que des actes juridiques (*sup.* n° 1400), la gestion d'affaires porte indifféremment sur des actes juridiques ou sur des actes matériels (*contra*, PLANIOL, note *D. P.* 1891, 1, 49); elle n'a pas subi la contraction qui s'est exercée, à l'époque moderne, sur le mandat; on peut se charger, comme gérant, d'une affaire quelconque; on ne peut assumer, comme mandataire, qu'une affaire d'ordre juridique.

1443. — Comprise avec cette largeur de vues, la gestion d'affaires a acquis un très vaste domaine; elle est devenue un instrument juridique des plus souples et a abrité les situations les plus diverses : c'est un ami qui fait réparer une toiture; c'est un individu qui acquitte sciemment la dette d'autrui; une caution qui paie pour le débiteur principal; un codébiteur solidaire qui solde toute la dette; c'est un copropriétaire qui gère l'immeuble commun, qui procède à des réparations, qui passe des baux, qui touche des loyers ou des fermages; c'est un tiers qui acquitte l'obligation alimentaire incombant à un père, à un époux; c'est un aubergiste qui recueille chez lui, héberge et soigne un ouvrier, victime d'un accident dont la responsabilité incombe à son patron (Req. 28 fév. 1910, *D. P.* 1911, 1, 137, note DUPUICH); c'est un passant qui se jette à la tête d'un cheval emballé et qui est blessé en voulant l'arrêter (Bordeaux, 21 juill. 1932, *Rev. trim.*, 1933, p. 1173); ou encore, c'est un voyageur qui aide le conducteur d'une voiture à sortir d'une situation difficile (trib. com. Tarare, 8 août 1933, *Gaz. jud. et com.*, 1933, p. 335; Bordeaux, 13 fév. 1933, *Rev. trim.*, 1933, p. 1173); enfin, c'est un travailleur qui met son activité professionnelle au service d'autrui sans en avoir été requis: *notaire* qui place des sommes d'argent sans en avoir reçu le mandat; *avoué* qui occupe spontanément pour une personne dans un procès, sans en avoir été prié; *généalogiste* qui révèle à un héritier une succession ouverte à son profit. Toutes ces personnes ont géré spontanément et consciemment l'affaire d'autrui et sont donc en droit d'exiger — pourvu que leur gestion ait été utile — le

remboursement de leurs dépenses et une juste rémunération de leur travail.

1444. Limites de la gestion d'affaires. — On a voulu étendre encore le domaine de la gestion d'affaires en lui ouvrant celui de la *stipulation pour autrui* (*sup.* n° 300), ainsi que celui de l'*enrichissement sans cause* (*sup.* n° 564). Ces tentatives devaient échouer; la prétendue gestion d'affaires anormale n'en est pas une, parce qu'il lui manque la volonté de représentation : celui qui stipule pour autrui, contracte d'abord et avant tout pour lui-même, *proprio nomine*; le bénéfice du tiers est le résultat d'une greffe pratiquée sur un contrat ordinaire (*sup.* n° 304); quant à l'enrichisseur, il ne se proposait nullement de prendre en main les intérêts d'autrui : le vendeur des engrais livrés à un fermier et qui ont été utilisés sur le fonds ne prétendait pas gérer l'affaire du bailleur qu'il ne connaissait sans doute même pas. Dans cette double direction, les frontières de la gestion d'affaires apparaissent nettement accusées par l'intention de représentation : il ne saurait y avoir gestion là où la volonté d'immixtion dans les affaires d'autrui ne figure pas au premier plan.

1445. II. Obligations qui naissent de la gestion d'affaires. — La gestion d'affaires fait naître des obligations de part et d'autre, à la charge du gérant comme au passif du maître, et c'est pourquoi on la qualifie volontiers de *quasi-contrat synallagmatique*.

A. *Obligations du gérant.* — 1° D'une façon générale, le gérant d'affaires doit apporter à la gestion tous les soins d'un bon père de famille (art. 1374, § 1); cependant, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent incliner le juge à modérer les dommages-intérêts qui sanctionneraient ses fautes ou ses négligences (art. 1374, § 2);

2° Le gérant doit continuer la gestion commencée et la poursuivre jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même; il aurait pu ne pas gérer du tout, mais, ayant pris une initiative, il est tenu d'y persévérer (art. 1372, § 1), et cela quand bien même le maître viendrait à décéder au cours de la gestion et aussi longtemps que l'héritier n'aurait pas pu prendre la direction de l'affaire (art. 1373);

3° Il doit se charger également de « *toutes les dépendances* » de l'affaire (art. 1372, § 1); il ne pourrait donc

pas limiter arbitrairement sa gestion à laquelle il doit conserver l'ampleur qu'elle comporte naturellement;

4° Il est tenu de *rendre compte* de sa gestion;

5° Plus généralement, « *il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire* » (art. 1372, § 2).

1446. B. Obligations du maître. — Aux termes de l'article 1375, le maître doit :

1° Remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom et qui, d'ailleurs, le lient personnellement et directement par voie de représentation (Req. 16 juill. 1890, *D. P.* 1891, 1, 49, note PLANIOL);

2° L'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris;

3° Lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

En un mot, la loi veut que le gérant sorte de l'affaire complètement indemne, le maître ayant pris ses lieu et place.

Mais tout ceci à une condition : c'est que l'affaire ait été *bien administrée*, c'est que la gestion ait été *utile*; elle doit se justifier et dans son principe et dans sa réalisation; il n'est pas admissible, en effet, qu'il dépende d'un individu quelconque de mettre des obligations à la charge d'autrui par une gestion intempestive, maladroite ou malintentionnée. Les obligations du maître ont donc pour base et pour mesure l'opportunité et l'utilité de la gestion entreprise; il n'est obligé que si la gestion a été utile et dans la mesure où elle lui a été utile; en cas de contestation, cette notion de l'utilité sera soumise au tribunal qui appréciera.

Il est cependant un cas où toute difficulté disparaît, où le maître est obligé, sans qu'il soit besoin de considérer l'utilité de la gestion : c'est celui où, par une *ratification*, il s'est approprié les actes du gérant, en reconnaissant par là même l'opportunité : *ratitabitio mandato aequiparatur*, à condition du moins que l'approbation ait été donnée en pleine connaissance de l'acte accompli par le gérant (Civ. 30 déc. 1935, S. 1936, 2, 145)

1447. Garanties du gérant d'affaires. — Le gérant d'affaires, créancier du maître, bénéficie de certains avantages qui lui assureront complète satisfaction.

1° Comme le mandataire, il peut retenir les biens qu'il détient en qualité de gérant, jusqu'à ce que les sommes aux-

quelles il peut prétendre lui aient été comptées; on lui reconnaît le droit de *rétention* en vertu de la théorie du *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire à raison de la connexité qui existe entre sa créance et les choses qu'il doit restituer (*inf.* n° 1474);

2° Il a droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où il les a consenties et indépendamment de toute mise en demeure; la disposition de l'article 2001, écrite pour le mandataire, lui est applicable par analogie de situation (Civ. 20 mars 1900, *D. P.* 1901, 1, 477, *S.* 1902, 1, 321); l'opinion contraire, présentée par certains auteurs (PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2283), nous paraît peu défendable.

1448. III. Nature juridique de la gestion d'affaires. — Le Code civil, se conformant à une tradition sujette à caution (*sup.* n^os^ 9 et 10), range la gestion d'affaires parmi les quasi-contrats. En réalité, et comme nous l'avons montré, il n'existe pas de quasi-contrats : ce vocable ne correspond à aucune catégorie juridique définie : il y a ou il n'y a pas de contrat; cette alternative ne comporte pas de position intermédiaire (*sup. ibid.*). Il faut voir dans la gestion d'affaires un *acte unilatéral de volonté* qui, par dérogation aux principes généraux, produit des effets obligatoires, non seulement à la charge du gérant, mais aussi, nous venons de le montrer, à la charge du maître; il y a vraiment, suivant les termes de l'article 1371, un *fait purement volontaire de l'homme*, accompli dans le but de créer des obligations et produisant un engagement réciproque des deux parties. Il faut donc envisager la gestion d'affaires comme un *acte juridique, unilatéral dans sa formation, et synallagmatique dans ses effets.*

1449. IV. La gestion d'affaires et certaines opérations voisines.

A. *Gestion d'affaires et mandat.* — Les deux opérations se ressemblent en ce qu'elles sont l'une et l'autre à base de représentation : mandataire et gérant d'affaires agissent *nomine alieno*, non pour leur compte personnel.

Elles diffèrent surtout en ceci que le mandataire a reçu des pouvoirs qui font complètement défaut au gérant : tandis que le mandat est un contrat, la gestion d'affaires est certainement d'ordre extra-contractuel : elle est un acte juridique; elle n'est pas une convention.

D'autres différences, importantes encore que moins essentielles, opposent ces deux opérations l'une à l'autre :

1° Le maître n'est engagé par la gestion qu'autant qu'elle a été opportune et dans la mesure où elle a été utile, tandis que le mandant, en donnant des pouvoirs au mandataire, s'est approprié à l'avance les actes auxquels celui-ci procèdera régulièrement, réserve faite de la responsabilité inhérente aux fautes par lui commises;

2° Le mandant doit avoir une certaine *capacité* (*sup.* n° 1408), tandis que le maître est obligé envers le gérant, si profonde que soit son incapacité, fût-il un enfant ou un aliéné; c'est que ses obligations naissent en dehors de sa volonté et sans qu'aucun acte juridique ait été accompli par lui; on n'a donc que faire d'une volonté consciente de sa part;

3° Le mandataire peut *renoncer* au mandat et sa responsabilité ne s'en trouvera engagée que s'il avait pu continuer l'affaire sans en éprouver un préjudice considérable (art. 2007, § 2); mais le gérant d'affaires est tenu de poursuivre la gestion commencée; ayant pris l'initiative à lui seul, il doit aller jusqu'au bout de sa tâche;

4° La *solidarité légale* qui existe entre co-mandants (art. 2002) est étrangère à la gestion d'affaires : si une même personne a géré les affaires de plusieurs maîtres, ceux-ci ne sont pas tenus solidairement envers elle; la solidarité légale est de droit strict; et d'ailleurs les maîtres communs, à la différence des co-mandants, ne se connaissent pas; en général du moins, aucun rapport juridique ne les unit.

1450. B. Gestion d'affaires et enrichissement sans cause. — Entre ces deux opérations que l'on a vainement tenté de confondre en ramenant la deuxième à la première (*sup.* n° 565), il existe des différences nombreuses dont la plus essentielle est fournie par le concept de la représentation : tandis que le gérant fait et veut faire l'affaire d'autrui, l'enrichisseur n'a songé qu'à ses intérêts et ce n'est qu'accidentellement, non intentionnellement, qu'il a fait entrer une valeur dans le patrimoine d'un tiers, par exemple en payant l'indu; il ne joue aucunement le rôle de représentant.

Il résulte de là : 1° que l'enrichisseur, à la différence du gérant n'a pas qualité pour contracter des engagements au nom de l'enrichi; 2° et aussi que ce dernier n'est engagé envers lui que jusqu'à concurrence de l'enrichissement réalisé, au lieu que le maître est comptable, vis-à-vis du gérant, de toutes les dépenses utiles qu'il a faites (art. 1375); 3° enfin, que l'enrichisseur n'a pas à rendre compte, puis-

qu'il n'a pas fait figure d'administrateur des intérêts d'autrui.

Il faut aujouter encore que l'action *negotiorum gestorum* n'a pas le caractère essentiellement *subsidiaire* que la jurisprudence assigne à l'action *de in rem verso* (*sup.* n° 574).

1451. C. **Gestion d'affaires et stipulation pour autrui.** — Nous avons décrit et réfuté la tentative faite pour ramener la stipulation pour autrui au concept de la gestion d'affaires; il existe, entre les deux catégories juridiques, des différences de nature, profondes et irréductibles (*sup.* n^{os} 300 et 1444).

LA TRANSACTION

Articles 2044 à 2058.

1452. Définition. — La définition donnée par l'article 2044 est défectueuse en ce qu'elle ne convient pas au seul objet défini; en réalité, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, *en se faisant des concessions réciproques.*

1453. Caractères de la transaction.

1° La transaction est un contrat *synallagmatique*, puisque, par définition, chacune des parties fait des renoncements et assume des obligations. En conséquence :

a) La formalité du *double* est requise, conformément à l'article 1325 (*sup.* n° 173; Civ. 8 janv. 1900, *S.* 1902, 1, 311, *D. P.* 1904, 1, 606);

b) L'opération est résoluble pour inexécution des obligations, dans les termes de l'article 1184;

2° La transaction est un contrat *à titre onéreux*, puisque chacune des parties consent à un sacrifice; en conséquence :

a) La *capacité* exigée des parties est celle qui est requise pour disposer à titre onéreux des objets compris dans la transaction (art. 2045, § 1).

Toutefois des règles spéciales sont édictées pour les mineurs (art. 2045, § 2; *sup.* n^{os} 427, 476);

b) Les créanciers de chacune des parties ne peuvent obtenir la révocation de la transaction consentie en fraude de leurs droits qu'à la condition d'établir la complicité de l'autre partie (*sup.* n° 691);

3° La transaction est un contrat *consensuel*. Il est vrai

que l'article 2044, § 2, exige la rédation d'un écrit. Mais cette disposition, telle que la comprend la jurisprudence, n'a d'autre sens que d'exclure la preuve testimoniale et par présomptions de l'homme, même au-dessous de cinq cents francs : il est admis en pratique que l'existence de ce contrat peut être prouvée soit par l'*aveu* ou par le *serment*, soit même par témoins lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (Civ. 8 janv. 1879, *S.* 1879, 1, 216, *D. P.* 1879, 1, 128) ; de plus, en matière *commerciale*, la preuve est libre (Paris, 13 juin 1894, *D. P.* 1894, 2, 498, *S.* 1895, 2, 19) ;

1454. — 4° La transaction est un acte *déclaratif*, en principe tout au moins; si deux parties qui se disputent un immeuble conviennent de l'abandonner à l'une d'elles contre versement d'une somme d'argent que l'attributaire remettra au renonçant, on considére qu'il n'y a pas déplacement de propriété, même pour partie : l'attributaire est considéré comme ayant toujours eu la propriété de l'immeuble litigieux.

De ce point de vue traditionnel résultent diverses conséquences :

a) La transaction ne peut pas servir de *juste titre* en vue de l'usucapion de dix à vingt ans;

b) Les contractants ne sont pas tenus à *garantie*.

Logiquement, on devrait encore conclure du caractère déclaratif de la transaction, d'abord qu'elle échappe à la formalité de la *transcription*, puis qu'elle ne comporte pas le droit proportionnel qui frappe les mutations à titre onéreux; et, en effet, il était admis, jusqu'en 1935, que cette opération n'était point sujette à transcription, alors même qu'elle eût intéressé des droits immobiliers; d'autre part, la loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1 - 45° et 69, § 2 - 3°) n'établit qu'un droit fixe. Seulement, ces derniers textes se trouvent en grande partie neutralisés par une jurisprudence d'après laquelle le droit établi pour les mutations à titre onéreux est exigible pour la partie des biens qui est abandonnée à celui des contractants qui n'en avait pas précédemment la possession (Ch. réun. 12 déc. 1865, *D. P.* 1865, 1, 457, *S.* 1866, 1, 73).

En ce qui concerne la *transcription*, on sait qu'un décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant le régime institué par la loi du 23 mars 1855, soumet à cette formalité « *tout acte ou jugement déclaratif de propriété immobilière ou de droits immobiliers* » (art. 1er- 5° de la dite loi, mod. par l'art. 1er

dudit décret-loi) ; en conséquence, la transaction, du moment et en tant qu'elle porte sur des droits immobiliers, ne devient opposable aux tiers qu'à compter du jour où elle a été transcrite sur les registres du conservateur (*sup.*, t. I, n° 1730) ; les nécessités d'ordre pratique ont fait reculer ici, et fort heureusement, la stricte logique juridique.

1455. Clauses translatives. — Il arrive qu'une transaction contienne des clauses ouvertement translatives; on leur applique le droit commun, notamment pour la transcription et pour la perception des droits d'enregistrement.

1456. Nullité de la transaction. — Les articles 2053 à 2057 contiennent des règles assez obscures et d'une importance pratique très faible; aussi n'y insisterons-nous pas.

Il faut noter que les transcriptions ne peuvent être attaquées ni pour cause d'*erreur de droit*, ni pour cause de lésion (art. 2052, § 2) ; cette dernière solution est conforme au droit commun (art. 1118; *sup.* n° 103) ; mais la première est exceptionnelle : d'ordinaire, l'erreur de droit est relevante au même titre que l'erreur de fait. Il est d'ailleurs bien difficile de concilier cette règle avec celle qui est contenue dans l'article 2054 aux termes duquel il y a lieu à rescision lorsque la transaction a été faite en exécution d'un titre nul; on peut cependant supposer que ce dernier texte se cantonne dans l'éventualité d'une erreur de fait (Comp. Req. 19 déc. 1865, *D. P.* 1866, 1, 182).

1457. Caractère suspect de la transaction. — La transaction, dont l'objet avoué, tout de conciliation, est à encourager, devient parfois un moyen de fraude; les parties s'en servent pour tourner la loi, le plus souvent en vue d'éviter des frais : droits d'enregistrement, frais inhérents à un partage judiciaire; elle est utilisée pour masquer la vérité juridique, toute différente. Il va sans dire que, si la ruse est découverte, l'acte sera traité pour ce qu'il est en réalité : partage, donation, vente, et que les parties devront acquitter un suplément de droits fiscaux. Mais, conformément à un principe exposé (*sup.* n° 323), l'acte ne sera pas nul de ce chef : la simulation n'est pas, par elle-même, une cause de nullité.

TITRE VI

LES SÛRETÉS

1458. Raison d'être, fonction des sûretés. — Les *sûretés* ou *garanties* ont pour but et pour fonction de prémunir le créancier contre l'insolvabilité possible du débiteur.

A maintes reprises, nous avons insisté sur le danger que fait courir au créancier une telle éventualité; demeuré à la tête de ses affaires, le débiteur peut compromettre le gage général de ses créanciers : 1° en laissant dépérir ses biens; 2° en les faisant sortir de son patrimoine, frauduleusement ou non; 3° en les dissimulant; 4° en assumant de nouvelles dettes : dans les trois premiers cas, il diminue ou il masque son actif; dans le quatrième, il accroît son passif; le résultat est toujours le même, puisque les créanciers sont payés sans égard à la date de leurs créances, puisque les plus récents ont autant de droits que les plus anciens et que, subissant tous la loi du dividende, ils seront payés au marc le franc, ils recevront un *tant pour cent*, à supposer que le passif de leur débiteur excède son actif.

Il est bien vrai que la loi leur donne certaines armes : contre l'inaction du débiteur, c'est l'action indirecte de l'article 1166; contre ses actes frauduleux, c'est l'action paulienne. Mais ces mesures ne sont pas d'une mise en œuvre toujours facile; elles impliquent un recours à l'autorité judiciaire, ce qui est une sérieuse complication; puis, elles n'atteignent pas toujours le but : outre qu'elles peuvent être tardives, bien des aliénations et surtout bien des actes productifs de nouvelles dettes passeront à travers les mailles du filet; c'est vainement que les créanciers feront preuve de vigilance; ils n'empêcheront pas leur débiteur d'emprunter de nouvelles sommes ou de dépenser inconsidérément de l'argent, et les actes à titre onéreux auxquels il

procède ne tombent sous le coup de l'action paulienne qu'au cas de complicité du tiers (*sup.* n° 691).

1459. — Pour ces diverses raisons, le créancier fera sagement en s'assurant des garanties : les moyens *préventifs*, même imparfaits, sont préférables à des sanctions, plus ou moins tardives, même rigoureuses; mieux vaut prévenir que sévir; c'est seulement s'il peut escompter une *sécurité* que le créancier fera confiance, fera *créance* au débiteur : à cet effet, une législation bien aménagée doit fournir à toute personne la possibilité d'utiliser, en tant qu'*instruments de crédit*, tous les biens, toutes les valeurs pécuniaires ou morales, dont elle dispose : une bonne organisation du crédit est indipensable à toute communauté sociale; les divers éléments de solvabilité dont chacun de nous dispose doivent pouvoir être réalisés, à l'occasion, dans les meilleures conditions de rapidité, de simplicité et avec le maximum de rendement. Il le faut, non pas seulement dans l'intérêt du créancier, dont la confiance ne doit pas être déçue, mais aussi et surtout dans celui du débiteur qui ne trouvera de l'argent, qui n'aura du crédit que dans la mesure où il le méritera et seulement s'il peut donner à son créancier des garanties de solvabilité : le crédit du débiteur est fonction de la sécurité du créancier, laquelle est elle-même conditionnée par les garanties dont nous abordons l'étude.

1460. Eléments de crédit. Sûretés personnelles et sûretés réelles. — Les éléments de crédit ressortissent principalement à deux catégories : ils sont *personnels* ou *réels*; les sûretés qui y correspondent, qui les réalisent, sont donc elles-mêmes *personnelles* ou *réelles*.

1° La *confiance* qu'une personne inspire à une autre est un élément de crédit déjà précieux : le débiteur pourra la réaliser en offrant à son créancier un ou plusieurs *répondants* qui garantiront, sous une forme ou sous une autre, de façon plus ou moins étroite, le paiement de sa dette, à titre de *cautions* ou de *codébiteurs solidaires* notamment : ce sont là des *sûretés personnelles* : une *personne* répond de la solvabilité d'une autre;

2° Le débiteur peut utiliser des éléments de crédit plus matériels : il peut affecter au règlement de ses obligations tels ou tels de ses biens en les grevant à cet effet d'un droit réel au profit du créancier; à défaut de paiement, le créancier va pouvoir saisir ces biens, où qu'ils se trouvent, et les

faire vendre pour se payer sur le prix par préférence à tous autres créanciers; ce n'est plus une personne qui répond du règlement de la dette, c'est un bien; le créancier est armé d'une *sûreté réelle*, d'un droit réel de garantie : gage, privilège, hypothèque; il n'est plus un créancier chirographaire; il est haussé au rang de créancier gagiste, privilégié ou hypothécaire;

3° Il arrive que les deux catégories de sûretés, personnelles et réelles, se combinent pour donner naissance à une institution mixte et complexe, le *cautionnement réel*. La caution réelle est une personne qui engage sa propre chose en sûreté de la dette d'autrui, au moyen d'une constitution de gage ou d'hypothèque : elle est une caution, puisqu'elle est intervenue pour garantir la solvabilité d'autrui; mais c'est une sûreté réelle qu'elle a accordée au créancier, devenu titulaire d'une gage ou d'une hypothèque. Le débiteur a fait appel à la confiance d'un tiers, mais cette confiance s'est manifestée sous la forme d'une sûreté réelle; ainsi se combinent les deux éléments de crédit que nous avions distingués.

1461. Mérites rétrospectifs des sûretés personnelles ou réelles. — Il semble que les peuples jeunes n'aient connu d'abord que les sûretés personnelles à l'exclusion des sûretés réelles dont l'aménagement est plus délicat puisqu'il suppose, outre l'organisation de la propriété, la création de *droits réels de garantie*, donc un certain affinement et une certaine richesse d'institutions juridiques.

C'est ainsi qu'à Rome les sûretés personnelles furent pratiquées de toute antiquité et dans le type le plus rigoureux, tandis que l'hypothèque ne fit son apparition qu'à une époque relativement récente et sous l'influence du droit grec (*inf.* n° 1505).

L'apparition des sûretés réelles marque une étape décisive dans l'histoire du crédit, car seules elles sont susceptibles de donner au créancier une sécurité complète : si nombreux que soient les cautions ou les codébiteurs solidaires, l'éventualité de leur insolvabilité unanime n'est jamais à écarter tout à fait; il peut arriver que deux, trois personnes et même davantage soient simultanément insolvables. En d'autres termes, les sûretés personnelles n'ont d'autre signification que de conférer au créancier plusieurs droits de gages généraux sur un certain nombre de patrimoines, mais il peut advenir que tous ces patrimoines soient obérés par un passif écrasant; les chances, qu'il a d'être payé, s'accroissent avec

le nombre des débiteurs, mais elles ne se transforment jamais en une certitude.

Cette certitude, les sûretés réelles peuvent la lui donner : avec elles, il n'a à redouter ni les aliénations (diminution de l'actif du débiteur), ni les dettes nouvelles (augmentation du passif) : armé d'un droit réel, il saisira en toutes mains le bien affecté au règlement de ses droits et, pourvu que la valeur de ce bien soit pour le moins égale au montant de sa créance, il aura la certitude d'être payé, armé qu'il est du droit de suite et du droit de préférence. C'est pourquoi les Romains disaient déjà « *plus est cautionis in re quam in persona* »; tandis que Loysel estimait que « *pleige plaide, gage rend* » : la caution chicane, le bien engagé paie; un obligé peut décéder ou devenir insolvable ou se montrer récalcitrant; la chose engagée demeure elle-même, immuablement, prête à tenir ce qu'on attend d'elle.

A une condition cependant, c'est que les sûretés réelles soient organisées d'une façon satisfaisante, et c'est précisément parce que leur aménagement était défectueux à Rome que les sûretés personnelles conservèrent en droit romain une grande importance, même après l'introduction de l'hypothèque. A notre époque, elles sont reléguées à l'arrière-plan; elles sont considérées, un peu partout, comme des sûretés de deuxième ordre, comme un pis-aller; en *Allemagne* notamment, ce caractère leur est formellement assigné par l'article 232 du Code civil : lorsqu'un débiteur doit fournir une sûreté, c'est seulement s'il est dans l'impossibilité de conférer une garantie réelle qu'on l'admettra à fournir une caution : les choses sont plus sûres que les hommes.

1462. Le refus légitime d'exécution. — Certaines sûretés peuvent échoir à un créancier qui ne sauraient être cataloguées ni personnelles ni réelles : elles se rattachent au *refus légitime* d'exécution. On suppose que le créancier est aussi débiteur de son propre débiteur : il se paiera sur sa propre dette ou, du moins, il utilisera cette dette en vue d'obtenir son dû; elle lui servira comme d'un gage particulier. Il n'y a pas alors de sûreté personnelle, car on ne voit pas intervenir de répondant; d'autre part, le créancier n'est investi d'aucun droit réel de garantie; l'arme dont il se sert est le refus légitime d'exécution, et il l'oppose soit à titre provisoire, soit à titre définitif.

Nous arivons ainsi à distinguer : 1° le refus légitime d'exécution; 2° les sûretés personnelles; 3° les sûretés réelles;

nous étudierons les garanties dans l'ordre que nous venons d'indiquer.

1463. Préférence et exclusivité. — Auparavant, il importe d'observer qu'un créancier peut être mieux traité que tous autres créanciers ou que certains autres créanciers chirographaires, abstraction faite de toute sûreté, et parce que le droit de gage général n'a pas toujours la même envergure : il arrive que des biens rentrent dans le gage de tels créanciers et non pas dans celui de tels autres; les premiers seront dans une meilleure situation que ceux-ci. Voici quelques exemples :

1° Un créancier fait révoquer l'acte frauduleusement accompli par son débiteur : le bénéfice de l'action paulienne lui est exclusivement réservé (*sup.* n° 702); il est vrai que les autres créanciers auraient pu prendre la même initiative ou suivre en se joignant à l'instance; mais, par hypothèse, ils ne l'ont pas fait; peut-être même n'auraient-ils pas pu le faire : l'action paulienne est réservée aux créanciers antérieurs à l'acte incriminé (*sup.* n° 695);

2° Si une femme se marie sous le régime dotal, sa dot, insaisissable au regard des créanciers postérieurs, demeure saisissable pour les créanciers antérieurs (*inf.* t. III, n° 632);

3° Si un bien donné ou légué est stipulé insaisissable, la clause est opposable aux créanciers antérieurs, parce qu'ils n'ont pas pu compter sur ce bien, mais non pas aux créanciers postérieurs (C. pr., art. 582);

4° Certains biens, déclarés insaisissables par la loi, peuvent cependant être saisis par certains créanciers, pour des causes alimentaires (même texte);

5° Le créancier qui exerce ce qu'on appelle une *action directe* (*sup.* n° 673; *inf.* n^{os} 1611 et suiv.) est mieux traité que les autres; il va prélever, dans le patrimoine du débiteur de son débiteur, des valeurs, des sommes sur lesquelles il n'a pas à subir le concours des autres créanciers, pour lesquelles il échappe à la loi du dividende.

Dans des éventualités de ce genre, il ne faut pas dire que le créancier saisissant soit investi d'une sûreté, ni même qu'il ait une cause de préférence vis-à-vis des autres créanciers; il a mieux que cela : un droit de gage général, exclusif; à vrai dire, il ne passe pas seulement avant les autres; il est le seul à être servi; alors même que son action n'épuiserait pas toutes les valeurs sur lesquelles elle s'exerce, et à supposer qu'il reste un solde, ce solde échappera aux autres créanciers, car il ne fait pas partie de leur gage; c'est le débi-

teur qui en profitera. Ce n'est donc pas seulement une cause de préférence que fait valoir le saisissant, c'est un droit d'*exclusivité*; il ne prime même pas les autres créanciers; ceux-ci n'existent pas pour lui; ils sont sans droits au regard des biens saisis.

1464. Plan. — Nou étudierons :
1° Le *refus légitime d'exécution*;
2° Les *sûretés personnelles*;
3° Les *sûretés réelles*.

PREMIÈRE DIVISION

LE REFUS LÉGITIME D'EXÉCUTION

DROIT DE RÉTENTION

1465. Hypothèse. — On suppose, nous le rappelons, que le créancier est aussi débiteur de son débiteur : ne va-t-il pas pouvoir opposer à celui-ci, qui réclame son dû, un moyen de défense tiré de l'existence de sa propre créance? S'il peut le faire, il a la certitude d'être payé; il se paiera lui-même sur ce qu'il doit; il pratiquera comme une saisie sur sa dette pour se payer de sa créance.

1466. Distinction. — Cette saisie peut revêtir deux formes différentes; elle est définitive ou temporaire.

1° *Définitive.* — Primus retient décidément la prestation qu'il devait à Secundus, en sorte que la situation sera réglée une fois pour toutes. Ainsi se passent les choses par le jeu de la *compensation*; le refus d'exécution est définitif; il est extinctif de l'obligation qu'on se refuse à exécuter. Le domaine de cette institution a d'ailleurs été sensiblement élargi grâce à la *saisie-arrêt sur soi-même* (L. JOSSERAND, *Précis des voies d'exécution*, 7e éd. n° 93).

2° *Temporaire.* — Primus ne prétend pas que sa dette soit éteinte; il se refuse seulement à l'exécuter pour le moment, tant que son adversaire n'exécutera pas, de son côté, l'obligation qui lui incombe; il pèsera, de cette façon, sur la volonté de Secundus en vue d'obtenir son dû; par exemple, s'il est vendeur, il refusera la délivrance aussi longtemps que l'acheteur ne lui offrira pas le prix convenu. Ce refus légitime d'exécution n'entraîne nullement l'extinction des obligations réciproques; bien au contraire, il tend à assurer

leur exécution. Le vendeur *retient* provisoirement la prestation dont il est tenu et dont il continue à être tenu : il use du *droit de rétention* dont l'exception *non adimpleti contractus* n'est qu'une adaptation au droit des contrats, qui constitue pour lui une garantie efficace et qui se trouve, avec la compensation, dans un rapport évident : on a pu dire (BRINZ) que la compensation n'est qu'un droit de rétention plus complet, puisque définitif; et on pourrait dire, tout aussi justement, que le droit de rétention n'est qu'une compensation temporaire, comminatoire, n'affectant que l'exécution de la dette, non son existence même. Historiquement, ce rapprochement est fondé : à Rome, le même moyen de droit, l'exception de dol, sanctionnait les deux institutions; la différence réside dans le but poursuivi par le créancier qui, dans le cas de compensation, veut avant tout être libéré et se paie par équivalent, tandis que, dans l'éventualité de rétention, il utilise sa dette pour obtenir exactement la prestation qui lui est due : au lieu que la compensation est un mode d'extinction des obligations, une façon de paiement, un mode de libération, le droit de rétention est une sorte de *voie d'exécution privée*.

1467. Plan. — Laissant de côté la compensation, précédemment étudiée (*sup.* n° 930), nous nous occuperons désormais exclusivement du *droit de rétention* [1]; il faut :

1° En déterminer la *nature* et les *effets*;

2° En rechercher l'*étendue d'application*, voir dans quels cas, au profit de qui il existe.

1468. I. Nature et effets du droit de rétention. — La nature et les effets de ce droit ont soulevé des difficultés, à peu près aplanies aujourd'hui.

Efficacité du droit de rétention. — Le droit de rétention se ramène essentiellement et par définition même au droit de garder par devers soi une chose dont on refuse la livraison. A qui ce refus peut-il être opposé par le détenteur?

1° Evidemment, au *débiteur* lui-même, à l'acheteur dans l'espèce sur laquelle nous avons raisonné;

2° Au *propriétaire*, à supposer qu'il soit distinct du débiteur (Req. 13 mai 1861, *D. P.* 1861, 1, 328);

[1] Sur le droit de rétention, v. GLASSON, thèse, 1862 ; GUILLOUARD, *Traité du droit de rétention* ; R. CASSIN, thèse, Paris, 1914 ; et, pour le droit comparé, Arturo ACUNA ANZORENA, *El Derecho de retencion*, Buenos Aires, 1929; Charley DEL MARMOL, *Quelques aspects du droit de rétention*, *Ann. dr. com.*, 1934.

3° Aux *créanciers chirographaires* de ce débiteur et de ce propriétaire, puisqu'ils n'ont pas de droit réel à opposer au refus du rétenteur;

4° Dans l'opinion dominante, en doctrine comme en jurisprudence, le refus de livraison peut être opposé également à des *tiers*, c'est-à-dire soit à un *acquéreur*, soit à des créanciers *hypothécaires* ou *privilégiés* (Civ. 8 déc. 1868, *S.* 1869, 1, 272, *D. P.* 1869, 1, 76) : la tradition est en ce sens, et l'article 1749 permet au preneur de rester dans les lieux loués, c'est-à-dire d'user à sa manière du droit de rétention, aussi longtemps que les dommages-intérêts auxquels il a droit ne lui auront pas été payés par le bailleur ou par le *nouvel acquéreur*.

1469. — Toute la difficulté est de savoir si tous les tiers sont à mettre sur la même ligne ou s'il ne conviendrait pas de distinguer d'après la date de la naissance de leurs droits : on a soutenu que le droit de rétention n'est pas opposable aux créanciers privilégiés ou hypothécaires dont le droit serait antérieur à celui du rétenteur, car, dit-on, celui-ci n'a reçu le bien que *cum onere suo*, avec les charges dont il était grevé et auxquelles il ne doit pas pouvoir se soustraire : d'ailleurs le créancier antichrésiste a un droit de rétention (*inf.* n° 1638) ; or, ce droit n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs (art. 2091) : *a fortiori* doit-il en être ainsi du simple rétenteur, non antichrésiste, dont le droit ne saurait être plus fort (*Sic*, DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 249; Poitiers, 23 déc. 1935, *D. H.* 1936, 107). Ces arguments ne sont pas concluants; le droit du rétenteur est autre chose que le droit de l'antichrésiste : *il ne lui a pas été conféré par le propriétaire de la chose*, et cette observation enlève également toute autorité à la règle d'après laquelle on n'acquiert un bien que *cum onere suo*; le rétenteur, en cette qualité, ne se présente comme l'ayant cause de personne; le droit dont il se prévaut est né directement et pour la première fois dans sa personne; c'est un droit en quelque sorte originaire et non dérivé; *il doit être opposable à tous, sans distinction*. D'ailleurs, l'article 1749 permet au preneur de l'opposer à l'acquéreur sans distinguer d'après les dates des droits en conflit.

1470. Le droit de rétention est-il un droit réel? — On pourrait croire, étant donné sa puissance d'opposabilité, son large rayonnement, que le droit de rétention ren-

tre dans la catégorie des droits réels. Mais il n'en est rien, car il ne confère à son titulaire ni droit de suite, ni droit de préférence.

1° *Ni droit de suite*, et cela par définition même : du moment que la détention cesse, il n'y a plus de rétention; le droit de rétention a vécu; sa contexture même le rend singulièrement fragile;

2° *Ni droit de préférence* : le rétenteur n'a pas de primauté à faire valoir au cours d'une saisie : si cette saisie a lieu, il sera traité, dans la distribution des deniers, ainsi que tous autres créanciers chirographaires.

De plus, la conception de la réalité du droit est rendue inadmissible, dans bien des cas, par les circonstances de la cause : l'objet du droit de rétention est souvent une somme d'argent ou bien la possession des lieux loués (art. 1749) : on n'imagine guère un droit réel portant sur la jouissance d'un local ou sur des deniers. D'ailleurs, il arrive que le rétenteur soit propriétaire de la chose qu'il retient : c'est, par exemple, le vendeur de choses *in genere*, renfermées dans ses magasins; comment lui reconnaître une sûreté réelle sur sa propre chose?

1470*bis*. Le rétenteur est-il un véritable possesseur? — Sur ce point encore, c'est une réponse négative qui s'impose avec évidence : le rétenteur n'a pas, ne saurait avoir l'*animus domini*; ce n'est pas pour son compte personnel qu'il possède, mais pour autrui, bien que malgré la volonté d'autrui; il est le type du *simple détenteur*. En conséquence : 1. Il est démuni de la protection possessoire; dépossédé, il n'a pas d'action pour obtenir sa réintégration; 2. La rétention qu'il exerce ne le conduira jamais, si longue, si persistante qu'elle puisse être, à l'acquisition de la propriété par la voie de l'usucapion (*sup.* t. I, n° 1574).

1471. Véritable nature du droit de rétention. — Le rétenteur est tout simplement un *créancier-débiteur* qui refuse d'exécuter sa dette aussi longtemps qu'on n'acquittera pas celle dont on est tenu envers lui; il oppose un refus légitime d'exécution; il dit « *donnant donnant* »; lorsque deux obligations sont connexes, lorsqu'elles se réfèrent à une même cause et à une chose commune, il est de toute justice qu'elles soient acquittées l'une et l'autre; il serait peu équitable que l'une d'elles fût exécutée tandis que sa contre-partie demeurerait en suspens; cette rupture d'équilibre dans l'exécution serait injustifiable; le droit de réten-

tion vient sanctionner l'idée d'*interdépendance* entre obligations connexes; il est l'affirmation tangible, la consécration de cette idée maîtresse. C'est sous forme d'exception qu'il est mis en œuvre, non par voie d'action; *et l'on ne conçoit pas de droit réel sans une action correspondante qui en constitue la sanction.*

D'ailleurs, et encore qu'il ne constitue pas un droit réel, le droit de rétention ne laisse pas, on l'a vu, d'être puissamment efficace; à condition de ne pas se dessaisir, le rétenteur est sûr d'être payé; sa force, c'est la force d'inertie, dont il peut disposer à l'encontre de tous, vis-à-vis d'un acquéreur comme à l'égard des créanciers, même hypothécaires ou privilégiés; à toute demande de livraison, sous une forme quelconque, il répond par l'antienne : « payez-moi d'abord! » Il devient ainsi un *gêneur* dont il faudra bien un jour se débarrasser; on ne pourra le faire qu'en le payant; c'est pourquoi nous avons vu dans le droit de rétention une *voie d'exécution privée.*

1472. II. Domaine d'application du droit de rétention; dans quels cas et au profit de qui il existe. Textes du Code civil. — Le Code civil ne contient pas de formule générale consacrant le droit de rétention dans son principe; on y trouve seulement certaines dispositions accordant ce droit à diverses personnes, dans des cas déterminés.

1° L'article 1612 le confère au *vendeur* au comptant;

2° L'article 1653 le reconnaît à l'*acheteur* : celui-ci peut retenir le prix s'il est troublé ou s'il a juste sujet de craindre d'être troublé dans la possession de la chose vendue;

3° L'*acheteur à réméré* peut garder la chose aussi longtemps que le vendeur, usant de la faculté de réméré, ne lui rembourse pas le prix et ne lui fournit pas les indemnités auxquelles il a droit (art. 1673);

4° Le propriétaire *exproprié* pour cause d'utilité publique peut retenir l'immeuble jusqu'au paiement de l'indemnité à laquelle il a droit (art. 545; D.-L. 8 août 1935, art. 46);

5° Le *preneur* expulsé peut rester dans les lieux loués aussi longtemps que les dommages-intérêts auxquels il peut avoir droit ne lui ont pas été versés (art. 1749);

La même faculté est reconnue au locataire d'un local à usage commercial ou industriel lorsque le bailleur lui refuse, sans motif légitime, le renouvellement du bail; ce preneur peut rester en place aussi longtemps que ne lui est pas ver-

sée l'indemnité d'éviction à laquelle il a droit (L. 30 juin 1926, art. 22 mod. par l. 13 juill. 1933, art. 2).

6° Le *dépositaire*, s'il est créancier du déposant à raison des impenses par lui faites pour la conservation de la chose, peut retenir celle-ci jusqu'à complète indemnisation (art. 1948).

Dans ces différents cas, le droit de rétention fonctionne entre personnes unies par un rapport contractuel; il trouve son expresssion dans l'exception *non adimpleti contractus* (*sup.* n^os^ 23, 584); parfois, mais plus rarement, il est accordé à une personne qui n'est pas à la fois créancière et débitrice en vertu d'une opération synallagmatique;

7° C'est ainsi que l'article 867 permet au *cohéritier* de retenir l'immeuble dont il doit le *rapport à la succession*, tant qu'il n'obtient pas le remboursement des sommes auxquelles il a droit pour impenses ou améliorations;

8° De même, il ressort de l'article 2280, § 1, que le possesseur d'un meuble volé ou perdu qui, l'ayant acheté correctement, demeure cependant exposé à la revendication du légitime propriétaire, est fondé à le retenir jusqu'à ce que le revendiquant lui rembourse le prix d'achat.

1473. Question. — En présence de ces solutions d'espèce, une question se pose : doit-on s'en tenir strictement à elles? Ou bien ne convient-il pas de les considérer comme des applications indicatives d'un principe général qui donnerait à la théorie du droit de rétention une base plus large?

1° On a pensé s'en tenir à l'interprétation restrictive : le droit de rétention n'existerait que dans les seuls cas prévus par les textes (*Sic*, MERLIN, LAURENT). Cette opinion est complètement délaissée : il n'y a pas de raison valable pour que tel créancier-débiteur contractuel soit dépourvu de cette garantie alors qu'elle est accordée à tel autre et alors que le droit de rétention ne présente pas la nature d'un droit réel (*sup.* n° 1470). La généralisation s'impose en quelque mesure : mais jusqu'à quel point?

2° On a voulu limiter l'emploi du droit de rétention à l'ordre contractuel : ce seraient seulement les créanciers-débiteurs en vertu d'une même opération synallagmatique qui pourraient s'en prévaloir (*Sic*, AUBRY et RAU). Cette interprétation a un rendement bien meilleur que la précédente; mais elle ne rend pas compte de toutes les solutions consacrées par la loi : le cohéritier tenu au rapport, le possesseur du meuble actionné en revendication, exercent le

droit de rétention en dehors de tout rapport contractuel les unissant à celui à qui ils l'opposent et par rapport auquel ils sont des tiers;

3° Il faut donc chercher plus haut l'élément de généralisation des décisions concrètes données par le Code civil, le dénominateur commun aux cas de rétention : c'est la notion du *debitum cum re junctum* qui fournit la solution; dans toutes les éventualités visées par le *Code civil*, un rapport de connexité existe entre la chose, la prestation retenue d'une part, et la créance du rétenteur d'autre part; celui-ci est débiteur d'une chose qu'il doit livrer, mais aussi créancier à son occasion; du moment que cette connexité existe, le droit de rétention trouve son emploi; on n'exige pas qu'elle résulte d'un contrat, qu'elle soit d'ordre contractuel; peu importe la source d'où elle dérive.

1474. Applications; jurisprudence. — Cette conception, qui est tout à fait dominante en doctrine, inspire généralement la jurisprudence à laquelle elle a dicté les décisions suivantes :

1° *Dans l'ordre contractuel*, nos tribunaux reconnaissent le droit de rétention au *mandataire* qui, ayant fait des dépenses ou ayant droit à une rétribution, peut refuser, jusqu'à ce qu'il ait obtenu satisfaction, de restituer les choses ou les sommes qu'il détient à l'occasion du mandat (V. pour l'*avoué*, Civ. 10 août 1870, *D. P.* 1871, 1, 40; Req. 23 juill. 1935, *D. H.* 1935, 526 pour le *notaire*, Civ. 28 juill. 1924, *D. P.* 1926, 1, 96; pour le *séquestre*, Req. 20 juin 1927, *S.* 1928, 1, 99; pour l'*avocat*, lequel n'est cependant pas, à vrai dire, le mandataire de son client, Aix, 14 juin 1905, *D. P.* 1911, 2, 185; pour le *preneur*, même en dehors de l'éventualité prévue dans l'art. 1749, *sup.* n° 1191*bis*; Req. 22 fév. 1932, *D. H.* 1932, 203; pour l'*architecte* qui, jusqu'au paiement de ses honoraires, retiendra les pièces, les mémoires qu'il a réglés, note Glasson, *D. P.* 1906, 1, 9; Req. 5 nov. 1923, *motifs*, *D. P.* 1924, 1, 11; pour l'*ouvrier*, l'*artisan* qui a reçu des matières premières, Douai, 25 nov. 1921, *Gaz. Pal.* 28 déc. ou qui a réparé un objet, Req. 13 mai 1861, *D. P.* 1861, 1, 328; Trib. civ. Nancy, 3 juill. 1908, *D. P.* 1928, 5, 64; pour le *garagiste*, sur la voiture remisée chez lui et à propos de laquelle lui sont dus des frais de réparations, d'entretien, de garage : Trib. com. Saint-Etienne, 14 fév. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 758; pour l'*établissement thermal* dont la direction retient la carte d'abonnement d'un client récalcitrant : Civ. 5 déc. 1934, *S.* 1935, 1, 46; pour l'*entrepreneur* de débarquement

ou d'embarquement de marchandises à bord d'un bateau, Alger, 7 janv. 1931, *S.* 1931, 2, 72). Dans ces diverses éventualités, le créancier-débiteur peut opposer l'exception *non adimpleti contractus*, qui devient le mode de réalisation du droit de rétention;

En somme, et du moment que le *debitum cum re junctum* est d'origine, de formation contractuelle, nos tribunaux accordent constamment au créancier le droit de rétention, pourvu cependant que la chose qu'il prétend retenir soit elle-même dans le commerce (Sur la condamnation d'une prétention macabre émise par un entrepreneur de pompes funèbres, v. Trib. civ. Seine, 20 déc. 1932, *S.* 1933, 2, 44).

2° En dehors de tout rapport contractuel, la jurisprudence accorde le droit de rétention au *gérant d'affaires* (Civ. 25 janv. 1904, *D. P.* 1904, 1, 601, *S.* 1910, 1, 142); au *possesseur de bonne foi* à qui elle permet de retenir l'immeuble revendiqué jusqu'au remboursement des impenses qui lui sont dues (Besançon, 17 mars 1897, *D. P.* 1898, 2, 211); et aussi à l'*usufruitier sortant* qui aurait droit au remboursement de certaines impenses (*sup.*, t. I, n° 1926).

1475. Lacunes. — Mais il est remarquable et fâcheux que la jurisprudence, s'arrêtant à mi-chemin, refuse le droit de rétention : 1° au *tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué* qui, évincé par l'exercice de l'action hypothécaire, peut prétendre au remboursement de ses impenses (art. 2175); la Cour de cassation n'admet pas qu'il puisse retenir l'immeuble jusqu'au règlement (Civ. 14 nov. 1881, *S.* 1882, 1, 257, *D. P.* 1882, 1, 168); on veut que l'action hypothécaire s'exerce librement, sans aucune entrave (*inf.* n° 1946); 2° au *possesseur de mauvaise foi* évincé par la revendication dirigée contre lui par le propriétaire; le paiement de l'indemnité à laquelle il peut avoir droit (art. 555; *sup.*, t. I, n° 1668) n'est pas garanti par le droit de rétention. Le possesseur doit restituer d'abord; après, on règlera les comptes (Req. 13 juill. 1903, *S.* 1904, 1, 21, *D. P.* 1904, 1, 22). Cette dernière solution est particulièrement critiquable; on comprendrait à la rigueur que la loi refusât toute indemnité au possesseur de mauvaise foi, mais, du moment qu'elle lui en accorde une, on devrait lui donner les moyens de la recouvrer; que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi, la connexité n'en existe pas moins entre la chose et la créance du possesseur; il y a bien *debitum cum re junctum*. D'ailleurs, un possesseur de mauvaise foi n'est pas nécessairement un malhonnête homme; c'est peut-être un détenteur ou un posses-

seur qui savait n'avoir pas la propriété exclusive de la chose (locataire, copropriétaire, etc.) : la jurisprudence se laisse guider par un argument de fausse sentimentalité.

Deuxième Division

LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Le cautionnement

1476. Généralités. — Toute sûreté personnelle consiste dans l'accession d'un débiteur supplémentaire, de première ou de seconde ligne, à la dette; le créancier en reçoit une sécurité relative, puisque son droit de gage va porter sur plusieurs patrimoines au lieu d'être limité à un seul; il aura ainsi deux, trois, quatre fois plus de chances d'être payé : *la pluralité de débiteurs pour une même dette, de telle sorte qu'un seul paiement libère plusieurs personnes*, telle est la caractéristique de toute garantie personnelle.

1477. Eliminations. — Il faut donc exclure du cadre de cette étude :

1° La promesse de *porte-fort* : l'engagement du porte-fort ne coexiste jamais avec celui du tiers dont on veut avoir la signature; il le précède et il est chassé par lui; le jour où le tiers ratifie et devient ainsi débiteur, le porte-fort, qui s'est acquitté de son obligation, se retrouve libéré (*sup.* n° 266);

2° Le dépôt d'espèces ou de valeurs qu'on exige parfois de certains administrateurs, mandataires, employés, et qui garantit l'exécution de leurs obligations éventuelles; on lui applique volontiers le nom de *cautionnement*; on dit couramment que les trésoriers-payeurs généraux, les adjudicataires de travaux publics doivent fournir un cautionnement. En réalité, ce prétendu cautionnement n'est nullement une sûreté personnelle; il n'est qu'une variété de *nantissement*; il rentre donc dans la catégorie des sûretés réelles.

1478. Les différentes variétés de sûretés personnelles. — La pluralité de débiteurs peut revêtir, en vue d'assurer la sécurité du créancier, des formes très diverses dont nous avons rencontré plusieurs sur notre chemin : ce sont la *solidarité* (*sup.* n^{os} 760 et suiv.), l'*indivisibilité* (*sup.* n^{os} 792 et suiv.), la *délégation imparfaite*, le *cautionnement*

simple, le *cautionnement solidaire*, la *certification de caution*.

Nous ne reviendrons pas sur les trois premières formes de garanties personnelles dont nous avons montré le fonctionnement, le domaine et l'efficacité; nous savons que l'indivisibilité se combine fréquemment, dans les actes notariés, avec la solidarité qu'elle vient renforcer en s'opposant au fractionnement de la dette entre les héritiers (*sup.* n° 801); nous rappelons aussi que, lorsque le lien est solidaire, tous les coobligés figurent sur le même plan, du moins au regard du créancier, tous sont des débiteurs de première ligne : c'est seulement dans leurs rapports entre eux que la dette se divise.

1479. Plan. — Ces précisions et ces rappels étant effectués, nous limiterons désormais nos explications au *cautionnement*, en recherchant :

1° Quelle est la *nature* et quel est le *sens* de cette opération;

2° Dans quelles *conditions* et *comment* une caution peut ou doit être fournie;

3° Quels sont les *effets* du cautionnement;

4° Comment il *s'éteint*;

5° En quoi le cautionnement diffère de la solidarité et comment il peut se combiner avec elle.

1480. I. Nature et sens du cautionnement. — 1° Le cautionnement est le contrat-type de garantie personnelle : de configuration triangulaire, il met en scène le *créancier*, à qui la garantie est fournie, le *débiteur principal* dont la solvabilité est cautionnée, et la *caution*, débiteur complémentaire qui accède à la dette d'autrui et qui s'engage envers le créancier à payer si le débiteur principal ne paie pas; elle joue ainsi ouvertement le rôle de *répondant*; à la différence du codébiteur solidaire, elle est un débiteur de second plan, un débiteur *accessoire*, *subsidiaire*; elle n'est pas personnellement intéressée à la dette à laquelle elle n'accède que pour donner, au débiteur du crédit, au créancier de la sécurité (art. 2011);

2° Aussi le cautionnement apparaît-il comme un *contrat de bienfaisance*, dans les rapports de la caution avec le débiteur principal : sans doute, il n'y a pas donation, puisqu'il n'y a pas transfert de valeurs d'un patrimoine à l'autre, mais il y a du moins un acte d'obligeance; le cautionnement relève du titre gratuit et c'est pourquoi il présente le caractère d'un acte *civil*, alors même qu'il émanerait d'un com-

merçant et qu'il interviendrait en sûreté d'une dette commerciale (Req. 21 mai 1906, *D. P.* 1907, 1, 90, rapport MARIGNAN). Ce caractère, *gratuit* et *civil*, s'il est de la *nature* de l'opération, n'est d'ailleurs pas de son essence; la caution peut exiger une rétribution du débiteur à qui elle rend service; la combinaison serait licite et conserverait la structure juridique du cautionnement (Limoges, 23 déc. 1847, *D. P.* 1848, 2, 85), mais elle perdrait alors son caractère gratuit et serait susceptible de présenter un caractère commercial (Lyon, 27 juin 1931, *D. H.* 1931, 531).

Au contraire, dans les rapports de la caution avec le créancier, la gratuité de l'opération est *essentielle*; il est bien vrai que le répondant pourrait se faire payer, par le créancier, son intervention; cette clause, elle aussi, serait licite; mais, à la différence de la précédente, elle bouleverserait l'économie de l'opération; le concept du cautionnement ferait place à celui de l'*assurance*; on considère alors que le créancier prend une assurance contre l'insolvabilité du débiteur principal et que la rémunération qu'il promet au répondant n'est autre chose qu'une *prime*;

3° Il est admis que le cautionnement est un contrat *unilatéral* : seule, la caution s'oblige; on en conclut qu'il n'est pas nécessaire de rédiger l'acte en plusieurs exemplaires; la formalité du double n'est pas de rigueur (art. 1325; *sup.* n^os^ 173 et suiv.). Cependant, nous verrons que le créancier s'engage tacitement à conserver les sûretés qui, indépendamment du cautionnement en question, seraient attachées à la dette (*inf.* n° 1490); il est vrai que cette obligation ne trouve pas toujours un aliment; il arrive souvent que le créancier n'ait point d'autre sûreté que celle qui résulte du cautionnement;

4° Le cautionnement est un contrat *consensuel* : il n'est soumis à aucune solennité; le droit commun lui est applicable quant à la *forme* et quant à la *preuve* (Civ. 10 mai 1909, *D. P.* 1911, 1, 439); cependant, il faut noter qu'il doit être *exprès* : la loi ne veut pas qu'il se présume (art. 2015); le répondant n'est juridiquement obligé que si telle a été sa volonté, qu'il peut d'ailleurs exprimer dans des termes quelconques et en dehors de toute formule sacramentelle (Toulouse, 1^er^ fév. 1889, *D. P.* 1890, 2, 53).

1481. II. Dans quelles conditions et comment une caution peut ou doit être fournie. — *Quelles obligations peuvent être cautionnées.* — Toutes les obligations sont susceptibles d'être garanties par une caution; mais, comme

le cautionnement a un caractère accessoire, l'engagement de la caution est influencé par les caractéristiques de l'obligation principale à laquelle il se rattache : si donc celle-ci est *éventuelle* ou *conditionnelle* ou à terme, il est affecté des mêmes modalités; si elle est *radicalement nulle*, il est lui-même inopérant (art. 2012, § 1); si elle est *annulable*, donc valable provisoirement et jusqu'à l'intervention d'un jugement de nullité, il est affecté du même vice et sujet lui-même à annulation.

Cependant, il faut observer :

1° Que si la nullité de l'obligation principale tient à l'*incapacité* du débiteur, la caution demeure obligée alors même que l'engagement de celui-ci serait plus tard annulé : cette solution traditionnelle, consacrée par l'article 2012, § 12, est conforme à la volonté des parties : la caution est intervenue précisément pour couvrir le créancier du risque d'annulation (Paris, 16 nov. 1892, *D. P.* 1893, 2, 227);

2° Qu'une obligation naturelle est insusceptible de cautionnement, car il est inadmissible qu'une caution puisse, dès l'origine, être civilement tenue alors que le débiteur principal ne pourrait pas être contraint au paiement; elle perdrait alors le bénéfice de discussion qui est de l'essence même de son statut juridique : un simple répondant, débiteur accessoire et de seconde ligne, ne saurait être transformé, *ab initio*, en un débiteur de premier plan et pratiquement unique. L'opinion contraire, enseignée par de nombreux auteurs, nous paraît erronée (V. *sup.* n° 715) ,sauf d'ailleurs à rechercher — mais ceci est une autre question — si le débiteur, lorsqu'il fournit une caution à son créancier, n'entend pas, par cela même, effectuer une novation et transformer sa dette naturelle en une obligation parfaite.

1482. Différentes espèces de cautions. — On distingue les cautions *conventionnelles*, *légales* et *judiciaires*. Cette division tripartite ne se réfère nullement à l'origine de l'engagement de la caution, origine qui est *invariablement conventionnelle*, mais bien à la source de l'obligation qui incombe au débiteur principal de fournir caution. Certes, il peut arriver que ce débiteur présente un répondant sans être astreint à le faire, il est même possible que la caution s'engage de sa propre initiative et à l'insu du débiteur principal : de même que nous pouvons payer d'autorité la dette d'autrui, ainsi il nous est loisible de cautionner l'engagement d'un tiers (art. 2014, § 1); mais, pratiquement, le débiteur fournit une caution parce qu'il est tenu de le faire; et il peut en être tenu :

1° En vertu d'une *convention* : le créancier fait, de l'engagement de la caution, la condition *sine qua non* de la confiance, du crédit qu'il consent à son débiteur; la caution est dite alors *conventionnelle*;

2° En vertu de la *loi*, et on dit en ce cas que le cautionnement est *légal*. C'est ainsi que l'usufruitier doit, de par la volonté législative, fournir une caution, avant d'entrer en jouissance (art. 601) et que l'étranger demandeur est tenu de la caution *judicatum solvi* (art. 16). Voir aussi les articles 120, 626, 771, 807, 1613, 1653, 2185 - 5°;

3° En vertu d'un *jugement* : la caution est alors dite *judiciaire*. Il appartient au juge, dans certains cas, d'imposer à l'une des parties la prestation d'une caution, notamment lorsqu'il ordonne l'exécution provisoire d'une décision, nonobstant appel (C. pr., art. 135 et 439).

Enfin, on distingue encore le *certificateur de caution*, qui n'est autre que la caution d'une caution : il étaye la caution de même que celle-ci épaule le débiteur principal.

1483. Conditions que doit remplir la caution. — En toute occurrence, la caution, qu'elle soit conventionnelle, légale ou judiciaire, doit réunir certaines conditions :

1° Elle doit être capable de s'engager, de contracter une obligation (art. 2018). Comme l'incapacité *velléienne* a disparu, la femme peut cautionner la dette de son mari;

2° Elle doit être *solvable*, qualité relative qui s'apprécie eu égard à l'importance de la dette garantie; elle doit avoir « *un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* » (art. 2018). Si un désaccord existe sur ce point entre le créancier et le débiteur, le tribunal appréciera; il le fera en fonction d'un critère très spécialisé : d'après l'article 2019, la solvabilité d'une caution ne s'apprécie que d'après ses *propriétés foncières*, sauf en matière commerciale et à moins que la dette ne soit modique. Le point de vue du Code civil est tout à fait périmé depuis l'essor pris par la fortune mobilière; cette application de la maxime *res mobilis res vilis* a ce résultat singulier qu'un capitaliste opulent peut être inapte à jouer le rôle de caution : il suffit de supposer que sa fortune est exclusivement mobilière.

Si la caution, solvable au jour de son engagement, devient insolvable par la suite, le débiteur doit en fournir une autre au créancier (art. 2020, § 1); il n'en serait autrement que si le créancier avait exigé telle personne pour caution : il n'aurait qu'à s'en prendre à lui-même pour son manque de clairvoyance (art. 2020, § 2);

3° La caution doit être *domiciliée* dans le ressort de la Cour d'appel où elle va s'engager (art. 2018).

1484. Remarque. — Si le débiteur ne peut pas trouver de caution, il est admis à donner à sa place « *un gage en nantissement suffisant* » (art. 2041); la jurisprudence interprète ce texte largement comme autorisant la substitution d'une *sûreté réelle quelconque*, et notamment d'une hypothèque, au cautionnement par hypothèse irréalisable (Civ. 7 août 1882, *D. P.* 1883, 1, 220; 3 fév. 1897, *D. P.* 1897, 1, 601). Cette solution libérale est commandée logiquement par cette idée que les sûretés réelles donnent au créancier plus de sécurité que les garanties personnelles (*sup.* n° 1461).

Mais, comme l'article 2041 est situé dans un chapitre intitulé « *De la caution légale et de la caution judiciaire* », on décide qu'il est inapplicable au cautionnement conventionnel : la convention des parties, qui prévoyait l'intervention d'une caution, ne peut pas être modifiée du fait du seul débiteur; elle doit s'exécuter exactement. D'autre part, il est un cas de cautionnement légal qui échappe à l'application de l'article 2041; le créancier, surenchérisseur du dixième, ne peut, en cas d'impossibilité, offrir qu'un gage en *argent* ou en *rentes sur l'Etat* (C. pr., art. 832).

1485. III. Effets du cautionnement. — Les effets du cautionnement se réalisent dans trois directions :

1° Entre la caution et le créancier;

2° Entre la caution et le débiteur principal;

3° Entre les cautions, à supposer qu'il en existe plusieurs.

1486. A. Rapports de la caution avec le créancier. Directive. — La caution s'engage directement et personnellement envers le créancier, mais elle ne s'oblige que subsidiairement, donc accessoirement au débiteur principal et sous la réserve d'un recours.

1° La caution s'engage directement et personnellement envers le créancier. En conséquence :

a) Elle peut opposer au créancier tous les moyens de défense qui lui sont personnels; elle n'est pas seulement le reflet du débiteur principal : elle a une personnalité; incapable, elle peut évoquer la nullité de son engagement;

b) Son obligation peut comporter des garanties particulières, étrangères à l'obligation principale, une hypothèque par exemple;

c) Le créancier peut s'adresser à la caution avant même

d'avoir engagé des poursuites contre le débiteur principal; sans doute, la caution jouit du *bénéfice de discussion* (*inf.* n° 1487), mai ce moyen n'a trait qu'à l'exécution de la dette, non au droit de poursuite du créancier; l'action a été valablement engagée initialement contre elle;

d) S'il y a plusieurs cautions, chacune est tenue néanmoins pour le tout (art. 2025) : la dette ne se divise pas *de plein droit* entre elles; s'il en était autrement, l'objectif poursuivi par le créancier en exigeant plusieurs répondants serait manqué. Mais cette règle est en partie détruite pratiquement par le droit que la loi reconnaît à la caution poursuivie pour le tout d'exiger du créancier qu'il divise son action entre toutes les cautions par parts égales; à cet effet, elle lui oppose le *bénéfice de division* (art. 2026, § 1). Ce bénéfice se réalise sous la forme d'une *exception* qui peut être opposée par la caution, *en tout état de cause*, mais qui ne saurait être suppléée d'office par le juge. Ainsi, la division, qui n'a pas lieu de plein droit, est à la disposition de la caution poursuivie; la nuance est importante; car, si la division était légale, elle s'effectuerait dans tous les cas, entre toutes les cautions; au lieu que, opposée par le répondant, elle ne se réalise qu'entre les cautions qui sont solvables au jour des poursuites, la part des insolvables venant accroître la part des insolvables : seules, les insolvabilités survenues depuis la division opérée demeureraient à la charge du créancier (art. 2026, § 2);

1487. — 2° La caution n'est engagée que subsidiairement au débiteur principal : elle ne paiera qu'à son défaut; elle a promis de payer s'il ne peut pas le faire (art. 2011); ce caractère essentiel du cautionnement trouve son expression pratique dans le *bénéfice de discussion*. Poursuivie par le créancier, la caution le renverra au débiteur principal pour que l'épreuve soit faite de sa solvabilité; elle exigera que ses biens soient d'abord *discutés*, c'est-à-dire réalisés, vendus, et c'est seulement si cette réalisation ne suffit pas à éteindre la dette qu'elle devra elle-même faire honneur à sa signature (art. 2021).

Il ne fallait pas que ce bénéfice pût compromettre les intérêts du créancier et permettre à la caution d'éluder ses engagements. De là les solutions suivantes :

a) Le bénéfice de discussion doit être opposé par la caution « *sur les premières poursuites digirées contre elle* » (artr. 2022), c'est-à-dire avant toute défense au fond, *in limine litis*;

b) La caution doit indiquer au créancier les biens à discuter (art. 2023, § 1). Encore l'indication ne peut-elle porter sur tous les biens du débiteur; l'art. 2023, § 2 ne lui permet d'indiquer ni ceux qui sont situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni ceux qui sont litigieux, ni même les immeubles qui, hypothéqués en sûreté de la dette, ont cessé d'appartenir au débiteur : c'est qu'en effet, dans ce dernier cas, le propriétaire actuel, le tiers détenteur a lui-même à sa disposition le bénéfice de discussion (art. 2170, *inf.* n° 1906); il n'est pas admissible que la caution renvoie le créancier à discuter un bien qui ne pourrait être lui-même saisi qu'après la discussion d'autres biens, que subsidiairement.

La jurisprudence, considérant que les règles restrictives de l'article 2023, § 2 se ramènent à cette idée que la caution ne saurait renvoyer le créancier à discuter des biens dont la réalisation serait difficile, longue et problématique, consacre l'interprétation extensive en décidant, conformément à l'esprit de cette disposition, que les biens grevés d'hypothèques au delà de leur valeur n'entrent pas non plus en discussion (Paris, 5 fév. 1892, *D. P.* 1892, 2, 497).

Du moins la discussion peut-elle porter sur les meubles comme sur les immeubles; l'exclusive prononcée contre la fortune mobilière par l'article 2019, lors du choix de la caution, ne se reproduit pas au moment des poursuites;

c) La caution doit faire l'avance des sommes nécessaires à la discussion des biens du débiteur principal (art. 2023, § 1).

1488. Remarque. — Il est essentiel de noter que le bénéfice de discussion est refusé, on ne sait trop pourquoi, à la caution *judiciaire* (art. 2042), ainsi qu'à son *certificateur* (art. 2043);

1489. — 3° Par cela même que la caution n'est engagée que subsidiairement au débiteur, elle n'est liée qu'*accessoirement* à lui; elle garantit ce qui existe, rien de plus; l'obligation principale retentit sur son engagement. En conséquence :

a) Son obligation ne saurait excéder celle du débiteur principal (art. 2013, § 1). Si celui-ci doit mille francs, elle ne peut être tenue pour deux mille; son engagement, ainsi majoré, ne serait d'ailleurs pas nul; on le réduirait simplement en le ramenant au niveau de celui du débiteur principal (art. 2013, § 3);

b) La caution peut opposer au créancier les moyens de défense qui sont inhérents à la dette principale elle-même.

1490. 4° Exception de cession d'actions. — La caution, précisément parce qu'elle est un débiteur subsidiaire et accessoire, ne s'est engagée que sous la réserve d'un *recours* à exercer contre le débiteur principal dans le cas où elle devrait payer. L'efficacité de ce recours est assurée par le bénéfice de la *subrogation légale* (art. 1251 - 3°, *sup.* n° 883), car elle était tenue pour un autre; elle va donc entrer de plein droit, ayant acquitté la dette, dans les droits et actions du créancier désintéressé, par exemple dans l'hypothèque qui garantissait, à côté du cautionnement, l'exécution de l'obligation. Dans ces conditions, on peut dire qu'elle n'a consenti à se lier qu'en contemplation des sûretés dont le créancier était nanti et qu'elle savait devoir, à l'occasion, se reporter sur sa propre tête et garantir son recours; si ses prévisions viennent à être déçues, si le créancier a renoncé, dans l'intervalle, à des sûretés ou les a laissé dépérir, elle est fondée à se plaindre; elle est *déchargée* du moment que la subrogation ne peut plus s'opérer dans les conditions d'efficacité qu'elle avait escomptées (art. 2037); elle fait valoir sa libération en opposant au créancier l'exception de cession d'actions, l'exception *cedendarum actionum*; elle lui reproche, en ce faisant, d'avoir manqué à ses obligations : il aurait dû conserver ses sûretés en vue de l'en investir, le moment venu. C'est pourquoi on peut estimer que, contrairement à l'opinion communément reçue (*sup.* n° 1480), le cautionnement est une opération synallagmatique et non unilatérale : il fait naître ou il peut faire naître des obligations à la charge du créancier lui-même.

1491. Conditions requises pour que la caution puisse invoquer l'exception de cession d'actions. — 1° Il faut que les sûretés perdues aient appartenu au créancier lors de l'engagement de la caution, sinon celle-ci n'a pas à se plaindre de leur disparition; elle ne pouvait pas compter sur elles (Civ. 27 nov. 1861, *D. P.* 1861, 1, 470; 10 déc. 1866, 1, 425);

Toutefois, cette première condition doit être entendue raisonnablement et réserve faite du cas où il résultait des accords des parties que la caution avait un droit certain à la constitution des sûretés aujourd'hui disparues, par exemple à la constitution du gage dont le créancier a ensuite perdu le bénéfice par son fait; équitablement, de telles sûretés sont

à traiter comme si elles avaient existé déjà lors de l'engagement de la caution qui a dû les prendre en considération et qui peut se considérer comme déliée par leur disparition (Req. 4 mai 1937, *S.* 1937, 1, 190).

2° La perte des sûretés doit être imputable au créancier; non pas qu'on exige qu'il ait commis une faute, mais encore veut-on que la disparition tienne à son fait, actif ou passif : il a renoncé à une hypothèque, ou il a laissé se périmer l'inscription hypothécaire (Comp. Req. 2 déc. 1895, *D. P.* 1896, 1, 255; Civ. 9 nov. 1914, *D. P.* 1917, 1, 171) ou il a manqué de diligence dans ses intérêts (Req. 19 déc. 1927, *D. P.* 1928, 86). Si la subrogation a été rendue inefficace par le fait d'un tiers, sa responsabilité n'est pas engagée et la caution n'est poins libérée (Cass. 2 fév. 1886, S. 1887, 1, 6, note Labbé, 22 déc. 1886, *D. P.* 1887, 1, 387); à plus forte raison en serait-il ainsi si la perte était imputable à la caution (Civ. 19 jan. 1892, *D. P.* 1892, 1, 89; *S.* 1892, 1, 265);

3° Il faut encore que la perte des sûretés ait causé à la caution un préjudice certain; si, de toute façon, la subrogation ne lui eût pas été secourable, elle ne peut se prétendre libérée; sans intérêt pas d'action, ni même d'exception (Cass. 2 fév. 1886, précité; note Wahl, *S.* 1903, 1, 137; Req. 2 déc. 1903, *D. P.* 1905, 1, 9, *S.* 1908, 1, 138; Civ. 9 nov. 1914, *D. P.* 1917, 1, 171).

1491*bis*. **Réalisation de l'exception de cession d'actions.** — La décharge de la caution ne se produit pas de plein droit; elle doit être requise en justice, sous une forme ou sous une autre, mais au plus tard en appel; devant la Cour de cassation, il ne serait plus possible de prendre cette initiative, car le moyen tiré de l'article 2037 n'intéresse pas l'ordre public (Civ. 24 oct. 1888, *D. P.* 1889, 1, 52); c'est pourquoi, d'autre part, il ne pourrait être suppléé d'office par le juge.

1491*ter*. **Nature juridique et fondement du bénéfice de l'article 2037.** — Il est remarquable que le statut de ce bénéfice, tel qu'il est établi par la tradition et la jurisprudence, s'harmonise parfaitement avec la théorie du pacte commissoire tacite de l'article 1184 : le créancier ayant failli aux obligations qu'il avait assumées par la convention synallagmatique conclue avec la caution, cette dernière se retire elle-même de l'opération et refuse d'exécuter les engagements qu'elle avait pris. Ainsi s'explique que la perte des sûretés doive être imputable au créancier; qu'elle doive inté-

resser des sûretés existant ou envisagées lors de l'engagement de la caution; enfin, que la décharge ne se produise pas de plein droit, mais qu'elle doive être requise ou objectée en justice. Ce rattachement de l'exception *cedendarum actionum* à la théorie du pacte commissoire tacite est d'ailleurs dans la ligne de la tradition (v. POTHIER, *Traité des obligations*, nos 557 et s.).

1492. B. Rapports de la caution avec le débiteur principal. Principe. — En principe, la caution, lorsqu'elle a payé la dette, a un recours contre le débiteur principal puisqu'elle jouait le rôle de répondant et puisqu'elle n'avait pas d'intérêt dans l'opération : il n'en serait autrement que si elle était intervenu *animo donandi*, avec la pensée de se substituer au débiteur et d'assumer effectivement et définitivement le fardeau de l'obligation : il y aurait alors véritablement *donation*, puisque transfert de valeurs, à titre gratuit, d'un patrimoine à un autre.

1493. Origine du recours. — Le recours de la caution n'a jamais sa base juridique dans le contrat qu'elle a passé avec le créancier et auquel le débiteur principal a pu demeurer étranger; il découle soit d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, soit de la subrogation légale de l'article 1251 - 3°; la caution a en effet à sa disposition et une action personnelle et les actions du créancier désintéressé.

1° L'action *personnelle* est celle du *mandat* si la caution s'était engagée sur l'ordre du débiteur, ce qui est le cas normal, celle de *gestion d'affaires* si elle était intervenue spontanément. Les deux éventualités sont visées dans l'article 2028, § 1;

2° La caution peut aussi exercer les droits et actions du créancier désintéressé; elle se présente alors à titre de *subrogé légal*; elle invoque la disposition de l'article 1251 - 3° qui accorde le bénéfice de la subrogation à celui qui a payé une dette dont il était tenu pour un autre, et plus spécialement, celle de l'article 2029 qui lui reconnaît formellement, nominativement, ledit bénéfice.

1494. Avantages de chacun des recours.

1° En se réclamant de la subrogation, la caution bénéficie des sûretés dont la créance pouvait être assortie, notamment des hypothèques et des privilèges qui pouvaient en garantir le recouvrement; bien que des difficultés se soient élevées à ce sujet, elle peut agir même contre le tiers détenteur d'un

immeuble hypothéqué; l'aliénation de cet immeuble par le débiteur ne doit pas compromettre ses droits (*inf.* n° 1959); et, dans le cas où elle n'avait cautionné qu'un seul de plusieurs codébiteurs solidaires, elle est néanmoins admise à agir, pour le tout, contre l'un quelconque des coobligés principaux, exactement comme si elle les eût cautionnés tous (Civ. 21 janv. 1935, *S.* 1935, 1, 110; 26 mai 1936, *S.* 1936, 1, 368).

2° L'action personnelle présente, de son côté, de sérieux avantages :

a) Le contenu peut en être supérieur à celui des actions du créancier; en exerçant celles-ci, la caution ne peut réclamer au débiteur que ce que le créancier lui-même était en droit d'en exiger; mais, par l'action personnelle, elle obtiendra, en outre : 1° les intérêts de ses déboursés à compter du jour où elle a payé; 2° des dommages-intérêts, « *s'il y a lieu* » (art. 2028, § 3); c'est un des cas très rares où le créancier d'une somme d'argent peut exiger du débiteur, outre les intérêts calculés au taux légal, des dommages-intérêts supplémentaires (*sup.* n° 640); si donc la caution a éprouvé un préjudice spécial, elle sera fondée à en poursuivre la réparation, par exemple dans le cas où elle aurait dû elle-même emprunter à des conditions onéreuses pour faire honneur à l'engagement qu'elle avait pris dans l'intérêt du débiteur principal : le juge appréciera;

b) Au cas de paiement partiel, la caution, si elle exerce son recours au moyen de l'action personnelle, ne risque pas de se voir faire application de la règle « *nemo contra se subrogasse censetur* » (*sup.* n° 901) : si elle se trouve en conflit avec le créancier, à qui, par hypothèse, une partie de la dette est encore due, elle ne sera pas tenue de s'effacer devant lui, mais elle concourra avec lui.

1495. Cas exceptionnels. — Il est des cas où la caution est *déchue* de tout recours contre le débiteur principal, soit qu'elle ait négligé d'aviser celui-ci qui a payé à son tour, soit qu'elle ait payé spontanément, sans être poursuivie et sans avertir le débiteur principal qui avait des moyens décisifs à opposer à la demande du créancier (art. 2031).

A l'inverse, il arrive que la caution puisse exercer un recours contre le débiteur principal avant même que d'avoir payé, par exemple lorsque ce débiteur est en état de *faillite* ou de *déconfiture* (V. l'art. 2032 qui énumère d'autres éventualités); ce texte lui permet d'agir aussitôt qu'elle est pour-

suivie en justice par le créancier : elle liera le débiteur principal à l'instance, à fin de libération ou de garantie.

1496. C. **Rapports entre cautions.** — A supposer qu'il y ait plusieurs cautions pour une même dette, trois par exemple, et que l'une d'elles, négligeant d'invoquer le bénéfice de division, paie la totalité de la dette, la loi lui ouvre un recours contre ses cofidéjusseurs qu'elle peut rechercher, chacun pour sa part et portion, donc pour un tiers dans l'espèce choisie (art. 2033).

On a voulu rattacher ce recours à l'idée de gestion d'affaires, comme aussi on a voulu l'expliquer en faisant intervenir le concept social : les cofidéjusseurs formeraient une société dans l'intérêt du créancier, comme les codébiteurs solidaires. Ces explications ne sont guère satisfaisantes : les cofidéjusseurs peuvent s'ignorer les uns les autres et cette éventualité exclut l'idée de gestion d'affaires comme celle de société; en réalité, c'est un recours d'origine *légale* que celui qui est donné à la caution dans l'article 2033.

Il va sans dire qu'à côté de ce recours personnel, le *solvens* dispose des droits et actions du créancier dans lesquels il a été subrogé de plein droit (art. 1251 - 3°).

1497. IV. **Extinction du cautionnement.** — Le cautionnement peut s'éteindre soit *par voie de conséquence*, soit *directement*.

1° *Extinction par voie de conséquence.* — La disparition de l'obligation principale entraîne celle de l'obligation accessoire : *accessorium sequitur principale*; il en va ainsi au cas de paiement, de compensation (art. 1294), de remise de dette (art. 1287), de novation (art. 1281), de confusion (art. 1301, § 1), de dation en paiement (art. 2038) : aux termes de ce dernier texte, la dation en paiement libère la caution, définitivement, et quand bien même le créancier serait par la suite évincé de la chose qui lui avait été remise (*sup.* n° 928);

2° *Extinction directe.* — L'obligation de la caution peut s'éteindre alors que subsiste l'obligation principale, soit par une remise de dette (art. 1287, § 2), soit par la confusion (art. 1301, § 2), soit aussi par la compensation; mais, dans cette dernière éventualité, le débiteur principal lui-même est libéré lorsque la compensation a été opposée par la caution au créancier; la loi lui interdit seulement de prendre toute initiative à ce sujet (*sup.* n° 936).

Enfin, le cautionnement s'éteint également lorsque le

créancier a renoncé aux sûretés qui garantissaient la dette ou les a laissé périr (art. 2037, *sup.* n° 1490).

1498. V. En quoi le cautionnement diffère de la solidarité et comment il peut se combiner avec elle. — A. Différences entre le cautionnement et la solidarité. — Ces différences ressortent des développements précédents; nous les grouperons autour de trois idées.

1° Quant à leurs *origines*, ces garanties diffèrent nettement : tandis que la solidarité peut être légale, le cautionnement procède invariablement d'une convention passée entre le créancier et la caution (*sup.* n^{os} 782 et 1482);

2° La caution profite de toute une série de *bénéfices* — de discussion, de division, de cession d'actions — auxquels le codébiteur ne saurait prétendre, puisqu'il est, aux yeux du créancier, un débiteur unique et de premier plan, puisque la question de division de la dette et de contribution ne se pose que dans les rapports des codébiteurs entre eux, au lieu que la caution est ouvertement et par définition même un débiteur accessoire, de seconde ligne, non intéressé à la dette dont elle ne doit pas supporter le fardeau à titre définitif;

3° Dans un ordre d'idée voisin, le *délai* accordé au débiteur profite nécessairement et de plein droit à la caution, mais non pas à un codébiteur solidaire (*sup.* n° 765; et spécialement, pour les *dettes agricoles*, la loi du 12 juillet 1937 dont l'article 1er établit nettement, dans ses alinéas 9 et 10, l'opposition qui vient d'être indiquée entre la situation de la caution et celle du codébiteur solidaire);

4° De même encore, ce qui est jugé pour ou contre le débiteur principal est jugé pour ou contre la caution, laquelle est représentée par le premier (Req. 3 janv. 1938, *S.* 1938, 1, 50); mais il va sans dire que la réciproque n'est pas vraie, la caution n'ayant pas qualité pour représenter au procès l'obligé principal. Au contraire, en matière de solidarité, le principe de la représentation s'applique indistinctement, puisque tous les codébteurs sont situés sur le même plan (*sup.*, t. II, n° 768).

5° Les *modes d'extinction* des obligations se comportent différemment selon qu'il s'agit de solidarité ou bien de cautionnement. En matière de solidarité, les obligés sont traités à égalité, en ce sens du moins que la libération de l'un entraîne normalement la libération, totale ou partielle, des autres; mais, en matière de cautionnement, l'inégalité est de rigueur logique entre le débiteur principal et la caution : la libération du premier entraîne fatalement celle de la

seconde; l'accessoire ne saurait survivre au principal; tandis que la libération de la caution n'implique aucunement celle du débiteur lui-même. De plus, et pour ce qui est de la compensation, on a vu que la caution peut l'opposer du chef du débiteur principal au lieu que le codébiteur solidaire n'est pas fondé à prendre l'initiative de l'opposer du chef de son codébiteur (art. 1294, §§ 1 et 3; *sup.* n° 936).

Il résulte de ce parallèle que la solidarité est une garantie personnelle autrement efficace que le cautionnement; et c'est pourquoi on a eu l'idée de combiner les deux institutions, d'enfermer les cautions dans un lien solidaire.

1499. B. **Combinaison du cautionnement avec la solidarité. Cautionnement solidaire.** — Cette combinaison peut se réaliser dans deux directions : d'une part, la caution peut s'engager solidairement avec le débiteur principal; d'autre part les cautions, s'il y en a plusieurs, peuvent s'engager solidairement entre elles; rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les deux combinaisons ne se juxtaposent l'une à l'autre.

1° *Caution solidaire du débiteur principal.* — C'est très fréquemment que la caution conventionnelle [1] s'engage solidairement avec le débiteur principal; dans les actes notariés, la clause est de style. Elle soulève une grave difficulté : dans quelle mesure va-t-elle modifier les effets attachés au cautionnement simple? Le cautionnement solidaire participe de deux institutions, le cautionnement et la solidarité : quelle est, de ces deux institutions, celle qui va lui imprimer ses traits distinctifs, lui donner sa personnalité?

Le Code civil n'a pas tranché expressément cette question : il ne vise la caution solidaire que dans un seul texte, l'article 2021, et c'est pour lui refuser le bénéfice de discussion. Cependant, à lire attentivement cet article et à consulter le cadre dans lequel il est situé, on peut découvrir les éléments d'un critère et d'une distinction : d'une part, on y lit cette affirmation générale que « *l'effet de l'engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires* »; d'autre part, la portée de cette directive est limitée par la rubrique de la section où figure l'article 2021 « *de l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution* ». On peut conclure de ce rapprochement, semble-t-il, que la caution solidaire est traitée, vis-à-vis du créancier, comme un codébiteur solidaire, tandis que, dans ses rap-

[1] Le cautionnement légal ou judiciaire n'est jamais solidaire. V. cependant, pour les soumissions de marchés administratifs, le décret du 4 juin 1938.

ports avec le débiteur principal, elle peut prétendre devoir être traitée ainsi qu'une caution simple; ce qui revient à dire qu'on doit l'assimiler au codébiteur solidaire non intéressé à la dette, dont il est question dans l'article 1216 (*sup.* n° 777).

Ce point de vue conduirait aux conséquences suivantes :

1° La caution solidaire n'a pas le bénéfice de discussion, et, sur ce point, la loi est formelle (art. 2021); Comp. Civ. 6 janv. 1919 (*D. P.* 1923, 1, 112);

2° Il faut lui refuser également l'exception de cession d'actions de l'article 2037, puisque le codébiteur solidaire ne saurait reprocher au créancier de s'être démuni de ses sûretés (*sup.* n° 787);

3° La caution solidaire ne peut pas opposer la compensation du chef du débiteur principal;

4° La poursuite intentée contre elle interrompt la prescription et fait courir les intérêts contre le débiteur principal qui se trouve, du même coup, mis en demeure;

5° Le paiement partiel effectué par la caution solidaire interrompt la prescription vis-à-vis du débiteur principal (Req. 23 juill. 1929, *D. P.* 1931, 1, 73, note Holleaux);

6° La chose jugée avec l'un des coobligés solidaires est opposable à la caution (Civ. 6 janv. 1919, précité);

7° La suspension de poursuites accordée, pendant la guerre, aux débiteurs mobilisés, ne profite pas à la caution solidaire (Bastia, 15 juin 1915, *S.* 1929, 2, 75).

1500. Jurisprudence. — La jurisprudence suit en principe la directive que nous venons d'indiquer (V. l'arrêt précité du 6 janv. 1919); toutefois, elle s'en écarte pour reconnaître à la caution solidaire l'exception de cession d'actions; l'obligation, pour le créancier, de conserver ses sûretés, serait de l'essence du cautionnement, en toute occurrence. (*Sic*, Civ. 23 fév. 1857, *D. P.* 1857, 1, 88; Req. 2 fév. 1886, *D. P.* 1887, 1, 387, 3 janv. 1888, *D. P.* 1888, 1, 36; 19 déc. 1927, *D. H.* 1928, 86). Dès lors, il demeure intéressant de distinguer la caution solidaire du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, lequel ne bénéficie certainement pas de l'exception de cession d'actions.

D'autre part, la loi du 12 juillet 1937, relative aux *dettes agricoles*, décide que les délais accordés au débiteur principal bénéficient de plein droit *à la caution même solidaire*, au lieu que le codébiteur solidaire ne saurait opposer au créancier les délais accordés à son codébiteur (art. 1er de cette loi, al. 9 et 10).

A ce double point de vue (bénéfice de cession d'actions et bénéfice du terme), la caution solidaire s'éloigne donc, même dans ses rapports avec le créancier, du codébiteur solidaire, pour rejoindre la caution simple.

1501. 2° Solidarité établie entre cautions. — Du moment que les cautions se sont engagées solidairement entre elles, elles forment une société comparable à celle qui existe entre codébiteurs solidaires; en conséquence : 1° elles perdent le bénéfice de division; le créancier pourra exiger de l'une quelconque d'entre elles le paiement intégral; 2° de plus, elles se représentent réciproquement les unes les autres en vue de la conservation et de la sauvegarde des droits du créancier; les solutions découlant, en matière de solidarité, de l'idée de mandat réciproque, trouvent ici leur application (*sup.* n^os^ 766 et suiv.); 3° enfin, si le créancier a divisé lui-même et volontairement ses poursuites contre les cautions, et si l'une d'elles devient insolvable, sa part sera répartie entre les cautions demeurées solvables, comme elle le serait, dans le cas de solidarité, entre les codébiteurs (art. 1215; Req. 7 juin 1882, *S.* 1882, 1, 321 *D. P.* 1882, 1, 441; note AUBRY).

TROISIÈME DIVISION

LES SÛRETÉS RÉELLES

1502. Bibliographie. — Em. BECQUÉ, *Les sûretés réelles*, dans le *Traité pratique du droit civil français* de PLANIOL et RIPERT, t. XII et XIII; DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, dans le *traité théorique et pratique* de BAUDRY-LACANTINERIE, 3 vol.; THÉZARD, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*; Paul PONT, *Traité des privilèges et hypothèques*, 3 vol.

Généralités

1503. Définition. — Les *sûretés* réelles consistent dans l'affectation d'un ou plusieurs biens au paiement d'une dette : telle chose répondra de l'exécution de telle obligation, constituera le gage (*lato sensu*) de son exécution.

1504. Procédés employés. — Dans les législations peu évoluées, qui ne connaissent, en fait de droit réel, que la propriété, c'est ce droit qui est utilisé en vue d'un tel résultat : le débiteur transfère à son créancier la *propriété* d'un bien en convenant que cette propriété lui sera retransférée le jour où la dette, pour une cause ou pour une autre, sera éteinte : c'est là le procédé de l'*aliénation fiduciaire* qui donne au créancier une complète sécurité, mais qui a, entre autres inconvénients, celui de mettre le débiteur à la merci de son créancier, devenu propriétaire, et de le réduire, pour obtenir la restitution de son bien, à une action personnelle née du pacte de fiducie : le moyen employé dépasse le but poursuivi.

Plus tard, on imagine de confier au créancier, non plus la propriété, mais seulement la *possession* de la chose; le débiteur demeure propriétaire et conserve l'action en revendication; le créancier ne peut plus aliéner le bien affecté au règlement de son droit : il peut seulement le retenir, en sûreté de la dette et aussi longtemps qu'il n'aura pas été désintéressé : il y a alors *constitution de gage*. Cette sûreté réelle présente une incontestable supériorité sur l'aliénation fiduciaire, mais elle a encore cet inconvénient de priver le débiteur constituant de la possession et de l'usage de sa chose; elle impose au créancier les soucis d'une administration qui se prolongera pendant longtemps peut-être et qui est susceptible d'engager sa reponsabilité; enfin, il semble, sauf perfectionnements ultérieurs, que la même chose ne puisse pas être affectée à la sûreté de plusieurs dettes et au profit de créanciers différents : sa puissance de crédit est totalement épuisée d'un seul coup, puisque le même bien ne peut pas être remis, même quant à la possession seulement, à plusieurs personnes.

1505. — Il fallait donc imaginer une sûreté plus subtile, un procédé qui permît au débiteur de conserver sa chose, comme ci-devant, quant à la possession et à l'usage mêmes. Cette sûreté, moins matérielle que les précédentes, n'est autre que l'*hypothèque* qui fonctionna en Grèce et qui fit son apparition à Rome, dans les premiers temps de l'Empire probablement : avec elle, le créancier est libéré de tout souci d'administration puisque la propriété, la possession, l'usage restent au débiteur qui conserve à peu près tous les attributs de la propriété, qui continue à pouvoir aliéner, affermer, louer sa chose, comme il lui est loisible d'en jouir et de s'en servir lui-même; tout cela, sans que les intérêts du créan-

cier hypothécaire soient méconnus ou compromis; armé d'un droit réel, comportant droit de suite et droit de préférence, il pourra, le jour venu, saisir le bien hypothéqué, sur quiconque le détient, le faire vendre pour se payer sur le prix qui lui sera attribué plutôt qu'à tous autres ayants droit; la chose hypothéquée est marquée d'une empreinte ineffaçable, le droit réel dont elle est grevée. Et cette empreinte n'est pas nécessairement unique et exclusive : le même bien peut être affecté à la sûreté de plusieurs dettes, au profit de créanciers différents, et jusqu'à concurrence de sa valeur intégrale.

1506. Gage et hypothèque. — Cependant, malgré la supériorité écrasante qu'elle tient de son caractère immatériel, l'hypothèque ne supplanta jamais le gage; c'est qu'elle a les défauts de ses avantages; comme toujours, la médaille comporte un revers. L'hypothèque, parfaite pour les biens qui, non sujets à dépérissement, comportent une identification facile, est d'une application plus malaisée aux biens susceptibles de disparition et aussi à ceux dont l'identification souffre des difficultés : pour les premiers, le créancier hypothécaire a à redouter le dépérissement, la dissimulation, le recel; pour les autres, les tiers auront à craindre des surprises désagréables, car ce n'est pas facilement qu'on pourra les aviser de l'existence des hypothèques. Sans doute, on s'efforcera d'organiser un régime de publicité; mais ce régime, facile à aménager pour des biens identifiables, comme une maison, un domaine, devient inopérant pour les choses dont l'individualité n'est pas nettement accusée et qui n'ont pas d'attache fixe : vainement annoncerait-on qu'un bijou ou un animal ont été affectés à la sûreté de telle dette; le public n'en serait pas plus avancé, puisqu'il ignorerait de quel bijou il s'agit, ni quel animal a été hypothéqué. L'opposition s'établit ainsi, et par la force des choses, entre les biens *sédentaires*, qui se prêtent à la constitution d'une hypothèque, et les biens *nomades*, sans situation fixe, qui, pour la raison indiquée, y répugnent en général. Il semble donc qu'un travail de spécialisation doive s'effectuer, que l'hypothèque soit à cantonner dans le domaine immobilier, tandis que le gage conserve toute son utilité pour les meubles.

1507. Double évolution. — Cependant, la ligne de démarcation n'a pas été toujours aussi nettement tranchée entre les deux espèces de sûretés et les deux catégories de

biens qui semblent y être prédestinés; à cet égard, une double évolution s'est produite :

1° A Rome, tous les biens comportaient indifféremment le gage et l'hypothèque : un immeuble pouvait être donné en gage, de même qu'un meuble pouvait être hypothéqué, et, dans notre très ancien droit français, l'engagement des immeubles fut longtemps pratiqué (V. PLTIER, *Du gage immobilier dans le très ancien droit français*, thèse, Paris, 1893);

2° Mais, au cours des siècles, la différenciation s'effectua entre les deux institutions : d'une part, le gage fut limité aux meubles; d'autre part, l'hypothèque fut cantonnée dans le domaine immobilier; à vrai dire, certaines de nos coutumes admirent l'hypothèque mobilière, mais découronnée du droit de suite, donc à l'état d'hypothèque imparfaite (Bretagne, Normandie); tandis que d'autres coutumes se montrèrent tout à fait réfractaires à l'idée d'une hypothèque mobilière, même amoindrie (Paris, Orléans). Il est d'ailleurs curieux que les deux régimes trouvaient leur expression dans une même formule : « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* », ce qui signifiait, ici, que l'hypothèque mobilière était dépourvue du droit de suite, là, qu'elle était complètement proscrite.

Ce travail de différenciation, de spécialisation, était achevé à la fin de l'ancien régime; il trouva sa consécration dans le Code civil de 1804 qui réserva le gage pour les biens mobiliers de même qu'il cantonna l'hypothèque dans le domaine immobilier;

1508. — 3° Mais, depuis plus d'un demi-siècle, une nouvelle évolution se produit, en sens inverse de la première : l'hypothèque déborde du crédit immobilier sur le crédit mobilier; la tendance actuelle est d'en étendre l'emploi aux meubles qui, par exception, sont susceptibles d'identification et qui, d'autre part, présentent une certaine valeur : aux *navires*, aux *bateaux de navigation intérieure*, aux *aéronefs*, aux *fonds de commerce*, etc. (*inf.* n^os^ 1662 et suiv.). Il n'est donc plus possible de se faire de l'hypothèque une conception aussi précise que celle qui inspira les rédacteurs du Code civil : elle est devenue, dans une assez large mesure, un instrument de crédit mobilier; à côté de l'hypothèque immobilière, demeurée la règle, est apparue *l'hypothèque mobilière* dont le rôle est déjà considérable. Une nouvelle évolution se dessine qui tend, sinon à effacer, du moins à estomper les frontières jadis tracées entre le gage et l'hypothèque.

D'ailleurs, le gage se défend contre cet envahissement de l'hypothèque; il veut se perfectionner, s'assouplir; comme on le verra, la *mobilisation* du crédit mobilier est assez avancée, grâce à l'utilisation de l'article 2076 qui permet que la chose engagée soit confiée à une tierce personne, laquelle possèdera pour le compte de plusieurs créanciers gagistes (*inf.* n° 1519), grâce aussi à l'usage de plus en plus répandu des *clauses à ordre* qui peuvent figurer sur un titre constitutif d'un gage aussi bien que sur l'acte constatant l'existence d'une créance chirographaire : les différentes espèces de *warrants* permettent la circulation facile de meubles, en tant qu'instruments de crédit; et le gage a acquis ainsi une souplesse, une puissance circulatoire qui font défaut, jusqu'à présent, à l'hypothèque.

1509. Les privilèges. — A côté des hypothèques, on voit figurer les *privilèges* : les deux substantifs vont de pair, traditionnellement; le Code civil les unit constamment; le titre dix-huitième du livre III est intitulé « *Des privilèges et hypothèques* ».

Malheureusement, la théorie des privilèges est une des plus décousues qui soient : sous cette dénomination générique, le Code civil englobe des espèces fort différentes : tels privilèges ne sont autres que des hypothèques privilégiées; tels autres se différencient nettement des hypothèques; il en est qui affectent des biens individuellement déterminés, tandis que d'autres planent sur tous les biens d'un débiteur; ceux-ci sont exclusivement mobiliers, ceux-là ne portent que sur les immeubles, d'autres encore grèvent indifféremment les éléments mobiliers et immobiliers du patrimoine du débiteur.

Cependant, au-dessus de ces importantes et nombreuses contingences, s'affirment certaines caractéristiques qui sont le lot des privilèges et qui permettent de les différencier des hypothèques; de même que les hypothèques et à la différence du gage, ils n'impliquent, en général, aucun dessaisissement de la part du débiteur; mais :

1° Tandis que l'hypothèque est conventionnelle, judiciaire ou légale, le privilège est *toujours légal*; c'est la loi qui veut que telle créance soit privilégiée; il ne dépend pas de la volonté des particuliers qu'une autre le soit;

2° En cas de concurrence entre créanciers privilégiés et créanciers hypothécaires, ce sont les premiers qui l'emportent (art. 2095);

3° En cas de conflit entre créanciers privilégiés, le classement s'effectue en fonction de la *qualité de la créance* (art.

2096), tandis que, entre créanciers hypothécaires, il est résolu, *en principe* mais non pas toujours, d'après un ordre chronologique : « *potior tempore potior jure* ».

Ces critères ne sont pas d'une certitude absolue, on aura l'occasion de s'en rendre compte par la suite; il faut y voir des directives dont la valeur est suffisamment constante pour que la différenciation des hypothèques et des privilèges se réalise sans trop de difficultés.

1510. Plan. — Nous étudierons :
1° Les sûretés réelles *mobilières* (*crédit mobilier*);
2° Les sûretés réelles *immobilières* (*crédit immobilier*).

CHAPITRE PREMIER

Sûretés réelles mobilières
Crédit réel mobilier

1511. Plan. — Les sûretés réelles mobilières comprennent le *gage* et les *privilèges mobiliers* : nous les étudierons successivement, en notant dès maintenant qu'elles présentent des points de contact, car le gage donne naissance à un privilège, car aussi il est des privilèges qui reposent sur une idée de gage tacite; mais il n'en reste pas moins qu'il ne saurait dépendre d'un créancier de faire naître à son profit un privilège proprement dit, au lieu qu'il peut imposer à son futur débiteur la fourniture d'un gage; en ce sens, le gage est la sûreté mobilière par excellence, puisqu'elle est la seule qui soit toujours à la disposition des parties.

SECTION I. — LE GAGE OU NANTISSEMENT MOBILIER

Articles 2071 à 2084.

1512. Définition. — « *Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette* » (art. 2071); la définition est exacte, réserve faite de cette particularité que la remise de la chose peut émaner d'un tiers qui joue alors le rôle de *caution réelle*.

Il existe deux grandes variétés de nantissement : celui des meubles qui est le *gage*; celui des immeubles qui a nom *antichrèse* (art. 2072).

Le mot « gage » comporte diverses acceptions : tantôt il désigne le *contrat* constitutif du droit de gage (c'est dans ce sens qu'il est pris par le législateur dans l'article 2071); tantôt il s'applique à ce *droit* lui-même : on parle du gage comme on parle de l'hypothèque; enfin, on désigne parfois à l'aide de ce mot la *chose* même qui est engagée : on dira, en ce sens, qu'un bijou constitue, pour le créancier, un gage précieux (V. les art. 2078, 2079, 2080).

1513. Complexité du sujet. — La législation du gage s'est étonnamment compliquée depuis le Code civil; sans doute, le régime institué en 1804 a subsisté, mais, à côté de lui, autour du droit commun, on a vu apparaître une foule de gages spécialisés, régis par des statuts appropriés : gage *commercial*; nantissement des *fonds de commerce* (qui est en réalité une constitution d'hypothèque); *avances sur titres*, prêts sur *warrants*; prêts consentis par les *établissements de Crédit municipal* (anciennement *Monts-de-Piété*). Il ne nous appartient pas d'étudier en détail ces différents gages spécialisés : nos explications se limiteront à peu près exclusivement à l'institution du droit civil, au droit commun du gage.

1514. Plan. — Il faut étudier :
1° La *constitution* du gage;
2° Les *effets* produits par le contrat de gage;
3° L'*extinction* du gage.

§ I. — *LA CONSTITUTION DU GAGE*

1515. Conditions requises. — Nous rechercherons :
1° Quels sont les éléments de l'opération;
2° Comment le gage se constitue *inter partes*;
3° Comment il devient opposable aux *tiers*.

I

Eléments de l'opération

1516. Enumération. — On découvre, dans l'opération, une *obligation* à garantir; un élément *réel* : l'objet du gage; et des éléments *personnels*.

I. **Obligation garantie.** — Toute obligation peut être garantie par un gage : pure et simple, à terme, conditionnelle, voire même éventuelle; mais il va sans dire que le gage

est affecté de la même modalité que l'obligation principale. On ne concevrait pas qu'une obligation *naturelle* fût garantie par un gage, le propre d'une telle obligation étant de répugner à toute exécution forcée (*sup.* n° 715).

1517. II. Elément réel. — Il est représenté par la chose remise en gage; tous les biens sont-ils susceptibles de se prêter à un nantissement de ce genre? Non, certaines exclusions sont à prononcer :

1° D'abord, celle de tous les immeubles; c'est une *règle absolue* que le gage est limité aux choses mobilières;

2° Il faut éliminer aussi les meubles qui ne comportent pas de remise, de livraison; le gage implique le dessaisissement du *débiteur constituant* et la mise en possession du *créancier gagiste*. Ce n'est pas à dire cependant que les biens incorporels répugnent au gage; la remise en est généralement possible, qu'il s'agisse de valeurs mobilières ou même de créances, pourvu qu'elles soient constatées par un titre; (V. pour l'engagement d'une *police d'assurance sur la vie*, la loi du 13 juill. 1930, art. 65; Comp. J. Flour, *La mise en gage des polices d'assurance sur la vie*, *Rev. gén. ass. terr.*, 1935, p. 685); c'est seulement lorsque cette condition fait défaut (créance verbale) que le gage devient impraticable, faute de nantissement effectif.

Pour la même raison, les choses *futures* ne peuvent être données en gage; tout au plus peuvent-elle faire l'objet d'une *promesse de gage* (Bourges, 29 avril 1901, *S.* 1902, 2, 273, note Wahl);

3° Les biens *inaliénables* ou *incessibles* sont également à exclure : la chose donnée en gage est destinée à être vendue, si le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette; il est indispensable qu'elle puisse remplir, à l'occasion, cette fonction : une pension de retraite ou une pension alimentaire ne sauraient donc être données en gage, puisqu'elles sont inaptes à la circulation; elles ne doivent pas changer de titulaire.

Il ne faudrait pas exclure en bloc, du domaine du gage, les choses insaisissables, encore qu'elles échappent, par définition, au droit de gage général des créanciers : autre chose est ce droit de gage général, création de la loi et qui fonctionne automatiquement, autre chose le gage proprement dit, constitué par la volonté du débiteur; libre à celui-ci de renoncer, au profit d'un créancier déterminé, à la protection que la loi lui avait accordée vis-à-vis des créanciers en général : c'est ainsi que les *rentes sur l'Etat* peuvent être données en gage, car, si elles sont insaisissables, elles ne

sont pas incessibles, elles peuvent circuler de main en main (Req. 26 juill. 1928, *S.* 1929, 1, 70; Paris, 20 nov. 1895, *D. P.* 1896, 2, 444) : le Code de procédure fait d'ailleurs allusion à un nantissement en rentes sur l'Etat (art. 832, § 3).

Le *numéraire* peut faire l'objet d'un gage (C. pr., art. 832, § 3; Crim. 12 déc. 1890, *D. P.* 1891, 1, 325) : l'opération prend alors plus spécialement le nom de *cautionnement*, mais on doit éviter de la confondre avec la sûreté personnelle de ce nom; elle est, sans conteste, une sûreté réelle, une forme de nantissement, avec cette particularité que le créancier gagiste est détenteur d'une somme d'argent au lieu d'être possesseur de la chose du constituant.

Introduction, dans l'opération du gage, de la notion de fongibilité des choses engagées. — Il est intéressant de relever la tendance qui s'affirme, dans la jurisprudence, à admettre que le gage peut porter sur des choses fongibles, envisagées *in genere* et susceptibles d'être remplacées par des individus de même espèce et en quantité égale, par exemple sur des marchandises, des denrées destinées à la vente (Req. 10 mars 1915, *S.* 1916, 1, 5, note critique Ch. Lyon-Caen qui reproche à la Cour de cassation, peut-être à tort, de faire ici appel, en même temps qu'à la fongibilité, à la notion de subrogation réelle et de tomber ainsi dans la confusion et dans l'absurdité; Angers, 21 fév. 1936, *S.* 1936, 2, 76); à côté du gage traditionnel, portant sur des corps certains, on voit alors apparaître une forme plus moderne de l'opération, établie sur un genre et soumise, de ce chef, à des règles plus libérales (*inf.* n° 1541).

1518. III. Eléments personnels. — Le contrat de gage implique l'intervention de deux personnes au moins : le créancier, à qui la sûreté est conférée (*créancier gagiste*), et le débiteur qui engage sa chose (*constituant*).

Ce débiteur constituant doit être *capable* d'aliéner la chose engagée, et surtout il faut qu'il en ait la *propriété*; ce n'est pas à dire cependant que l'engagement de la chose d'autrui soit nécessairement inefficace : le créancier gagiste demeure exposé, en principe, à la revendication du propriétaire; mais il ne faut pas oublier qu'avec le gage on est toujours en matière mobilière et que la maxime « *en fait de meubles la possession vaut titre* » protège le possesseur, quel qu'il soit, à quelque titre qu'il se présente, contre la revendication, donc non pas seulement un acquéreur, mais aussi celui qui a traité avec un *non dominus* en vue de l'acquisition d'un droit réel tel que le droit de gage; s'il remplit d'autre part,

et si la chose réunit les conditions exigées pour l'application de l'article 2279, si elle n'a été ni perdue ni volée et si elle rentre dans la catégorie des meubles corporels, le gagiste résistera efficacement à la revendication dirigée contre lui (Civ. 19 juin 1928, *D. H.* 1928, 448, *S.* 1932, 1, 15).

1519. Variantes. — La constitution d'un gage peut mettre en jeu d'autres personnes que le débiteur et le créancier.

1° Il n'est pas indispensable que la chose soit fournie par le débiteur lui-même; le rôle de constituant peut être joué par une *tierce personne* : l'article 2077 s'en explique formellement; ce tiers a la position juridique d'une *caution réelle*; il n'est pas obligé personnellement, et c'est en quoi son intervention a un caractère réel; mais cette intervention a lieu dans l'intérêt d'autrui, et c'est pourquoi il s'agit bien ici d'un cautionnement;

2° Il n'est pas indispensable que la chose engagée soit remise entre les mains du créancier gagiste : elle peut être confiée à une tierce personne qui la détiendra pour lui, d'accord avec les parties. L'article 2076 prévoit cette combinaison qui a donné au gage une grande souplesse : la même personne pouvant détenir la même chose pour le compte de plusieurs créanciers, simultanés ou successifs, la puissance de crédit d'un objet ne sera pas définitivement épuisée par un engagement unique. En fait, le tiers possesseur de la chose engagée est souvent un *magasin général* qui remettra à chacun des créanciers gagistes un *warrant*, transmissible par voie d'endossement.

Ce procédé d'*entiercement* a encore un autre avantage : il libère le créancier gagiste de la garde et de la responsabilité de choses peut-être encombrantes ou sujettes à disparition.

Ainsi, l'articl 2076 assure un rendement complet de la puissance de crédit de chaque meuble; il permet la *mobilisation du crédit mobilier*, car la chose circulera en tant que gage avec le titre, par exemple le warrant remis au créancier; enfin, celui-ci sera libéré de toute préoccupation matérielle; en un mot, le gage se trouve assoupli et idéalisé grâce à la faculté d'entiercement reconnue par la loi aux parties.

II

Constitution du gage inter partes

1520. — Pour que le gage soit constitué, il faut, outre une convention, toujours nécessaire, le nantissement étant

une sûreté conventionnelle (V. cependant la loi du 27 déc. 1895, *sur les caisses de retraite, de secours et de prévoyance fondées au profit des employés et ouvriers*, qui a créé un cas de *gage légal*), que la chose soit remise au créancier ou au tiers convenu : la loi exige *le dessaisissement* du débiteur constituant et la *mise en possession* du créancier; jusque là, il peut y avoir promesse de gage, il n'y a pas encore constitution de gage (art. 2071).

1521. Raison d'être et but de cette exigence. — La loi ne veut pas que le constituant puisse conserver les apparences d'une propriété libre alors que sa chose est grevée d'un droit réel; elle exige que le public soit averti de l'engagement par le dessaisissement du propriétaire et par l'investiture du gagiste; ce déplacement matériel de la chose a la valeur d'une mesure de publicité tout en représentant aussi un élément de validité, d'existence même de l'opération : il est de l'*essence* du gage que la chose engagée soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu (art. 2076; Civ. 18 mai 1898, *D. P.* 1900, 1, 481, note SARRUT; 21 mars 1938, *D. H.* 1938, 257).

Il résulte de là :

1° Que la dépossession du constituant doit être *apparente*; on ne veut pas qu'il conserve la détention, fût-ce à un titre nouveau, à un titre *précaire*; une tradition feinte ne répondrait pas au vœu de la loi qui exige une prise de possession *effective* et *apparente* (Req. 11 mars 1879, D. P. 1879, 1, 401);

2° Le gage ne dure qu'autant que persiste la dépossession du débiteur; si celui-ci rentre en possession, le nantissement devient caduc; le dessaisissement doit être *permanent* (art. 2076; Civ. 9 avril 1894, *D. P.* 1894, 1, 409, note BOISTEL);

3° Ce dessaisissement est exigé dans tous les cas, quelle que soit la nature particulière du gage et même s'il est *commercial* (C. com., art. 92). Les prétendus cas de gage sans déplacement, sans dessaisissement du constituant (nantissement des fonds de commerce, warrants agricoles, warrants hôteliers, warrants pétroliers) sont, en réalité, des exemples d'*hypothèques mobilières* (*inf.* n^os^ 1672 et suiv.).

1522. Comment s'effectue la remise. — On dit parfois que la remise s'effectue par des procédés imités des modes de transfert de la propriété : on utiliserait, pour chaque espèce de meuble, le mode auquel on aurait recours pour en déplacer la propriété. Mais cette formule est inexacte;

le parallélisme n'existe pas constamment, il s'en faut, entre les modes de transfert de propriété et les procédés de remise du gage.

1° Pour les meubles corporels, par exemple le mobilier d'un appartement, la remise s'effectue au moyen de la tradition; or, on sait qu'en principe la tradition n'est point translative de propriété dans notre droit (*sup.* t. I, n° 1775): dès maintenant est donc rompue la loi de symétrie que l'on avait voulu établir;

2° Pour les *créances*, c'est le titre qui doit être remis au créancier; cette formalité est suffisante (*inter partes*) et *nécessaire*, quelle que soit la créance engagée et quelle que soit la forme du titre qui en constate l'existence : créances à ordre ou au porteur, ou nominatives, civiles ou commerciales; elle ne saurait être suppléée, pour les créances civiles ordinaires, par une signification adressée au débiteur (Civ. 20 janv. 1886, *S.* 1886, 1, 305, note Lyon-Caen, *D. P.* 1886, 1, 406; Req. 13 mars 1888, *D. P.* 1888, 1, 351, *S.* 1888, 1, 302; 19 fév. 1894, *D. P.* 1894, 1, 420; Paris, 21 juin 1893, *D. P.* 1893, 2, 470);

3° Mêmes solutions pour les *propriétés incorporelles* : le débiteur remettra au gagiste le *brevet* lui-même qu'il veut engager, ou l'*œuvre d'art* avec les moyens matériels de reproduction, ou le testament l'instituant héritier si ce sont ses droits successoraux qu'il veut donner en gage (arrêt précité du 19 février 1894).

1523. Caractère réel du gage. — En résumé, et entre les parties, le gage existe du moment que le créancier a pris matériellement possession du bien engagé, dans la mesure du possible et par la volonté du constituant; la loi et la jurisprudence exigent une tradition, soit du bien lui-même, soit du titre établissant l'existence du droit mis en gage. (Sur l'inefficacité de la remise de la notice descriptive d'une automobile, V. Douai, 15 juill. 1929, *S.* 1930, 2, 38). Le contrat de gage est donc un *contrat réel*; il se forme *re*, par une tradition qui est de son *essence même* (Civ. 18 mai 1898, précité; Req. 26 mars 1907, *S.* 1911, 1, 372); ce qui revient à dire qu'il se forme, non pas par les procédés utilisés en vue du transfert de propriété, mais, ce qui est bien différent, par les moyens employés pour exécuter un contrat, par lui-même translatif; on constitue un bien en gage comme l'on s'acquitterait de l'obligation de délivrance, si on l'avait préalablement aliéné.

III

Comment le gage devient opposable aux tiers

1524. Formalités requises. — Lorsque les conditions que nous venons d'énumérer sont réunies, le gage est constitué *inter partes*; il ne dépendrait donc pas de l'une des parties de se rétracter; mais, pour que l'opération produise tous ses effets, pour qu'elle réalise sa mission, certaines formalités sont requises qui la rendent opposable aux tiers, notamment aux autres créanciers du débiteur; elles consistent : 1° dans la rédaction par *écrit, presque toujours*; 2° et, parfois, dans certaines formalités de *publicité*.

1525. I. **Rédaction d'un écrit.** — Cette rédaction est exigée par l'article 2074, modifié par une loi du 1er avril 1928; il ressort de ce texte :

1° Que la rédaction d'un écrit n'est requise que pour l'opposabilité du *privilège* du créancier gagiste, et non pour la formation ou la validité du contrat de gage; c'est seulement vis-à-vis des tiers — créanciers du constituant, acquéreurs du bien remis en gage — que la loi veut qu'un écrit soit dressé; cette formalité n'est nullement requise *ad solemnitatem*; entre les parties, le contrat est parfait du jour de la remise de la chose;

2° Même à l'égard des tiers, la rédaction d'un écrit n'est pas invariablement exigée; l'article 2074 distingue selon l'importance de la « matière », c'est-à-dire d'après le chiffre de la dette garantie par le gage : c'est seulement si ce chiffre dépasse *cinq cents francs* que les parties doivent recourir à la forme écrite; au-dessous de cette somme, le gage, même constitué verbalement, est opposable aux tiers, pourvu que la chose ait été remise au créancier. Quant à la valeur de cette chose, elle n'est, en l'occurrence, d'aucune considération;

3° Il ne suffit pas qu'un écrit ait été dressé; il faut encore qu'il ait été *enregistré* (art. 2074, § 1), ou, d'une façon plus générale, qu'il ait acquis *date certaine* par l'un des procédés énumérés dans l'article 1328. On évite ainsi les constitutions frauduleuses effectuées après coup, en vue de favoriser injustement un créancier aux dépens des autres;

4° On doit trouver dans l'écrit : *a*) l'indication de la somme due; *b*) celle de la nature des choses engagées, ou un état annexé de leurs qualités, poids et mesures (art. 2074, § 1).

Il n'est pas nécessaire que l'acte soit passé devant notaire; un écrit privé suffit, pourvu qu'il ait reçu date certaine, pratiquement au moyen de l'enregistrement. D'autre part, la formalité du double n'est pas exigée, le gage étant un contrat unilatéral (*inf.* n° 1529); mais celle du *bon pour* est de rigueur.

1526. II. **Formalités de publicité. Dans quels cas elles sont exigées.** — Ces formalités n'interviennent pas lorsque le gage porte sur des *meubles corporels*; elles ne font leur apparition que s'il est établi sur des biens incorporels, spécialement sur des *créances* : la loi veut alors que l'acte écrit soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075); formalité toute naturelle, car ce débiteur est intéressé à reconnaître la constitution du gage, à savoir à qui il a affaire désormais : l'engagement d'une créance doit lui être signifié pour les raisons qui ont déterminé le législateur à instituer la publicité des cessions de créance; la disposition de l'article 2075 est sous la dépendance de celle de l'article 1690; elle doit être complétée et limitée à l'aide de celle-ci.

1° *Complétée* : bien que l'article 2075 ne mentionne, comme procédé de publicité, que la signification au débiteur, il est admis que l'*acceptation* de la constitution de gage, par celui-ci, dans un acte authentique, serait également efficace;

2° *Limitée*. Pas plus que l'article 1690 ne vise les cessions de toutes les créances, l'article 2075 ne régit les engagements de toutes les obligations : ce sont les créances civiles qu'il concerne, et lorsqu'elles revêtent une forme civile, lorsqu'elles sont à personne dénommée; hors de là, lorsqu'elles sont au porteur, à ordre ou nominatives, les règles applicables à leur engagement sont toutes différentes.

1. Les *titres au porteur*, parce qu'ils se transmettent de la main à la main, parce qu'ils absorbent, pour ainsi dire, en eux le droit auquel ils correspondent, sont remis en gage indépendamment de toute signification ou acceptation : le débiteur doit savoir que le titre est destiné à circuler de main en main et que le créancier se substitue à volonté un autre créancier; dans ces conditions, une notification ne lui apprendrait rien de nouveau. Aussi peut-on s'étonner que notre jurisprudence exige, du moins en matière civile, l'accomplissement de cette formalité qui ne rime plus à rien et qui est en contradiction avec la nature même du titre (*Sic*, Civ. 30 nov. 1864, *S.* 1864, 1, 503, *D. P.* 1865, 1, 55;

5 janv. 1872, *D. P.* 1872, 1, 161; 28 mars 1888, *S.* 1888, 1, 265, *D. P.* 1888, 1, 253).

2. Si le titre est *à ordre*, l'engagement est réalisé, vis-à-vis des tiers, au moyen d'un *endossement de garantie* (C. com., art. 91, § 2).

3. Enfin, les titres *nominatifs* sont engagés au moyen d'un *transfert de garantie* effectué sur les registres de l'établissement émetteur (C. com., art. 91, § 3).

Cependant, il est remarquable que, d'après la jurisprudence, ce transfert de garantie n'est pas absolument nécessaire; il pourrait être suppléé par la signification au débiteur, effectuée conformément à l'article 2075 (Req. 26 juill. 1928, *S.* 1929, 1, 70); mais cette sorte d'équivalence entre les deux formalités est repoussée par la majorité des auteurs qui exigent absolument le transfert de garantie.

1527. Remarque. — Les formalités qui viennent d'être décrites sont exigées pour le gage civil du droit commun; si le gage est *commercial*, c'est-à-dire s'il est constitué en sûreté d'une dette commerciale, la rédaction d'un écrit ayant date certaine n'est plus nécessaire, même à l'égard des tiers (L. 23 mai 1863, C. com., art. 91, § 3, qui renvoie aux dispositions de l'art. 109 du même code). D'autre part, des statuts particuliers ont été établis pour les engagements effectués dans certains établissements : *établissements de Crédit municipal*; *Banque de France*; *Crédit Foncier*; *magasins généraux* (L. 28 mai 1858).

§ II. — *EFFETS PRODUITS PAR LE CONTRAT DE GAGE*

1528. Distinction. — Le contrat de gage, régulièrement constitué et publié, est productif : 1° de certaines *obligations* entre les parties; 2° d'un *droit réel* au profit du créancier gagiste.

1529. I. Obligations. Principe. — Le contrat de gage n'est pas synallagmatique; par lui-même, il ne produit d'obligations que d'un seul côté, à la charge du créancier : il rentre dans la catégorie des contrats synallagmatiques imparfaits, lesquels sont, en réalité, des contrats unilatéraux. Il n'en irait autrement que si l'engagement faisait corps avec un emprunt à garantir; il réaliserait alors l'accouplement, la synthèse de deux opérations unilatérales, prêt et gage; sous le nom d'*avance sur gage*, de *prêt sur gage*, il en devien-

drait synallagmatique (Civ. 8 mars 1887, *D. P.* 1887, 1, 264).

1530. Objet des obligations. — Cette éventualité étant réservée, le contrat de gage ne met d'obligations qu'à la charge du créancier, et ces obligations ont un double objet :

1° La *restitution* de la chose, le jour où le gagiste sera désintéressé (art. 2082, § 1), *complètement* désintéressé : tant que le constituant lui doit quelque chose, il est fondé à conserver, à retenir le gage, *dans son intégralité*; c'est en ce sens qu'on parle de l'*indivisibilité* du gage; chaque fraction de la dette est garantie par le gage tout entier.

Il y a même un cas où le créancier peut retenir le gage encore que la dette garantie soit intégralement acquittée : il faut supposer qu'après le nantissement, une autre dette est née à la charge du même débiteur et en faveur du même créancier et qu'elle est devenu exigible avant la dette garantie : la loi permet alors au créancier de retenir le gage jusqu'au règlement de cette dette intercalaire (art. 2082, § 2); il y a extension du gage à la garantie d'une autre dette, par interprétation — d'ailleurs assez divinatoire — de la volonté des parties. La solution est traditionnelle; elle nous vient du droit romain auquel on aurait pu se dispenser de l'emprunter;

2° La *conservation* de la chose : le créancier répond, suivant le droit commun, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence (art. 2080, § 1). Par application de cette disposition, le gagiste serait responsable, vis-à-vis du constituant, du défaut de renouvellement de l'inscription de l'hypothèque attachée à la créance engagée (Civ. 29 juin 1904, *S.* 1904, 1, 416). A plus forte raison répondrait-il des abus caractérisés qu'il commettrait en consommant les revenus ou en usant de la chose; le constituant pourrait, en de telles éventualités, demander la restitution par anticipation (art. 2082, § 1).

1531. Obligations du constituant. — Si le contrat de gage ne fait pas naître, par lui-même, d'obligations à la charge du débiteur, il est possible que des circonstances ultérieures produisent ce résultat; le constituant est tenu :

1° De rembourser au créancier les dépenses nécessaires ou utiles qu'il ferait pour la conservation du gage (art. 2080, § 2);

2° De l'indemniser des pertes éprouvées à raison des vices de la chose engagée.

1532. II. **Droit réel de gage. Principes.** — Le contrat de gage fait naître, au profit du créancier gagiste, un *droit réel*, comportant, comme d'ordinaire, droit de préférence et droit de suite :

1° Droit de *préférence* : le gagiste sera payé, soit directement avec la chose engagée, soit sur le prix provenant de sa vente, avant les autres créanciers du constituant; il est armé d'un *privilège*, traditionnellement et depuis le droit romain;

2° Droit de *suite* : en général, le gagiste n'aura pas besoin de s'en prévaloir, ayant conservé la possession de la chose. Cependant, il est possible qu'elle lui ait échappé, et il est alors intéressant de constater qu'il peut la réclamer au détenteur. Vainement objecterait-on que, d'après l'article 2076, son privilège ne subsiste qu'autant qu'il a conservé la possession; ce texte vise la dépossession *volontaire*, à l'exclusion du dessaisissement par des circonstances indépendantes de la volonté du créancier. Sans doute, son action risque d'être paralysée par la maxime « *en fait de meubles, la possession vaut titre* », mais non pas toujours : non pas s'il s'agit de meubles incorporels, ou si le possesseur actuel est de mauvaise foi, ou si, au cas de perte ou de vol, trois années ne se sont pas écoulées depuis l'événement; il est vrai qu'il serait alors tenu, dans cette éventualité, de rembourser au possesseur évincé et de bonne foi le prix qu'il avait payé (art. 2280).

Ayant ainsi caractérisé, dans ses grandes lignes, le droit réel du gagiste, recherchons quels avantages il lui confère au juste, soit avant, soit après l'échéance de la dette dont il garantit l'exécution.

1533. A. **Avant l'échéance de la dette.** — Le gagiste a la *détention* de la chose, il a le droit de la retenir; mais il n'en a ni la possession véritable, ni la jouissance, ni l'usage.

1° La *possession* est restée au constituant; c'est pour lui que le gagiste possède; il n'est qu'un possesseur précaire, un simple détenteur; si donc le gage est émané d'un *non dominus* en voie de prescrire, c'est à son profit que l'usucapion se poursuit et se réalisera; jamais le gagiste ne pourra, en cette qualité, prescrire; son titre s'y oppose, absolument.

Mais il est admis que le gagiste puise, dans le droit réel dont il est investi, la faculté d'invoquer la règle *en fait de meubles la possession vaut titre*, non pas, sans doute, contre

le constituant, mais contre le propriétaire, victime d'une escroquerie (Civ. 19 juin 1928, *D. P.* 1929, 1, 45);

2° Le gagiste n'a pas la *jouissance* de la chose; l'article 2079 exprime cette idée, assez malheureusement, en disant que le gage est pour lui un simple *dépôt* (un dépositaire n'a pas de droit réel).

Il en serait autrement et le gagiste ferait les fruits siens :

a) Si une convention était intervenue en ce sens;

b) Lorsque le bien engagé est une *créance productive d'intérêts* : l'article 2081 confère alors au gagiste le droit de toucher les intérêts de cette créance en les imputant soit sur les intérêts qui lui sont dus à lui-même, soit, si sa propre créance n'est pas productive d'intérêts, sur le capital;

3° Le créancier gagiste n'a pas davantage l'*usage* de la chose, puisqu'on considère qu'il a reçu un simple dépôt : par exemple, il ne pourrait pas se servir de la voiture qui a été engagée en sûreté de sa créance.

Le créancier qui, méconnaissant la nature de l'opération, consommerait les fruits de la chose ou userait de celle-ci, manquerait à la loi du contrat; sa responsabilité s'en trouverait engagée envers le constituant qui pourrait même demander la restitution immédiate du gage.

1534. B. **Après l'échéance de la dette.** — La dette est échue; le débiteur ne paie pas; c'est alors que l'opération entre dans sa phase active, dans sa phase de réalisation. Pour obtenir satisfaction, il arrive que le gagiste ait le choix entre trois procédés, entre trois attitudes : 1° la *vente* de la chose impignorée; 2° l'*attribution* à lui-même de cette chose; 3° sa *rétention*.

1535. 1° **Vente de la chose impignorée.** — Le gagiste fait vendre la chose et est payé sur le prix par préférence aux autres créanciers du constituant. Deux points sont donc à examiner : la vente, puis l'attribution du prix.

a) *La vente. Droit commun.* — Le gagiste doit s'adresser au tribunal et lui demander l'autorisation de procéder à la vente; mais il n'est pas astreint à suivre les formes de la saisie-exécution, puisqu'il est déjà saisi : à ce point de vue encore, sa situation est bien meilleure que celle d'un créancier quelconque.

La vente doit avoir lieu *aux enchères* (art. 2078, § 1), suivant les formes décrites dans les articles 617 et suivants du Code de procédure; le gagiste peut prendre part aux enchères; les *frais* sont à la charge du débiteur.

1536. Dérogations. — La vente est soumise fréquemment à des statuts particuliers : c'est ainsi que les *valeurs de Bourse* sont vendues en Bourse par le ministère d'un agent de change (*D.* 7 oct. 1890, art. 70 et suiv.) ; qu'au cas de *gage commercial*, la vente est effectuée par l'intermédiaire des courtiers (C. com., art. 93) ; que les objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux *aubergistes et hôteliers*, sont réalisés d'après les dispositions de la loi du 31 mars 1896, et, pour les objets abandonnés chez les *ouvriers et industriels*, d'après les prescriptions de la loi du 31 décembre 1903, modifiée par celle du 7 mars 1905 : d'après cette législation, le gagiste s'adresse, non au tribunal de première instance, mais au juge de paix.

1537. — b) *Attribution du prix.* — Une fois la chose vendue, le gagiste va pouvoir exercer son privilège sur le prix; il invoquera le droit de préférence prévu par l'article 2102 - 2°.

Ce privilège lui confère toute sécurité s'il n'a en face de lui que des créanciers chirographaires; mais il arrive qu'il se heurte à d'autres créanciers disposant, eux aussi, d'une cause de préférence, armés qu'ils sont également d'un privilège.

1. Ce privilège peut être de même nature, la chose ayant été donnée en gage successivement à plusieurs personnes et se trouvant entre les mains d'une tierce personne qui possède pour elles (art. 2076). On suit alors l'ordre chronologique : *prior tempore, potior jure*, étant entendu que les dates à prendre en considération sont celles auxquelles les différentes constitutions de gage sont devenues opposables aux tiers; la décision sera donc donnée soit par la date certaine de l'écrit, soit, lorsque le nantissement est soumis à une publicité véritable, par celle de l'inscription (pour les marchandises déposées dans les *magasins généraux*, la date de la transcription des warrants sur les registres des magasins; L. 28 mai 1858, art. 5).

2. Si le privilège auquel se heurte le gagiste ne dérive pas du gage, le conflit se ramène à une question qui sera examinée plus loin, celle du *classement des privilèges mobiliers* (*inf.* n^{os} 1620 et suiv.).

1538. 2° Attribution du gage au créancier. — Le gagiste peut demander au tribunal, non plus l'autorisation de faire vendre le gage, mais bien de se l'attribuer en nature,

après estimation, jusqu'à concurrence du montant de sa créance (art. 2078, § 1). L'estimation est faite par *experts*.

Cette attribution en nature, sorte de *dation en paiement*, appelle les observations suivantes :

a) Elle ne peut être imposée au gagiste par le tribunal; l'article 2078 lui laisse le choix entre la vente et l'attribution;

b) Le jugement prononçant l'attribution est une décision attributive de droits; elle est translative de propriété; la chose qui, jusqu'alors, appartenait au débiteur, devient la propriété du gagiste;

c) Celui-ci se trouve alors dans la situation d'un acheteur, tandis que le débiteur joue le rôle d'un vendeur, le prix étant représenté par le montant de la créance garantie. Et alors, de trois choses l'une : ou bien le prix d'estimation est égal à ce montant, ce qui sera rare, et en ce cas toute difficulté disparaît; ou bien il est inférieur, et le gagiste demeure créancier pour le solde, mais *à titre purement chirographaire*, car le gage a donné tout ce qu'il pouvait rendre; ou bien enfin il est supérieur, et en ce cas l'excédent fera retour au débiteur qui le recevra à titre de *soulte*; on décide généralement que le paiement de cette soulte est garanti par le privilège du vendeur (Becqué, *op. cit.*, n° 120);

1539. 3° Rétention. — Le gagiste, s'il est patient, peut se contenter de retenir le gage. Ce droit de rétention n'est ni un droit réel indépendant, ni un attribut du droit réel de gage; il ne fait obstacle ni à la saisie, ni à la vente du bien qui est demeuré dans le gage général de tous les créanciers; mais, au cas de saisie et de vente, le gagiste sera fondé à refuser de se dessaisir aussi longtemps qu'il ne sera pas désintéressé; le droit de rétention permet ainsi au gagiste d'exercer une pression efficace sur la volonté des intéressés; en fait, il a plus de valeur que le droit de préférence lui-même, mais moins que le droit réel de gage envisagé dans son ensemble, puisque ce droit permet au gagiste de s'appliquer à lui-même le bien qui lui avait été remis en gage.

1540. Pactes commissoires. — On entend par là, au sens large du mot, toute clause qui autorise le créancier gagiste à s'approprier ou à vendre le gage en dehors des formes légales : l'article 2078, § 2, proscrit en bloc les stipulations de ce genre; il frappe de nullité toutes les clauses compromissoires : par là, il veut protéger le débiteur contre des créanciers impitoyables, contre des usuriers féroces; on

ne veut pas qu'un bailleur de fonds puisse subordonner le prêt qu'il va consentir à des conditions draconiennes; il ne faut pas, disait Berlier, que la misère soit exploitée par la cupidité.

Tomberait notamment sous l'application de l'article 2078, § 2, la clause portant qu'à défaut de paiement à l'échéance, le créancier deviendra de plein droit propriétaire de la chose impignorée; c'est là le pacte commissoire-type, particulièrement léonin; il était déjà prohibé par l'empereur Constantin et il fut réprouvé par notre ancien droit. Serait également nulle la clause d'après laquelle la vente du gage pourrait avoir lieu à l'amiable : c'est la clause dite de *voie parée*.

Mais il faut observer :

1° Que la nullité de clause de voie parée ou de la clause commissoire proprement dite n'entraîne pas nécessairement celle du contrat de gage; il n'en serait autrement qu'autant que cette clause aurait joué le rôle de cause impulsive et déterminante (Voir, sur l'interprétation de l'art. 1172, *sup.* n° 739);

2° Que la clause elle-même demeure valable lorsqu'elle intervient postérieurement au contrat de gage, à un moment où le débiteur n'est plus, au même degré, sous la dépendance du créancier et où il lui est loisible de défendre ses intérêts (Req. 17 oct. 1906, *D. P.* 1907, 1, 79, *S.* 1911, 1, 572; 8 mai 1934, *S.* 1934, 1, 342).

Mais, lorsque la nullité est encourue, elle est d'ordre public (Civ. 4 mars 1902, *D. P.* 1903, 1, 215, *S.* 1905, 1, 495).

Il arrive aussi que les parties s'efforcent de tourner la prohibition du pacte commissoire proprement dit en masquant l'opération sous une prétendue *vente à réméré* que l'on détourne ainsi de sa fonction : l'emprunteur feint de vendre sa chose au bailleur de fonds, avec faculté de rachat, pendant une année par exemple; la somme qui lui est comptée représente le prix de la prétendue vente; et, s'il n'a pas usé de la faculté de rachat pendant la période fixée, c'est-à-dire s'il n'a pas remboursé la somme empruntée, la chose appartient définitivement au faux acheteur qui n'est qu'un prêteur et, très souvent, un usurier. Cette opération, appelée *contrat pignoratif*, est illicite; elle est radicalement nulle.

§ III. — *EXTINCTION DU GAGE*

1541. Enumération. — Le gage s'éteint :

1° Par l'extinction de la dette dont il constituait l'accessoire : *accessorium sequitur principale*;

2° Par la *renonciation* du créancier qui restitue le gage au débiteur (art. 2076; v. Req. 26 mars 1907, *S.* 1911, 1, 372);

3° Par la *déchéance* prononcée par le tribunal, en cas d'abus de la part du gagiste (art. 2082, § 1);

4° Par la *perte* de la chose; mais il est possible que le droit de préférence du gagiste survive et soit reporté sur certaines indemnités dues à raison de la perte (*inf.* n° 1966), ou encore, si les choses ont été envisagées par les parties *in genere*, sur celles qui ont pris leur place, en même qualité et quantité, dans le patrimoine du débiteur (*sup.* n° 1517, *in fine*). D'autre part, le créancier est responsable de la perte si elle est due à sa faute (art. 2080, § 1).

Section II. — LES PRIVILÈGES MOBILIERS

1542. Sources. — Articles 2095 et suivants (Livre III, titre XVIII, chap. 2).

Bibliographie. — R. Poplawski, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*; E. Becqué, *op. cit.*, t. I.

1543. Dispersion du sujet. — Comme nous l'avons déjà noté, la matière des privilèges est une des plus décousues qui soient dans notre droit; on distingue :

1° Les *privilèges immobiliers*, lesquels sont de véritables hypothèques privilégiées, et que nous laissons donc de côté pour le moment, en liant leur étude à celle des hypothèques (*inf.* n^{os} 1743 et suiv.);

2° Les *privilèges mobiliers spéciaux*, qui portent sur des meubles déterminés et qui présentent une variété extrême;

3° Les *privilèges généraux*, qui planent sur l'ensemble des biens du débiteur, meubles et immeubles, et dont la nature juridique est fort discutée.

Définition. — A tous ces privilèges, d'essence si diverse, le Code civil applique la même définition : « *le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* » (art. 2095).

1544. Nature juridique des privilèges. — On se demande si les privilèges généraux ou mobiliers spéciaux sont des droits *réels*; la question présente au moins *deux intérêts* :

1° Si le privilège est un droit réel, le créancier qui en est investi est armé, non seulement du droit de préférence, mais aussi du droit de *suite* qui lui permettra de saisir le bien sur un tiers, par exemple sur un acheteur, tandis que, en l'absence de cet attribut, il ne pourrait invoquer le privilège et la préférence qui y est attachée qu'à l'encontre des autres créanciers de son débiteur;

2° Si les privilèges sont des droits réels, ils sont *indivisibles*, à l'instar des hypothèques : les biens qui en sont grevés répondent, dans toutes leurs parties, de la totalité de la créance; c'est seulement la complète extinction de celle-ci qui pourra les libérer.

1545. — La question est fort discutée, soit pour les privilèges mobiliers spéciaux, soit pour les privilèges généraux; en ce qui concerne ces derniers, certains auteurs, adoptant un moyen terme, leur reconnaissent le caractère réel en tant qu'ils portent sur des immeubles et le leur refusent dans la mesure où ils affectent des meubles.

A notre avis, tout privilège est, par nature, par définition même, un droit réel : qui dit *sûreté réelle* dit *droit réel*. On remarquera, en ce sens, que le Code civil unit, dans un même titre, privilèges et hypothèques, admettant ainsi implicitement qu'ils appartiennent à la même famille; il est vrai que la définition que l'article 2095 donne du privilège ne fait état que du droit de préférence; mais cette vue est complétée par les formules que l'on trouve dans d'autres textes et qui présentent les privilèges comme portant *sur* des biens, comme étant établis *sur* eux, ce qui cadre avec la conception du droit réel, lequel met le titulaire en rapport direct avec la chose (V. les art. 2099, 2100, 2102, 2104).

Il est d'ailleurs facile de comprendre pourquoi le législateur n'a mentionné, dans l'article 2095, que le droit de préférence, à l'exclusion du droit de suite : c'est que, en matière mobilière, ce droit de suite ne présente qu'un intérêt pratique bien faible, puisque les tiers, généralement de bonne foi, seront en mesure d'invoquer la règle « *en fait de meubles, la possession vaut titre* » et de repousser, par ce moyen, l'action du créancier privilégié. Le législateur de 1804, qui faisait œuvre pratique, s'est préoccupé de la réalité plutôt que de la théorie, de l'application plutôt que du principe; mais ce n'est pas à dire qu'il ait entendu répudier le principe lui-même; de même que l'article 2279 ne supprime pas complètement la revendication en matière mobi-

lière, ainsi il ne paralyse pas absolument le droit de suite du créancier hypothécaire ou priviliégié.

1. Plus particulièrement en ce qui concerne les *privilèges mobiliers spéciaux*, il faut observer que le créancier gagiste est investi, en principe, du droit de suite (*sup.* n° 1532); or, la loi fait mention de son privilège parmi les autres privilèges mobiliers spéciaux (art. 2120 - 2°); dès lors, on aurait peine à s'expliquer que ceux-ci ne comportassent pas les mêmes attributs que lui. D'autre part, le même texte confère formellement le droit de suite au bailleur, pour le privilège qui lui appartient sur les meubles garnissant les lieux loués (art. 2101 - 1°, § 5) et il est difficile de voir là un traitement particulier et de pure faveur; il est plus naturel de rattacher cette solution à un principe général, commun à tous les privilèges mobiliers spéciaux. Enfin, on verra que le privilège accordé au vendeur à crédit d'un véhicule ou d'un tracteur automobiles, par une loi du 29 décembre 1934, est lui-même assorti d'un droit de suite, et particulièrement efficace, parce que cette loi lui assigne pour base un nantissement fictif et de plein droit (*inf.* n° 1609*bis*).

2. En ce qui concerne les *privilèges généraux*, les auteurs qui leur dénient le caractère d'un droit réel se réclament et de la tradition romaine qui y voyait de simples causes de préférence, des *privilegia inter personales actiones*, conférant au créancier un simple *tour de faveur*, et de l'étrangeté d'une conception qui ferait planer un droit réel sur l'ensemble des biens du débiteur. Mais on peut répondre, à cette dernière objection, que l'usufruit, qui est susceptible de porter sur un ensemble de biens, qui peut être universel, n'en conserve pas moins son caractère de droit réel principal : seul, le droit de propriété, à raison de sa plénitude, de sa précision, répugne à l'universalité; l'hypothèque elle-même peut être générale, grever tous les immeubles d'un même débiteur. Quant à l'autorité du droit romain en pareille matière, elle est fort sujette à caution, car, au cours de notre ancien droit, une évolution s'est produite, au moins dans les pays coutumiers, qui aboutit à la transformation du *privilegium inter personales actiones* en un véritable droit réel (Poplawski, *op. cit.*, pp. 135 et suiv.; 295); de telle sorte que ce privilège devient opposable — et il l'est resté de nos jours — aux créanciers hypothécaires eux-mêmes qui se trouvent primés par lui (art. 2095): il serait bien singulier qu'une sûreté aussi efficace, et qui est, nous le répétons, une sûreté *réelle*, n'eût pas la signification, la structure d'un droit réel, et ne fût pas opposable aux tiers acquéreurs.

1546. La jurisprudence. — Elle est indécise et flottante, et pour les privilèges mobiliers spéciaux et pour les privilèges généraux.

1. Pour les *privilèges mobiliers spéciaux*, la tendance est plutôt hostile à la reconnaissance d'un droit réel, donc d'un droit de suite (Civ. 19 fév. 1894, *D. P.* 1894, 1, 413, *S.* 1895, 1, 457, note Wahl; Req. 27 juill. 1897, *S.* 1902, 1, 23; 21 déc. 1910, *S.* 1912, 1, 189, *D. P.* 1912, 1, 23); mais on trouve des décisions qui ont reconnu à ces privilèges le caractère d'un droit réel indivisible (Bordeaux, 5 aout 1896, *D. P.* 1897, 2, 400; Trib. civ. Châteauroux, 19 juin 1899, *S.* 1900, 2, 217, note critique Tissier; Bourges, 9 mai 1900, *D. P.* 1902, 2, 161).

2. Pour les *privilèges généraux*, la jurisprudence est assez pauvre : la modicité des créances garanties par de tels privilèges enlève à la question presque tout son intérêt pratique; cependant, la Cour de Paris a reconnu expressément le droit de suite au privilège de la Régie des contributions directes (Paris, 14 avril 1926, *D. H.* 1926, 272), de même que le tribunal civil de la Seine a vu, dans le privilège conféré par l'article 2102 - 8° à la victime d'un accident, un véritable droit réel (2 juill. 1931, *Rev. gén. Ass. terr.* 1932, p. 65); et, d'autre part, le privilège pour le recouvrement de la contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre, est expressément assorti du droit de suite (*inf.* n° 1559).

1546*bis*. Les privilèges sont de droit étroit. — Si l'on est divisé sur le point de savoir si les privilèges rentrent ou non dans la catégorie des droits réels, en revanche on tombe d'accord sur leur caractère étroit : les textes qui les établissent comportent l'interprétation stricte et répugnent à toute tentative d'extension par voie d'analogie; *pas de privilège sans une disposition législative l'instituant formellement*. La jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de se référer à cette directive en se refusant à faire déborder les privilèges fiscaux de l'assiette qui leur a été assignée par des textes de loi (V. par exemple, Civ. 15 mai 1928, *S.* 1929, 1, 257; 24 janv. 1933, *S.* 1933, 1, 88).

1547. Plan. — Nous étudierons d'abord les privilèges *généraux*, puis les privilèges *mobiliers spéciaux;* après quoi nous nous préoccuperons du *classement* de ces différentes sûretés.

§ I. — *LES PRIVILÈGES GÉNÉRAUX*

1548. Leur objet. — Ces privilèges portent sur tous les biens du débiteur, mobiliers ou immobiliers, et ils justifient par là leur dénomination. Mais, comme ils n'affectent les immeubles que subsidiairement, comme ils s'attaquent d'abord aux meubles, puis subsidiairement aux immeubles, et qu'en fait c'est au cours de la distribution des deniers provenant de la vente du mobilier qu'ils sont invoqués et mis en œuvre, il est naturel de les étudier en tant que privilèges mobiliers.

1549. Différentes catégories. — Les privilèges généraux ressortissent à des catégories diverses; on distingue :

1° Le privilège pour *frais de justice* qui est l'objet d'un traitement particulier, qui se détache du groupe;

2° Les privilèges du droit civil, ou, plus généralement, du *droit privé*, qui sont établis, les uns dans l'intérêt du débiteur à qui l'on veut assurer du crédit en vue de dépenses urgentes (frais de maladie, fournitures de subsistance, etc.); d'autres en faveur du créancier à qui l'on veut donner satisfaction par tous moyens (salaire des gens de service, des employés et ouvriers, etc.);

3° Enfin, il existe de nombreux privilèges d'ordre *fiscal*.

Ces privilèges, à l'exception de ceux de la dernière catégorie qui n'intéressent qu'indirectement le droit civil, sont énumérés dans l'article 2101, suivant un ordre qui est de toute première importance, car il est *attributif de rang*; chaque créancier privilégié est payé suivant le numéro qui lui est assigné par ce texte. C'est pourquoi nous nous conformons exactement à l'ordre légal.

1550. 1° Frais de justice. — Il s'agit des frais avancés pour la *réalisation* des biens du débiteur, notamment des *sommes* dues aux officiers ministériels; ces frais ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers, il est donc juste que tous y participent; celui ou ceux qui ont consenti une avance ne doivent pas subir la loi du dividende; sans eux, il n'y aurait même pas de dividende.

Cette justification est importante; on en conclut : 1. que si certains frais n'ont profité qu'à certains créanciers, ils ne seront pas privilégiés à l'encontre des autres, par exemple à l'encontre du bailleur à qui la loi accorde le droit de faire statuer sur son privilège par voie de référé, en dehors de

la procédure de distribution dont les frais ne lui seront donc pas opposables (C. pr., art. 661 et 662) ; 2. que le privilège, présenté par la loi comme général, n'affecte en réalité que les biens dont la réalisation a été effectuée dans l'intérêt commun; c'est seulement sur le prix provenant de la vente de ces biens que les ayants droit feront valoir leur privilège; hors de là, la communauté d'intérêts n'existe plus, le privilège serait donc injustifié (Civ. 26 juill. 1848, *D. P.* 1849, 1, 328) : les frais de saisie et de vente concernant certains meubles ne sont pas privilégiés sur les autres biens du débiteur.

En fait, le privilège des frais de justice affecte la forme d'un prélèvement préalable, d'un mode de règlement des frais, c'est-à-dire de dettes dont, il faut le remarquer, *le débiteur n'était pas lui-même tenu*;

1551. 2° **Frais funéraires.** — La loi accorde un privilège pour le recouvrement de ces frais, afin d'assurer à tous une sépulture rapide et décente. Cette rubrique vise tous les frais se référant à l'inhumation (ou à la crémation) : cérémonie religieuse, sépulture, mais non pas les *frais de deuil* du conjoint, des parents ou des domestiques. Il est généralement admis, sauf controverse, que la loi a visé, non seulement le décès du débiteur lui-même, mais celui des personnes qui vivaient avec lui et dont il avait la charge;

1552. 3° **Frais de la dernière maladie.** — Honoraires du médecin et du chirurgien, sommes dues au pharmacien, au garde-malade, à l'infirmier, à une maison de santé, à un hôpital, à un asile d'aliénés (Civ. 21 mars 1938, *D. H.* 1938, 354) etc. Sous l'empire du code, on entendait par « dernière maladie » celle dont le débiteur était mort; le médecin qui sauvait son client était donc moins bien traité que celui dont les soins étaient demeurés inefficaces ou pernicieux. Une loi du 30 novembre 1892 a supprimé cette anomalie : elle a ajouté à l'article 2101 les mots « *quelle qu'en ait été la terminaison* »; ainsi, les médecins peuvent impunément guérir leurs malades, même peu solvables; ils ne compromettent plus, en ce faisant, le règlement de leurs honoraires (V. cependant, pour les maladies chroniques, Paris, 2 janv. 1935, 2 arrêts; *S.* 1935, 2, 155).

1553. 4° **Les mois de nourrice.** — C'est la loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge, modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935, qui a institué ce privilège en l'intercalant à la suite de celui qui

garantit le recouvrement des frais de dernière maladie (art. 14 de cette loi et art. 20, § 3, du décret-loi); il n'est accordé qu'aux nourrices qui allaitent l'enfant chez elles; celles qui sont placées chez les parents étaient déjà privilégiées en qualité de « gens de service » (art. 2101 - 4°); mais on ne distingue pas selon que les mois de nourrice sont dus « *par les parents, ou par les bureaux de placement, ou par toute autre personne* »: le privilège fonctionne quelle que soit la personnalité du débiteur;

1554. 5° **Salaires des gens de service et des salariés** (commis, ouvriers, employés), **et restitution des sommes affectées aux institutions de prévoyance. — Contribution pour les assurances sociales.** — Il faut déterminer d'abord quels créanciers sont privilégiés, puis pour le recouvrement de quelles créances.

a) *Créanciers privilégiés.* — Toute une série de créanciers figurent à ce cinquième rang, concurremment;

1. Les *gens de service* : domestiques, cuisiniers, portiers, chauffeurs, garçons et filles de ferme, pâtres, etc.;

2. Les *ouvriers*, les *commis* et les *façonniers, tels que les tisseurs, guimpiers et passementiers* (*C. du Trav.*, Livre I^er^, art. 47, mod. par l. 19 juill. 1933);

3. Les *voyageurs de commerce* (mêmes textes).

4. Enfin, les *artistes dramatiques et autres personnes employées dans une entreprise de spectacles publics, les placiers et représentants de commerce, de fabrique et d'industrie*, et plus généralement, *toutes les personnes qui louent leurs services* (L. 17 juin 1919, modifiant l'art. 2101 - 4° C. civ. et l'art. 549 C. com.)

Ce sont, en résumé, tous les salariés qui sont actuellement protégés, toutes les personnes qui sont liées par un contrat de *louage de services*, à l'exclusion de celles qui ont conclu un *louage d'ouvrage* et qui ne sont pas dans la même situation de dépendance que les précédentes.

Disposition exceptionnelle en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'employeur. — Un décret-loi du 8 août 1935, *tendant à assurer le paiement des salaires en cas de faillite ou de liquidation judiciaire*, écarte les dispositions des articles 2101 c. civ. 191 et 549, C. com. pour la fraction insaisissable des sommes restant dues sur les salaires effectivement gagnés par les ouvriers pendant les quinze derniers jours de travail, ou pour les employés pendant les trente derniers jours, ainsi que pour les commissions

dues aux voyegeurs et représentants de commerce en ce qui concerne les quatre-vingt-dix derniers jours de travail et les salaires dus aux marins de commerce pour la dernière période de paiement : ces fractions de salaires et de commissions doivent être acquittées « *sur les premières rentrées de fonds, nonobstant l'existence et le rang de toute autre créance privilégiée* ». Il semble donc que ce privilège renforcé doive passer avant même celui des frais de justice : aussi l'a-t-on qualifié de « *superprivilège* » (V. cependant, au cas de conflit entre ce superprivilège et le privilège du Trésor pour le recouvrement des contributions directes, Rouen, 27 mai 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 2, 196).

1555. — b) *Créances privilégiées* :

1. Pour les *gens de service*, le privilège garantit le paiement du salaire pour *l'année échue et pour ce qui est dû pour l'année courante* (art. 2102 - 4°).

2. Pour tous autres salariés, le privilège garantit le recouvrement des sommes dues pour les *six derniers mois* (même texte). C'est donc là le droit commun qui aurait pu sans inconvénient être étendu aux gens de service eux-mêmes : le traitement particulier dont ils bénéficient se justifie d'autant moins qu'ils sont ordinairement engagés et payés au mois.

On remarquera que la loi ne prend pas en considération le *mode de rémunération* du travail; que le salaire soit établi à la journée, à la semaine, au mois, à l'année ou à l'heure, les règles sont les mêmes; la rémunération fixée à la tâche, aux pièces, est traitée ainsi qu'un salaire fixe; mais les *frais de route* du voyageur de commerce ne sont pas garantis par le privilège de l'art. 549 C. com. (Civ. 13 mai 1931, *S.* 1931, 1, 251).

3. Une loi du 19 juillet 1928, modifiant l'article 23 du livre premier du Code du travail, a étendu le privilège de l'article 2101 - 4° aux *indemnités* allouées à l'ouvrier ou à l'employé, soit à raison de l'*inobservation du délai-congé*, soit à raison de *la résiliation abusive du contrat* (art. unique de cette loi, dernier alinéa), mais seulement si ce contrat avait été conclu sans durée déterminée (Civ. 15 déc. 1930, *S.* 1931, 1, 111, *D. H.* 1931, 52).

4. *Restitution de sommes affectées à des établissements de prévoyance.* — Des caisses de retraite, de secours, de prévoyance sont fondées et fonctionnent au profit des ouvriers ou employés; or, il arrive que la faillite du patron intervienne alors qu'il n'a pas encore remis à l'établissement

désigné les sommes perçues à cet effet et provenant assez souvent des retenues effectuées par lui sur les salaires ou sur les appointements : la loi du 27 décembre 1895 accorde alors aux ouvriers et employés un privilège pour la restitution des sommes restées en souffrance et quelle qu'en soit d'ailleurs l'origine, soit qu'elles proviennent de retenues exercées sur les salaires, soit que le chef de l'entreprise se fût engagé à les verser lui-même; ainsi, ces salariés échapperont à la loi du dividende. Ce privilège prend rang concurremment avec le privilège des salaires des gens de service (L. 27 déc. 1895, art. 4, § 2).

5. Il faut en dire autant du privilège institué en vue du paiement de la double contribution (employeur et employé) destinée à assurer le fonctionnement des *assurances sociales* (L. 5 avril 1928, art. 53, mod. par l. 30 avril 1930).

1556. 6° Fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. — (Art. 2101 - 5°.) — On veut que le plus pauvre puisse trouver sa subsistance; dans ce but, on confère aux fournisseurs de subsistances un privilège; de cette façon, on améliore le crédit de ce débiteur; c'est dans son intérêt bien plutôt que dans celui du créancier qu'on confère la sécurité à celui-ci.

Les fournisseurs privilégiés sont tous ceux qui ont assuré la *subsistance* du débiteur, *au sens large du mot* : boulangers, bouchers, épiciers, blanchisseurs, peut-être même marchands de vêtements; la loi y ajoute les maîtres de pension (pour la subsistance) et les marchands en gros. Subsistance n'est donc pas synonyme de nourriture : les dépenses de vêture, de chauffage, d'éclairage, d'entretien, d'eau (Civ. 11 avril 1933, *D. H.* 1933, 297; *S.* 1933, 1, 253; Paris, 21 déc. 1931, *D. H. Sommaires*, 1923, 23, col. 3) sont visées comme celles d'alimentation.

Le privilège garantit le paiement de *six mois* de fournitures faites au détail, et d'*un an* de fournitures livrées *en gros*, ainsi qu'une année de pension.

Le texte vise les fournitures faites soit au débiteur, soit à sa famille : il faut entendre par là la *maisonnée*, y compris les gens de service (Civ. 22 mars 1892, *D. P.* 1892, 1, 247).

1557. 7° Indemnités d'accidents du travail. — Il s'agit ici des *frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires* et de l'indemnité allouée au blessé pendant le cours de son traitement; la créance est privilégiée sur les biens de l'employeur (L. 9 avril 1898, art. 23; C. civ., art. 2101 - 6°). Ce privilège ne s'étend pas aux rentes ou pensions allouées à

l'ouvrier ou à ses ayants droit au cas d'incapacité permanente ou de décès; le service en est assuré par d'autres moyens (art. 23 et 24 de la loi, ce dernier texte modif. par l. 1er juill. 1938, art. 21).

1558. 8° Rentes allouées aux victimes d'accidents du travail. — L'article 13 du décret-loi du 14 juin 1938, *unifiant le contrôle de l'Etat sur les entreprises d'assurances et de capitalisation*, décide que « *l'actif constituant les réserves mathématiques et les cautionnements afférents aux opérations d'assurances contre les accidents du travail régis par la loi du 9 avril 1898 et les lois postérieures qui l'ont modifiée et complétée, est affecté par privilège au paiement des rentes dues par application des dites lois. Ce privilège prime le privilège général institué au 1er alinéa de l'article 14 ci-après* », c'est-à-dire le privilège portant ci-dessous le numéro 9.

1558*bis*. 9° Créances des assurés contre les entreprises d'assurances de toute nature et de capitalisation. — Ces créances, à l'exception des rentes dues aux victimes d'accidents du travail (*sup.* n° 1558), sont garanties par un privilège général portant sur la totalité de l'actif de l'entreprise, lequel est affecté au règlement des opérations pratiquées par ladite entreprise (D.-L. 14 juin 1938, art. 14 § 1, qui décide que ce privilège prendra rang après le paragraphe 6° de l'article 2101). Pour les sociétés ou assureurs étrangers, v. le § 2 du même texte.

1558*ter*. 10° et 11° Allocations familiales. — Une loi du 11 mars 1932 déclare privilégiées, à la suite des créances énumérées dans l'article 2101, d'abord (10°), les *allocations* dues aux ouvriers et employés, par les *caisses de compensation* et autres institutions agréées pour le service des allocations familiales ou par les employeurs dispensés de l'affiliation à une telle institution; puis (11°), les *créances des caisses de compensation* et autres institutions agréées pour le même service, en ce qui concerne les *cotisations* que les adhérents se sont engagés à leur verser en vue du paiement des allocations familiales et de la péréquation des charges résultant du versement desdites prestations (art. 7 de la loi).

1559. Privilèges fiscaux. — Il existe, au profit du Trésor, créancier de tout le monde, des privilèges efficaces et toujours plus nombreux, les uns qui n'affectent que les

meubles, tels ceux qui garantissent le recouvrement des contributions directes autres que l'impôt foncier (Code général des impôts; décret du 30 oct. 1935 *tendant à unifier les privilèges fiscaux*) ou celui des contributions indirectes; les autres qui frappent meubles et immeubles, comme celui qui assure le recouvrement de la contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre (L. 1er juill. 1916; 25 juin 1920, art. 20, § 2, 10 août 1922, 15 mai 1924, 10 mars 1925, 13 juill. 1925); il est à noter que ce dernier privilège est assorti expressément du droit de suite, au moins en tant qu'il porte sur les immeubles, les fonds de commerce, les navires et les bateaux de navigation intérieure (Civ. 5 juin 1929, *D. H.* 1929, 474).

Nous n'avons pas à insister davantage sur une réglementation qui ne rentre pas dans le cadre du droit civil (V. Becqué, *op. cit.*, t. I, nos 57 et suiv.).

1559*bis*. Multiplication et esprit des privilèges généraux. — Au cours du dernier demi-siècle, les privilèges généraux se sont multipliés, au grand détriment de l'unité de notre législation et au prix de complications grandissantes; en même temps, ils ont changé d'esprit et d'objectif : alors que la plupart des privilèges généraux du code civil avaient été institués, en définitive et en dernière analyse, dans l'intérêt du débiteur lui-même à qui l'on voulait assurer la subsistance, des soins en cas de maladie, une inhumation décente après son décès, les privilèges de la dernière heure sont bien organisés dans le seul intérêt des créanciers, plus exactement de certaines classes de créanciers qui, par la modestie de leur condition et de leurs ressources — par leur nombre aussi — se recommandent à l'attention du législateur; la multiplication des privilèges généraux n'est qu'une des nombreuses manifestations de la tendance à la reconstitution d'un droit de classe; toute classe, politiquement et socialement puissante, entend avoir son droit propre et ses privilèges (V. L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, *D. H.* 1937, *Chron.* p. 1; Dabin, *Droit de classe et droit commun*, dans le *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. III, p. 66).

§ II. — *LES PRIVILÈGES MOBILIERS SPÉCIAUX*

1560. Définition, idée générale. — Les *privilèges mobiliers spéciaux* sont ceux qui sont limités à un ou plusieurs meubles déterminés qu'ils frappent individuellement; en cela, ils diffèrent des privilèges généraux dont l'enver-

gure est autrement vaste puisqu'ils n'ont d'autres limites que celles du droit de gage général du créancier; à quoi il faut ajouter que les privilèges mobiliers spéciaux ne portent jamais, même subsidiairement, sur des immeubles, et que leur rang n'est pas déterminé par un numéro d'ordre.

1561. Classification. — Nombre de ces privilèges spéciaux sont inscrits dans l'article 2102; beaucoup d'autres ont été institués par le Code de commerce ou par des lois postérieures. Ils sont à classer dans différentes catégories suivant l'idée dont ils relèvent, la raison qui les a fait établir.

1° Une première catégorie est constituée par les privilèges qui reposent sur une idée de *nantissement* : le créancier, nanti, expressément ou *tacitement*, a un privilège sur la chose engagée; à cet ordre d'idées se rattachent :

a) Le privilège du *gagiste*, déjà étudié (*sup.* n° 1537);

b) Celui du *bailleur* d'immeuble, sur les meubles apportés par le preneur dans les lieux loués (art. 2102 - 1°);

c) Celui de l'*aubergiste*, sur les effets du voyageur (art. 2102 - 5°);

d) Celui du *voiturier*, sur la chose transportée (art. 2102 - 6°);

e) Enfin, le privilège *pour faits de charge* de l'article 2102 - 7°;

2° D'autres privilèges se justifient par cette idée que le créancier a fait pénétrer une chose, une valeur dans le patrimoine du débiteur; il paraît juste que cette chose ou cette valeur réponde spécialement du règlement de la somme qui lui est due et qu'elle soit, à cet effet, grevée d'un privilège. Ainsi s'expliquent le privilège du *vendeur* d'effets mobiliers, celui du *bailleur d'un fonds rural* sur les récoltes de l'année (art. 2102 - 1°, § 1) et celui du *vendeur de semences* sur le prix de la récolte (art. 2102 - 1°, § 4);

3° Une troisième catégorie de privilèges sont fondés sur l'idée de *conservation* d'une chose : les frais avancés pour assurer la conservation doivent être payés de préférence à toutes autres créances; ils sont privilégiés sur la chose même qu'ils concernent (art. 2102 - 3° et art. 2102 - 1°, § 4).

Nous étudierons successivement ces trois groupes de privilèges mobiliers spéciaux, après quoi nous décrirons de notre mieux le privilège étrange qui a été institué par une loi du 29 décembre 1934 *facilitant l'acquisition de véhicules ou tracteurs automobiles*.

N° 1

Privilèges du premier groupe fondés sur l'idée de nantissement

1562. Plan. — Nous étudierons les privilèges ressortissant à ce premier groupe dans l'ordre où nous les avons précédemment cités, en commençant par le privilège du bailleur d'immeuble et en terminant par celui qui a été institué pour faits de charge.

I

Privilège du bailleur d'immeuble (Art. 2102 - 1°)

1563. Généralités. — Une tradition juridique, qui remonte au droit romain, veut que les meubles apportés par un preneur — locataire ou fermier — et garnissant les lieux loués, soient spécialement affectés au règlement des sommes dues au bailleur et, notamment, au paiement du loyer ou du fermage.

Ce privilège se justifie doublement :

1° *En fait*, parce qu'il faut assurer à tout individu la possibilité de trouver un toit; le plus sûr moyen pour en arriver là est d'accorder au bailleur une sûreté efficace en considération de laquelle il acceptera de traiter avec le preneur dont le crédit se trouvera ainsi renforcé;

2° *En droit*, on peut considérer que le preneur engage tacitement, en sûreté du loyer ou du fermage, les meubles qu'il apporte dans la maison, dans l'appartement ou sur le fonds : l'idée d'un nantissement tacite est dans le plan de l'opération; elle cadre bien avec les intentions probables des parties. Au surplus, ne peut-on pas considérer que le bailleur possède, par l'intermédiaire de sa maison ou de son fonds, les meubles apportés par le locataire ou par le fermier? Il est saisi indirectement, avec cette particularité que le preneur n'est pas dessaisi : deux possessions se superposent en quelque sorte, l'une, celle du preneur, directe et normale, l'autre, celle du bailleur, indirecte et par le truchement de l'immeuble.

1564. Plan. — Il faut examiner :

1° *A qui* appartient le privilège;

2° *Quel biens* il affecte; quelle est son *assiette* ;

3° *Quelles créances* il garantit;

4° Comment *il s'exerce et se réalise.*

1565. I. **A qui appartient le privilège.** — Il appartient à tout bailleur d'un immeuble quelconque : maison, appartement, domaine, ferme, sans distinguer entre le bail à loyer et le bail à ferme, ni selon que l'immeuble est bâti ou non (V. pour les pâturages ou les terres de labour, Civ. 22 mars 1893, *D. P.* 1894, 1, 129 ; Req. 8 juill. 1901, *S.* 1902, 1, 81, note Tissier), ni suivant que le bailleur est ou non propriétaire de l'immeuble loué ou affermé : c'est donc tout locateur d'un immeuble quelconque qui est investi du privilège que nous étudions ici, et, à notre avis, même le bailleur de chambres ou d'*appartements meublés*.

1566. II. **Biens affectés ; assiette du privilège. Principe directeur.** — Pour chercher et découvrir ces biens, il faut se rappeler que le privilège du bailleur repose sur un nantissement tacite et aussi sur une possession indirecte par l'intermédiaire de l'immeuble.

1567. Formule du Code civil. — Ces idées directrices cadrent parfaitement avec la formule contenue dans l'article 2102 - 1°, § 1 : le privilège porte sur « *tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et... tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme* », c'est-à-dire, suivant la formule consacrée, les *meubles garnissant les lieux loués*, car ce sont bien ceux-là que le bailleur possède par le truchement de l'immeuble et qu'on peut raisonnablement considérer comme ayant été tacitement affectés au règlement des sommes dues par le preneur. Quant à savoir quels meubles garnissent vraiment les lieux loués, c'est là une question de fait que le juge du fond tranchera souverainement; il faut évidemment que l'objet soit corporel et se trouve dans un certain rapport avec les lieux loués, qu'il serve à leur commodité ou à leur agrément : meubles meublants, marchandises d'un fonds de commerce, instruments et animaux de culture, vaisselle, argenterie, bibliothèque, collections de toute sorte, garde-robe, linge, etc., sans distinguer entre les objets de première nécessité et les objets de luxe. Il y aurait lieu, au contraire, d'exclure l'argent, les valeurs de Bourse, et peut-être, sauf controverse, les bijoux, au moins les bijoux personnels : il va sans dire que ceux d'un bijoutier sont soumis au privilège du bailleur d'immeuble, comme toute autre marchandise; ils garnissent, au premier chef et très utilement, les lieux loués.

Aux meubles garnissant les lieux loués s'opposent, non seulement ceux que nous venons d'énumérer et qui ne sont pas « garnissants », mais aussi les meubles qui ne sont pas

entreposés dans les lieux loués et qui, bien que « garnissants » de leur nature, échappent à l'emprise du privilège, ignorés qu'ils sont du bailleur, à la possession indirecte duquel ils ne sont pas soumis. On comprend, dès lors, que la loi impose au preneur l'obligation de garnir suffisamment les lieux loués (art. 1752 et 1766) ; il y va de la sécurité du bailleur.

1568. **Meubles garnissant les lieux loués qui échappent cependant au privilège.** — La question se pose pour les biens insaisissables et pour les meubles qui n'appartiennent pas au preneur.

A. *Biens insaisissables.* — Ils échappent en principe au privilège, lequel renforce mais n'élargit pas le droit de gage du créancier. Cependant, il y a lieu de noter que les biens déclarés insaisissables par l'article 592 C. pr. modifié par la loi du 13 avril 1932 (v. le texte) peuvent être saisis par le bailleur pour le paiement des fermages et des loyers (C. pr., art. 593, § 1) ; mais ce principe lui-même n'est pas absolu et la règle de l'insaisissabilité fait un retour offensif, pour le coucher et pour la vêture : les objets nécessaires au coucher, ainsi que les habits dont ils sont vêtus et couverts, des saisis et de leurs enfants habitant avec eux, échappent à toute saisie (C. pr., art. 593, § 2).

1569. B. **Meubles qui n'appartiennent pas au preneur.** — Un conflit peut surgir entre le bailleur qui prétend exercer son privilège sur des meubles garnissant les lieux loués et un tiers qui affirme en être propriétaire : privilège et revendication se heurtent alors; le conflit est tranché à l'aide des principes généraux du droit : l'avantage appartient au bailleur s'il est protégé par l'article 2279; sinon, le propriétaire l'emporte. Il s'agit, en effet, par hypothèse, de meubles corporels, donc de biens se prêtant à l'application de la règle : « *En fait de meubles la possession vaut titre.* » Deux obstacles seulement pourraient s'opposer à cette application :

1° Le meuble est sorti des mains du propriétaire par *perte* ou par *vol*; l'article 2279, § 2, lui donne trois ans pour revendiquer contre un acquéreur; *a fortiori* jouit-il de cette faculté pour soustraire la chose à l'emprise du privilège du bailleur;

2° Le bailleur était de *mauvaise foi lors de l'introduction* du meuble dans le bâtiment ou sur le fonds; il savait pertinemment qu'un tiers en était demeuré le propriétaire; en ce cas aussi, l'article 2279 ne le protège pas. Seulement, il

faut se rappeler que la bonne foi se présume; il appartiendra donc au tiers propriétaire de prouver la mauvaise foi du bailleur, preuve facile : 1. si ce tiers propriétaire a eu la précaution de notifier au bailleur son droit de propriété avant l'introduction du meuble dans les lieux loués (V. l'art. 1813 qui fait application de ce procédé au *cheptel*); 2. si le preneur avait averti le bailleur, par un moyen et sous une forme quelconques, de l'existence des droits des tiers (Req. 21 juill. 1937, *S.* 1937, 1, 306, *D. H.* 1937, 567); 3. si le bailleur a dû être édifié par la profession même de son locataire : lorsqu'on donne un local à bail à un horloger, à un blanchisseur ou à un garagiste, on sait pertinemment que ces locataires recevront en dépôt des montres ou des pendules à réparer, du linge à blanchir, des voitures à garer, toutes choses qui demeureront la propriété d'un tiers; le bailleur est alors averti et constitué de mauvaise foi par la destination, l'affectation même du local; il sait que les meubles ont été introduits chez son locataire, non pour y rester, *ut ibi sint*, mais à titre de dépôt ou de consignation.

La bonne foi s'apprécie au moment de l'introduction du meuble dans les lieux loués; la *mala fides superveniens* ne compromettrait pas le privilège, acquis une fois pour toutes. (Sur ces divers points, V. Req. 13 août 1872, *D. P.* 1872, 1, 466, *S.* 1873, 1, 121; comp. Civ. 3 janv. 1883, *S.* 1883, 1, 360, *D. P.* 1883, 1, 443).

1570. Sous-location. — Au cas de sous-location, le bailleur peut exercer son privilège sur les meubles apportés par le sous-preneur, savoir, si la sous-location est régulière, jusqu'à concurrence des sommes dues, lors des poursuites, au locataire principal par le sous-locataire; et, si la sous-location a eu lieu contrairement à la convention des parties, sans limitation aucune, pour toutes les sommes dues par le locataire principal : les meubles du sous-preneur se confondent alors avec ceux de son auteur (Req. 11 avril 1892, *D. P.* 1892, 1, 345, note DE LOYNES, *S.* 1892, 1, 433, note LABBÉ; *Ref.* XVII, 1, 128). La solution est la même si le locataire principal a vendu au sous-locataire les meubles qu'il avait apportés dans les lieux loués : la propriété de ces meubles n'a été transmise à l'acheteur que grevée du privilège du bailleur; ils répondent donc, même si la sous-location est régulière, du paiement des sommes dues par le locataire principal au bailleur (Civ. 20 fév. 1911, *S.* 1913, 1, 193, note L. HUGUENEY).

1571. III. Créances garanties par le privilège. Principe. — La formule générale est donnée par l'article 2102 - 1° : le bailleur est privilégié « *pour tout ce qui concerne l'exécution du bail* », donc non seulement pour le paiement du loyer ou du fermage, mais aussi pour le règlement des indemnités de toute sorte dont le preneur peut lui être redevable à ce titre, en un mot pour le recouvrement de toutes les créances se rattachant au contrat de bail, à l'exclusion seulement de celles qui auraient une cause entièrement indépendante, un prêt par exemple.

1572. Question. Insuffisance du droit commun. — Les créances sont-elles garanties par le privilège indéfiniment, sans limitation de sommes? Oui, pour les créances autres que les loyers et fermages; mais, pour ces dernières, des limitations sont établies par la loi, qui étaient strictement nécessaires, dans l'intérêt général comme dans celui du preneur lui-même.

Supposons, en effet, qu'on fasse application pure et simple du droit commun des obligations; il en résulterait qu'en cas de faillite ou de déconfiture du locataire ou du fermier, le bailleur serait admis à produire, en tant que créancier privilégié, non seulement pour les loyers échus *mais aussi pour les loyers à échoir*; car la dette du preneur est une dette à terme, à échéances successives, échelonnées en cours de bail; or, il faut se rappeler que la déconfiture ou la faillite du débiteur lui font perdre le bénéfice du terme (art. 1188; *sup.* n^os^ 730 et suiv.); en sorte que le bailleur pourrait réclamer le paiement immédiat et par anticipation, de toutes les échéances à venir, c'est-à-dire, peut-être et surtout si le bail est commercial, le paiement de sommes extrêmement élevées, d'autant plus fortes que le bail aurait été conclu pour une durée plus longue, des centaines de milliers de francs ou même des millions. Cette solution serait désastreuse pour les *autres créanciers* du preneur qui verraient leur échapper le plus clair de l'actif de leur débiteur, absorbé par le bailleur, armé de son privilège vraiment abusif et pour ainsi dire tentaculaire; elle serait trop favorable à ce *bailleur* qui bénéficierait ainsi injustement des intérêts de sommes qui, d'après le contrat, ne devaient lui être acquises que plus tard, au fur et à mesure des échéances successives; enfin, elle risquerait de nuire au crédit du *preneur* lui-même qui trouverait difficilement des fonds alors que ses créanciers sauraient devoir être primés, à l'occasion, par le privilège de l'article 2101 - 1°; à quoi il faut ajouter qu'elle favoriserait des combinai-

sons frauduleuses : il serait à craindre que le locataire, alors que sa situation pécuniaire est déjà compromise, ne s'entendît avec le bailleur pour rédiger, après coup, un bail à longue durée, qu'on substituerait au bail primitif et qui permettrait au bailleur de produire pour des sommes considérables, sauf ensuite à s'entendre avec son complice, à partager avec lui le profit de cette opération frauduleuse.

1573. — Une telle perspective devait amener le législateur à prendre des mesures appropriées, à limiter l'étendue, l'efficacité du privilège du bailleur. Une série de dispositions ont été prises à cet effet; il y a lieu de distinguer : 1° le régime du Code civil, beaucoup trop favorable au bailleur et qui n'est plus applicable qu'aux baux *civils et urbains*; 2° celui de la loi du 12 février 1872, pour les baux *commerciaux*; 3° celui de la loi du 19 février 1889, pour les baux *ruraux*.

1574. A. **Régime du Code civil.** — Le Code civil s'est contenté de prendre des mesures pour conjurer la fraude à laquelle il vient d'être fait allusion; on distingue suivant que le bailleur produit ou non un bail ayant *date certaine* avant la faillite ou la déconfiture du preneur;

1° S'il produit un titre de ce genre — acte notarié, ou acte enregistré — la substitution frauduleuse n'est plus à craindre, puisque la date est certaine. Le droit commun s'applique donc : le bailleur produit, en tant que créancier privilégié, et pour tous les loyers échus et *non prescrits*, et pour tous loyers à échoir. Tout au moins les autres créanciers ont-ils la ressource de relouer la maison, pour leur propre compte; outrageusement primés par le bailleur qui se trouve plus que désintéressé puisqu'il touche son dû par anticipation, ils peuvent faire leur profit des loyers que paiera le nouveau preneur (art. 2102 - 1°, § 1);

2° Si, au contraire, le bailleur n'est pas muni d'un titre ayant date certaine, la loi considère que le bail est suspect; le privilège ne garantit plus qu'*une année de loyers à partir de l'expiration de l'année courante* (art. 2101 - 1°, § 2); il faut entendre par là qu'il garantit le recouvrement : 1. de tous les loyers échus et non prescrits; 2. du loyer de l'année courante; 3. du loyer d'une année après l'année courante. La restriction n'a donc trait qu'à l'avenir, mais elle est importante.

Il faut remarquer : *a*) que le bailleur n'en a pas moins le droit de se prévaloir de la déchéance du terme et de réclamer, par anticipation, le paiement de tous les loyers à

échoir; seulement, au delà de l'année qui suit l'année courante, il n'est plus armé du privilège, il se présente comme simple créancier chirographaire; il y a donc de fortes chances pour qu'il ne soit pas payé; *b)* aussi peut-il demander alors la résiliation du bail, aux termes des articles 1752 ou 1766, car, par hypothèse, il n'y a plus de meubles garnissant les lieux loués; ils ont été saisis et vendus; *c)* s'il ne demande pas la résiliation du bail, les autres créanciers ont le droit de relouer le local comme dans l'hypothèse précédente : l'article 2101 -1°, § 1, leur accorde cette ressource « *dans les deux cas* », que le bail ait ou non date certaine.

En somme, le Code civil favorise outrancièrement le bailleur, par rapport aux autres créanciers, surtout lorsque le bail avait date certaine.

1575. B. Baux commerciaux; régime de la loi du 12 février 1872. — Une réforme s'imposait particulièrement pour les baux commerciaux, parce qu'ils sont consentis souvent à des prix élevés, parce qu'ils portent ordinairement sur une longue période et enfin parce qu'en matière commerciale la date d'un contrat peut être prouvée par tous moyens (C. com., art. 109) : la distinction faite par le Code civil entre baux ayant date certaine et baux à date non certifiée ne pouvait donc pas jouer ici.

La loi du 12 février 1872 a institué un régime applicable seulement aux baux de locaux affectés au commerce d'un individu tombé en état de faillite ou de liquidation judiciaire, mais non à l'appartement personnel du commerçant, s'il est distinct des locaux commerciaux. On distingue, non pas suivant que le bail a ou non date certaine — distinction qui n'aurait plus le sens en matière commerciale — mais suivant que le bail est résilié ou non, ce qui dépend et du bailleur et du syndic : 1. si le bail est *résilié*, les loyers futurs sont hors de cause, ils n'existent plus; le bailleur est privilégié pour *l'année courante et les deux dernières années échues*; le privilège ne joue donc plus pour l'avenir et il subit, dans le passé, une importante restriction; 2. si le bail est *maintenu*, on sous-distingue selon que les sûretés du bailleur subsistent ou non; dans le premier cas, les meubles garnissant les lieux loués étant laissés en place, le bailleur ne peut rien réclamer du tout : le bail continue; dans la deuxième éventualité, les meubles étant vendus, le gage disparaissant, le bailleur a droit, comme créancier privilégié, à l'année courante, à deux années échues et à une année à venir (après l'année courante). V. l'article 550 C. com.

1576. Baux de locaux affectés à des hôtels. — La loi du 8 août 1913, modifiée par celle du 17 mars 1915, sur le *warrant hôtelier*, permet à l'hôtelier d'échapper partiellement à l'emprise du privilège du bailleur : il peut emprunter de l'argent en affectant à sa dette son matériel d'exploitation, à la condition d'aviser préalablement le bailleur qui n'a pas toujours la possibilité de s'opposer à cette combinaison (*inf.* n° 1679).

1577. C. **Baux de fonds ruraux. Loi du 19 février 1889.** — Cette loi, qui s'applique aux baux de fonds ruraux, y compris les baux à *colonat partiaire*, et qui a été introduite en *Alsace et Lorraine* avec notre Code civil (L. 1er juin 1924, art. 1er - 2°, lettre *l*), se rattache au mouvement tendant à assurer à l'agriculteur un plus large crédit; elle a voulu l'alléger de ce fardeau, de ce poids mort que représente pour lui le privilège du bailleur : que le bail ait ou non date certaine, ce privilège est limité à *deux années échues, à l'année courante et à l'année qui la suit.*

Ce régime est applicable aux baux portant sur des *fonds ruraux*, c'est-à-dire sur des fonds affectés à l'exploitation agricole, bâtis ou non bâtis.

1578. Résumé. — En résumé, notre système législatif actuel, quant aux sommes dont le paiement est garanti par le privilège du bailleur est extrêmement décousu : une *réforme* est hautement désirable qui ferait disparaître les abus du régime institué par le Code civil et qui mettrait plus d'unité en cette matière actuellement si disparate : le privilège du bailleur doit être gouverné par un statut uniforme et il faut qu'il cesse d'être un épouvantail pour les autres créanciers du preneur .

1579. IV. **Exercice et réalisation du privilège. Généralités.** — Le privilège du bailleur se traduit, en fin de compte, par une collocation par préférence sur le prix provenant de la vente des meubles qu'il affecte, vente intervenue sur la *saisie-exécution*, laquelle sera provoquée par le bailleur ou par tout autre créancier du preneur. Mais encore faut-il, pour engager cette procédure, que le poursuivant soit muni d'un *titre exécutoire* : acte notarié ou jugement. Tout va bien si le bail est un acte notarié, mais, dans la plupart des cas, il a été passé sous seing privé, en sorte que le bailleur doit, pour saisir les meubles garnissant les lieux loués, s'adresser à la justice et obtenir un jugement. Or, il est à craindre qu'avant qu'il ne se soit mis en règle, son

gage ait disparu; les meubles ont pu être aliénés ou déplacés par le preneur, le propriétaire est désarmé contre cette éventualité, en ce sens du moins que le déménagement des meubles avant paiement du loyer ne tombe pas sous le coup de la loi pénale.

Tout au moins le législateur vient-il au secours du bailleur en lui permettant de placer les meubles de son preneur sous la main de justice au moyen d'une saisie conservatoire dite *saisie-gagerie*, et en lui conférant un *droit de suite*.

1580. A. **Saisie-gagerie.** — Le bailleur a à sa disposition une saisie d'ordre purement conservatoire, destinée à assurer la conservation de son gage et, du même coup, la réalisation effective des biens qui le constituent, la *saisie-gagerie* (C. pr., art. 819 à 825); bien que dépourvu de titre exécutoire, il adresse au preneur une *sommation* (et non pas un commandement, comme le dit inexactement l'art. 819, § 1 C. pr.), après quoi il procède, à un jour de distance, à la saisie-conservatoire; on le dispense même, en cas d'*urgence*, de la sommation; il peut obtenir du président du tribunal de première instance l'autorisation de saisir « à l'instant » (C. pr. art. 819). Une fois les formalités accomplies — et nous n'avons pas à les décrire ici — les meubles garnissant les lieux loués sont placés sous la main de justice et sont donc moins exposés à disparaître par le fait du locataire.

Sur cette saisie-gagerie, il y a lieu d'observer qu'elle ne peut être pratiquée qu'autant que des loyers ou fermages sont échus (C. pr., art. 819); elle ne sauvegarde pas le paiement des termes à échoir; de là l'usage pris, surtout à Paris, de stipuler le paiement, non pas à l'expiration du terme, mais par anticipation et avant le commencement de chaque période; de cette façon, le propriétaire est toujours en état de pratiquer la saisie-gagerie en temps utile; il ne consent aucun crédit à ses locataires.

1581. B. **Droit de suite; revendication du bailleur.** — L'article 2101 - 1°, § 5, permet au bailleur de saisir les meubles déplacés sans son consentement; il lui confère ainsi un véritable *droit de suite*, une sorte de *revendication* (même texte) qui n'est évidemment pas l'action sanctionnant le droit de propriété — le bailleur n'est pas propriétaire des meubles du locataire — mais qui est une revendication *à titre de gage*, une sanction du droit réel de gage tacite dont il est investi.

1582. Conditions requises. — 1° Il faut que le déplacement des meubles n'ait pas eu lieu du consentement du bailleur; et ce consentement peut être donné par lui expressément ou tacitement; on considère qu'il a tacitement consenti au déménagement s'il l'a connu et qu'il n'ait pas protesté : qui ne dit mot consent;

2° Il faut que le droit de suite soit exercé dans un délai très bref : *quarante jours* si les meubles garnissaient une ferme, *quinze jours* s'ils garnissaient une maison (art. 2102 - 2°, § 5) : le délai court du jour de *l'enlèvement* des meubles; c'est évidemment un délai préfix, de rigueur absolue.

Pendant ce délai, le bailleur peut revendiquer contre tout possesseur, *fût-il de bonne foi*; on déroge donc ici à la règle « *en fait de meubles...* »; on permet au titulaire du privilège d'inquiéter un acquéreur de bonne foi, ayant acquis les meubles dans des conditions normales, mais sauf pour le revendiquant l'obligation de rembourser au défendeur son prix d'achat ,ainsi que le décide expressément l'article 2280, complété à cet égard par une loi du 11 juillet 1892 (§ 2 de ce texte). En revanche, une fois le délai expiré, le bailleur ne peut plus inquiéter *fût-ce un possesseur de mauvaise foi*, car le texte ne fait aucune réserve à ce sujet, en sorte que le droit commun se trouve écarté doublement : d'abord *à l'encontre* du possesseur de bonne foi qui, normalement, aurait pu invoquer tout de suite la règle « *en fait de meubles...* »; puis, *en faveur* du possesseur de mauvaise foi qui, d'après les principes généraux, serait demeuré passible de la revendication pendant trente années; résultats singuliers, mais certains de cette règlementation spéciale qui constitue une transaction assez commode : on considère sans doute qu'après quarante jours ou après quinze jours, le bailleur a renoncé à protester, et qu'il a pris son parti du déménagement effectué en dehors de son consentement;

3° Il semble bien qu'une troisième condition soit mise à l'exercice du droit de suite du bailleur : il faut que les meubles demeurés dans les lieux loués soient insuffisants à garantir le bailleur; dans le cas contraire, il serait sans intérêt à inquiéter le possesseur actuel (Rennes, 9 déc. 1892, *D. P.* 1895, 2, 497, note DE LOYNES).

1583. Ultimes ressources du bailleur. — A supposer que le droit de suite ne puisse plus être exercé, le bailleur n'est pas toujours et nécessairement désarmé; dans certaines éventualités, il trouve un secours dans la loi, au moins

si la disparition des meubles s'est produite en dehors de la volonté du preneur.

1° Si les meubles ont été *perdus* ou *volés*, le preneur a trois ans pour les revendiquer (art. 2270, § 2) : le bailleur, créancier du preneur, pourra agir du chef de celui-ci; il revendiquera les meubles contre leur possesseur actuel, en usant de la voie oblique de l'article 1166;

2° Si les meubles ont été détruits ou détériorés à raison de la réalisation d'un risque (incendie, mortalité du bétail, grêle, etc.), le droit de préférence du bailleur est reporté sur l'*indemnité d'assurance* due au preneur par l'assureur (L. 13 juill. 1930, art. 37, §§ 1, 2 et 4). La même loi consacre des solutions analogues pour l'*indemnité de responsabilité* mise à la charge du voisin ou du locataire (art. 37, § 3). (V. *inf.* n^os^ 1966 et suiv.).

II

Privilège de l'aubergiste

1584. — L'article 2102 - 5° déclare privilégiées « *les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge* ».

Ce privilège est établi au profit des hôteliers et aubergistes, de tous ceux qui font profession de fournir à autrui le gîte et le couvert, ou le gîte seulement (hôtels meublés), mais non ceux qui fournissent uniquement la nourriture ou la boisson (restaurateurs, cabaretiers, etc.), lesquels ne seraient pas fondés à s'en prévaloir.

De plus, il faut observer que le privilège est donné contre le *voyageur*, donc contre l'hôte de passage qui demeure dans un autre pays, mais non contre des habitants de la localité à qui des fournitures auraient été faites, ni contre des clients installés à demeure et domiciliés à l'hôtel, toutes personnes suffisamment connues de l'hôtelier, avec lesquelles il traite à bon escient et vis-à-vis desquelles il n'a donc pas besoin d'être armé plus particulièrement.

Le privilège porte sur les *effets* que le voyageur a transportés dans l'établissement : bagages, vêtements, voitures, automobiles, bijoux, etc...

1585. Nature et portée du privilège. — Traditionnellement, ce privilège est fondé sur l'idée de nantissement tacite : la loi considère que, d'accord avec les parties, les effets du voyageur sont spécialement affectés au règlement de ses frais d'hôtel (POTHIER, Proc. civ. n° 482 - 2°). Il faut

en conclure : 1° que l'hôtelier peut exercer son privilège même sur les effets qui n'appartiennent pas au voyageur, sauf au propriétaire à prouver qu'il était de mauvaise foi, qu'il connaissait la véritable situation; 2° que le privilège peut survivre au déplacement des effets du voyageur, du moins si ce déplacement a été furtif, s'il a été effectué à l'insu de l'hôtelier, mais réserve faite des droits qu'un tiers de bonne foi pourrait puiser dans la maxime « *en fait de meubles...* »; car il n'existe pas, au profit de l'hôtelier dessaisi, de disposition analogue à celle de l'article 2102 - 1°, § 5, qui accorde la revendication au bailleur, pendant un certain délai, même contre un possesseur de bonne foi; le droit commun s'applique ici purement et simplement.

Nous ne mentionnons que pour mémoire l'opinion d'après laquelle l'hôtelier aurait en réalité un simple droit de rétention et non pas un privilège (PLANIOL et RIPERT, t. II, n^os^ 2521 et 2588); cette thèse est condamnée par les précédents (BOURJON, *Droit commun de la France*, livre VI, titre 8, chap. 2, n° 39) et par le texte de l'article 2102 qui se réfère expressément à la notion du privilège.

1586. Réalisation du gage. — Elle a lieu suivant les formes simplifiées qui sont tracées par la loi du 31 mars 1896.

III

Privilège du voiturier [1]

1587. — L'article 2102 - 6° déclare privilégiés « *...les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée* ».

Ce privilège appartient au seul *transporteur*, à l'exclusion de ceux qui pratiquent des opérations voisines ou connexes : dépositaire, entrepreneur de remorquage, entrepreneur de déménagements (Paris, 12 mai 1896, *D. P.* 1897, 2, 262), locateur de voitures (Req. 20 juin 1922, *S.* 1923, 1, 345, note SOLUS) et aussi, à notre avis, commissionnaire de transport; ce dernier est armé d'une sûreté plus ample, le privilège de l'article 95 C. com., lequel lui garantit le paiement même des sommes dues à raison d'opérations précédemment effectuées entre les mêmes personnes (*Sic*, Lyon, 13 mars 1933, *D. P.* 1933, 2, 60; *S.* 1934, 2, 45).

Les créances privilégiées sont celles qui étaient nées *à raison du dernier transport*, à l'exclusion des sommes dues à d'autres voituriers ayant effectué des transports successifs;

[1] V. L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e éd., n^os^ 520 et suiv.

le privilège s'éteint, à l'égard de chaque voiturier, par la livraison effectuée.

1588. Nature et efficacité du privilège. — On s'est demandé si le privilège du voiturier est fondé sur une idée de *plus-value* (la marchandise vaut ordinairement davantage au lieu d'arrivée qu'au point d'expédition) ou bien sur un nantissement tacite. C'est dans ce dernier sens que se prononcent actuellement les auteurs de la jurisprudence; le privilège du voiturier est rattaché à la famille des sûretés mobilières qui dérivent du gage; on fait observer, contre l'idée de plus-value, et en faveur de l'idée de nantissement, que le privilège porte, non pas seulement sur la plus-value réalisée — et elle n'existe pas toujours — mais sur la marchandise transportée tout entière.

En conséquence et puisqu'il repose sur un nantissement tacite, le privilège du voiturier ne survit pas à la livraison; mais il survivra, à notre avis, à la dépossession *involontaire*, au cas de vol ou de perte des choses transportées; comme tout droit réel, il comporte le droit de suite, sauf application de l'article 2279 à ceux qui entreraient de bonne foi en possession des meubles perdus ou volés.

Pour la *réalisation* du gage, voyez l'article 106 du Code de commerce, modifié par la loi du 12 février 1927.

IV

Privilège pour faits de charge

1589. — D'après l'article 2102 - 7°, sont privilégiées « *les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et sur les intérêts qui en peuvent être dus.* »

Ce privilège, précisément parce qu'il porte sur un cautionnement, forme de gage, s'explique par une idée de nantissement; il intéresse non pas seulement des fonctionnaires publics, comme les conservateurs des hypothèques, mais des officiers publics et ministériels (avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, agents de change, etc.) et les comptables de deniers publics (L. 5 sept. 1807, art. 3), toutes personnes soumises à l'exigence du cautionnement préalable.

Il est à remarquer que le privilège affecte uniquement le cautionnement et les intérêts, mais non pas la valeur vénale, le prix de l'office lui-même; d'autre part, il ne garantit que le recouvrement des créances nées à l'occasion des actes ren-

trant dans les fonctions mêmes de l'officier public et constituant des *faits de charge* (Civ. 28 juill. 1868, *D. P.* 1868, 1, 438).

N° 2

Privilèges du deuxième groupe
fondés sur une idée d'enrichissement, de plus-value

1590. Idée générale. — Les privilèges ressortissant à cette catégorie sont étrangers à toute idée de nantissement; ils existent donc alors même que le créancier a perdu volontairement tout contact avec la chose sur laquelle ils s'exercent; si la créance est privilégiée, c'est parce qu'il a fait pénétrer une valeur dans le patrimoine du débiteur, valeur qui y figure gratuitement, donc sans cause effective, aussi longtemps que ce débiteur ne s'est pas acquitté de sa dette; il est juste que cet enrichissement soit affecté à la garantie de la créance de celui qui l'a procuré à son débiteur.

Ressortissent à cet ordre d'idées les privilèges du *vendeur de meubles*, du *bailleur* d'un fonds rural sur les *récoltes* de l'année, du *vendeur de semences, d'engrais, etc.*, et aussi les privilèges sur certaines *créances*.

I

Privilège du vendeur de meubles

1591. Rôle de ce privilège. — Ce privilège, institué par l'article 2102 - 4°, § 1, figure parmi les garanties accordées au vendeur de meubles à qui la loi confère en outre le droit de *rétention* (*sup.* n° 1472), le droit de *revendication* (*inf.* n° 1607) et le droit de poursuivre la *résolution de la vente* pour défaut de paiement du prix (*sup.* n°s 374, 1128, 1137 et suiv.); il se justifie, juridiquement et pratiquement, par le besoin de conférer au vendeur, créancier d'une somme d'argent, donc naturellement moins favorisé que l'acheteur, lequel est devenu normalement propriétaire dès l'instant de la vente, des garanties de paiement; et aussi par cette idée que la chose a été mise par lui dans le patrimoine de l'acheteur : il serait injuste qu'elle servît de gage aux autres créanciers et au détriment de celui qui l'a livrée; aussi longtemps que l'acheteur n'a pas payé le prix, elle doit demeurer spécialement affectée à l'acquittement de la créance du vendeur avec laquelle elle se trouve dans un rapport étroit.

1592. Ventes donnant lieu au privilège. — Le privilège, qui porte invariablement sur la chose vendue, appar-

tient à tout vendeur de meubles, d'« *effets mobiliers* » (art. 2102 - 4°, § 1), sans distinguer suivant que la vente est faite au comptant ou à terme (même texte), sans distinguer davantage d'après la nature du bien vendu : il est acquis depuis longtemps que les ventes de meubles incorporels sont génératrices du privilège aussi bien que les ventes de choses.

La solution est exacte, même pour le cessions d'*offices ministériels*; à vrai dire, ce n'est pas l'office lui-même qui est cédé, mais seulement le *droit de présentation* (*sup.* t. I, n° 1520; t. II, n° 1018) et c'est ce droit qui est grevé du privilège du vendeur. Sans doute, ce privilège ne permet pas au cédant impayé de saisir l'office et de le faire vendre pour se payer par préférence sur le prix; la vente aux enchères est sans application possible aux offices ministériels; il faudra donc que le cédant impayé attende une occasion propice à la réalisation de ses droits : soit une *cession ultérieure*; il fera alors valoir son privilège sur le prix dû par le cessionnaire subséquent; soit une *suppression* de l'office : le privilège s'exerce alors sur l'indemnité servie par les confrères auxquels profite cette suppression (Civ. 11 avril 1865, *D. P.* 1865, 1, 192); soit une *démission*, volontaire ou forcée, auquel cas le privilège porte sur l'indemnité que le Gouvernement exige du nouveau titulaire. Au contraire, s'il y a *destitution* du cessionnaire, le privilège du cédant est perdu, car l'officier ministériel destitué est déchu de son droit de présentation; l'indemnité mise à la charge du nouveau titulaire n'est donc pas la figuration de ce droit disparu, et le privilège du cédant ne trouve plus de prise (Req. 30 mai 1877, *D. P.* 1879, 1, 295; Riom, 18 fév. 1912, *D. P.* 1913, 2, 153, note DE LOYNES); solution juridique, mais assez peu équitable; une proposition de loi déposée au Sénat par M. Thézard, en 1891, en vue de maintenir le privilège du vendeur au profit du cédant et même au cas de destitution du cessionnaire, a été repoussée par cette Assemblée.

Le privilège garantit le paiement de la *soulte* dont est redevable le coéchangiste d'un meuble; c'est la solution qui est acceptée pour l'échange d'immeubles (*inf.* n° 1748); elle vaut aussi bien pour l'échange mobilier; dans les deux cas, l'article 1707 lui fournit un point d'appui en décidant que les règles du contrat de vente s'appliquent, en principe, à l'échange.

1593. Créances garanties. — Le privilège du vendeur garantit la créance du prix avec tous ses accessoires : intérêts, frais du contrat, mais à l'exclusion des dommages-inté-

rêts alloués par le tribunal et des sommes dues en vertu d'une clause pénale.

1594. Extinction du privilège. — Le privilège du vendeur peut prendre fin à raison de certaines éventualités, les unes d'ordre *matériel*, les autres d'ordre *juridique*.

A. *Eventualités d'ordre matériel.* — 1° La chose vendue a *péri*; le privilège est désormais sans objet; toutefois, il arrive qu'il soit reporté sur une indemnité représentative de la chose (*inf.* n° 1966);

2° Le meuble vendu a subi une *transformation*.

a) S'il n'est plus reconnaissable, si, par exemple, c'est du blé qui a été transformé en farine, le privilège est certainement éteint; il ne se transporte pas sur la chose dérivée de la chose vendue;

b) Il faut donner la même solution lorsque le meuble vendu est devenu immeuble par nature à la suite de son *incorporation* dans un immeuble plus important où il vient s'encadrer, comme si des poutres sont intégrées dans un bâtiment;

c) Il en va autrement si le meuble a seulement été immobilisé *par destination*; il est alors reconnaissable; le détachement en est réalisable; le privilège du vendeur subsiste donc, sauf à rechercher s'il est opposable aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble par nature et prétendant faire valoir leurs droits sur la chose tout entière, y compris le meuble immobilisé par destination (V. *inf.* n° 1870).

1595. B. **Eventualités d'ordre juridique.** — 1° Si l'acheteur est déclaré en état de *faillite*, le vendeur ne saurait se prévaloir de son privilège, mais il doit subir la loi commune qui est celle de l'égalité entre les créanciers (C. com., art. 550, § 6). La règle est la même au cas de *liquidation judiciaire*. Au contraire, le privilège est maintenu s'il y a seulement *règlement transactionnel* (Poitiers, 27 décembre 1922, *Rec. Somm.* 1924, n° 1893; — D.-L. 25 août 1937, *instituant en faveur des débiteurs commerçants et artisans le règlement amiable homologué*, art. 13, § 3) et au cas de *déconfiture* d'un débiteur non commerçant : à la différence de la faillite, la déconfiture est un état inorganisé, à peu près anarchique, qui laisse à chacun des ayants droit le soin de se tirer d'affaire au mieux de ses intérêts.

D'ailleurs, même au cas de faillite ou de liquidation judiciaire, il faut observer que le privilège est maintenu : 1. si la vente a porté sur un *fonds de commerce* (L. 17 mars 1909,

art. 1 et 2; — pour le cas de *règlement amiable homologué*, le décret-loi précité du 25 août 1937, art. 13, § 3); 2. ou encore s'il s'agit de la vente d'un *navire* (C. com., art. 191 - 8°);

2° L'*aliénation* du meuble par l'acheteur soulève des questions complexes : on se demande si le vendeur impayé peut utiliser son privilège en dépit de la revente dont le meuble a été l'objet de la part de l'acheteur. Différentes éventualités sont à prévoir :

a) Si le meuble est encore en la possession de l'acheteur, qui l'a vendu mais qui ne l'a pas livré, on admet généralement que le privilège subsiste; car l'article 2102 - 4°, § 1, le maintient du moment que les effets mobiliers non payés sont encore « *en la possession du débiteur* ». Nous voyons donc s'affirmer déjà, dans cette éventualité, le droit de suite dont le privilège est assorti : en effet, le sous-acquéreur avait été rendu propriétaire, on le suppose, en vertu de la vente elle-même; s'il subit le privilège du vendeur, c'est évidemment que ce privilège comporte le droit de suite (DE LOYNES, t. I, n° 495; BECQUÉ, t. I, n° 245; POPLAWSKI, p. 229 et suiv.);

b) Si le meuble avait été vendu et livré au sous-acquéreur, il faut sous-distinguer : 1° à supposer que le sous-acquéreur n'ait pas encore payé son prix, le vendeur a certainement la ressource de le saisir-arrêter, de faire défense au débiteur de le verser à son auteur : il se le fera attribuer par préférence aux autres créanciers. En ce faisant, il ne prétend pas exercer un droit de suite, car il ne s'en prend pas au sous-acquéreur à qui il est indifférent que le prix aille à son auteur ou à l'auteur précédent : le droit de *préférence* suffit à donner satisfaction au vendeur et on reconnaît qu'il en demeure investi; la solution est constamment admise; 2° Si, au contraire, le sous-acquéreur a déjà payé, la controverse reprend, et plus vive qu'au cas de non-livraison, car le droit de suite est mis en cause dans toute son ampleur. Les auteurs qui voient dans les privilèges mobiliers spéciaux de simples causes de préférence, refusent tout recours au vendeur (*Sic*, COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 1097; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 2618). Ayant admis le caractère réel des privilèges mobiliers spéciaux (*sup.* n° 1544), nous admettons en conséquence la survie du privilège du vendeur, mais réserve faite, bien entendu, de l'application de l'article 2279 au profit du sous-acquéreur de bonne foi, en sorte que le privilège subsistera et pourra être opposé, d'abord au sous-acquéreur de mauvaise foi (c'était la solution de notre ancien droit), puis si le meuble a été perdu ou volé (*Sic*, POPLAWSKI, p. 229 et suiv.; Ch. BEUDANT,

Les sûretés réelles et personnelles, dans le cours de droit civil français, 1re éd., t. I, n° 447; comp. BECQUÉ, t. I, n° 246).

Cette solution est commandée, non seulement par le caractère réel que nous avons reconnu aux privilèges mobiliers spéciaux, mais aussi par cette considération que le privilège du vendeur, n'étant pas fondé sur une idée de nantissement, ne doit pas, en bonne logique, disparaître du fait du dessaisissement, même complet, du créancier. Il est bien vrai que l'article 2102 - 4°, § 1, suppose que le vendeur est resté en possession, mais cette formule se réfère simplement à l'application de l'article 2279; elle est destinée à sauvegarder les droits du possesseur de bonne foi, et rien de plus (Voy. cependant, *contra*, Civ. 19 fév. 1894, *D. P.* 1894, 1, 413, *S.* 1895, 1, 457, note WAHL).

1596. En résumé : le droit de suite et, par suite, le privilège n'échappe au vendeur que si son adversaire peut se prévaloir de la règle « *en fait de meubles...* »; il lui est donc maintenu : 1° si l'acheteur est resté en possession; 2° si le sous-acquéreur était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait l'existence du privilège; 3° si le meuble a été perdu ou volé; 4° si, par sa nature, il répugnait à l'application de l'article 2279 (meubles incorporels).

1597. Droit de revendication du vendeur de meubles. — L'article 2102 - 2°, § 2, accorde au vendeur impayé un droit de *revendication* dont la nature a été fort discutée, mais qui apparaît comme un corollaire, une sanction du privilège lui-même : *afin d'empêcher la revente* du meuble, ce qui risque de compromettre irrémédiablement son privilège, le sous-acquéreur étant ordinairement de bonne foi et étant donc protégé par l'article 2279, le vendeur peut revendiquer le meuble et rentrer ainsi en possession réelle; sans doute, par là, il ne redeviendra pas propriétaire; à cet égard, rien n'est changé; ce n'est pas d'une véritable revendication qu'il s'agit ici, d'une revendication de la propriété, mais simplement d'une revendication de la possession matérielle, de la détention; le vendeur se trouve placé dans une situation où il était antérieurement à la livraison, sur laquelle il revient en quelque sorte et dont il se repent; en ce sens, le droit de revendication apparaît à la fois comme tendant à la récupération du droit de rétention et comme destiné à assurer l'efficacité du privilège en entravant la faculté de disposition de l'acheteur. Sans doute, cette faculté survit à l'exercice du droit de rétention; l'ache-

teur peut toujours aliéner une chose dont il était devenu et dont il reste propriétaire; mais, en fait, cette aliénation sera malaisée, nul ne se souciant de traiter avec lui pour un bien qui n'est plus entre ses mains, et puis surtout, cette revente laisserait intact, en droit et pratiquement, le privilège du vendeur qui se réclamerait de sa possession réelle pour opposer son privilège au sous-acquéreur, sans compter que son droit de rétention reconquis lui permettrait de rester victorieusement sur la défensive.

1598. Conditions requises. — Le droit de revendication n'appartient au vendeur de meubles impayé que si une série de conditions sont réunies :

1° La vente doit avoir été faite *au comptant*; la concession d'un terme ferait obstacle à l'application de l'article 2102 - 4°, § 2; le texte est formel à cet égard. A ce point de vue, la revendication est soumise à un statut plus étroit que le privilège et se trouve influencée par les règles du droit de rétention, inconciliable, lui aussi, avec l'apposition d'un terme accordé au débiteur;

2° Le meuble doit être resté en la possession de l'acheteur : sinon il serait trop tard pour empêcher la revente; par hypothèse, elle a été consentie et exécutée. Ici, c'est sur le privilège que se modèle la revendication, et on doit en conclure qu'elle peut être dirigée contre un sous-acquéreur de mauvaise foi ou bien même un acquéreur de bonne foi si le meuble a été perdu ou volé; étant un corollaire du privilège, elle marche de pair avec lui (*Sic*, DE LOYNES, t. I, n° 533; Comp. BECQUÉ, t. I, n° 248);

3° Cependant, le texte exige que le vendeur agisse dans un délai très bref, celui de *huitaine*, à compter de la livraison, délai préfix dont l'observation est strictement de rigueur. En attendant plus longtemps, le vendeur fait confiance à son acheteur; il est traité, à cet égard, comme s'il lui avait concédé un terme.

II

Privilège du bailleur d'un fonds rural sur la récolte de l'année

1599. Sens et conditions de ce privilège. — Tandis que le bailleur d'un immeuble urbain n'a d'autre garantie que son privilège sur les meubles garnissant les lieux loués, le bailleur d'un fond rural est mieux partagé : il est investi,

en outre, d'un autre privilège portant sur la récolte de l'année (art. 2102 - 1°, § 1).

Les deux sûretés sont différentes dans leur nature comme dans leur objet : au lieu que la première repose sur l'idée de gage, la deuxième procède de cette considération que, si la récolte a été perçue par le fermier, c'est à raison du bail intervenu entre les parties, c'est parce qu'elle représente une valeur qui a été mise dans son patriomoine par le bailleur : il serait injuste que les autres créanciers pussent la saisir et se payer sur elle alors que le fermage n'aurait pas été acquitté; on peut dire qu'elle n'est entrée dans le patrimoine du fermier que sous la réserve du fermage, comme la chose vendue n'a pénétré dans le domaine de l'acheteur que grevée du prix de vente.

Cette explication, dont nul ne conteste l'exactitude, conduit à cette conséquence que le privilège du bailleur d'un fonds rural s'exerce sur la récolte, où qu'elle soit entreposée, et alors même qu'elle aurait été engrangée dans des locaux autres que ceux qui ont fait l'objet du bail; il existe, en effet, indépendamment de toute idée de nantissement, direct ou indirect. Seulement, il est évident que, lorsque les récoltes sont sorties du domaine affermé, leur identification devient malaisée, elles ne sont pas toujours facilement reconnaissables; elles risquent, de ce fait, d'échapper au privilège. Aussi l'article 1767 fait-il au fermier une obligation d'engranger les récoltes « *dans les lieux à ce destinés d'après le bail* »; ainsi sera maintenue l'individualité de la récolte, ce qui permettra au bailleur d'exercer efficacement son privilège.

L'article 2102 - 1°, § 1, n'accorde le privilège au bailleur que sur la *récolte* de l'année : ce n'est pas à dire que les récoltes des années précédentes échappent à tout privilège; elles seront traitées, à l'occasion, comme *meubles garnissant les lieux loués* et, à ce titre, elles seront affectées au paiement du fermage, mais seulement si elles sont engrangées dans la ferme.

Les deux privilèges du bailleur d'un fonds rural sont donc nettement distincts, dans leur nature comme dans les conditions d'existence auxquelles ils sont subordonnés. A quoi il faut ajouter que la récolte de l'année peut être saisie, par anticipation, au moyen de la *saisie-brandon*, dans les *six semaines* qui précèdent l'époque de la maturité (C. pr., art. 626 et suiv.) : le bailleur fera valoir, à cette occasion, le droit de préférence attaché à son privilège.

III

Privilège du vendeur de semences, d'engrais, etc.

1600. — Aux termes de l'article 2102 - 1°, § 4, modifié par une loi du 24 mars 1936 qui en a élargi considérablement le domaine d'application, les sommes dues pour les *semences*, pour les *engrais* et *amendements*, pour les *produits anticryptogamiques et insecticides*, pour les *produits destinés à la destruction des parasites végétaux et animaux nuisibles à l'agriculture*, ou pour *les frais de la récolte de l'année*, doivent être payées sur le prix de la récolte, comme celles dues pour *ustensiles*, sur le prix de ces ustensiles, *par préférence au propriétaire*.

Il est remarquable que le privilège porte alors, non sur la chose même qui a été mise dans le patrimoine du débiter, mais sur son produit évolué.

IV

Privilège sur certaines créances

1601. Question. — Au point où nous en sommes arrivé, une question se pose d'elle-même : puisque la loi accorde parfois un privilège à celui qui a fait pénétrer une valeur, un bien, dans le patrimoine d'une autre personne dont il est devenu le créancier à raison même de cette pénétration, ne faut-il pas procéder à une généralisation et décider sous une forme générale, que celui qui a procuré à autrui les éléments, les possibilités d'une créance contre un tiers, possède un privilège sur cette créance dont le montant est affecté en paiement des sommes qui lui sont dues? Telle est la thèse qui fut soutenue par Labbé avec beaucoup de talent : pour l'éminent arrêtiste, les cas dits d'*action directe* seraient autant d'applications de cette conception maîtresse : si, par exemple, le bailleur peut agir directement contre le sous-locataire, c'est parce qu'il a contribué à faire naître la créance du locataire principal contre ce dernier; sans location principale, il n'y aurait pas eu de possibilité de sous-location; il est donc équitable et il est juridique que la créance ainsi née du fait du bailleur réponde du paiement des sommes qui lui sont dues; et encore qu'on parle communément d'action directe, la situation serait en réalité tout autre, d'après M. Labbé; si le bailleur se voit affecter privativement les sommes dues par le sous-preneur au locataire principal, c'est parce qu'il est

muni d'un privilège sur la créance de celui-ci contre celui-là, créance qui est née par son initiative et qui a été prise, en quelque sorte, sur sa substance; au fond de la prétendue action directe, il n'y a rien d'autre qu'un privilège établi sur une créance et impliquant l'attribution, par préférence à tous autres créanciers, de l'émolument de cette créance; en somme, on voit ici se conjuguer l'action oblique de l'article 1166 avec la notion de privilège : le créancier exercera l'action de son débiteur, mais, comme il a un privilège sur cette action, le produit lui en est réservé par préférence (*Sic*, LABBÉ, *Privilèges spéciaux sur les créances*, *Revue critique*, 1876, p. 571, notes *S.* 1885, 1, 409; 1886, 2, 49).

1602. Critique. — La thèse de M. Labbé, pour ingénieuse qu'elle fût, ne devait pas pénétrer dans la jurisprudence, ni même, profondément du moins, dans la doctrine; elle encourait deux ordres de critique :

1° A supposer que les cas d'action directe (*sup.* n° 673) se ramènent à la notion de privilèges spéciaux établis sur des créances, il n'appartient pas à l'interprète de les multiplier arbitrairement, car les privilèges sont de droit étroit; c'est là une règle d'interprétation très sûre (*sup.* n° 1546*bis*).

2° Il n'est pas exact que les cas d'action directe se ramènent au concept d'un privilège mobilier spécial portant sur des créances déterminées : entre les deux notions, il y a une différence de structure juridique qui est irréductible. Le créancier qui fait valoir un privilège exerce son action sur un bien inclus dans le patrimoine de son débiteur; sa prétention est simplement de primer les autres créanciers de ce débiteur; mais l'action directe est autrement dérogatoire aux principes généraux; grâce à elle, le créancier saisit un bien qui n'est pas dans le patrimoine de son débiteur, mais dans celui du débiteur de celui-ci, dans celui d'un sous-débiteur; par elle, on voit se prolonger le droit de gage de l'article 2092, qui, dépassant ses limites naturelles, va frapper un bien situé dans un tiers patrimoine; cette action s'exerce entre personnes que n'unissait aucun lien de droit préalable, et l'on a pu dire que, par un renversement des facteurs, c'est l'action qui crée alors le droit; l'action directe est un procédé de paiement, une sorte de voie d'exécution, donc tout autre chose qu'un privilège (SOLUS, *op. cit.*, p. 85 et suiv.). D'ailleurs, et la remarque est péremptoire, il peut y avoir action directe sans privilège ou inversement : ainsi, la loi du 31 mars 1905 avait conféré à l'ouvrier, victime d'un accident professionnel, une action directe contre l'assureur;

il a fallu une nouvelle disposition pour lui donner un privilège sur l'indemnité due par cet assureur (L. 28 mai 1913).

1603. — Il faut donc renoncer à ramener l'action directe au concept du privilège mobilier spécial portant sur une créance déterminée, comme il faut renoncer à une systématisation doctrinale conférant à toute personne qui a fourni à autrui les éléments, les possibilités d'une créance contre un tiers, un privilège sur cette créance, en sûreté de celle qui lui appartient en propre.

Mais ce n'est pas à dire qu'un tel privilège soit totalement inconnu; il a été conféré expressément par la loi à certains créanciers et pour la garantie de certaines créances; la théorie de M. Labbé, en inspirant le législateur, a reçu ainsi une consécration partielle, à retardement : inexacte comme expression du droit positif d'alors, elle a préparé l'avènement d'une législation meilleure.

1604. Privilèges portant sur certaines créances. 1° Assurance de responsabilité en cas d'incendie. — Un locataire ou un fermier s'assure, en vue de l'incendie, soit contre le recours du propriétaire (c'est l'assurance dite du *risque locatif*), soit contre le *recours du voisin*. L'incendie éclate, le risque prévu se réalise, la police d'assurances entre en action; la loi du 19 février 1889, article 3, § 2 (abrogé mais reproduit par la loi du 13 juill. 1930, art. 37, § 4), décide que l'assuré ne peut toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire (au cas d'assurance du risque locatif) ou que le voisin (s'il y a eu assurance du recours du voisin) aient été désintéressés des conséquences du sinistre. Les paiements que l'assureur ferait à son client avant l'indemnisation du propriétaire ou du voisin, ne seraient pas libératoires; l'indemnité doit aller d'abord aux victimes, ce qui revient à dire que ces victimes ont un privilège portant sur la créance de l'assuré contre l'assureur. Aucun doute sur ce point depuis longtemps; et, non seulement la loi de 1889 consacra l'existence de ce privilège, mais elle impliquait celle d'une action directe au profit du propriétaire ou du voisin et contre l'assureur (Civ. 5 déc. 1899, *D. P.* 1901, 1, 461, note Thaller).

1605. 2° Assurance de responsabilité en cas d'accident. — Une personne est victime d'un accident; l'auteur responsable n'est pas toujours solvable; à supposer qu'il se fût assuré contre le risque aujourd'hui réalisé, il est dési-

rable que la victime puisse recourir efficacement contre la compagnie d'assurances. On a fait le nécessaire d'abord pour les *accidents du travail* : en 1905 (L. 31 mars), lorsqu'on révisa la loi du 9 avril 1898, on inséra, dans l'article 16 de cette loi (mod. ensuite par l. 1er juill. 1938, art. 15), une disposition en vertu de laquelle l'assureur était substitué au chef d'entreprise, de façon à mettre en présence directement la compagnie d'assurances et l'ayant droit qui était ainsi investi d'une action directe contre l'assureur. Seulement — et c'est le point faible du système — cette substitution supposait l'assignation en justice et du patron et de l'assureur; on n'arrivait à la simplification qu'au prix d'une complication.

La réforme a été élargie, généralisée, perfectionnée par une loi du 28 mai 1913, rendue applicable aux colonies et aux pays de protectorat (*D.* 24 juill. 1931), et qui a ajouté un numéro à l'article 2102 du Code civil, le numéro 8°, aux termes duquel sont privilégiées « *les créances nées d'un accident au profit des tiers lésés par cet accident ou leurs ayants droit sur l'indemnité dont l'assureur de la responsabilité civile se reconnaît ou a été judiciairement reconnu débiteur à raison de la convention d'assurance* », Ainsi, d'une façon générale, la victime d'un accident quelconque est armée d'un privilège portant sur la créance que l'auteur responsable possède contre la compagnie d'assurances avec laquelle il a traité : ce ne sont plus seulement les accidents du travail qui sont visés, mais les accidents quelconques, y compris notamment ceux qui surviennent à l'occasion de la locomotion automobile.

1606. — Ce n'est pas tout : la loi de 1913, reprenant à son compte le système inauguré par celle de 1889, décide qu' « *aucun paiement fait à l'assuré ne sera libératoire tant que les créanciers privilégiés n'auront pas été désintéressés* » (art. 2102, *in fine*; comp. l. du 13 juill. 1930, art. 53, *sup.* n° 1380*u*) d'où l'on a conclu justement à l'existence d'une action directe au profit de la victime et contre l'assureur (Civ. 14 juin 1926, *D. P.* 1927, 1, 57, rapport A. Colin, note L. Josserand). C'est donc une triple garantie qui est accordée à la victime d'un accident : privilège sur la créance contre l'assureur; bloquage de l'indemnité due par l'assureur dans les mains de cet assureur; action directe contre lui; et il est certain que le privilège a perdu de son utilité du fait même de l'existence de l'action directe qui, renforcée par le devoir de rétention imposé à l'assureur, permet à la victime d'atteindre l'indemnité d'assurance, dans un tiers

patrimoine, celui de l'assureur lui-même; nous estimons cependant que ce privilège a survécu et qu'il n'a point été tacitement abrogé par l'aménagement d'une garantie différente, laquelle vient se superposer et non point se substituer à lui. (*Sup.* n° 1380*x*; *contra*, HÉBRAUD, *L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur*, *Rev. crit.* 1931).

1607. — De grands progrès ont donc été réalisés, mais qui en appellent d'autres : ce n'est pas seulement au cas d'incendie ou d'accident que le privilège devrait être reconnu à la victime sur la créance que l'auteur responsable possède contre l'assureur, c'est dans toutes les éventualités et pour tous les risques : la créance issue d'un acte dommageable quelconque devrait, logiquement, être privilégiée sur l'indemnité qu'une quelconque assurance de responsabilité confère à l'auteur responsable; mais il faut reconnaître que la réforme a perdu beaucoup de son urgence depuis que la loi du 13 juillet 1930 a accordé à la victime d'un dommage, dans son article 53, une sécurité suffisante provenant de l'existence d'une action directe contre l'assureur et du devoir de rétention qui incombe à celui-ci (*sup.* n^{os} 1380*u* et suiv.).

N° 3

Privilège du troisième groupe
Frais de conservation d'une chose mobilière

1608. Principe. — L'article 2102 - 3° déclare privilégiées les créances pour « *frais faits pour la conservation de la chose* ».

Ce privilège, qui se rapproche de ceux qui ont été étudiés dans le numéro précédent, puisqu'il tend à assurer satisfaction à qui a enrichi autrui, a des origines historiques distinctes : le droit romain en reconnaissait déjà l'existence; il vient compléter en quelque sorte le droit de rétention reconnu à celui qui a joué le rôle de conservateur de la chose d'autrui; il entre en jeu, pratiquement, lorsque ce conservateur, créancier à raison des dépenses qu'il a faites, se dessaisit de la chose conservée par ses soins.

1609. Domaine d'application du privilège. — Ce domaine est restreint à un double point de vue :

1° Il ne fonctionne qu'en matière *mobilière*; les frais avancés pour la conservation d'un immeuble ne sont pas privilégiés en thèse générale; cette lacune est d'ailleurs par-

tiellement comblée grâce au privilège institué en faveur des architectes, entrepreneurs, etc. (art. 2110; *inf.* n° 1771);

2° Le privilège de l'article 2102 - 3° n'est accordé que pour les dépenses de *conservation* au sens strict du mot, c'est-à-dire pour les frais qui ont conjuré la perte, totale ou partielle, de la chose, à l'exclusion des dépenses de simple amélioration dont le recouvrement n'est assuré que par le droit de rétention (Req. 25 fév. 1878, *S.* 1878, 1, 470; *D. P.* 1878, 1, 302; Civ. 1er mai 1922, *D. P.* 1925, 1, 173); et c'est au juge du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement si cette exigence de la loi est satisfaite dans l'espèce (Civ. 25 avril 1934, *D. P.* 1934, 1, 102; *S.* 1934, 1, 349).

Tout au moins n'y a-t-il point lieu de distinguer suivant la nature du meuble conservé; corporel ou incorporel, de minime ou de grande valeur, il motive, à l'occasion, l'application de l'article 2102 - 3° (v. pour les navires, Civ. 27 juill. 1931, *D. H.* 1931, 475; 25 avril 1934, précité). Le privilège de conservation appartient donc aussi bien au *mandataire* qui a fait des avances pour le recouvrement ou la conservation d'une créance, au *séquestre* pour les frais d'administration des biens qui lui ont été conférés (Trib. civ. Seine, 19 déc. 1906, *D. P.* 1907, 2, 72; comp. Civ. 31 juill. 1913, *D. P.* 1915, 1, 65 note DE LOYNES), au *syndic de faillite* ou au *liquidateur de sociétés* (Trib. com. Montdidier, 10 mars 1911, *D. P.* 1913, 2, 8), qu'au *vétérinaire* qui a donné ses soins à un animal (Civ. 14 fév. 1900, *S.* 1900, 1, 176, *D. P.* 1900, 1, 175; Poitiers, 8 fév. 1892, *D. P.* 1892, 2, 219), au *magasin général* (L. 28 mai 1858, art. 8 - 2°), au *menuisier* qui a réparé un meuble, ou au *maréchal-ferrant* pour ses fournitures de ferrage (Paris, 6 avril 1900, *D. P.* 1901, 2, 95, *S.* 1900, 2, 192), ainsi qu'au garagiste pour la réparation d'une automobile gravement avariée (Grenoble, 13 janv. 1928, *Gaz. Pal. somm.* 1928, 2, 3), ou au propriétaire d'un *remorqueur* qui a assuré le sauvetage d'un navire échoué (Civ. 27 juill. 1931, *S.* 1931, 1, 301; comp. Civ. 25 avril 1934, précité); ou encore à la Compagnie productrice d'énergie électrique, qui, grâce à ses fournitures, a conjuré la déchéance du concessionnaire et sauvegardé ainsi le gage de ses créanciers (Paris, 7 nov. 1935, *D. P.* 1936, 2, 22); mais *non pas à l'assureur*, pour le recouvrement des primes d'assurance, car celui-là n'a fait aucun frais pour la conservation de la chose (Civ. 26 janv. 1875, *D. P.* 1875, 1, 52).

N° 4

Privilège institué par la loi du 29 décembre 1934 facilitant l'acquisition de véhicules ou tracteurs automobiles

1609*bis*. — *Vente à crédit de véhicule automobile* (vente à tempérament) ; *garantie accordée aux vendeurs, cessionnaires de créance, escompteurs et prêteurs de deniers*. — Très fréquemment, la vente d'un véhicule automobile est consentie à crédit, plus précisément *à tempérament*, le versement du prix s'échelonnant, par semaines ou par mois, sur un temps plus ou moins long, Il est évident que cet aménagement de l'opération, destiné à conférer des facilités à l'acheteur et à développer par là même le marché des automobiles, en agissant sur lui comme un excitant, présente de sérieux dangers pour le vendeur qui se dessaisit de la propriété et de la détention de sa chose sans en avoir touché le prix et qui risque de se heurter par la suite à l'insolvabilité de l'acheteur. Sans doute, c'est pour le prémunir contre ce risque, que le législateur lui a accordé, *en droit commun*, une série de garanties (*sup.* n^os^ 1136 et s.) ; mais il a semblé que la vente à crédit méritait des égards particuliers lorsqu'elle portait sur des voitures ou tracteurs automobiles, et que les vendeurs ou prêteurs de deniers, qui constituent une corporation puissante, méritaient mieux que l'application pure et simple des principes généraux du droit. On a donc créé pour eux une garantie spéciale et supplémentaire, mais on l'a fait en des termes tellement défectueux, équivoques et contradictoires, qu'il devient impossible à l'interprète de découvrir sa nature juridique exacte et qu'on hésite à la ranger parmi les hypothèques mobilières (gage sans déplacement), ou sous la rubrique d'un gage qui, dans l'espèce, serait légal, ou sous celle des privilèges mobiliers spéciaux fondés sur l'idée de nantissement, ou enfin, sous celle des privilèges ayant leur base dans une idée d'enrichissement, de plus-value; jamais, peut-être, le législateur n'a poussé plus loin le confusionnisme et l'ignorance du droit (v. H. Capitant, *La vente à tempérament des automobiles*, *D. H.* 1935, Chron. p. 9), et nous devons nous borner à exposer sommairement les solutions qui se dégagent, ou qui paraissent se dégager, de cette malencontreuse loi du 29 décembre 1934.

Lorsqu'un véhicule ou un tracteur automobile est vendu à crédit, le vendeur est armé, outre les garanties du droit commun et notamment *outre le privilège qui appartient à tout vendeur de meubles* (*sup.* n^os^ 1591 et s.), d'un privi-

lège spécial que la loi de 1934 déclare expressément fondé sur l'idée de gage alors que, dans la réalité, il s'explique uniquement par cette considération que le vendeur avait fait entrer une valeur dans le patrimoine de l'acheteur. Mais le texte est formel; dans son article 2, la loi déclare que, pourvu que certaines formalités aient été accomplies, « *le créancier gagiste sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession* ». Ainsi, non seulement le vendeur à crédit est traité comme un créancier gagiste, mais encore la loi considère que la voiture est restée en sa possession, alors qu'en réalité elle est en la possession de l'acheteur ou d'un sous-acquéreur; jamais l'abus des fictions n'avait été poussé aussi loin, et jamais le législateur n'avait pris de telles libertés avec la réalité comme avec le sens commun.

De ce double postulat que le vendeur est un créancier gagiste et qu'il doit être considéré comme ayant gardé pardevers lui la voiture dont il s'était cependant démuni, résultent les conséquences suivantes :

1° La réalisation du gage se fera conformément aux dispositions de l'article 93 du Code de commerce (art. 3 de la loi de 1934);

2° Le nouveau privilège, puisqu'il est à base de nantissement, va passer avant ceux qui dérivent d'une idée d'enrichissement (*inf.* n° 1616), voire même avant ceux qui reposent sur la notion d'un nantissement indirect, notamment avant celui du bailleur d'immeubles, le vendeur de l'automobile pouvant considérer que, contrairement à toute vérité, la voiture étant encore dans son garage et non pas dans la maison du bailleur de l'acheteur;

3° Le privilège du vendeur d'automobiles sera opposable aux tiers de bonne foi, aux sous-acquéreurs, lesquels ne seront pas fondés à se prévaloir de l'article 2279 : le créancier du prix leur répondrait qu'en dépit des apparences ils ne possèdent pas, la voiture étant à considérer comme n'étant jamais sortie de son garage; il a donc un *droit de suite*; il suit, en fait, la voiture qui, en droit, est censée être restée dans ses locaux.

C'est à ces conséquences extrêmes, extravagantes, que l'on a abouti en instituant un *superprivilège* destiné à favoriser une catégorie déterminée de professionnels, et en entrant ainsi délibérément dans la conception d'un *droit de classe*.

Conditions requises pour que le privilège existe et fonctionne. — On suppose la vente à crédit soit d'un véhicule automobile, soit d'un tracteur automobile. Le privilège appartient : 1° au vendeur; 2° au cessionnaire de sa créance

du prix; 3° à l'escompteur de cette créance; 4° à celui qui a prêté de l'argent pour l'achat du véhicule ou du tracteur.

La garantie a pour assiette ledit véhicule ou ledit tracteur; le privilège s'exerce sur le prix provenant de la réalisation de ce gage, laquelle est effectuée en conformité des dispositions de l'article 93 C. com., et quel que soit le propriétaire actuel du véhicule, fût-il de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'existence de la créance du vendeur, du cessionnaire, de l'escompteur ou du prêteur de deniers.

Toutefois, l'existence du privilège est subordonnée à deux conditions, l'une de *forme*, l'autre de publicité : 1° Le contrat de vente doit avoir été passé par écrit dûment enregistré (art. 1er de la loi) ; 2° mention du prétendu gage doit être faite sur un registre spécial à souche, tenu à la préfecture qui aura délivré la carte grise, cette mention étant effectuée sur la souche dudit registre, pour être répétée sur le reçu délivré au déclarant. Il est d'ailleurs évident que ce procédé de publicité est imparfait, pour ne pas dire pratiquement inopérant et que l'acheteur d'une voiture d'occasion demeure exposé à une surprise désagréable; et ainsi, en favorisant la vente à crédit des automobiles, le législateur de 1934 a, du même coup, défavorisé la vente d'occasion de ces véhicules; tel est le sort habituel des mesures d'exception qui vont à l'encontre du but auquel elles doivent répondre.

§ III. — *CLASSEMENT DES PRIVILÈGES MOBILIERS*

1610. Position de la question. — La question du *classement* des privilèges mobiliers spéciaux est posée par cette circonstance qu'un même meuble peut être affecté de plusieurs privilèges, généraux ou spéciaux, de telle sorte que, ce meuble étant saisi et vendu, plusieurs créanciers vont se présenter à titre privilégié : dans quel ordre seront-ils payés? C'est là le sens de la question du classement des privilèges mobiliers.

1611. Principe directeur. — Cette question semble tranchée par l'article 2096, d'après lequel « *entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges* », c'est-à-dire que le rang est assigné à chacun d'après le caractère plus ou moins favorable de la créance dont il est titulaire; seulement, tout n'est pas dit par là même; car il reste à savoir comment on déterminera le degré de faveur de chaque créance, quel coefficient de préférence on lui appliquera. La directive donnée par

l'article 2096 ne fait que reculer la difficulté qui subsiste, très réelle. Son importance pratique est d'ailleurs assez faible; en fait, les conflits sont rares : 1° d'abord, parce que le législateur a prévu et résolu les plus usuels d'entre eux; 2° ensuite, parce que les créances privilégiées sur les meubles sont, en général, très modiques : la fortune mobilière du débiteur suffit à leur exécution intégrale, et il devient alors sans intérêt pratique de déterminer leurs rangs respectifs.

1612. Enumération. — Le concours de privilèges mobiliers peut revêtir trois aspects; il peut se produire :
1° Entre privilèges *généraux;*
2° Entre privilèges *spéciaux;*
3° Entre privilèges *généraux* et privilèges *spéciaux*.

1613. I. **Concours de privilèges généraux.** — Ce concours ne détermine jamais de conflit, puisque le législateur a eu soin d'assigner un numéro d'ordre à chacun des privilèges de cette catégorie; l'article 2101, dans son premier alinéa, spécifie que l'ordre d'énumération est un ordre de classement, de préférence. Si deux privilèges viennent sur la même ligne (comme celui des gens de service et celui des ouvriers) on les traite à égalité : les créanciers concurrents sont alors payés au marc le franc (art. 2097).

1614. II. **Concours de privilèges spéciaux.** — Lorsqu'un conflit surgit entre privilèges spéciaux, la qualité de la créance n'est pas nécessairement décisive, d'autres éléments entrent en ligne de compte, notamment le nantissement du créancier.

C'est qu'en effet, l'idée sur laquelle repose le privilège et d'où il procède, joue, en pareille matière, un rôle très important; nous allons donc reprendre les trois catégories précédemment distinguées et supposer, d'abord que le conflit surgit entre privilèges du même groupe, puis qu'il se manifeste entre privilèges ressortissant à des catégories différentes.

1615. A. **Conflits entre privilèges du même groupe.**
1° *Privilèges fondés sur l'idée de nantissement.* — Le conflit est possible, même entre créanciers gagistes, lorsque le meuble engagé a été confié à une tierce personne qui possède à la fois pour plusieurs créanciers (art. 2076; *sup.* n° 1519); d'autre part, il faut se rappeler que les privilèges mobiliers spéciaux comportent, en principe, le droit de suite,

de telle sorte que le privilège du bailleur est susceptible d'entrer en lutte avec celui du voiturier par exemple; on peut supposer, en effet, qu'un meuble garnissant les lieux loués soit déplacé sans le consentement du bailleur et remis à un voiturier.

Dans ces éventualités et autres du même genre, les privilèges en concurrence sont à traiter comme s'ils appartenaient à de véritables gagistes; ils reposent, en effet, sur une idée de nantissement. C'est donc l'ordre de ces nantissements qui détermine le rang des privilèges : un gage ultérieurement acquis ne saurait nuire à un gage préexistant; dans l'espèce indiquée, le bailleur prime le voiturier.

Mais il y a lieu de tenir compte des règles établies pour la publicité de certains privilèges; l'ordre de préférence est alors déterminé, non par la date de la constitution, mais par celle de la formalité de publicité, par exemple, pour les marchandises déposées aux magasins généraux, par la date de la transcription des warrants (L. 28 mai 1858);

Il est rappelé que le privilège accordé par la loi du 29 décembre 1934 au vendeur à crédit d'une voiture ou d'un tracteur automobiles prime tous les privilèges fondés sur un nantissement tacite ou indirect, puisque le législateur, par un artifice singulier, le fait reposer sur un prétendu nantissement, à la fois fictif et réel (*sup.* n° 1609*bis*);

2° *Privilèges fondés sur l'idée d'enrichissement, de plus-value.* — Le concours est facile à supposer, puisque de tels privilèges n'impliquent aucunement le nantissement des créanciers. Exemples :

a) Le même meuble a fait l'objet de ventes successives; on décide que la préférence suit l'ordre des ventes, le premier vendeur passant avant le deuxième et ainsi de suite. Il serait choquant que le deuxième vendeur, c'est-à-dire le premier acheteur, pût primer son auteur envers qui il est, par hypothèse, toujours redevable du prix convenu (*Sic*, Becqué, t. I, n° 224; de Loynes, t. I, n° 769).

b) C'est le vendeur de semences qui est en conflit, pour la récolte de l'année, avec le bailleur; le législateur donne la préférence au premier sur le second (art. 2102 - 1°, § 4);

3° *Privilèges fondés sur l'idée de conservation de la chose.* — On s'accorde à suivre l'ordre chronologique, mais en sens inverse : le dernier conservateur est payé le premier, car, sans lui, les créanciers antérieurs auraient vu leur gage leur échapper.

1616. B. **Conflits entre privilèges ressortissant à des groupes différents.** — Les directives suivantes rallient la majorité des suffrages :

1° Les privilèges fondés sur l'idée de nantissement priment ceux qui procèdent de l'idée d'enrichissement et de plus-value : c'est une supériorité, pour un créancier, que d'être nanti, expressément ou tacitement. Le Code civil fait une application de cette directive dans l'article 2102 - 4°, § 3 : le privilège du vendeur de meubles ne s'exerce qu'après celui du bailleur; mais c'est à une condition, indiquée par la suite du texte : il faut que le bailleur ait été de bonne foi, c'est-à-dire ait ignoré que le prix du meuble était encore dû au vendeur; car c'est alors seulement qu'il peut invoquer la règle « *en fait de meubles...* ». Pour les mêmes raisons, il y aurait lieu de préférer le voiturier de bonne foi au vendeur impayé des marchandises transportées (L. JOSSERAND, *Les transports*, 2e édit., n° 524);

2° Quant aux privilèges de conservation, ils priment, eux aussi, les privilèges fondés sur l'idée d'enrichissement ou de plus-value, par exemple le privilège du vendeur; car, sans les dépenses faites pour la conservation, avant ou après la vente, le privilège du vendeur serait désormais sans objet, Mais, si le conflit surgit entre la créance de conservation et une créance à base de nantissement, il faut s'enquérir de l'ordre des droits respectifs : le créancier nanti n'a rien à craindre d'une créance de conservation antérieure au nantissement, mais il est au contraire primé par la même créance si les frais de conservation sont postérieurs à la constitution du gage : celui qui a fait des fournitures pour la nourriture du bétail d'un fermier est préféré au bailleur, car il a conservé la chose soumise au privilège de celui-ci (Paris, 5 mars 1872, *D. P.* 1873, 2, 182, *S.* 1873, 2, 13).

1617. — *En résumé*, on peut, réserve faite du *superprivilège* de la loi du 29 décembre 1934, établir la hiérarchie suivante : 1° les derniers frais de conservation; 2° les privilèges basés sur l'idée du nantissement, lorsque le créancier nanti était de bonne foi; 3° les frais de conservation, quelle que soit leur date; 4° les privilèges basés sur l'idée d'enrichissement ou de plus-value.

1618. III. **Concours de privilèges généraux et de privilèges spéciaux. Frais de justice.** — Il est un privilège *général* qui, de l'avis de tous, doit primer les privilèges spéciaux de même qu'il a le pas sur tous autres privilèges généraux, c'est celui des *frais de justice* : ces frais font l'ob-

jet d'un véritable prélèvement sur le produit de la vente des meubles du débiteur : ils ont été faits dans l'intérêt de tous.

D'autre part, le *superprivilège* accordé aux ouvriers, employés, voyageurs et représentants de commerce, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'employeur et pour les salaires et appointements des derniers jours, est traité avec une faveur particulière : les fractions de salaires, d'appointements ou de commissions doivent être payées sur « les premières rentrées de fonds » et avant toutes autres créances privilégiées (D.-L. 8 août 1935, *sup.* n° 1554 *in fine*).

1619. Principe directeur. — Ces réserves enregistrées, on n'est pas pleinement d'accord sur la direction à suivre : la préférence de principe des privilèges généraux par rapport aux privilèges spéciaux a compté les défenseurs qui s'appuient notamment sur l'article 2105 : sur les *immeubles*, les privilèges généraux ont le pas sur les privilèges immobiliers spéciaux; ne doit-on pas, *a fortiori*, les faire passer, sur les meubles, avant les privilèges mobiliers spéciaux? L'argument ne vaut pas grand chose, car la solution de l'article 2105 s'explique par des considérations particulières : les privilèges généraux, qui sont attachés à des créances modiques, ne sont guère gênants en tant qu'ils s'exercent sur des immeubles; on peut, sans inconvénient, leur accorder le premier rang; mais ce raisonnement ne peut pas être reproduit pour les meubles dont la valeur est souvent infime.

Cette objection écartée, il reste que la spécialité est, pour une garantie, une qualité et non une infériorité; le droit qui porte sur un bien déterminé s'imprime plus profondément en lui que ne peut le faire un droit tentaculaire, planant vaguement sur l'ensemble du patrimoine; d'ailleurs, il serait choquant qu'un créancier qui a conservé une chose ou qui l'a fait pénétrer dans le patrimoine de son débiteur ou qui en est nanti, expressément ou tacitement, vît passer devant lui des créanciers dont les droits ont une origine étrangère à ladite chose.

1620. Jurisprudence. — La Cour de cassation évite autant que possible les formules trop absolues; elle ne veut pas se lier sans rémission. Elle se contente volontiers de dire qu'il convient de s'en référer aux qualités de la créance pour déterminer son ordre de préférence. Mais, ce critère peu compromettant étant posé, elle donne régulièrement le pas aux privilèges spéciaux sur les principes généraux. D'ail-

leurs, en remontant assez haut dans le passé, on trouve au moins un arrêt de la Chambre des requêtes dans lequel est posé le principe de la prééminence des privilèges spéciaux sur les privilèges généraux : *generi per speciem derogatur* (Req. 20 mars 1849, *D. P.* 1849, 1, 250) ; d'où cette Chambre conclut que le privilège du bailleur doit l'emporter sur celui d'un fournisseur (même arrêt). La Chambre civile ne décide pas autrement, mais elle évite la déclaration de principe faite par la Chambre des requêtes, se bornant à constater, par exemple, que le privilège des gens de service est *moins favorable* que celui du bailleur (Civ. 18 juin 1889, *D. P.* 1889, 1, 399, *S.* 1890, 1, 68). En somme, l'accord s'est fait en jurisprudence, expressément ou implicitement, dans le sens de la prééminence des privilèges spéciaux par rapport aux privilèges généraux (Comp. Dijon, 19 mai 1893, *S.* 1893, 2, 134; Montpellier, 10 mai 1897, *S.* 1897, 2, 244).

CHAPITRE II

Sûretés réelles immobilières (crédit immobilier)

1621. Sources. — Articles 2085 à 2203.

Enumération. — Notre Code civil connaît trois sûretés réelles immobilières, d'importance fort inégale : l'*hypothèque*, les *privilèges généraux* (lesquels portent subsidiairement sur les immeubles) et l'*antichrèse*.

C'est l'hypothèque, ou plutôt ce sont les *hypothèques* qui retiendront presque exclusivement notre attention, car ce sont elles qui représentent les instruments de crédit immobilier par excellence.

1622. Plan. — Nous étudierons dans sept sections :
1° *Généralités; différentes sûretés réelles immobilières*;
2° *Biens* susceptibles d'hypothèque;
3° *Constitution* des hypothèques;
4° *Publicité*;
5° *Effets* des hypothèques;
6° *Extinction*;
7° *Cessions et subrogations*.

SECTION I. — GÉNÉRALITÉS; DIFFÉRENTES SÛRETÉS RÉELLES IMMOBILIÈRES

1623. Distinction. — Comme pour les sûretés réelles mobilières, il faut distinguer entre les sûretés qui impliquent le nantissement et celles qui se constituent et qui fonctionnent indépendamment de toute prise de possession : l'*antichrèse* constitue à elle seule la première catégorie; les *privilèges généraux* et les *hypothèques* ressortissent à la deuxième.

I

L'antichrèse ou nantissement immobilier

1624. Sources. — Articles 2071 et 2072; 2085 à 2091.

1625. Définition. — L'*antichrèse* est la forme immobilière du nantissement, de même que le gage en constitue la forme mobilière (art. 2071 et 2072) : le débiteur remet un immeuble à son créancier pour sûreté de la dette (art. 2071).

1626. Rareté. — Tandis que le gage est une opération fort usitée, l'antichrèse est une rareté et presque une curiosité juridique : chaque année, quelques dizaines de nantissements immobiliers sont effectués, dans toute la France. C'est que l'antichrèse présente, vis-à-vis de l'hypothèque, une infériorité marquée.

1627. Infériorité de l'antichrèse par rapport à l'hypothèque. — A. L'antichrèse, nantissement immobilier, suppose que le créancier est mis en possession de l'immeuble engagé : comme le gage, elle est un *contrat réel*. Il en résulte que l'*antichrésiste* aura les embarras d'une administration susceptible d'engager sa responsabilité, tandis qu'à l'inverse le débiteur sera privé de sa chose dont il cesse de percevoir les fruits, car la loi les attribue au créancier antichrésiste, à charge pour lui de les imputer sur les intérêts, et ensuite sur le capital de la créance (art. 2085, § 2); de là le nom d'antichrèse ou contre-jouissance.

Il faut ajouter que, précisément à raison de la mise en possession qu'elle implique, l'antichrèse rend difficile, sinon impossible, l'utilisation d'un même immeuble comme instrument de crédit pour la garantie de plusieurs dettes.

1628. — B. L'antichrèse est un instrument de crédit moins sûr, moins efficace que l'hypothèque, du moins à certains égards. On se demande si l'antichrésiste a un droit *réel*; l'affirmative est généralement admise; elle est conforme à la tradition (POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, nos 231, 236), comme aux travaux préparatoires : il est d'ailleurs assez naturel qu'une *sûreté réelle* consiste en un droit réel; enfin, il faut ajouter que l'acte constitutif d'antichrèse est sujet à *transcription* (L. 23 mars 1855, art. 2 - 1°). Mais ce droit réel ne comporte pas tous les attributs habituels; pour nous en convaincre, nous allons énumérer et décrire les prérogatives de l'antichrésiste.

1° *Droit de rétention.* — Le créancier antichrésiste peut retenir l'immeuble jusqu'à l'entier acquittement de la dette, en principal et accessoires (art. 2087, § 1).

Ce droit de rétention est certainement opposable aux tiers, conformément au droit commun (*sup.* n° 1468); toutefois, il faut tenir compte de cette idée que l'antichrésiste est, en cette qualité, l'ayant cause du débiteur constituant; en conséquence, s'il se trouve en conflit avec d'autres ayants cause de ce même débiteur, la question sera réglée d'après les principes applicables en matière de publicité : l'antichrèse ne pourra être opposée ni à un acquéreur qui aurait transcrit son titre avant la transcription de l'antichrèse, ni à un créancier hypothécaire qui prendrait rang avant cette même transcription ; le créancier hypothécaire antérieur serait autorisé à faire vendre l'immeuble comme libre, puisque l'antichrèse ne lui serait pas opposable (Req. 24 janv. 1872, *S.* 1872, 1, 21, *D. P.* 1872, 1, 353; Paris, 12 janv. 1895, *D. P.* 1896, 2, 57, note CÉZAR-BRU, *S.* 1898, 2, 283);

2° *Droit de jouissance.* — A la différence du créancier hypothécaire, lequel n'est point en possession, et du créancier gagiste qui, bien que nanti, n'a pas, en principe, la jouissance du gage (*sup.* n° 1533), le créancier antichrésiste perçoit les fruits de l'immeuble, sauf à les imputer ainsi que nous l'avons indiqué, ce qui implique pour lui l'obligation de tenir et de rendre des comptes. Les parties peuvent d'ailleurs convenir, pour simplifier, que les fruits se compenseront exactement avec les intérêts de la dette (art. 2089);

3° *Droit de poursuivre l'expropriation.* — Ce droit lui est formellement reconnu par l'article 2088 : ce texte prohibe la clause commissoire, déjà proscrite en matière de gage (*sup.* n° 1540); le *contrat pignoratif*, c'est-à-dire l'impignoration déguisée sous l'apparence d'une vente à réméré, serait radicalement nul;

4° *Droit de préférence.* — L'antichrésiste a un droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble. A vrai dire, nos anciens auteurs lui refusaient cet avantage (POTHIER, *Hypothèques*, n° 232), et des auteurs importants la lui dénient encore de nos jours (AUBRY et RAU; Ch. BEUDANT, 1re éd., t. I, n° 214; DE LOYNES, I, nos 193, 203, 211); on argumente, en ce sens, de l'article 2091, § 2, d'où il semble résulter que l'antichrésiste, s'il n'est investi d'autre part d'un privilège ou d'une hypothèque, subit la loi du concours. Mais la Cour de cassation est en sens contraire, et avec raison : il serait dérisoire de donner à l'antichrésiste le droit de poursuivre l'expropriation (art. 2088), si cette initiative devait avoir pour résultat de faire s'évanouir sa garantie en le mettant sur la même ligne que tous autres créanciers; s'il en était ainsi, il se garderait d'user de cette faculté, il repousserait ce présent dangereux; d'ailleurs, les droits sujets à transcription comportent, presque tous, le droit de préférence, et nous savons que l'acte constitutif d'antichrèse doit être transcrit (Civ. 29 août 1865, *S.* 1865, 1, 433, *D. P.* 1865, 1, 329; Req. 24 janv. 1872, *S.* 1872, 1, 21, *D. P.* 1872, 1, 353).

En revanche, l'antichrésiste n'a certainement pas de *droit de suite*; du moment qu'il est dessaisi, son droit disparaît; c'est en cela, notamment, que s'affirme son infériorité par rapport à l'hypothèque ainsi que vis-à-vis de tous les autres droits réels immobiliers.

1629. Avantages de l'antichrèse. — Par rapport à l'hypothèque, l'antichrèse bénéficie de certains avantages :

1° Le contrat qui l'établit n'est pas solennel; sans doute, la loi exige un *écrit* (art. 2085, § 1), mais c'est à titre probatoire seulement; elle entend par là exclure la preuve testimoniale, même au-dessous de cinq cents francs; le contrat serait valable, même conclu oralement, ce qui ne serait d'ailleurs guère pratique, d'abord à raison des difficultés de preuve (il faudrait recourir à l'aveu et au serment), puis à cause de l'impossibilité d'effectuer la transcription : on ne peut transcrire que ce qui est écrit;

2° L'antichrésiste a le droit de *rétention*, droit très efficace, comme on l'a vu (*sup.* n° 1468);

3° Il perçoit les *fruits* de l'immeuble; il es vrai que c'est là un inconvénient, autant et même plus qu'un avantage, car il s'ensuit une responsabilité et une tenue de comptes;

4° La procédure de la *purge* des hypothèques ne peut être

engagée par un acquéreur pour libérer l'immeuble de l'antichrèse qui le grève : si l'acheteur veut entrer en possession de la chose, il doit désintéresser complètement l'antichrésiste, et non pas seulement jusqu'à concurrence de son prix d'achat.

1630. Différences entre l'antichrèse et le gage. — 1° L'écrit est toujours exigé pour l'antichrèse, si faible que soit l'intérêt engagé, mais il ne l'est que *ad probationem*.

2° L'acte constitutif d'antichrèse est sujet à *transcription* (L. 32 mars 1855, mod. par d.-l. 30 oct. 1935, art. 2 - 1°);

3° L'antichrésiste a toujours droit aux *fruits* (art. 2085, § 2), tandis que le gagiste ne peut y prétendre que dans un cas spécial (*sup.* n° 1533);

4° L'antichrésiste est complètement démuni du droit de *suite*, qui appartient, au contraire, en principe et théoriquement, au gagiste (*sup.* n° 1532);

5° Il n'a pas la faculté de se faire attribuer l'immeuble en paiement, par jugement.

II

Les sûretés réelles immobilières sans dépossession du débiteur

PRIVILÈGES GÉNÉRAUX — HYPOTHÈQUE

1631. Deux variétés. — Rentrent dans cette catégorie les *privilèges généraux* et les *hypothèques*.

1632. I. Privilèges généraux. — On sait que les privilèges généraux de l'article 2101 portent sur tous les biens du débiteur; sans doute, la loi veut qu'ils s'exercent d'abord sur les *meubles*; mais, si le mobilier est insuffisant à désintéresser le créancier, celui-ci pourra s'en prendre aux immeubles, et toujours en tant que privilégié (art. 2104 et 2105). Cette sûreté acquiert même alors, et en tant qu'elle porte sur les immeubles, une force particulière : aux termes de l'article 2105, les privilèges généraux, lorsqu'ils s'exercent sur les immeubles, passent avant toutes autres sûretés; ils priment même les hypothèques privilégiées, au lieu que, s'exerçant sur les meubles, ils ne passent qu'après les privilèges mobiliers spéciaux; nous avons donné la justification de cette différence (*sup.* n° 1628).

1633. Pas de discussion du mobilier. — Encore qu'ils ne portent que subsidiairement sur les immeubles, les privilèges généraux n'impliquent pas, pour le créancier, l'obligation de *discuter* préalablement le mobilier du débiteur; ou, du moins, ce n'est pas à lui de prendre l'initiative d'une telle discussion, c'est aux autres créanciers à la lui imposer, s'ils le jugent opportun, et à la condition d'avancer les frais de la procédure (BECQUÉ, t. I, n° 307).

1634. II. Hypothèque. — L'hypothèque peut être définie une sûreté réelle et indivisible consistant dans l'affectation d'un bien du débiteur au paiement d'une obligation, sans dépossession actuelle du constituant, et permettant au créancier hypothécaire de saisir et de faire vendre ce bien, à l'échéance, sur quiconque le détient, pour se payer sur le prix par préférence aux autres créanciers.

Il ressort de cette définition :

1° Que l'hypothèque est un droit *réel*;

2° Qu'elle n'implique pas la dépossession du débiteur constituant;

3° Qu'elle est un droit *accessoire* à une créance;

4° Qu'elle est *indivisible*.

Il y aurait lieu encore de se demander si l'hypothèque est ou non un *démembrement de la propriété*, mais c'est là une question qui ne sera utilement examinée que par la suite (*inf.* n° 1877).

1635. — A. L'hypothèque est un droit *réel*. (V. cependant, *contra*, Maxime CHAUVEAU, *Classification des droits réels et personnels*, *Rev. crit.* 1931). L'article 2114, § 1, s'en explique formellement; la tradition est constante en ce sens, encore que ce droit, à la différence de tous les autres droits réels, n'établisse pas un rapport direct entre son titulaire et la chose sur laquelle il porte.

Cette sûreté comporte donc, pour celui qui en est investi, droit de *préférence* et droit de *suite*; le droit du créancier hypothécaire est opposable à tous :

1° Aux autres *créanciers* du débiteur; le titulaire de l'hypothèque échappe à la loi du dividende, armé qu'il est d'un droit de *préférence*;

2° Aux *tiers acquéreurs*, lesquels sont exposés à l'exercice de l'action hypothécaire et contre qui le titulaire peut suivre son gage en vue de le réaliser.

On remarquera qu'à ce dernier point de vue, le créancier hypothécaire est mieux traité que le créancier antichré-

siste, lequel est dépourvu du droit de suite, et aussi que le créancier gagiste qui dispose bien d'un droit de suite, mais assez fragile (*sup.* n° 1532).

1636. B. **Absence de dépossession du débiteur constituant.** — En cela, l'hypothèque s'oppose au nantissement, mobilier ou immobilier.

1637. C. **Caractère accessoire de l'hypothèque.** — L'hypothèque est un droit accessoire à la créance garantie.

C'est là une idée essentielle qui est à mettre en pleine lumière, dès maintenant. Toute hypothèque suppose une obligation dont elle garantit l'exécution et qui lui sert de support, non seulement lors de la constitution, mais à tout moment; entre le droit principal, c'est-à-dire l'obligation garantie, et la sûreté, existe un étroit rapport de dépendance dont les solutions suivantes sont autant de manifestations.

1° Tout titulaire d'une hypothèque est aussi et d'abord un créancier; il a deux droits et deux gages : en tant que créancier, le droit de gage général de l'article 2092; en tant que créancier hypothécaire, un droit réel sur l'immeuble qui garantit plus spécialement le paiement de la dette; en devenant créancier hypothécaire, il ne cesse pas d'être créancier tout court;

2° L'hypothèque ne saurait naître avant la créance dont elle constitue la garantie; elle manquerait alors de support. Nous verrons cependant qu'une réserve est à faire pour les créances purement *éventuelles* en sûreté desquelles une hypothèque peut parfaitement être constituée, notamment en cas d'ouverture de crédit; si la créance éventuelle vient plus tard à la vie, l'hypothèque existe et prend rang antérieurement à la naissance du droit principal (*inf.* n° 1832);

3° Les vices de l'obligation retentissent sur l'hypothèque; par exemple, cette dernière est sans cause si l'obligation qu'elle était destinée à garantir est dépourvue elle-même de cette condition d'existence (Req. 9 déc. 1930, *S.* 1931, 1, 107);

4° Une fois née, l'hypothèque suit le sort de l'obligation à laquelle elle est attachée : « *accessorium sequitur principale* »; et cette règle a elle-même plusieurs aspects :

a) Elle signifie que l'extinction de l'obligation entraîne fatalement celle de l'hypothèque, laquelle ne peut exister dans le vide;

b) Elle veut dire aussi que l'hypothèque suit la créance partout où elle va : au cas de cession, elle passe au cession

naire (art. 1692) ; ou bien, à supposer qu'une personne lègue à une autre tous ses meubles, la créance comprise dans l'institution va au légataire accompagnée de l'hypothèque qui en garantit l'exécution, et cela encore que cette sûreté ait elle-même le caractère immobilier.

1638. Conséquences à écarter. — On a voulu rattacher au caractère accessoire de l'hypothèque certaines conséquences qu'il faut écarter, comme injustifiées.

1° On a prétendu que l'hypothèque était toujours mobilière, encore qu'affectant un immeuble, et cela par sympathie avec le droit qu'elle garantit, lui-même mobilier. Cette application de la règle « *accessorium sequitur principale* » est tout à fait abandonnée. Il est impossible de refuser à l'hypothèque, malgré son caractère accessoire, une certaine individualité; la preuve en est qu'elle est un droit réel alors que le droit auquel elle est rattachée est cependant invariablement un simple droit de créance. Ce qui est décisif pour la répartition des droits en mobiliers et immobiliers, c'est la nature de leur objet (*sup.*, t. I, n° 1361) ; or, le plus souvent, l'hypothèque porte sur un immeuble; à ce titre, elle est immobilière; c'est seulement lorsqu'elle grève un meuble qu'elle revêt un caractère mobilier.

La question présente de l'intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer la *capacité* requise chez le créancier qui veut céder son hypothèque; on sait, en effet, que la loi se montre plus exigeante, en cette matière, pour l'aliénation des immeubles que pour celle des meubles; la Cour de cassation a résolu la difficulté en partant de cette idée que l'hypothèque, lorsqu'elle porte sur un immeuble, est immobilière; elle exige, en conséquence, chez le cédant, la capacité requise pour la vente d'un immeuble (Civ. 18 juill. 1843, *S.* 1842, 1, 778).

1639. — 2° On a soutenu, et ici la controverse est plus effective, que le caractère accessoire de l'hypothèque s'oppose à ce qu'elle soit détachée de la créance qu'elle garantit et dont elle serait inséparable, du moins activement, du côté du créancier (*Sic*, Aubry et Rau). Cette opinion, jadis dominante, est aujourd'hui bien délaissée : le principe est que tous les droits sont cessibles, isolément, pris en eux-mêmes; pour qu'il en fût autrement de l'hypothèque, il faudrait un texte qui n'existe pas.

Bien au contraire, nous possédons des dispositions qui, dans des cas déterminés, prévoient et autorisent le détachement de l'hypothèque et son affectation à une créance nouvelle.

a) Article 1278 : au cas de *novation*, les hypothèques attachées à la créance éteinte peuvent être transportées à la créance nouvelle (*sup.* n° 913);

b) Article 1299, relatif à la *compensation* (V. *sup.* n° 936);

c) La cession, par la femme, de son hypothèque légale est organisée par les lois du 23 mars 1855, article 9, et du 13 février 1889, ainsi que par le décret-loi du 14 juin 1938 (*inf.* n^{os} 1979 et suiv.).

d) La loi du 10 juin 1853, sur *les sociétés de crédit foncier*, vise, dans son article 5, les subrogations à des hypothèques quelconques.

1640. Le caractère accessoire de l'hypothèque est-il nécessaire en législation? — On peut se demander s'il ne serait pas possible de concevoir une sûreté réelle immobilière, sans dessaisissement du constituant, qui ne serait pas l'accessoire d'une obligation, qui se suffirait à elle-même, comme une servitude, comme le droit de propriété lui-même. Examiner cette question, c'est envisager le problème de la *mobilisation du sol*, à un point de vue spécial, au point de vue du crédit; c'est se préoccuper de la *mobilisation du crédit foncier*, de la mobilisation du sol en tant qu'instrument de crédit.

1641. Mobilisation du crédit foncier. — Cette mobilisation peut être obtenue à l'aide de procédés variés; on y arrive :

1° En représentant la créance hypothécaire par un titre de négociation facile, circulant par endossement ou même de la main à la main. L'immeuble hypothéqué circulera alors en tant qu'instrument de crédit comme les marchandises déposées dans un magasin général circulent, en tant que gage, grâce au warrant.

Il faut remarquer que les opérations effectuées par le *Crédit foncier* qui emprunte de l'argent en émettant des obligations et qui prête sur hypothèque les fonds ainsi obtenus, assurent, dans les termes indiqués, la mobilisation du crédit immobilier : les possesseurs d'obligations du Crédit foncier sont comme des créanciers hypothécaires qui peuvent céder leurs créances, et, avec elles, les hypothèques qui en garantissent l'exécution, par la remise du titre de la main à la main, du moins si ce titre est au porteur. Il y a seulement ceci de particulier qu'ils ne sont pas eux-mêmes titulaires directs des hypothèques dont le Crédit foncier est investi; mais leur sécurité n'en est pas compromise ni diminuée;

leur créance est gagée hypothécairement sur la masse des immeubles que les emprunteurs ont hypothéqués en faveur du Crédit foncier; ils possèdent ainsi une sorte d'hypothèque indirecte, sans assiette précise, qui constitue une garantie de premier ordre.

Avec ce premier système, on réalise la mobilisation du crédit immobilier sans faire échec au principe de la dépendance de l'hypothèque par rapport à la créance garantie; la sûreté réelle suit la créance; ce qu'il y a de particulier, c'est que cette double cession est facilitée.

1642. — 2° Une autre combinaison est possible, autrement hardie que la précédente; elle consiste à faire de l'hypothèque un droit principal, se suffisant à lui-même, un droit *autonome*; non pas qu'elle exclue alors toute idée de créance, mais, ce qui est tout différent, elle s'identifie avec elle. Le créancier n'a plus de droit général de gage sur le patrimoine du débiteur; il n'a, pour toute sanction de son droit réel, que l'hypothèque portant sur un immeuble déterminé; dette et hypothèque, c'est tout un; la dette disparaît dans l'hypothèque, est absorbée par elle; si le créancier se défait de son hypothèque, il ne lui reste plus rien; c'est une sorte de *dette réelle* dont l'immeuble est tenu. Lorsque le propriétaire voudra utiliser cette combinaison, il se fera délivrer par l'autorité compétente un titre représentant l'immeuble en tant qu'instrument de crédit, un titre constitutif d'hypothèque. Il aura désormais une *hypothèque sur soi-même*, sans signification pratique tant que le titre restera entre ses mains, mais qu'il pourra remettre à son bailleur de fonds, s'il a besoin d'argent; il l'endossera à son nom, et le titre pourra ainsi circuler, par voie d'endossement, conférant à chaque endossataire le droit de saisir l'immeuble et de le faire vendre : derrière ce titre, c'est l'immeuble lui-même qui circule en tant qu'instrument de crédit et sans que la charge dont il est grevé corresponde à aucun engagement personnel.

Deux applications fameuses ont été faites de ce procédé de mobilisation du crédit foncier : en France, en l'an III; en Allemagne, avec la *dette foncière* du Code civil allemand.

1643. Hypothèque sur soi-même de l'an III. — La loi du 9 messidor an III créa *l'hypothèque sur soi-même* : tout propriétaire de biens susceptibles d'hypothèques pouvait prendre hypothèque sur lui-même; l'hypothèque était constatée par un titre dit *cédule hypothécaire*, délivré par le

conservateur des hypothèques; lorsque le propriétaire voulait réaliser ce document, le livrer à la circulation, il y inscrivait le montant de sa dette (somme empruntée) qu'il s'engageait à payer sur les *biens territoriaux* que mentionnait la cédule; à l'échéance, le dernier endossataire pouvait, à défaut de paiement, mette en œuvre le droit hypothécaire.

Ce système fut peu appliqué; il imposait au conservateur une responsabilité excessive en lui faisant jouer le rôle de caution : si la vente de l'immeuble ne donnait pas un prix suffisant à couvrir le porteur de la cédule, ce porteur pouvait recourir contre le conservateur des hypothèques.

1644. Dette foncière du Code civil allemand. (Art. 1191 à 1198). — Le Code civil allemand connaît l'hypothèque telle qu'elle existe dans notre droit, mais il connaît en outre la *dette foncière*, dette réelle s'identifiant avec la créance garantie (*Grundschuld*); cette dette foncière est constatée par un titre (bon foncier, *Grundschuldbrief*) que le propriétaire s'est fait délivrer, soit à son nom, soit même au porteur; elle est inscrite sur le registre foncier. Le bon va circuler, soit au moyen de l'endossement, soit de la main à la main, isolément de toute créance : la charge pèse sur l'immeuble, exclusivement (art. 1191); elle a une valeur abstraite.

1645. Mérite de ces institutions. — Ces combinaisons ont l'avantage de conférer à la sûreté plus de solidité; étant autonome, elle échappe aux causes de destruction de la créance; elle ne s'éteint pas par contre-coup. Sous le bénéfice de cette réserve, les systèmes de l'an III et du Code civil allemand n'ont d'autre supériorité que de permettre une facile circulation de la sûreté réelle, résultat qui peut être obtenu, on l'a vu, en dehors d'eux et sans eux.

1646. Alsace et Lorraine. — La loi d'introduction du droit civil dans les départements recouvrés a supprimé les sûretés immobilières du droit local pour s'en tenir à l'hypothèque du droit français (L. 1er juin 1924, art. 36).

1647. D. **Indivisibilité de l'hypothèque.** — Le caractère indivisible de l'hypothèque est traditionnel; il est énoncé dans l'article 2114, § 2 : « *Hypothèque ne se divise point* », déclarait déjà Loysel, et Dumoulin : « *est tota in toto et tota in qualibet parte* ».

L'indivisibilité de l'hypothèque n'a pas le même sens que

l'indivisibilité de la servitude; elle signifie, d'une part que chaque parcelle de l'immeuble hypothéqué garantit l'intégralité de la dette, d'autre part que chaque fraction de la dette est garantie par l'immeuble tout entier.

1° Chaque parcelle de l'immeuble hypothéqué garantit l'intégralité de la dette : si l'immeuble est divisé entre les héritiers du constituant, le créancier est fondé à demander à chacun d'eux le paiement intégral (art. 1221 - 1°); l'hypothèque, droit indivisible, ne s'est pas divisé entre eux; mais il en a été autrement de la dette elle-même : à ce point de vue encore, la nature de l'obligation ne retentit nullement sur l'hypothèque, droit accessoire;

2° Chaque fraction de la dette est garantie par l'immeuble tout entier. Si le créancier décède, laissant plusieurs enfants, la créance se partage entre ceux-ci, mais l'hypothèque elle-même ne se divise point; la totalité de l'immeuble sert de gage à chacun des héritiers, jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû : la division de l'obligation ne réagit pas sur l'hypothèque qui demeure une et indivisible.

Le raisonnement et la solution seraient les mêmes si le débiteur avait acquitté une partie de la dette; l'hypothèque n'en serait pas réduite d'autant; l'immeuble demeurerait affecté, dans sa totalité, au règlement du solde.

1648. Remarque. — L'indivisibilité est de la *nature* de l'hypothèque, *non de son essence* (art. 2114, § 2) : le créancier peut y renoncer, soit expressément, soit tacitement (Civ. 19 déc. 1911, *S.* 1913, 1, note Naquet, *D. P.* 1913, 1, 505, note de Loynes).

1649. Différentes catégories d'hypothèques. — Il est bon de savoir, dès maintenant, qu'il existe, dans notre droit, non pas une, mais des hypothèques.

1° Au point de vue de leur *source*, on les divise en hypothèques *conventionnelles*, *légales*, *judiciaires*;

2° Quant à leur étendue, on oppose les hypothèques *spéciales*, grevant tels biens déterminés, aux hypothèques *générales*, affectant tous les immeubles du débiteur;

3° Au point de vue de leur *efficacité*, il faut mettre à part les *privilèges*, lesquels ne sont autres que des *hypothèques privilégiées* et qui sont traitées avec une faveur toute particulière; on les oppose aux hypothèques *ordinaires* pour lesquelles le rang est une question de date.

SECTION II. — BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE

1650. Distinction traditionnelle. Meubles et immeubles. — Alors qu'à Rome l'hypothèque pouvait grever indifféremment des meubles ou des immeubles, notre ancien droit s'est montré défavorable à l'hypothèque mobilière, et le Code civil déclare que « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » (art. 2119). Seulement, cette maxime, empruntée à notre ancien droit, avait des sens différents suivant les coutumes : tandis qu'en Bretagne, en Normandie, elle signifiait seulement que l'hypothèque mobilière était une sûreté imparfaite, dépourvue du droit de suite, à Paris, à Orléans, elle portait la condamnation du principe de l'hypothèque des meubles, laquelle n'était aucunement admise, même amputée du droit de suite; quelle est, de ces deux significations, celle à laquelle les rédacteurs du Code civil ont entendu se référer lorsqu'ils ont écrit l'article 2119? A la deuxième, certainement; ils ont voulu frapper d'ostracisme l'hypothèque mobilière, rompre tout à fait, sur ce point, avec les errements du droit romain. C'est ce qui résulte, et de l'article 2114, § 1, qui définit l'hypothèque « *...un droit réel sur les immeubles* », et de l'article 2118 qui, énumérant les biens susceptibles d'hypothèque, ne mentionne que des immeubles : au reste, le régime de la publicité, qui est à la base de notre régime hypothécaire, est d'une application difficile, parfois impossible, aux biens mobiliers, lesquels répugnent, pour la plupart, à toute tentative d'identification de localisation; on ne saurait aviser le public qu'un bijou a été grevé d'une hypothèque, car nul ne saurait de quel objet il est question.

1651. Applications. — Par application de cette inaptitude des meubles à être hypothéqués, il faut décider que ne sauraient être grevés d'hypothèque ni le droit du *preneur* (locataire ou fermier) d'immeuble, droit auquel on reconnaît en général un caractère mobilier (*sup.* n° 1219), ni le droit de nature imprécise qui appartient aux compagnies concessionnaires sur la voie ferrée, les gares, etc. (Civ. 15 mai 1861, *D. P.* 1861, 1, 225), ni les créances d'indemnité pour dommages de guerre, lesquelles ont pour objet une somme d'argent (Civ. 13 fév. 1929, *S.* 1929, 1, 291).

1652. Dérogations. — Depuis un demi-siècle environ, l'ancien préjugé qui écartait les meubles du domaine hypo-

thécaire a beaucoup perdu de sa force : on tend à le limiter aux meubles qui ne se prêtent pas à un régime de publicité, et à s'en défaire au regard de ceux qui, par leur nature, sont susceptibles d'être individualisés; le statut de ceux-là se rapproche, au point de vue hypothécaire, de celui des immeubles; de même que notre ancien droit faisait bénéficier certains meubles des règles applicables aux immeubles (*sup.* t. I, n° 1346), ainsi notre législateur a une propension marquée à traiter certains biens mobiliers ainsi que des immeubles; seulement, les raisons de cette assimilation ont changé; alors que, dans notre ancien droit, elles tenaient à la *valeur* des biens, elles résident aujourd'hui plutôt dans l'*aptitude à l'individualisation*, que possèdent certaines choses mobilières.

1653. Plan. — Nous devons donc rechercher :

1° Quels *immeubles* sont susceptibles d'hypothèque, et nous constaterons que l'aptitude à recevoir cette sûreté constitue, dans le domaine immobilier, la règle;

2° Quels *meubles* peuvent être hypothéqués, et nous serons amenés à faire dans le domaine mobilier, une constatation inverse.

§ I. — *IMMEUBLES SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE*

1654. Principe. — Tous les immeubles, en principe, peuvent être hypothéqués, mais à une condition : c'est qu'ils comportent la vente, et, plus spécialement, la vente aux enchères publiques. En effet, c'est la destinée de l'immeuble hypothéqué que d'être saisi et mis en vente, aux enchères; à Rome déjà, on assimilait, à cet égard, l'hypothèque à la vente : c'étaient seulement les choses susceptibles d'être vendues qui comportaient le gage ou l'hypothèque.

1655. Application. — Nous allons faire application de ces directives aux quatre catégories d'immeubles que distingue le Code civil.

I. *Immeubles par leur nature.* — Ils comportent tous l'hypothèque, pourvu qu'ils soient dans le commerce (art. 2118 - 1°), qu'ils soient aliénables — ce qui exclut l'*immeuble dotal* (art. 1554) —, et que, de plus, ils puissent être vendus aux enchères publiques : le *bien de famille*, parce qu'il est insaisissable, parce qu'il répugne à la vente forcée, répugne du même coup à l'hypothèque (L. 12 juill. 1909,

art. 10, § 2; pour les hypothèques légales, voy. l'art. 5, §§ 2 et 3).

L'hypothèque peut être constituée soit sur le fonds tout entier, soit sur la *surface* seulement, ou sur un étage ou un appartement d'une maison divisée par étages ou par appartements.

Si la propriété est démembrée, l'hypothèque peut être établie sur la *nue propriété*.

Les fruits pendants par branches ou par racines ne sauraient être hypothéqués *principaliter*, car, si on les envisage isolément du fonds, ils ne sont plus que des meubles.

1656. II. Immeubles par destination. Confusion à éviter. — A lire l'article 2118 - 1°, on pourrait croire que les immeubles par destination fussent susceptibles d'hypothèque *principaliter*; or, il n'en est rien (V. cependant, pour le warrantage des récoltes, *inf.* n° 1666, et, pour le mobilier d'un hôtel, *inf.* n° 1668) : envisagés isolément de l'immeuble par nature sur lequel ils ont été placés, ils ne sont plus que des meubles; c'est seulement à raison du lien les unissant à cet immeuble qu'ils revêtent eux-mêmes le caractère immobilier; en conséquence, l'hypothèque constituée sur le fonds s'étend *de plano* aux « *accessoires réputés immeubles* » dont il est question dans l'article 2118-1°; mais, que ces accessoires soient détachés du fonds et ils redeviennent meubles; ils retombent donc sous l'emprise de la règle : « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

Ces règles s'appliquent exactement à la *redevance minière* dans laquelle nous avons vu un immeuble par destination (*sup.*, t. I, n° 1359); toute hypothèque établie sur la surface s'étend de plein droit à elle, mais sans qu'elle puisse être hypothéquée *principaliter* (L. 21 avril 1810, art. 18).

1657. III. Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. — On entend par là les droits immobiliers autres que la propriété.

Le Code civil ne prévoit, en tant que susceptible d'hypothèque, qu'un seul de ces droits : *l'usufruit immobilier* (art. 2118 - 2°). La formule est à la fois trop large et, surtout, trop étroite.

1° *Trop large*, car l'hypothèque ne saurait grever les usufruits qui sont incessibles, qui ne peuvent pas changer de titulaires : droit de jouissance légale des père et mère; usufruit du mari ou de la communauté sous les différents régimes matrimoniaux; droit de jouissance des envoyés en possession provisoire des biens des absents.

D'autre part, il faut observer que l'usufruit n'est susceptible d'hypothèque qu'en tant que droit séparé de la propriété, en tant qu'usufruit *formel*; s'il est simplement en puissance, s'il est *causal*, il ne peut être l'objet d'une hypothèque établie spécialement sur lui;

2° Surtout, la formule de l'article 2118 - 2° est *trop étroite* et *incomplète* :

a) Elle ne vise que l'usufruit des biens immeubles, les seuls qui, en 1804, comportaient l'hypothèque; mais il est évident que lorsqu'un meuble est devenu susceptible d'hypothèque, il en va de même de l'usufruit dont il est grevé;

b) Bien d'autres droits réels immobiliers que l'usufruit comportent l'hypothèque, à savoir l'*emphytéose* (L. 25 juin 1902, art. 1er); le droit appartenant au *concessionnaire d'une mine*, droit qui, depuis la loi du 9 septembre 1919, n'est plus une propriété, mais constitue du moins un droit réel immobilier susceptible d'hypothèque (V. *sup.*, t. I, n° 1956; L. 9 sept. 1919, art. 1er, § 4); le droit dévolu au concessionnaire *d'énergie hydraulique* (L. 16 oct. 1919, art. 21).

1658. Droits réels immobiliers qui ne comportent pas l'hypothèque. — Ce sont, d'une façon générale, ceux qui répugnent à la vente, à la cession, et surtout à une mise aux enchères, donc l'*usage* et l'*habitation* (*sup.*, t. I, nos 1961 et 1963); les *servitudes*, car on ne conçoit pas qu'elles changent de titulaire; une servitude de ne pas bâtir, par exemple, serait sans utilité pour un fonds éloigné de l'héritage assujetti. Mais l'hypothèque établie sur le fonds dominant porte *de plano* sur la servitude y afférente, ce qui revient à dire que le créancier hypothécaire impayé fera saisir et vendre ce fonds y compris la charge dont il bénéficie.

1659. — L'*hypothèque* ne comporte pas l'hypothèque : le *pignus pignori datum*, connu du droit romain et de notre ancien droit, est tombé en discrédit; il impliquait une juxtaposition de procédures d'ordre; un sous-ordre devait être ouvert pour répartir, entre les créanciers ayant hypothèque sur hypothèque, les sommes attribuées au créancier ayant hypothèque sur l'immeuble par nature; or, le sous-ordre est proscrit par le Code de procédure (art. 775); du même coup se trouve condamnée l'hypothèque de l'hypothèque, puisque sa réalisation impliquerait fatalement l'ouverture d'un sous-ordre. Un créancier hypothécaire a d'ailleurs d'autres moyens de tirer parti de sa sûreté, d'en faire un

instrument de crédit : libre à lui de la céder ou de donner en gage sa créance hypothécaire.

1660. Actions réelles immobilières. — On s'est demandé si les actions réelles immobilières pouvaient être hypothéquées : la question n'a guère de sens, puisque, dans notre droit, l'action se confond presque avec le droit, puisqu'elle n'est guère que le droit en action. Lorsqu'une revendication immobilière est exercée, le prétendu propriétaire peut évidemment constituer une hypothèque, mais cette sûreté sera établie sur la propriété même; son sort dépendra de celui de cette propriété, c'est-à-dire de l'issue du procès; valable, si le demandeur est reconnu propriétaire, elle sera nulle dans le cas contraire, comme émanant d'un *non dominus*.

1661. IV. Immeubles par détermination de la loi. — Les actions de la *Banque de France*, lorsqu'elles avaient été immobilisées (*sup.*, t. I, n° 1364), devenaient susceptibles d'hypothèque; on sait que cette source d'immobilisation a été tarie par le décret du 14 décembre 1936, art. 9 (*sup.*, t. I, n° 1364).

§ II. — *LES HYPOTHÈQUES MOBILIÈRES*

1662. Généralités. — Comme il a été précédemment indiqué, les hypothèques mobilières sont toutes de création moderne : la plus ancienne, celle des navires, remonte seulement à 1874, tandis que la dernière venue, celle des stocks pétroliers, a été instituée en 1932; elles s'échelonnent donc sur une période d'une soixantaine d'années. Il est curieux de noter que nombre d'entre elles ont été créées sous une rubrique inexacte et rattachées nominalement au nantissement; mais il ne saurait dépendre du législateur de changer la nature d'une institution en la baptisant d'un nom qui ne lui convient pas : il ne suffit pas d'apposer une étiquette inexacte pour changer le contenu d'un flacon; les sûretés que nous allons énumérer sont constituées sans que le débiteur se dessaisisse de sa chose, donc dans des conditions incompatibles avec le concept même du gage : le dessaisissement du constituant est *de l'essence même* du nantissement (*sup.* n^{os} 1520 et 1521) ; la loi y a vu un élément de publicité qu'elle exige dans l'intérêt du public, afin que le débiteur ne puisse pas se donner les apparences d'un crédit dont il ne dispose plus; du moment qu'il reste nanti, c'est que la sûreté conférée au débiteur rentre dans la catégorie des hypothèques : le gage sans déplacement est contraire à l'es-

prit même de notre droit; on ne conçoit pas de *nantissement* là où le créancier n'est pas *nanti* de la chose affectée au règlement de son droit. Le *gage sans déplacement* s'appelle, de son véritable nom, l'*hypothèque* (*Sic*, BECQUÉ, t. I, nos 253 et suiv.; *contra*, COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, nos 1032 et suiv.).

1663. Enumération et plan. — Les hypothèques mobilières peuvent être réparties dans trois catégories : 1° il en est qui portent sur des *appareils de locomotion* : *navires*, *bateaux d'eau douce*, *aérostats*; 2° l'hypothèque du *fonds de commerce* est l'objet d'une réglementation particulière; 3° enfin, certains meubles peuvent être l'objet d'une affectation hypothécaire au moyen d'un *warrantage*.

1664. I. Hypothèques établies sur certains appareils de locomotion :

1° Une loi du 10 décembre 1874 a créé l'hypothèque des *navires*, qualifiée d'*hypothèque maritime*; à cette loi est venue se substituer celle du 10 juillet 1885, modifiée, dans son article 9, par une autre loi du 4 juillet 1914.

Cette hypothèque a été rendue possible : *a*) par cette circonstance que les navires sont susceptibles d'individualisation, ayant un nom, une nationalité, un port d'attache; *b*) par cette particularité qu'ils échappent à la règle « *en fait de meubles...* »; la transmission de leur propriété doit être constatée par acte écrit (C. com., art. 195) et est rendue publique au moyen de la *mutation en douane*.

Dans ces conditions, rien ne s'oppose à ce que le navire (jaugeant au moins *vingt tonneaux*) soit grevé d'une véritable hypothèque, comportant droit de préférence et droit de suite : la publicité en est assurée au moyen d'une inscription sur un registre tenu à la *recette des douanes*;

2° Les *bateaux de navigation intérieure* ne sont devenus susceptibles d'hypothèque qu'à une époque plus récente : l'*hypothèque fluviale* a été instituée par la loi du 5 juillet 1917, suivie d'un décret du 3 avril 1919, pour les bateaux d'un tonnage au moins égal à *vingt tonnes*; elle est constituée le plus souvent en faveur du constructeur; elle garantit le prix de vente du bateau et vient renforcer le privilège du vendeur, plus fragile qu'elle. Sa réglementation est calquée, autant que possible, sur celle de l'hypothèque maritime : la constitution peut avoir lieu par acte sous seing privé (art. 12); la *publicité* est assurée par une inscription sur un registre tenu au *greffe du tribunal de commerce* du lieu

d'immatriculation du bateau. Le créancier hypothécaire est investi du droit de préférence et du droit de suite (art. 27);

3° L'hypothèque des *aéronefs* a été organisée par la loi du 31 mai 1924 sur *la navigation aérienne* (art. 14); la publicité est assurée au moyen d'une inscription sur le *registre d'immatriculation*; d'une façon générale, la loi du 5 juillet 1917, sur l'hypothèque fluviale, est déclarée applicable à ce qu'on pourrait appeler l'*hypothèque aérienne* (même texte).

Ces trois hypothèques méritaient d'être groupées dans une même catégorie : elles portent sur des meubles importants, instruments de locomotion, susceptibles d'être individualisés et échappant à l'emprise de l'article 2279; elles sont publiées par des procédés similaires et elles confèrent à leurs titulaires droit de préférence et droit de suite.

1665. II. Hypothèque d'un fonds de commerce. — C'est en 1898 que cette hypothèque a été introduite dans notre droit sous la dénomination inexacte de nantissement : en réalité, cette sûreté est tributaire du droit hypothécaire (J. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. I, n° 500), puisque le débiteur constituant reste en possession de son fonds, demeure à la tête de ses affaires, et puisque, d'autre part, la sûreté doit faire l'objet d'une inscription sur un registre spécial tenu au *greffe du tribunal de commerce* (L. 17 mars 1909, art. 10, § 2).

La loi du 1er mars 1898, qui a institué cette hypothèque, a été remplacée par celle du 17 mars 1909, elle-même modifiée par celle du 31 mai 1913; elle comporte, outre le droit de préférence, le droit de suite, sinon sur les objets individuellement envisagés, marchandises, outillage (Req. 22 avril 1913, *S.* 1917, 1, 113, note Naquet, *D. P.* 1913, 1, 225, note Feuilloley), du moins sur le fonds de commerce lui-même (même arrêt).

L'acte de constitution peut être passé sous seing privé, à condition d'être *enregistré* (L. 17 mars 1909, art. 10, § 1).

1666. III. Affectation hypothécaire au moyen du warrantage.

1° *Warrantage agricole.* — Une loi du 18 juillet 1898, abrogée et remplacée par une autre loi du 30 avril 1906 dont plusieurs dispositions ont été remaniées par un décret-loi du 28 septembre 1935, a permis au cultivateur d'utiliser ses récoltes *pendantes par les racines et les fruits non encore recueillis*, en tant qu'instrument de crédit, sans s'en dessaisir cependant, comme aussi *les produits de son exploitation*,

y compris *les animaux et le sel marin, le matériel de toute nature servant à contenir les produits warrantés, et, généralement, toutes choses composant le matériel affecté à l'exploitation agricole*, et sans distinguer entre les objets mobiliers et ceux qui ont le caractère d'immeubles par nature ou par destination, à la seule exception de ceux qui sont scellés au mur (art. 1er, nouv. réd. de la loi de 1906) ; ainsi, ayant besoin d'argent, il n'est plus dans la nécessité de vendre ses produits hâtivement, soit avant la maturité, soit à un moment où les cours lui sont défavorables; il se procurera des fonds en les affectant hypothécairement à sa dette; il les warrantera à domicile. Bien que le législateur se réfère ici au gage, c'est bien, d'une hypothèque mobilière qu'il s'agit puisque le cultivateur reste en possession et puisque, d'autre part, l'affectation des récoltes fait l'objet d'une *transcription* sur un registre spécial tenu par le *greffier de la justice de paix* du canton où se trouvent les objets à warranter (art. 3, § 2, de la loi du 30 avril 1906).

L'affectation hypothécaire est constatée par un titre spécial, appelé *warrant*, établi par le greffier de la justice de paix revêtu de la *clause à ordre* (art. 3 et suiv. de la loi du 30 avril 1906) ; ce document est la représentation juridique des récoltes warrantées, lesquelles circulent avec lui, au moyen de l'endossement, en tant qu'instrument de crédit (art. 10 de la loi). A l'échéance, le porteur non payé peut recourir contre l'emprunteur ainsi que contre les endosseurs successifs qui sont tenus solidairement envers lui; il a le droit de faire procéder par un officier public ou ministériel, après annonce dans les journaux huit jours au moins à l'avance, à la vente publique de la marchandise engagée (art. 11, § 3) ; la loi lui accorde, sur le produit de la vente, un droit de préférence (art. 12) qui ne cède que devant les privilèges des contributions directes (L. 12 nov. 1808) et des frais de vente (art. 12 de la loi du 30 avril 1906) ; il est ainsi payé directement et sûrement de sa créance, sans autre formalité qu'une ordonnance du juge de paix (art. 12).

1667. Conflit entre le bailleur et le porteur de warrant. — Le législateur s'est efforcé de concilier les intérêts du bailleur du fonds rural et du porteur du warrant agricole; il y est arrivé au moyen des règles suivantes :

a) L'emprunteur, s'il n'est ni propriétaire ni usufruitier, doit, préalablement au warrantage de ses récoltes, aviser le propriétaire (ou l'usufruitier, ou leur mandataire) de ses intentions (art. 2 de la loi) ; si cette précaution n'est pas

prise, le privilège du bailleur prime celui du porteur de warrant;

b) Le bailleur ayant été avisé, une distinction s'établit : 1. si le fermier a payé tous les termes échus, le propriétaire ne peut pas s'opposer au warrantage annoncé et le droit de préférence du porteur du warrant lui sera opposable; 2. si, au contraire, des *termes échus* lui sont encore dus, le bailleur peut, dans un délai de huit jours francs à partir de la date de l'accusé de réception, faire opposition au prêt par pli recommandé; alors, le warrantage ne peut avoir lieu, et, s'il était passé outre, le porteur du warrant serait déchu de tout privilège (art. 2 et art. 12).

En cas de warrantages successifs des mêmes récoltes, les porteurs sont colloqués dans l'ordre des *transcriptions* (art. 3, § 2 et art. 4, § 2).

Pour le droit de suite, voyez *inf.* n^{os} 1863 et 1885.

1668. 2° Warrantage hôtelier. — Le *warrant hôtelier* est une création de la loi du 8 août 1913, modifiée par celle du 17 mars 1915 : un hôtelier, un aubergiste peuvent, s'ils ont besoin d'argent, affecter leur mobilier commercial, le matériel, l'outillage servant à l'exploitation de l'établissement, même si ces objets étaient devenus immeubles par destination, c'est-à-dire même dans le cas où l'hôtelier est propriétaire de l'immeuble par nature lui-même, à la sûreté de la dette qu'ils assument envers leur bailleur de fonds; cela, tout en restant en possession, sans déplacement des objets affectés au paiement de la dette, donc conformément au statut de l'hypothèque et non pas à celui du gage.

Le warrant hôtelier est délivré par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'hôtel est situé (art. 4, § 1); il est revêtu de la clause à ordre, et devient donc transmissible par voie d'endossement (art. 5); le premier endossement doit être *transcrit*, dans le délai de cinq jours, sur le registre spécial tenu au *greffe du tribunal de commerce*, et mention de cette transcription est faite sur le warrant (art. 4, § 2); les endossements ultérieurs ne sont pas sujets à transcription (art. 5, § 1).

Faute de paiement à l'échéance, le porteur du warrant a les mêmes droits qu'un créancier à qui un fonds de commerce aurait été donné en nantissement (art. 11, § 2); en cas de conflit avec les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, la préférence est déterminée par les dates respectives de la transcription du premier endossement du warrant et de l'inscription hypothécaire (art. 2, dern. alin.

ajouté par L. 17 mars 1905) : on voit que le porteur du warrant est traité exactement comme un véritable créancier hypothécaire, ce qui revient à l'appui de la conception que nous avons proposée quant à la nature de cette sûreté.

1669. Warrantage hôtelier et droits du bailleur. — Le législateur veut que l'hôtelier qui projette un emprunt sur warrant avise, par acte extra-judiciaire, le propriétaire ou l'usufruitier de l'immeuble (art. 2, § 1). Ce propriétaire peut s'opposer au warrantage du moment que son preneur n'a pas payé; 1° tous les loyers échus; 2° six mois de loyers en cours; 3° six mois à échoir; ses droits sont donc plus forts contre le warrantage hôtelier que contre le warantage agricole : c'est que le mobilier et le matériel représentent sa seule garantie effective (art. 2, § 2). Si l'hôtelier satisfait aux exigences de la loi, le propriétaire ne peut pas s'opposer au warrantage; sans doute, il conserve tout de même son privilège, mais sous réserve de limitations : au cas de saisie et de vente des meubles warrantés, il ne peut se présenter, à titre privilégié, que pour six mois de loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir (art. 11, § 3).

Il est à remarquer que les mêmes objets ne peuvent être warrantés qu'une seule fois (art. 4, § 1) : il n'y a donc pas lieu de prévoir le concours de plusieurs créanciers privilégiés. A ce point de vue encore, le warrant hôtelier diffère du warrant agricole, lequel n'épuise pas la faculté d'engagement des récoltes et laisse au cultivateur la possibilité de warrantages ultérieurs.

1669*bis*. 3° Warrantage pétrolier. — Une loi du 21 avril 1932 a institué, à côté du warrantage *agricole* et du warrantage *hôtelier*, le warrantage *pétrolier* : les détenteurs des stocks de pétrole brut ou de dérivés et résidus de pétrole brut, titulaires d'autorisations spéciales d'importations créées par la loi du 30 mars 1928, ont la faculté de warranter ces stocks, en garantie de leurs emprunts; comme ils conservent néanmoins dans leurs usines ou dépôts la garde du stock engagé, c'est encore une véritable hypothèque mobilière qui a été ainsi créée, sous une terminologie impropre, par le législateur (art. 1er de la loi).

Le régime de ce nouveau warrant est calqué, aussi exactement que possible, sur celui du warrant agricole : le document est établi par le greffier du tribunal de commerce; la validité ne saurait en dépasser une limite de trois années, mais avec renouvellement possible (art. 2).

Il est à remarquer que la sûreté du créancier porte, non sur un corps certain, mais sur un genre, le débiteur ayant la faculté de renouveler ses stocks sans faillir à ses obligations envers le porteur du warrant : la fongibilité de la chose engagée imprime à la sûreté un caractère extrêmement souple.

Dans ces conditions, il va de soi que le porteur du warrant pétrolier ne saurait se prévaloir d'un droit de suite (*inf.* n° 1885) ; mais il est protégé contre la mauvaise foi de son débiteur par des sanctions d'ordre pénal venant réprimer les fausses déclarations comme le détournement, la dissipation ou la détérioration volontaire du gage (art. 14 de la loi qui se réfère aux pénalités édictées par les art. 405, 406 et 408 C. pén. ; — *inf.* n° 1863).

Section III. — CONSTITUTION DES HYPOTHÈQUES

1670. Division. — A aller jusqu'au fond des choses, toute hypothèque est légale; elle existe parce que la loi le veut bien, et tel est bien parfois le point de vue du Code civil (Voy. art. 2115) ; mais si l'on s'en tient à la source immédiate du droit, les hypothèques sont à classer, quant à leur constitution, en trois catégories; elles sont *conventionnelles*, ou *judiciaires*, ou *légales* (art. 2116).

Nous étudierons successivement ces trois origines possibles des hypothèques; puis nous nous occuperons, dans un *appendice*, de leur *réduction*.

§ I. — *L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE*

Etude du contrat hypothécaire

1671. Plan. — Le *contrat* est la source normale de l'hypothèque qui n'est qu'exceptionnellement judiciaire ou légale : c'est donc par le *contrat hypothécaire* qu'il convient de commencer cette étude; ce contrat est soumis, pour sa validité : 1° à des conditions de *forme*; 2° à des conditions de *fond*.

N° 1

Conditions de forme

1672. Distinction. — Le contrat hypothécaire doit être étudié : 1° dans son *contenant*; 2° dans son *contenu*.

1673. I. Contenant. Principe. — Le contrat hypothécaire est un contrat *solennel*, assujetti à un formalisme excep-

tionnel; c'est la forme qui lui donne vie : *forma dat esse rei*; c'est à quoi le législateur fait allusion dans l'article 2117, § 2, lorsqu'il définit l'hypothèque conventionnelle « *...celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats* ».

1674. Précisions. — Cette « forme extérieure » revêt un caractère précis; elle consiste dans la *forme notariée* (art. 2127); ce n'est pas un acte authentique quelconque que la loi exige, mais bien un acte rédigé par un notaire, à l'exclusion de tous autres officiers publics.

Du moins, la loi se contente-t-elle d'*un seul notaire* : le contrat hypothécaire ne figure pas au nombre des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843, modifiée par celle du 12 août 1902, exige la présence réelle — lors de la lecture et de la signature de l'acte — d'un second notaire ou de deux témoins; à cet égard, l'article 2127 ne fait plus autorité; la situation a été simplifiée.

D'autre part, l'acte peut être dressé indifféremment en *minute* ou en *brevet* (art. 2148, § 1); la rédaction en minute offre plus de garanties contre la destruction de l'acte; de plus, l'acte forme alors titre exécutoire; mais la rédaction en brevet, inférieure à ces deux points de vue (V. l'art. 25 de la loi du 25 ventôse an XI), est la seule qui permette vraiment l'utilisation pratique de la *clause à ordre* et, par conséquent, la circulation facile de la créance hypothécaire; on peut même rédiger la grosse de la minute *au porteur* (V. Civ. 9 nov. 1896, *D. P.* 1897, 1, 16; 31 oct. 1906, *S.* 1908, 1, 305, *D. P.* 1908, 1, 497; Poitiers, 30 déc. 1912, *D. P.* 1914, 2, 109; *sup.* n° 825).

1675. Justification de la solennité. — L'exigence de la forme notariée est traditionnelle dans notre droit; sa justification présente quelque difficulté, étant donné que la vente d'immeuble échappe à toute solennité : serait-il donc plus grave d'hypothéquer un immeuble que de l'aliéner? Cependant, on peut dire : 1° que le droit hypothécaire est difficile et complexe; les parties ont besoin d'un guide; il faut que le contrat hypothécaire soit correctement et clairement rédigé; il le faut, aussi bien dans l'intérêt du *débiteur*, dont l'attention doit être attirée sur la gravité éventuelle de l'acte qu'il accomplit, que dans celui du *créancier* à qui on doit épargner des déceptions et dans celui du *public* à qui l'hypothèque sera opposable à l'occasion, en sa qualité de droit réel; 2° *historiquement*, l'exigence de la loi s'explique

doublement : d'abord parce que c'était un principe, dans notre ancien droit, que les contrats n'étaient point par eux-mêmes constitutifs de droit réels; il y fallait une tradition feinte, laquelle ne pouvait figurer que dans un acte revêtu de la forme exécutoire; puis parce que tout acte notarié, productif d'obligations, emportait *de plein droit* hypothèque générale sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur : le Code civil a répudié cette hypothèque générale et tacite; mais il a conservé le lien traditionnellement établi entre la forme notariée et l'hypothèque.

Il faut ajouter que le désir d'assurer un *monopole* aux notaires n'est pas étranger au maintien de la solennité; ainsi s'explique particulièrement la disposition de l'article 54 du Code de procédure, d'où il ressort qu'un procès-verbal de conciliation, dressé par un juge de paix, ne peut pas servir de cadre à une constitution d'hypothèque; on a craint que les parties ne simulent un procès pour aller devant le juge de paix et obtenir de lui un procès-verbal de conciliation emportant hypothèque sur les immeubles du débiteur; les notaires parisiens ont réussi à faire inscrire dans l'article 54 une formule d'après laquelle « *les conventions des parties, insérées au procès-verbal, ont force d'obligation privée* ». Il est vrai que le décret-loi du 30 octobre 1935 *modifiant divers articles du Code de procédure civile*, a substitué aux mots « force d'obligation privée », la formule « *force exécutoire* » (art. 1[er] du décret). Mais ce changement de rédaction, qui dispense les parties d'agir en justice au cas où les accords inclus dans le procès-verbal ne seraient pas respectés, ne touche aucunement au droit hypothécaire; après, comme avant le décret-loi, le procès verbal de conciliation ne peut servir de cadre ni d'occasion à une hypothèque, conventionnelle ou judiciaire (V. GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3[e] éd. t. V, *Supplément* n° 482).

1676. Applications et sanctions. — Cette disposition écrite dans l'article 54 C. pr. ne constitue pas le seul corollaire du formalisme particulier auquel est soumis le contrat hypothécaire; il en résulte aussi — et cette conclusion n'a rien de spécial à l'hypothèque — que le mandat donné en vue de la constitution d'une hypothèque est lui-même soumis à l'exigence de la forme notariée; c'est un principe général, en effet, que le mandat emprunte la forme de l'acte en vue duquel il intervient (*Sup.* n° 1404; Req. 24 mai 1886,

D. P. 1887, 1, 222; Comp. L. 24 juill. 1867, *sur les sociétés* art. 69 ajouté par l. 1er août 1893).

L'acte hypothécaire qui serait passé sous seing privé serait radicalement nul, et même, à notre avis, inexistant : son inefficacité pourrait être invoquée par tout intéressé; il n'en résulterait même pas d'obligation naturelle, et surtout, la convention ne saurait être interprétée dans le sens d'une *promesse d'hypothèque*; aucun effet n'a été produit par l'acte informe.

1677. Accommodements. — La jurisprudence s'est attachée à pallier la rigueur de la loi, à la réduire à de justes proportions.

1° Elle considère que la forme notariée n'est exigée que du côté et dans l'intérêt du débiteur, le constituant; l'acceptation du créancier peut intervenir sous une forme quelconque, même tacitement; c'est seulement la volonté du débiteur qui doit s'affirmer dans un acte notarié (Req. 3 nov. 1903, *D. P.* 1906, 1, 529, *S.* 1909, 1, 389) : solution fort contestable qui s'accorde difficilement avec les raisons sur lesquelles repose la solennité du contrat hypothécaire;

2° Il est admis traditionnellement que l'hypothèque est valablement constituée par un acte sous seing privé, à condition que cet acte soit déposé chez un notaire et que le dépôt, qui doit nécessairement émaner du débiteur ou d'un mandataire muni d'un pouvoir authentique et spécial (Poitiers, 4 déc. 1899, *D. P.* 1900, 2, 171, *S.* 1903, 2, 247), ait été régulièrement constaté par un procès-verbal qu'a dressé cet officier ministériel : l'hypothèque existe alors au jour de l'acte de dépôt (Civ. 3 déc. 1889, *D. P.* 1890, 1, 105, *S.* 1891, 1, 525). La présence du créancier n'est pas nécessaire lors du dépôt : c'est le débiteur seul que l'on veut protéger par l'intervention du notaire ou moment où il donne son consentement;

3° L'intervention du notaire n'est nullement requise pour la simple *promesse d'hypothèque* (Req. 5 nov. 1860, *D. P.* 1861, 1, 300).

1678. Dérogations. — Dans certains cas, l'exigence de la forme notariée est, non pas seulement conditionnée, amenuisée, mais mise de côté, purement et simplement, sans autre forme de procès.

1° Elle l'est d'abord pour toutes les hypothèques *mobilières*; leur constitution peut s'effectuer soit par acte sous seing privé (hypothèques maritime, fluviale, aérienne, hypothè-

que d'un fonds de commerce), soit par acte dressé par le greffier d'une justice de paix (warrant agricole) ou par celui d'un tribunal de commerce (warrant-hôtelier; warrant pétrolier);

2° Elle l'est aussi, et alors pour l'hypothèque immobilière elle-même, en faveur de l'*Etat* : il est admis que les *actes administratifs* peuvent servir de cadre à une constitution d'hypothèque, en dehors de l'intervention notariale. La loi des 28 octobre-5 novembre 1790, relative aux biens domaniaux (art. 14), et celle des 4-7 mars 1793, relative aux marchés passés au nom de l'Etat (art. 3), décidaient que les actes administratifs, *au même titre que les actes notariés*, emportaient hypothèque *de plein droit*. Sans doute, cette solution ne peut plus être admise aujourd'hui, intégralement; mais il en reste du moins le principe de l'assimilation des actes passés en la forme administrative aux actes rédigés dans la forme notariée; la constitution d'une hypothèque, par convention expresse, peut trouver place dans les premiers comme dans les seconds (Civ. 12 janv. 1835, *S.* 1835, 1, 11).

1679. Actes passés à l'étranger. — Ils ne peuvent, en principe, devenir constitutifs d'une hypothèque sur des immeubles situés en France quand bien même les parties auraient suivi les règles de forme applicables dans le pays où le contrat a été passé; la règle *locus regit actum* est mise de côté par l'article 2128 qui refuse aux contrats passés en pays étranger le pouvoir de conférer hypothèque sur les biens situés en France. Il semble que le législateur ait ici confondu la force *hypothécaire* avec la force *exécutoire*.

Cependant :

1° Si l'acte n'intéresse que des Français, ceux-ci ont la ressource de s'adresser au *chancelier d'un consulat* de notre pays; l'acte sera dressé dans la forme française, les chanceliers des consulats français faisant fonction de notaires à l'égard des nationaux;

2° Si l'acte intéresse des étrangers ou bien des Français et des étrangers, il arrive que des dérogations diplomatiques au principe posé dans l'article 2128 puissent être utilisées par les parties; certains traités internationaux ont confié le pouvoir de dresser des actes hypothécaires, les uns aux chanceliers de nos consulats, les autres aux notaires du pays de l'acte.

1680. II. Contenu du contrat hypothécaire. Principe de la spécialité. — Il ne suffit pas de connaître le

contenant; il faut encore savoir ce qu'il renferme : que trouve-t-on dans l'acte constitutif d'hypothèque? On y trouve certaines indications destinées à spécialiser l'opération juridique, à donner satisfaction au principe de *la spécialité de l'hypothèque*.

Ce principe est à double face : il impose la spécialisation du *gage hypothécaire* et celle de la créance *garantie*.

1681. 1° Spécialité du gage hypothécaire. — L'hypothèque conventionnelle ne peut pas être établie vaguement, sur les biens, sur les immeubles du débiteur; elle doit avoir un objet déterminé; non pas que le constituant ne puisse affecter plusieurs immeubles en sûreté d'une même dette, mais ces immeubles doivent être spécifiés, individualisés dans l'acte constitutif, afin qu'on puisse se rendre un compte exact de l'étendue du gage hypothécaire.

Cette exigence est relativement récente; dans notre ancien droit, l'hypothèque conventionnelle pouvait être générale; elle l'était même tout naturellement, puisqu'alors tout acte notarié portant obligation entraînait *de plano* hypothèque générale sur tous les immeubles du débiteur; la loi du 9 messidor an III laissa subsister ces errements et ce fut seulement la loi du 11 brumaire an VII qui posa le principe de la spécialité du gage hypothécaire, principe secourable à tous : 1. au *débiteur*, qui doit être protégé contre lui-même, contre la propension qu'il aurait à se dépouiller d'un seul coup de tout son crédit au profit d'un seul créancier; 2. aux *créanciers hypothécaires* eux-mêmes : les hypothèques générales nécessitent des procédures compliquées, longues et coûteuses, puisqu'elles multiplient les concours de créanciers sur les mêmes biens; 3. à l'*intérêt général* enfin : la libre circulation des biens s'accommode mal de la coexistence de charges désordonnées qui écrasent la propriété foncière sous un poids inutile; les abus sont à conjurer en pareille matière au nom de l'ordre social et pour des raisons économiques.

1682. Sanction. — La sanction de la règle de la spécialité du gage hyopthécaire est rigoureuse : elle consiste dans la nullité de l'acte constitutif; l'article 2129 est explicite en ce sens : « *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui...* etc. » La nullité est *absolue*; elle est à la disposition de tous intéressés, débiteurs, créanciers hypothécaires de rang postérieur, tiers; elle ne serait pas couverte par la désignation des immeubles dans l'inscrip-

tion; la loi veut que l'hypothèque *naisse* spécialisée (Civ. 26 avril 1852, *D. P.* 1852, 1, 131). Mais il est très généralement admis que l'acte, nul en tant que constitutif d'hypothèque, vaut en tant que *promesse d'hypothèque*; en conséquence, le créancier est en droit d'exiger la constitution d'une autre hypothèque ou, sinon, le remboursement immédiat, car on sait que le débiteur encourt la déchéance du terme lorsqu'il se refuse à fournir les sûretés qu'il avait promises (*sup.* n° 374; Becqué, t. I, n° 431; Aubry et Rau, t. III, § 266, note 65*bis*).

1683. En quoi consiste au juste la spécialisation. — La spécialisation est susceptible de plus ou de moins; elle peut être plus ou moins poussée. L'article 2129 exige que la *nature* et la *situation* de chacun des immeubles soient spécifiés dans l'acte, paraissant bien proscrire ainsi les formules globales, les désignations collectives, car il vise « *chacun des immeubles* », « *nominativement soumis à l'hypothèque* ». Cependant, la Cour de cassation se montre moins exigeante : elle se contente d'un à peu près, d'une énumération vague qui est devenue de style, donc de pure forme; le débiteur déclare hypothéquer tous les immeubles qu'il possède dans telle commune et consistant en maisons, terres labourables, bois, prés, vignes, étangs, jardins, plantations quelconques (Req. 27 nov. 1893, *D. P.* 1894, 1, 566, *S.* 1894, 1, 349; 29 oct. 1919, *S.* 1920, 1, 242). On n'exige même pas que la nature du droit hypothéqué soit spécifié dans l'acte : à supposer que le débiteur soit usufruitier d'un domaine ou d'une maison, son usufruit sera grevé de l'hypothèque établie, sans autre explication, sur tous les immeubles en maisons, prés, vignes, etc. qu'il possède dans la commune (Chambéry, 3 juill. 1889, *D. P.* 1891, 2, 307). Si bien qu'en définitive tombe seul sous le coup de l'article 2129 l'acte constitutif dans lequel le débiteur aurait déclaré hypothéquer tous ses biens, tous ses immeubles, sans préciser davantage (Civ. 26 avril 1852, *D. P.* 1852, 1, 131).

Cette jurisprudence, si libérale, se justifie ou tente de se justifier en alléguant le morcellement de la propriété foncière française et le désir d'éviter des procès en nullité et en responsabilité. Mais il est certain qu'elle ne répond ni au texte, ni au vœu de la loi; à une désignation *nominative* et *concrète*, la Cour de cassation substitue arbitrairement, pour des raisons de commodité pratique, une désignation *générique* et *abstraite*; à un nom, elle substitue non pas même un numéro, mais un genre; et les auteurs sont fondés à

considérer que cette substitution est illégale (BECQUÉ, t. I, n° 430).

1684. 2° Spécialité de la créance garantie. — L'article 2132 veut que la somme pour laquelle l'hypothèque est établie soit « *certaine et déterminée par l'acte* »; il exige ainsi que la créance garantie soit *individualisée* comme doit l'être la chose hypothéquée; un débiteur ne pourrait pas mieux constituer une hypothèque en sûreté de toutes ses dettes en général qu'il ne pourrait grever d'un seul coup tous ses immeubles au moyen d'une formule globale.

Cette seconde face du principe de la spécialité de l'hypothèque comporte la même *justification* et la même *sanction* que la précédente.

La spécialisation de la créance s'effectue par une double indication : 1° indication de la *cause*, de la source de la créance : prêt, constitution de rente viagère, etc.; 2° énumération du *montant* de la créance. Il est curieux de remarquer que l'article 2132 ne fait état que de la deuxième indication; or, c'est la première qui est la plus essentielle et la plus constante; elle est requise *dans tous les cas*, tandis que la deuxième n'est exigée que si le montant de la créance est actuellement connu; s'il est *indéterminé* — il s'agit, par exemple, d'une obligation de faire ou d'une créance d'origine délictuelle — les parties ne sont pas tenues de procéder à une estimation dans l'acte constitutif; il suffira que cette estimation soit effectuée ensuite dans l'inscription, comme il résulte assez clairement de la teneur de l'article 2132 (*inf.* n° 1798).

N° 2

Conditions de fond

1685. Enumération. — Le constituant doit réunir deux qualités :

1° Il faut qu'il soit titulaire du droit qu'il hypothèque;

2° Il doit être *capable* d'aliéner, de céder ce droit.

De plus, seuls les biens *présents* peuvent être hypothéqués, à l'exclusion des *biens à venir*.

I. *Première condition : le constituant doit être titulaire du droit qu'il hypothèque.* — HYPOTHÈQUE DE LA CHOSE D'AUTRUI. — En conséquence, lorsque, comme il arrive ordinairement, ce droit est un droit de propriété, il faut que le constituant soit *propriétaire*. On ne peut pas hypothéquer la chose d'autrui.

L'*hypothèque de la chose d'autrui*, lorsqu'elle a été consentie en connaissance de cause, par un débiteur qui savait n'être pas propriétaire, est constitutive du *stellionat*, délit civil qui, avant 1867, rendait son auteur contraignable par corps (art. 2059 et suiv., abrogés par la loi du 22 juill. 1867); mais, dans tous les cas, et que le constituant fût de bonne ou de mauvaise foi, cette hypothèque est *nulle, radicalement* nulle; la nullité en est imposée par une longue tradition et elle ressort implicitement de l'article 2129 qui suppose que les immeubles hypothéqués appartiennent au débiteur, comme aussi de l'article 2124 qui exige de sa part la capacité d'aliéner; il serait d'ailleurs inconcevable qu'on pût transmettre à autrui des droits dont on n'est pas titulaire : *nemo dat quod non habet*.

1686. Caractère de la nullité. — La nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui est comprise bien plus rigoureusement que la nullité de la vente de la chose d'autrui, et fort logiquement; car, si on conçoit que la vente soit simplement productive d'obligations, ainsi qu'elle l'était à Rome, on ne comprendrait pas que les effets de l'acte hypothécaire fussent limités à cette formule : par définition même, le contrat hypothécaire doit créer une hypothèque, c'est-à-dire un droit réel; il doit donc émaner d'un propriétaire, plus généralement d'une personne qui soit titulaire du droit à hypothéquer : la naissance immédiate de l'hypothèque, droit réel de garantie, est de *l'essence même* du contrat hypothécaire.

En conséquence, il est admis qu'à la différence de la nullité de la vente de la chose d'autrui, la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui est *absolue* : 1° d'une part, elle peut être invoquée par tout intéressé, alors que la nullité de l'article 1599 est à la disposition du seul acheteur; 2° d'autre part, elle est définitive et irrémédiable, quoi qu'il advienne par la suite et quand bien même le constituant acquerrait ultérieurement la propriété de la chose hypothéquée ou alors même que le propriétaire donnerait ensuite son approbation à la constitution d'hypothèque. La solution serait à maintenir dans le cas même où le constituant aurait expressément consenti l'hypothèque en prévision des éventualités qui viennent d'être envisagées, par exemple en vue de l'acquisition qu'il projette de l'immeuble hypothéqué : il ne faudrait pas dire que le contrat hypothécaire est alors affecté d'une condition suspensive; la propriété actuelle du constituant ne peut pas être mise *in conditione*, car elle constitue un élément essen-

tiel de l'opération; comme on le verra, l'hypothèque des biens à venir est nulle (*inf.* n° 1694); autre chose est avoir sur l'immeuble un droit conditionnel, autre chose n'avoir point de droit du tout, ou, ce qui revient au même ici, un droit purement éventuel (Voy. sur ces différents points, Civ. 24 mai 1892, *D. P.* 1892, 1, 327, *S.* 1892, 1, 289; 13 nov. 1912, *D. P.* 1913, 1, 433, note DE LOYNES, *S.* 1914, 1, 150; Montpellier, 10 fév. 1896, *S.* 1896, 2, 128, *D. P.* 1897, 2, 269). A ces différents égards, la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui s'oppose à la nullité de la vente de la chose d'autrui, laquelle est relative et est susceptible de disparaître à raison de certaines circonstances (*sup.* n° 1046).

1687. Dérogations ou tempéraments. — La prohibition d'hypothéquer la chose d'autrui comporte certaines dérogations ou certains accommodements.

1° Le mari commun en biens peut hypothéquer les immeubles de sa femme lorsqu'ils ont fait l'objet d'un *aneublissement en valeur* (art. 1507 et 1508; — *inf.* t. III, n° 456) : cependant, de tels immeubles, dans l'opinion générale du moins, demeurent la propriété exclusive de la femme;

2° Nous rappelons qu'il est permis d'hypothéquer un *immeuble litigieux* dont on n'a pas la possession actuellement et que l'on revendique contre un tiers détenteur; l'efficacité du contrat hypothécaire est alors subordonnée aux résultats du litige;

3° Il n'est pas indispensable d'avoir la propriété incommutable, pure et simple, de l'immeuble hypothéqué : un propriétaire sous condition *suspensive* ou sous condition *résolutoire* peut parfaitement consentir une hypothèque qui sera affectée des mêmes modalités que le droit sur lequel elle porte (art. 2125);

1688. — 4° De même, un *copropriétaire* peut constituer une hypothèque dont l'efficacité sera subordonnée aux résultats du partage, lequel produit un *effet déclaratif* (art. 883). A cet égard, trois éventualités sont possibles :

a) L'immeuble hypothéqué est placé dans le lot du constituant : alors, celui-ci étant considéré comme propriétaire exclusif dès le jour où avait commencé l'indivision, l'hypothèque est validée, soit sur l'immeuble tout entier, soit sur une partie correspondant à la part indivise du constituant, d'après les termes de l'acte constitutif et suivant que la constitution avait porté sur tout l'immeuble ou sur la part du débiteur (Req. 26 mars 1907, *D. P.* 1907, 1, 388);

b) L'immeuble est mis dans le lot d'un autre copropriétaire; en ce cas, et toujours en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'hypothèque disparaît rétroactivement; il se trouve qu'elle émanait d'un *non dominus* (Civ. 12 janv. 1909, *S.* 1909, 1, 361, note Wahl, *D. P.* 1910, 1, 33, note de Loynes) : le créancier hypothécaire n'aurait pas même la ressource d'exercer son droit de préférence sur la part du prix d'adjudication revenant au constituant (Req. 16 avril 1888, *S.* 1888, 1, 216, *D. P.* 1888, 1, 249; Civ. 12 janv. 1909, *S.* 1909, 1, 361, note Wahl, *D. P.* 1910, 1, 33, note de Loynes);

c) L'immeuble est adjugé sur licitation à un étranger, à un non copropriétaire. L'adjudicataire est tenu de l'hypothèque, car, à son égard tout au moins, il y a vente et non partage; l'effet déclaratif ne se réalise donc pas. Seulement, on se demande dans quelle mesure ce résultat se produit : c'est une question délicate qui sera examinée à propos de l'effet déclaratif du partage (*inf.* tome III, nos 1205, 1215 et suiv.).

1689. Hypothèque consentie par tous les copropriétaires. — Le créancier qui veut accepter une hypothèque sur un immeuble indivis a, depuis 1911, un moyen pour obtenir une complète sécurité : il lui suffit d'exiger les signatures de tous les copropriétaires qui seront ainsi parties à l'acte; quoi qu'il arrive par la suite, que l'immeuble soit attribué au débiteur, à l'un des consorts ou à un étranger, le sort de l'hypothèque ne sera pas mis en question; cette sûreté résistera à toutes les éventualités possibles; ainsi l'a décidé une loi du 31 décembre 1910 qui a ajouté un alinéa à l'article 2125. Cette loi est venue en quelque sorte abroger une jurisprudence qui, très logiquement d'ailleurs, avait déduit de l'effet déclaratif qu'une fois le partage effectué, l'hypothèque constituée pendant la durée de l'indivision, fût-ce du consentement unanime des copropriétaires, ne pouvait être validée qu'au regard de l'attributaire et dans la mesure de sa part indivise; elle était non avenue au regard des non-attributaires qui pouvaient donc faire valoir leur privilège de copartageants à l'encontre du créancier hypothécaire (Civ. 12 janv. 1909, *S.* 1909, 1, 361, arrêt précité). Grâce à l'intervention du législateur, ce résultat, trop logique, sera conjuré; le créancier hypothécaire, considéré comme l'ayant cause de tous les constituants, n'a rien à craindre de leur privilège : qui doit garantir ne saurait évincer. Celle loi de 1910 marque *un recul du principe de l'effet déclaratif du partage.*

1690. — 5° Conformément à une idée traditionnelle, l'hypothèque est valable, bien qu'émanant d'un *non dominus*, lorsqu'elle a été constituée par un *propriétaire apparent*, c'est-à- dire par une personne qui passe, aux yeux de tous, pour être propriétaire de l'immeuble; ainsi l'exigent la bonne foi, la sécurité des transactions. *Error communis facit jus*; l'erreur commune et invincible crée le droit; l'apparence équivaut à la réalité.

La jurisprudence fait application de ces principes aux hypothèques constituées par un *héritier* ou un *légataire apparents* (Civ. 26 janv. 1897, *S.* 1897, 1, 316, *D. P.* 1900, 1, 33, note SARRUT, *inf.* t. III); et aussi à celles qui émanent de *prête-noms*, c'est-à-dire de personnes qui se sont présentées faussement au public comme propriétaires d'immeubles appartenant en réalité à autrui et ressortissant, par exemple, à des congrégations non autorisées. Le créancier hypothécaire, dans l'espèce le Crédit foncier, peut se réclamer du droit hypothécaire, en dépit de la règle qui prohibe l'hypothèque de la chose d'autrui et qui recule ici devant la maxime traditionnelle « *error communis facit jus* », laquelle constitue une directive générale de notre droit, une des vérités premières de la superlégalité devant laquelle fléchissent les dispositions de la loi écrite (Civ. 17 juill. 1907, *S.* 1907, 1, 401, note WAHL, *D. P.* 1908, 1, 11; Req. 20 juill. 1910, *D. P.* 1910, 1, 392; — V. cependant, Paris, 15 juin 1933, *D. H.* 1933, 466).

1691. II. **Deuxième condition : capacité d'aliéner.** — La loi exige, chez le constituant, la capacité d'aliéner l'immeuble hypothéqué (art. 2124), c'est-à-dire, plus généralement, la capacité de disposer de la chose ou du droit sur lesquels l'hypothèque est établie. Le mérite de cette directive est discutable, car, en accordant une hypothèque à son créancier, le débiteur ne consent pas d'aliénation; sans doute, à défaut de paiement, le créancier pourra saisir et faire vendre le bien hypothéqué, mais cette faculté lui appartenait déjà, en tant que créancier chirographaire et en vertu du droit de gage général de l'article 2092. Le législateur a considéré que la constitution d'une sûreté réelle porte atteinte au crédit du débiteur, et ausi, sans doute, qu'elle restreint ses prérogatives sur la chose hypothéquée (*inf.* n^os^ 1872 et suiv.).

1692. Applications. — Du moment que la capacité d'hypothéquer va de pair avec la capacité d'aliéner, il faut

décider que sont incapables d'hypothéquer : les *mineurs*, la *femme mariée sous le régime dotal* et en ce qui concerne ses immeubles dotaux, à l'égard desquels elle est frappée d'une incapacité tenant au régime matrimonial, *l'incapacité dotale* (*inf.* t. III, n° 579), les individus pourvus d'un *conseil judiciaire* (art. 499 et 513) ; quant au *tuteur*, il devra obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (art. 457), tandis que le père *administrateur légal* pourra hypothéquer avec la seule autorisation du tribunal.

Réserve faite des règles inhérentes au régime matrimonial, la femme, alors même qu'elle ne serait pas séparée de corps, peut hypothéquer ses biens, sans distinguer selon qu'elle est ou non commerçante, qu'elle exerce ou non une profession distincte; la loi du 18 février 1938 lui a, en effet, conféré « *le plein exercice de sa capacité civile* » (art. 215, nouv. réd.); pouvant aliéner ses immeubles, elle se trouve, par là même, en état de les grever d'hypothèques.

Sur un point, la symétrie est rompue entre les deux ordres de capacité : le *mineur commerçant* peut librement hypothéquer ses biens *pour les besoins de son commerce* (Req. 16 mars 1898, *S.* 1898, 1, 325, *D. P.* 1898, 1, 279), encore qu'il doive, pour l'aliénation, observer les formalités de la tutelle (C. com., art. 2 et 6). D'autre part et pour ce qui est de l'immeuble dotal appartenant à une femme dotale, il est concevable qu'une clause du contrat de mariage permette uniquement l'aliénation ou seulement la constitution d'hypothèque, et l'interprétation restrictive s'impose en pareille matière (V. *inf.* t. III, n° 601).

1693. Sanction. — L'incapacité est sanctionnée par la nullité *relative* du contrat hypothécaire; la confirmation est donc possible, soit expressément, soit tacitement, soit par l'écoulement d'un délai de dix années à compter du jour où l'incapacité a cessé (*prescription décennale* de l'article 1304) ; de plus, la nullité est réservée à l'incapable et à ses représentants;; cependant, elle peut être opposée également par ses créanciers chirographaires et aussi par les créanciers hypothécaires à qui elle serait de nature à nuire et qui produisent dans le même ordre (V. pour le cas d'une hypothèque constituée sur un immeuble dotal, Req. 18 nov. 1896, *D. P.* 1897, 1, 78).

1694. III. L'hypothèque des biens à venir. — Aux termes de l'article 2129, § 2, « *les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués* ».

Cette interdiction procède de raisons multiples : 1° le constituant doit être propriétaire de l'immeuble hypothéqué; cette condition n'est pas réalisée en ce qui concerne des biens que le débiteur n'acquerra peut-être jamais, sur lesquels il n'a aucun droit, même conditionnel; 2° la règle de la spécialité du gage hypothécaire n'est pas satisfaite, ou, du moins, elle peut ne pas l'être : la désignation précise d'un bien à venir souffre des difficultés. C'est à cette considération que la loi rattache la prohibition (Comp. les deux alinéas de l'art. 2129 : la solution du deuxième intervient par application du principe inscrit dans le premier) ; 3° fréquemment, l'hypothèque de biens à venir concerne des immeubles que le constituant recueillera dans la succession du propriétaire actuel : un fils de famille veut utiliser, en tant qu'instruments de crédit, les biens paternels; il entend manger son blé en herbe. En ce cas, la combinaison tombe sous le coup de la règle prohibitive des *pactes sur succession future*.

La sanction est la *nullité* de l'hypothèque constituée en violation de l'article 2129, § 2; étant donné les motifs qui expliquent cette disposition, la nullité est *absolue*, donc définitive, irrémédiable, comme celle qui atteint l'hypothèque de la chose d'autrui.

1695. Dérogations. — Dans deux cas, le Code civil admet l'hypothèque portant sur des biens à venir :

1° Les biens *présents* et *libres* du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance (art. 2130) : il peut alors, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeurera affecté au fur et à mesure des acquisitions (même texte).

On interprète cette disposition très restrictivement, en décidant notamment qu'elle ne saurait être utilisée par le débiteur qui ne possède pas d'immeubles du tout; le texte prévoit le cas où les biens actuels sont insuffisants, mais non pas celui où ils sont inexistants (Civ. 30 janv. 1872, *D. P.* 1874, 1, 99; Lyon, 6 fév. 1913, *D. P.* 1915, 2, 14). Ainsi, l'hypothèque des biens à venir ne peut être que complémentaire d'une hypothèque portant sur des biens présents. Cette conception étroite est commandée par la prudence autant que par le texte de l'article 2130 : on doit se garder d'encourager les fils de famille à se procurer de l'argent en escomptant la succession de leurs parents;

2° Les immeubles hypothéqués, suffisants à l'origine, ne couvrent plus la créance : ils ont péri ou ils ont éprouvé des dégradations : le créancier est alors en droit d'exiger un

supplément d'hypothèque (art. 2131), lequel peut être fourni en biens à venir (arg. tiré du mot « *pareillement* »), à défaut de quoi le débiteur, encourant la déchéance du terme, devrait rembourser immédiatement la somme dont il est redevable (même texte).

L'article 2131 n'est applicable que lorsqu'une série de conditions sont réunies.

a) Il faut supposer que l'insuffisance du gage hypothécaire ne s'est manifestée que postérieurement à la constitution de l'hypothèque; si elle était originelle, elle ne légitimerait pas l'hypothèque des biens à venir;

b) La diminution des sûretés primitives doit procéder d'une perte ou d'une dégradation matérielle : due à une cause économique, à une crise de la propriété foncière, elle ne serait pas prise en considération;

c) Il faut encore supposer que la diminution des sûretés provient d'une cause étrangère au débiteur; si elle est due à son fait, si c'est une maison qu'il a démolie, une futaie qu'il a abattue, on sort du domaine de l'article 2131 pour entrer dans celui de l'article 1188 : le débiteur encourt alors la déchéance du terme, purement et simplement, sans pouvoir l'éviter en offrant au créancier un supplément d'hypothèque.

1696. Observation essentielle. — L'hypothèque des biens à venir est une hypothèque *générale* quant à sa constitution; mais elle est *spéciale* quant à son inscription; elle ne prend rang, pour chacun des immeubles acquis ultérieurement par le débiteur, que le jour où elle est inscrite sur chacun de ces biens. Le grand principe de la spécialité du gage hypothécaire n'est donc mis de côté que dans le contrat hypothécaire lui-même.

1697. Hypothèque émanant d'un constituant qui n'est pas le débiteur : caution réelle. — Il n'est pas indispensable que le constituant soit le débiteur; un propriétaire peut parfaitement hypothéquer sa chose en sûreté de la dette d'autrui; il joue alors le rôle de *caution réelle*, rôle que nous avons défini précédemment (*sup.* n° 1460). N'étant pas tenue personnellement, la caution réelle est dans une situation qui se rapproche de celle du tiers détenteur; cependant, des différences séparent ces deux répondants; elles tiennent surtout à cette circonstance que la caution réelle a été partie à la constitution de l'hypothèque (c'est pourquoi on ne lui permet pas de recourir à la procé-

dure de la *purge*; *inf.* n° 1928), tandis que le tiers détenteur est étranger, non seulement à la dette, comme d'ailleurs la caution réelle, mais aussi à l'acte productif d'hypothèque; il n'est pas caution, même réelle, même par l'intermédiaire de l'immeuble hypothéqué, et c'est pourquoi l'exception *cedendarum actionum* de l'art. 2037 lui est refusée (*inf.* n° 1910).

§ II. — *L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE*

Bibliographie. — De Vareilles-Sommières, *De l'hypothèque judiciaire*; Louis Saint-Quentin, *La suppression de l'hypothèque judiciaire en Belgique et le projet de loi sur la réforme hypothécaire*, thèse, 1902.

1698. Définition; exemples. — L'article 2117 déclare que « l'*hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires* ». C'est qu'en effet il existe, en réalité, deux hypothèques judiciaires, l'une qui est attachée aux *jugements de condamnation*, l'autre qui résulte des *jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture*.

1° *Des jugements de condamnation* : un débiteur ne paie pas; le créancier le cite devant le tribunal et obtient contre lui un jugement constatant l'existence ainsi que l'exigibilité de la dette et condamnant le défendeur à payer. Dès lors, ce créancier est investi d'une hypothèque générale, portant sur tous les immeubles du débiteur et destinée à assurer l'exécution du jugement de condamnation : c'est là l'hypothèque judiciaire proprement dite, celle qui fonctionne le plus souvent;

2° *Des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture*. — Une obligation est constatée par un acte privé, par un billet; le créancier est exposé à des déceptions, à des difficultés de preuve et d'exécution, surtout au cas de décès du débiteur; les héritiers déclareront peut-être ne pas reconnaître ou ne pas connaître l'écriture de leur auteur. Afin de conjurer une telle éventualité, ce créancier va assigner son débiteur devant le tribunal, non pas en exécution mais en reconnaissance de la dette; si le débiteur reconnaît son écriture, le tribunal rend un *jugement de reconnaissance*, simple acte de juridiction gracieuse; dans l'éventualité contraire, un procès s'engage, le juge ordonne la vérification de l'écriture contestée et, si les résultats sont conformes à l'allégation du créancier, celui-ci obtient un *jugement de vérification d'écriture*, lequel n'est point un véritable juge-

ment de condamnation, en ce sens qu'il ne se réfère pas à l'exécution de la dette — peut-être n'est-elle pas exigible — mais seulement à une question de preuve.

1699. Précédents. — L'origine de l'hypothèque judiciaire doit être cherchée, non dans le droit romain, mais dans notre ancien droit français. C'était un principe que les actes notariés portant obligation entraînaient *de plano* hypothèque générale sur les biens du débiteur; ils avaient force hypothécaire. Dès lors, il était logique d'accorder la même vertu aux actes judiciaires constatant l'existence d'obligations. Effectivement, c'est pour le jugement de reconnaissance d'écriture que le premier pas fut fait, par la coutume de Paris de 1510, article 78 : « Une cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession d'icelle en jugement. » Cette disposition fut étendue à tout le royaume par l'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1539. Puis, en 1566, l'ordonnance de Moulins fit sortir l'hypothèque judiciaire de tout jugement de condamnation et cette règle générale fut reproduite par la deuxième rédaction de la coutume de Paris, de 1580, article 108. La filiation des idées est saisissante : l'hypothèque générale est d'abord attachée à l'acte notarié; elle passe de là à l'acte de reconnaissance d'écriture, pour être enfin accolée à tout jugement proprement dit, soit qu'il porte vérification d'écriture, soit qu'il porte condamnation.

Elle fut accueillie par les lois de la période intermédiaire (lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII), parfois avec certaines restrictions; le Code civil l'a consacrée dans toute son ampleur d'autrefois (art. 2117 et 2123).

1700. Plan. — Il faut rechercher :

1° *Quelles décisions* emportent hypothèque judiciaire;

2° Quelle est *l'assiette* de cette sûreté;

3° *Quelles créances* elle garantit;

4° Après quoi, il sera possible d'apprécier le *mérite* de cette institution.

1701. I. Quelles décisions emportent hypothèque judiciaire. Principe. — Réserve faite des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture, ce sont uniquement *les jugements de condamnation* qui emportent hypothèque judiciaire; et la raison en est simple : on ne conçoit pas d'hypothèque, droit accessoire, sans une créance, droit principal auquel elle se rattache; or, les jugements

de condamnation sont les seuls qui consacrent le principe d'une créance, au profit du gagnant et contre la partie perdante.

1702. Applications. — A. N'emporteront donc pas l'hypothèque judicaire :

1° Les *procès-verbaux de conciliation* dressés par les juges de paix, alors même qu'on y trouverait la reconnaissance d'une obligation; le juge se borne à constater l'accord des parties, il ne condamne personne, il ne rend pas un véritable jugement (Voy. d'ailleurs C. pr., art. 54, § 2, ancienne et nouvelle rédaction, et *sup.* n° 1685);

2° Les *actes de juridiction gracieuse*, qui ne sont pas non plus des jugements véritables : décision nommant un tuteur, un conseil judiciaire, un curateur à succession vacante, ou prononçant l'envoi en possession des biens d'un absent, ou bien l'adjudication d'un immeuble vendu en justice.

1703. — B. Emportent l'hypothèque judiciaire : tous jugements de condamnation, sans distinguer ni d'après la nature de la décision, ni d'après celle de la juridiction.

1° Peu importe la *nature* de la décision : *a*) les jugements d'avant-dire droit sont, à cet égard, assimilés aux décisions qui portent sur le fond même du litige; c'est ainsi qu'un jugement *provisoire*, comme celui qui condamne le mari à servir une pension à sa femme pendant la durée de l'instance en divorce, est assorti de l'hypothèque judiciaire, tout comme la décision qui interviendra sur la question même du divorce; *b*) les décisions rendues *par défaut* sont traitées comme les décisions *contradictoires* (Civ. 4 août 1913, *Gaz. Pal.* 21 oct.; Req. 28 mai 1935, *D. H.* 1935, 460); *c*) la condamnation aux *dépens* de l'instance est elle-même garantie par l'hypothèque judiciaire; *d*) et il n'est pas jusqu'aux *jugements convenus* ou *jugements d'expédient* qui ne participent à cette sûreté (Civ. 28 nov. 1904, *D. P.* 1905, 1, 204, *S.* 1907, 1, 280).

1704. Dérogation. — Il est des jugements qui, bien que portant condamnation, n'ont pas force hypothécaire : ce sont ceux qui, en matière d'*accidents du travail*, condamnent le patron — ou la compagnie d'assurances — envers la victime ou ses représentants (L. 9 avril 1898, art. 26, § 4). On a voulu éviter de grever lourdement les immeubles du chef d'entreprise; d'ailleurs, l'exécution de la condamnation est

assurée par d'autres garanties (*privilège* de l'art. 2101 - 6°; service des rentes fait par la *Caisse nationale des retraites*, L. 1898, art. 24, etc. V. SACHET et H. GAZIER, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 8e éd., t. II, nos 1580 et s.).

1705. Jugements sujets à controverse. — Il y a des difficultés pour les jugements qui *homologuent un partage*, du moins lorsqu'ils se bornent à constater l'accord des parties qui n'ont soulevé, on le suppose, aucune contestation; la Cour de cassation y attache l'hypothèque judiciaire, sans aucune distinction (Civ. 4 janv. 1911, *D. P.* 1911, 1, 249, note PLANIOL); mais cette jurisprudence, approuvée par quelques auteurs, est vivement combattue par la plupart des civilistes actuels (PLANIOL, note précitée; COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 1249; BECQUÉ, t. I, n° 573) qui font remarquer qu'une homologation est un acte de juridiction gracieuse, au moins lorsqu'il n'y a pas eu différend soumis au juge, et que l'autorité de la chose jugée n'y est point attachée (Req. 3 mai 1897, *S.* 1897, 1, 488, *D. P.* 1897, 1, 224); il est d'ailleurs étrange de traiter le jugement d'homologation de partage autrement que le jugement d'adjudication d'un immeuble vendu en justice;

2° *Peu importe la nature de la juridiction dont émane la décision.* — Il n'y a pas à distinguer : justices de paix, tribunaux de première instance, cours d'appel, tribunaux de commerce, tribunaux administratifs, consuls français à l'étranger, voire même jugements rendus par les tribunaux étrangers, mais à la condition que l'*exequatur* leur ait été accordé par un tribunal français (art. 2123, § 4). A ce point de vue, ils sont à rapprocher, mais pour les en différencier nettement, des *sentences arbitrales*, rendues par de simples particuliers auxquels les parties ont donné le soin de trancher leur différend; ces décisions n'ont, par elles-mêmes, ni force exécutoire ni force hypothécaire, mais cette double autorité leur est conférée par l'ordonnance d'exécution rendue par le président du tribunal de première instance (art. 2123, § 3; C. pr., art. 1020) : seulement, à la différence de l'*exequatur* accordé aux jugements étrangers, cette formalité n'a guère que la valeur d'un *visa*, du moins lorsque, comme il arrive ordinairement, la sentence arbitrale a été rendue en France.

1706. Les contraintes administratives. — Les mandements délivrés contre les redevables par les préposés des diverses adminstrations financières ont la force exécutoire

et aussi, semble-t-il, en général, la force hypothécaire, ainsi qu'il paraît résulter d'un avis du Conseil d'Etat des 16-25 thermidor an XII aux termes duquel « les condamnations et les contraintes émanées des administrateurs... emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire ». Cependant, la Cour de cassation tend à limiter la force hypothécaire aux contraintes qui présentent le caractère de jugements, d'actes de juridiction, à l'exclusion de celles qui, intervenues en dehors de tout litige, offrent les caractères d'actes de pur commandement, ce qui revient pratiquement à limiter la force hypothécaire aux contraintes délivrées par l'Administration des *Douanes* (Comp. Req. 9 nov. 1880, *D. P.* 1881, 1, 249, *S.* 1881, 1, 304; Civ. 4 avril 1900, *S.* 1901, 1, 197; 26 fév. 1901 [3 arrêts], *S.* 1902, 1, 52; 17 juin 1901, *S.* 1903, 1, 149).

1707. II. Assiette de l'hypothèque judiciaire. Principe. — L'hypothèque judiciaire est générale quant à son objet : elle grève tous les *immeubles* du débiteur, non seulement présents, mais à venir (art. 2123, § 2), et alors même qu'il n'aurait pas la capacité de les grever d'une hypothèque conventionnelle, étant mineur ou interdit; la charge est établie sans qu'il ait à manifester sa volonté.

1708. Précisions et limitations. — L'hypothèque judiciaire comporte cependant certaines limites qui arrêtent son expansion :

1° *Elle ne s'étend jamais aux meubles du débiteur* : les hypothèques mobilières ne peuvent être établies que conventionnellement; l'article 2123, § 2, ne vise que les immeubles;

2° Les biens insusceptibles d'hypothèque conventionnelle échappent à l'hypothèque judiciaire : un immeuble inaliénable, tel un fonds dotal appartenant à une femme dotale, répugne à l'établissement de toute hypothèque; et la Cour de cassation décide de même pour les biens simplement insaisissables (Req. 23 mars 1898, *S.* 1902, 1, 518);

3° Les immeubles des héritiers du débiteur ne subissent pas l'emprise de l'hypothèque judiciaire, et cela quand bien même la succession du débiteur aurait été acceptée purement et simplement; Loysel disait déjà : *Générale hypothèque de tous biens comprend les présents et à venir et non ceux des hoirs* »;

4° Lorsqu'une condamnation est prononcée contre un

débiteur qui est marié ou que se marie ultérieurement sous un régime de *communauté*, la question de savoir si les immeubles communs sont grevés de l'hypothèque judiciaire se résout, dans l'opinion dominante, par une distinction : *a*) si la condamnation est intervenue contre le mari au cours de la communauté, l'hypothèque judiciaire frappe tous les immeubles communs, de façon définitive, et les suit, même après le partage et fussent-ils placés dans le lot de la femme; l'effet rétroactif du partage est donc mis de côté (Lyon, 16 juill. 1881, *D. P.* 1882, 2, 275); *b*) si la condamnation est antérieure au mariage, les immeubles communs répondent bien de la dette hypothécairement pendant la durée de la communauté, mais, une fois le partage opéré, la femme n'en est plus tenue sur les immeubles mis dans son lot; l'effet rétroactif du partage s'y oppose. Ce corps de solutions, admis par Pothier (*Communauté*, n^os^ 752 et 753) est accepté, sinon par tous les auteurs, du moins par la majorité;

5° L'hypothèque judiciaire peut être *réduite* dans les termes des articles 2161 et suivants du Code civil (*inf.* n° 1771).

1708*bis*. III. **Créances garanties.** — L'hypothèque judiciaire garantit l'excution des obligations consacrées par le jugement de condamnation ou par le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture, et rien d'autre; à ce point de vue, elle est donc spéciale.

1709. IV. **Appréciation critique de l'hypothèque judiciaire.** — L'hypothèque judiciaire est l'objet, depuis longtemps, de très vives attaques; on lui reproche de se prêter à des collusions, à des surprises, à des stratagèmes savants de la part de créanciers avides et peu scrupuleux qui obtiendront, à la dernière heure, une cause de préférence par rapport à d'autres créanciers plus intéressants et moins acharnés.

A notre avis, il faut, pour juger l'hypothèque judiciaire, distinguer les deux chefs qu'elle comprend.

1° En tant qu'elle est attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture, cette hypothèque n'est guère défendable; et c'est dans cette fonction qu'elle se manifeste comme une source d'abus et d'injustice. Voilà un débiteur qui n'avait pas voulu accorder à son créancier une hypothèque conventionnelle; qu'à cela ne tienne! Ce créancier va l'assigner en reconnaissance d'écriture et, de cette façon, il obtiendra bien mieux que ce qu'aurait pu lui accorder volontairement le débiteur, à savoir une hypothèque générale, portant sur tous les immeubles présents et à

venir, en sorte qu'il sera mieux traité que les créanciers bénéficiaires d'hypothèques conventionnelles.

D'autre part, et c'est ce qui met le comble à l'incohérence, ce même créancier sera mieux partagé que s'il avait été muni d'un titre authentique; car alors, il n'aurait pas pu engager la procédure en reconnaissance et en vérification d'écriture; la forme notariée s'y serait opposée. Sans doute, il aurait eu une autre ressource, celle de poursuivre le débiteur en justice et d'obtenir contre lui un jugement de condamnation emportant hypothèque judiciaire; seulement, cette faculté ne lui eût appartenu qu'à l'échéance de la dette, tandis que, muni d'un simple acte privé, il peut engager sur-le-champ la procédure en vérification d'écriture, sans attendre l'arrivée du terme, et il sera ainsi investi d'une hypothèque générale, en quelque sorte par anticipation.

1710. Loi du 3 septembre 1807. — Ce résultat était tellement choquant que le législateur est intervenu, sinon pour le conjurer tout à fait, du moins pour l'atténuer; une loi du 3 septembre 1907 interdit au porteur d'un acte privé et qu'il a fait vérifier en justice, de faire inscrire son hypothèque judiciaire avant l'échéance de la dette. Or, comme on le verra, l'hypothèque n'est vraiment utile, ne devient opposable aux tiers que par son inscription. Par cette mesure réglementaire, on rétablit, semble-t-il, l'équilibre entre créanciers munis d'un acte privé et créanciers munis d'un acte authentique; pas complètement cependant, car le créancier qui a agi en vérification dès avant l'échéance, sera en mesure de faire inscrire son hypothèque sans le moindre délai, aussitôt le terme arrivé, tandis que le créancier porteur d'un titre notarié devra d'abord obtenir un jugement contre le débiteur, si bien qu'il arrivera bon dernier dans cette course hypothécaire.

On peut donc dire qu'aujourd'hui encore le créancier porteur d'un acte privé se trouve mieux traité :

a) Que si le débiteur lui avait consenti une hypothèque, laquelle eût été spéciale et n'eût pas affecté les biens à venir;

b) Que si la créance eût été constatée par un acte notarié, car c'est plus tardivement qu'il eût pu obtenir alors une hypothèque judiciaire opposable à tous.

Il est à remarquer que cette dernière discordance n'existait pas dans notre ancien droit, alors que tout acte notarié portant obligation entraînait hypothèque générale sur les biens du débiteur; le déséquilibre est résulté de ce que le législateur moderne a répudié cette hypothèque générale tout

en accueillant celle qui est attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.

1711. — 2° L'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de condamnation n'appelle pas les mêmes critiques, ou du moins elle peut se réclamer de certains arguments, des trois suivants notamment :

a) Il est bon que l'exécution des décisions de justice soit efficacement garantie; il y va de l'ordre social et du prestige de l'autorité publique;

b) Si l'hypothèque judiciaire n'existait pas, les créanciers n'auraient plus que la ressource de la saisie et ils y recourraient abondamment, au grand préjudice du débiteur, tandis que, sous le régime actuel, ils sont tranquillisés du moment qu'ils ont obtenu un jugement de condamnation et qu'ils ont fait inscrire leur hypothèque judiciaire;

c) Il faut que le créancier soit protégé contre des fraudes possibles de la part de son débiteur (dissimulation de biens, aliénation frauduleuse).

Cependant, le courant dominant est hostile à l'hypothèque judiciaire, même dans la mesure où elle garantit l'exécution des condamnations : la *Belgique* l'a abolie (loi belge du 16 déc. 1851) comme aussi l'*Allemagne* et la *Suisse*; chez nous, le projet de loi de 1896 sur la réforme hypothécaire la supprimait purement et simplement, conformément à l'opinion de la Cour de cassation dont le rapporteur observa que cette institution ne peut s'expliquer qu'historiquement, comme un corollaire de l'hypothèque contractuelle attachée aux actes notariés, non rationnellement, car elle est contraire et à la *nature des jugements*, lesquels sont déclaratifs de droits préexistants et ne devraient, en bonne logique, rien ajouter aux droits du gagnant; et à *l'équité*, car elle devient, entre les mains du créancier, un expédient : attachée aux jugements par défaut, elle peut être obtenue par surprise; elle devient, entre créanciers, le prix de la course; elle complique la procédure d'ordre en multipliant les créanciers hypothécaires, et, dans ce concours, le prix reviendra, non au plus méritant, mais au plus avide et au moins scrupuleux. Il est vrai que des fraudes sont à craindre également du côté du débiteur et l'hypothèque judiciaire tend à les prévenir; mais l'action paulienne ne suffirait-elle pas à donner satisfaction aux créanciers?

1712. — Comme on le voit, si l'accord est fait contre l'hypothèque attachée aux actes judiciaires, la controverse persiste quant au mérite de l'hypothèque attachée aux juge-

ments de condamnation; et il semble bien que cette institution subsistera, au moins dans ce domaine, aussi longtemps que la déconfiture n'aura pas été l'objet d'une organisation juridique; si la faillite civile était aménagée, en sorte que l'égalité de traitement fût assurée aux créanciers et que les fraudes fussent rendues impraticables de part et d'autre, l'hypothèque judiciaire aurait vécu; jusque-là, elle se justifie; il faut y voir la rançon de l'anarchie de notre régime juridique de la déconfiture.

§ III. — *LES HYPOTHÈQUES LÉGALES*

1713. Définition. — L'hypothèque *légale* est celle qui résulte directement et exclusivement de la loi, qui est une création purement légale; c'est l'hypothèque *tacite* de notre ancien droit.

1714. Distinction et plan. — Si l'on élimine les privilèges généraux qui obéissent, comme on l'a vu, à un statut particulier et qui ne sont pas de véritables hypothèques, il reste deux catégories d'hypothèques légales :

1° Les hypothèques légales *ordinaires*, pour lesquelles le rang est une question de date et qui, à cet égard, sont traitées ainsi que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires; il en est qui sont générales, qui affectent tous les immeubles du débiteur, d'autres qui ne portent que sur des biens déterminés;

2° Les hypothèques légales *privilégiées*, dont le rang est fixé indépendamment d'une date quelconque et qui priment, en principe, les hypothèques ordinaires, même antérieures; on les qualifie, avec le Code civil, de *privilèges immobiliers spéciaux*; en réalité, ce sont bien des hypothèques privilégiées, bénéficiant d'un rang de faveur que nous aurons à préciser; à la différence des hypothèques légales ordinaires, elles sont toujours spéciales; elles n'affectent que certains biens.

Nous étudierons d'abord les hypothèques légales ordinaires, puis les hypothèques privilégiées ou privilèges immobiliers.

N° 1

Hypothèques légales ordinaires

1715. Enumération. — L'article 2121 cite trois hypothèques légales; mais cette énumération est très incomplète; il faut nommer :

1° L'hypothèque de *la femme mariée* sur les immeubles de son mari (art. 2121, § 2);

2° Celle des *personnes en tutelle* sur les immeubles du tuteur (art. 2121, § 3);

3° Celle de l'*Etat*, des *communes* et des *établissements publics* sur les biens des comptables (art. 2121, § 4);

4° Celle des *légataires* sur les immeubles de la succession (art. 1017);

5° Celle de la *masse des créanciers* sur les biens du débiteur commerçant en état de faillite (C. com., art. 490 et 517) ou de liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 4);

6° Celle de la *régie des douanes* sur les biens des redevables (L. 6-22 août 1791, titre XIII, art. 23);

7° Celle du *Trésor* pour le recouvrement de la contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre (L. 13 juill. 1925, art. 134).

1716. Elimination. — Nous n'avons pas à étudier ici l'hypothèque des légataires qui trouvera sa place dans le droit des libéralités (t. III, n° 1518); ni celle de la masse en cas de faillite, puisqu'elle ressortit au droit commercial; ni enfin celles de la régie des Douanes et du Trésor qui intéressent surtout le droit fiscal : ce sont donc seulement les trois premières hypothèques légales, celles de l'article 2121, qui feront l'objet de notre étude : elles ont ce caractère commun d'être générales, de porter sur tous les biens du débiteur, du moins sur ses *biens immobiliers susceptibles d'hypothèque*, car nous rappelons que les hypothèques mobilières sont toutes et exclusivement conventionnelles; il n'existe pas d'hypothèque légale des navires ou du fonds de commerce, réserve faite cependant pour l'hypothèque conférée au Trésor par la loi du 13 juill. 1925 (*sup.* n° 1715).

1717. Alsace et Lorraine. — Les hypothèques légales du droit français sont devenues les hypothèques légales des départements recouvrés (L. 1er juin 1924, art. 51); seulement, elles sont soumises à un régime différent, qui est, en principe, celui du droit commun, celui de la *spécialité* et de la *publicité* (art. 47, § 2, 48 et 52 de la loi) : c'est un point sur lequel nous reviendrons à l'occasion.

1718. Plan. — Nous étudierons successivement, et dans l'ordre du Code civil, les trois hypothèques légales de l'article 2121.

I

Hypothèque légale de la femme mariée

1719. Généralités. Historique. — Les créances qu'une femme mariée peut avoir contre son mari sont garanties par une hypothèque légale (art. 2121, § 2) qui est une création de Justinien.

Avant cet empereur, la femme ne disposait que d'un tour de faveur, d'un « *privilegium inter personales actiones* »; l'hypothèque, assortie d'un droit de préférence et d'un droit de suite, constitue une sûreté autrement énergique. Justinien en accrut encore l'efficacité en décidant qu'elle primerait toutes autres hypothèques, même antérieures au mariage (constitution *Assiduis*); il en faisait ainsi une hypothèque privilégiée.

C'est avec ce caractère qu'elle passa dans nos pays de droit écrit, tandis qu'elle semble n'avoir été admise, en pays coutumier, que comme hypothèque ordinaire prenant rang au jour du mariage, si bien qu'elle n'avait alors d'utilité qu'autant qu'il n'avait point été fait de contrat de mariage, ce contrat, acte notarié, entraînant une hypothèque générale sur tous les biens du mari, à la date où il avait été conclu.

L'hypothèque légale de la femme fut supprimée par la loi du 9 messidor an III, puis rétablie par celle du 11 brumaire an VII; elle a été accueillie par le Code civil, mais seulement en tant qu'hypothèque ordinaire : la femme est primée par les créanciers du mari ayant hypothèque antérieurement au mariage.

1720. Utilité de l'hypothèque de la femme. — Cette hypothèque s'explique, moins par l'incapacité générale dont la femme mariée fut frappée jusqu'en 1938, que par la situation prépondérante du mari quant à la gestion des intérêts communs sous les divers régimes matrimoniaux; c'est lui qui manie les deniers, lui qui est le chef de l'association conjugale; il est donc appelé à devenir le débiteur de sa femme, sans que celle-ci puisse s'y opposer. Il faut, du moins, que l'exécution de ses obligations soit assurée; l'autorité appelle la responsabilité; la subordination motive des garanties; ces garanties, la femme ne peut, moralement, les stipuler : elles lui sont accordées par la loi elle-même; parmi elles figure l'hypothèque légale.

Ce n'est d'ailleurs pas à dire que cette garantie soit tou-

jours efficace; elle ne l'est que si le mari possède des immeubles, puisque, comme l'observation en a été déjà faite à plusieurs reprises, les meubles, même susceptibles d'hypothèque, répugnent à toute hypothèque légale.

A Rome, il en allait différemment, à une époque où les meubles eux-mêmes comportaient l'hypothèque; la disparition de l'hypothèque mobilière a rompu l'équilibre du système de Justinien; actuellement, l'hypothèque de la femme constitue une sûreté désordonnée, tantôt excessive lorsque le mari possède de nombreux immeubles, tantôt inopérante dans le cas où sa fortune est purement mobilière; son existence est alors théorique, puisqu'elle ne trouve pas d'aliment.

1721. Droit comparé. — Aussi comprend-on qu'à l'étranger et dans les codes récents, l'hypothèque légale de la femme soit abandonnée; elle n'existe ni en *Allemagne*, ni en *Suisse*; les codes civils allemand et suisse reconnaissent, en retour, à la femme, le droit d'exiger la prestation d'une sûreté [1], qui n'est pas nécessairement une hypothèque, qui peut consister dans la consignation de titres au porteur (C. civ. *allemand*, art. 1392 et 1393), ou d'objets de prix (C. civ. *suisse*, art. 205, § 2); faute de fournir ces sûretés, le mari s'expose à des sanctions; mesures conservatoires, séparation judiciaire. Ce régime est assurément plus souple et plus mesuré que le nôtre; nous vivons encore sous l'influence de cette idée que la femme mariée est une mineure qui doit être protégée, en principe, contre son protecteur même, le mari. Au fur et à mesure que s'affirme l'indépendance de la femme et que l'égalité juridique s'établit entre les sexes, *surtout depuis que la loi du 18 février 1938 a aboli l'incapacité de la femme mariée* (C. civ., art. 215, nouv. réd.), l'hypothèque légale apparaît comme une institution archaïque qui tantôt dépasse le but à atteindre et parfois passe à côté, sans résultat utile; c'est une institution qui est appelée à disparaître ou à se transformer.

1722. Plan. — Il faut préciser : 1° *au profit de qui* cette hypothèque existe; 2° *quelles créances* elle garantit; 3° quelle est son *assiette*.

[1] En *Suisse*, la femme peut en tout temps requérir des sûretés du mari (art. 205, § 2, C. civ. suisse), tandis qu'en *Allemagne*, ce droit ne lui est reconnu que si la conduite du mari cause des appréhensions (art. 1391 C. civ. allemand).

1723. I. Au profit de qui existe l'hypothèque légale. — Elle est accordée par la loi à *toutes les femmes mariées* (art. 2121), sans aucune réserve; peu importe le régime matrimonial sous lequel sont placés les intérêts des époux; même la femme *séparée de biens* bénéficie de cette sûreté; d'autre part, la *séparation de corps* la laisse subsister; seule, la rupture du mariage, par le décès de l'un des époux ou par le divorce, y met fin. Encore verra-t-on qu'elle garantit les dépens de l'instance en divorce ainsi que la pension allouée à la femme divorcée pour elle-même ou pour l'entretien des enfants communs (*inf.* n° 1724).

En revanche, l'hypothèque de la femme est considérée comme un *droit civil* au sens de l'article 11; la jouissance en est réservée aux femmes françaises — d'origine française ou étrangère, peu importe — à l'exclusion des femmes de nationalité étrangère (Civ. 4 mars 1884, *D. P.* 1884, 1, 205; Req. 27 janv. 1903; *S.* 1904, 1, 81, note Pillet), cela sous la réserve de l'admission à domicile ou de dérogations figurant dans un traité international.

1724. II. Créances garanties. — Ce sont les *droits et créances* des femmes mariées qui sont garantis par leur hypothèque légale (art. 2121); il suffit donc qu'une créance appartienne à une femme mariée, *en cette qualité*, pour que l'exécution en soit garantie par cette sûreté; il n'est même pas nécessaire que le rapport obligatoire procède de l'administration du patrimoine des époux : c'est ainsi que *l'obligation alimentaire*, encore que des doutes aient été émis à ce sujet, bénéficie de la protection de l'article 2121, et cela même après la *séparation de corps* (Civ. 25 juin 1895, *D. P.* 1897, 1, 553; 24 nov. 1903, *S.* 1905, 1, 145, *D. P.* 1906, 1, 383) même après le divorce (Req. 15 déc. 1909, *D. P.* 1911, 1, 25, note de Loynes, *S.* 1912, 1, 313, note Gaudemet; Lyon, 16 janv. 1926 et Dijon 18 mars 1926, *D. H.* 1926, 172 et 357); le léger doute qui persistait à ce sujet a été levé par le décret-loi du 14 juin 1938, qui s'en réfère aux « *effets de l'hypothèque légale de la femme mariée, même en temps qu'elle garantirait la pension alimentaire judiciairement allouée à la femme...* » (art. 2135 nouv. réd. — *inf.* n° 1994); il en va de même des *dépens* de l'instance en divorce ou en séparation de corps (Civ. 24 nov. 1903, précité; Bordeaux, 22 mars 1889, *D. P.* 1889, 2, 280; trib. civ. Perpignan, 6 janv. 1925, *Rec. somm.* 1926, n° 1191).

Il faudrait, au contraire, écarter l'hypothèque légale pour les créances de la femme mariée qui ne lui échoient pas en

cette qualité : par exemple, celles qui lui appartenaient contre son mari dès avant le mariage et qui, d'autre part, sont demeurées en dehors de son apport, ou encore celle qui résulterait d'un délit commis par le mari et totalement étranger à l'association conjugale.

Pratiquement, c'est surtout la *dot* de la femme qui est garantie par son hypothèque, c'est la *reprise de ses apports*, ce sont *ses avantages matriomoniaux*, et aussi, bien qu'il y ait eu quelque difficulté sur ce point, ce sont les *frais de son deuil*, ainsi que la créance alimentaire qu'elle est en droit de faire valoir, sous le régime dotal et pendant l'année de deuil, en renonçant d'autre part aux intérêts de sa dot pendant ce même délai (art. 1570, § 2; Civ. 29 août 1838, *S.* 1838, 1, 769).

1725. Faillite du mari. — Si le mari était commerçant lors du mariage, ou bien s'il l'est devenu dans l'année de la célébration, et s'il vient ensuite à tomber en faillite, l'hypothèque de la femme subit une réduction sensible, dans l'intérêt des créanciers de la masse; elle ne garantit plus que certaines créances, énumérées dans l'article 563 C. com.; la femme n'est plus admise à se présenter, fût-ce comme créancière chirographaire, pour recueillir les avantages stipulés dans le contrat de mariage, ni pour le remboursement des sommes qu'elle aurait employées à payer les dettes de son mari (art. 562 et 563 C. com.).

1726. III. **Assiette de l'hypothèque.** — L'assiette *normale* de l'hypothèque légale est très étendue; mais différentes éventualités sont de nature à la *réduire*.

A. *Assiette normale de l'hypothèque.* — Normalement, l'hypothèque porte sur tous les immeubles (et non sur les meubles) du mari, susceptibles d'hypothèque, sans distinction entre les biens *présents* — ceux qui appartenaient au mari lors du mariage — et les biens acquis au cours du mariage et même ceux qui lui adviendraient *après sa dissolution* : les termes généraux de l'article 2122 excluent toute distinction (Req. 17 juill. 1844, *S.* 1844, 1, 641); mais les immeubles de ses héritiers échappent à cette sujétion.

1727. Immeubles de la communauté. — Lorsque les époux sont mariés sous un régime de communauté, il faut se demander si l'hypothèque de la femme porte, non seulement sur les immeubles personnels au mari, ce qui est de toute évidence, mais aussi sur ceux de la communauté. Voici

quelle est, sur ce point, l'économie du système jurisprudentiel. Tout dépend du parti que prendra la femme après la dissolution de la communauté.

1° *Elle renonce à la communauté*; alors, la situation est relativement simple; la femme, devenant étrangère à la communauté, étant censée n'avoir jamais eu aucun droit sur les conquêts, peut invoquer son hypothèque légale comme elle le fait sur les immeubles qui ont toujours appartenu exclusivement au mari. Cette solution est valable, sans aucun doute pour les immeubles qui existent encore dans la communauté lors de sa dissolution (Civ. 26 janv. 1876, *D. P.* 1876, 1, 62); elle l'est aussi, bien qu'on l'ait parfois contesté, pour les biens qui avaient été aliénés par le mari antérieurement à la dissolution de la communauté : la femme fera valoir son droit de suite contre les détenteurs actuels (Civ. 26 janv. 1876, précité);

2° *La femme accepte la communauté.* — Une sous-distinction s'impose alors :

a) Les immeubles placés dans le lot du mari sont considérés comme lui ayant toujours appartenu; la femme peut donc se prévaloir, en ce qui les concerne, de son hypothèque, sauf à être primée par les créanciers hypothécaires du mari ayant acquis leurs droits ultérieurement, pendant la durée de la communauté (Req. 16 nov. 1847, *D. P.* 1848, 1, 46; Bordeaux, 27 nov. 1894, *D. P.* 1896, 2, 366);

b) Les immeubles placés dans le lot de la femme sont réputés avoir toujours été sa propriété exclusive; ils échappent donc à son hypothèque, nul ne pouvant avoir d'hypothèque sur sa propre chose (Req. 1er août 1848, *S.* 1848, 1, 727).

1728. B. **Restrictions à l'hypothèque légale.** — 1° Au cas de *faillite* du mari, lequel était commerçant lors du mariage ou l'est devenu dans l'année, l'hypothèque de la femme ne porte plus que sur les immeubles qui appartenaient au mari au jour de la célébration ou qui lui sont advenus depuis, par voie de succession, de donation ou de legs, à l'exclusion de ceux qu'il aurait acquis à titre onéreux (C. com., art. 563); on veut sauvegarder, par cette mesure restrictive, les intérêts légitimes des créanciers de la masse et conjurer les fraudes dont ils sont exposés à être les victimes : les biens acquis à titre onéreux sont considérés comme leur gage exclusif et naturel;

2° L'hypothèque de la femme peut être *réduite*, en droit

civil, non plus contre le gré des époux, mais par leur volonté, soit dans le contrat de mariage, soit au cours du mariage;

a) *Réduction conventionnelle par contrat de mariage.* — Les futurs époux peuvent éprouver le désir de ramener à de plus modestes proportions l'hypothèque de la femme, dangereuse pour le crédit du mari; il leur est permis de le faire, de dégrever une partie des immeubles maritaux. L'article 2140 subordonne cette restriction conventionnelle à l'observation des règles suivantes :

1. La réduction doit être effectuée *dans le contrat de mariage* qui constitue le cadre obligatoire, unique, de cette convention;

2. La future épouse doit être *majeure*, lors de la rédaction du contrat; il ne lui servirait de rien, étant mineure, d'être assistée par les personnes qui ont qualité pour l'habiliter en vue du contrat de mariage; l'article 2140 déroge, à cet égard, à la règle posée dans l'article 1398 et d'après laquelle le futur conjoint mineur peut consentir dans son contrat de mariage toutes les stipulations permises à un majeur, à la condition d'être assisté des personnes ayant qualité pour donner leur consentement au mariage lui-même. On a considéré que la réduction de l'hypothèque légale est un acte d'une exceptionnelle gravité qui ne doit être permis qu'à la future épouse pleinement capable.

Il est à remarquer que l'article 2140 semble exiger la majorité du mari lui-même; c'est là un « *lapsus* » que l'on corrige sans scrupule : la réduction de l'hypothèque est tout bénéfice pour le mari; il serait inexplicable qu'on exigeât chez lui une capacité particulière pour y consentir.

3. Les futurs époux ne pourraient pas supprimer entièrement l'hypothèque de la femme « *il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription* » (art. 2140); en ce sens et dans cette mesure, l'hypothèque légale de la femme est donc d'ordre public : on admet sa réduction, non son abolition.

La réduction peut affecter différentes formes, soit que certains immeubles soient exclus du gage hypothécaire (on procède alors par élimination), soit que certains biens se trouvent visés à titre limitatif (on procède alors par énumération limitative).

Aucune autre condition n'est exigée pour la validité de la clause restrictive : sous tous les régimes, elle est admise, et même sous le régime *dotal*.

1729. b) **Réduction judiciaire au cours du mariage.** — Au cours du mariage, la réduction ne peut plus être conventionnelle, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'y oppose; elle ne saurait plus résulter que d'un jugement.

Il résulte de l'article 2144, rapproché de l'article 2143, que les conditions suivantes sont mises à ce « cantonnement » de l'hypothèque de la femme.

1. Il faut que l'hypothèque n'ait pas été réduite par le contrat de mariage (arg. art. 2143);

2. La femme doit donner son consentement à la combinaison (art. 2144);

3. Il semble bien qu'elle doive être majeure (arg. *a fortiori*, art. 2140);

4. Il faut prendre *l'avis de parents*; l'article 2144 veut qu'on réunisse, à cet effet, les quatre plus proches parents de la femme; c'est un simple avis qu'ils donneront; le tribunal ne sera pas tenu de le suivre;

5. La valeur des immeubles du mari doit dépasser le montant des créances que la femme aura à faire valoir éventuellement contre son mari (art. 2144, *in fine*).

1730. **Procédure.** — La demande est introduite par le mari, sous forme de requête; elle doit être communiquée au ministère public (art. 2145, § 1). On admet généralement que le tribunal compétent — tribunal civil de première instance — est celui du mari (la femme n'est pas défenderesse, puisqu'elle est consentante).

La décision du tribunal est un acte de *juridiction gracieuse*: elle n'a donc pas l'autorité de la chose jugée et ne comporte pas les voies de recours habituelles; elle ne pourrait être attaquée que par voie de nullité, ainsi qu'une convention.

Si le tribunal prononce la réduction, s'il cantonne l'hypothèque sur certains immeubles, les inscriptions prises sur les autres doivent être rayées (art. 2145, § 2).

Il est à noter que la réduction judiciaire, comme la réduction conventionnelle, peut intervenir quand bien même la femme serait mariée sous le régime dotal (Bordeaux, 4 août 1891, *D. P.* 1894, 1, 113, sous Cass.).

1731. **Renvoi.** — L'hypothèque légale de la femme soulève des questions qui seront examinées plus loin : son *rang* est l'objet de dispositions complexes (*inf.* n° 1887, et t. III, n° 704); d'autre part, elle constitue le centre d'opérations, *cessions*, *subrogations*, etc., qui seront étudiées, d'ensemble, dans une section spéciale (*inf.* n^{os} 1989 et suiv.).

II

Hypothèque légale des personnes en tutelle

1732. Généralités. — L'article 2121, § 3, accorde aux mineurs et interdits une hypothèque légale sur les biens de leur tuteur. Cette sûreté fut instituée par Constantin; elle se justifie mieux, dans son principe du moins, que celle de la femme, puisque l'incapable est dans la complète impossibilité de stipuler des garanties, puisque, d'autre part, il se trouve, vis-à-vis de son représentant, dans un état d'étroite dépendance, puisqu'enfin, en toute occurrence, ce représentant a le maniement de ses deniers et sera donc vraisemblablement constitué son débiteur le jour où ses fonctions prendront fin.

Cette justification présentée, il reste que l'hypothèque pupillaire encourt des reproches similaires à ceux qui sont adressés à l'hypothèque des femmes mariées : tantôt elle est excessive, elle dépasse le but poursuivi, le tuteur ayant une fortune immobilière hors de proportion avec la responsabilité qui peut lui incomber un jour vis-à-vis de son pupille; et tantôt elle devient inopérante, faute d'immeubles sur lesquels elle puisse mordre; elle risque de travailler dans le vide. Mieux vaudrait une sûreté moins rigide, plus souple, mieux appropriée aux besoins de la situation : la voie a été frayée dans cette direction par la loi du 30 juin 1838, art. 34 (*sup.* t. I, n° 562) et par celle du 24 juillet 1889, article 10, § 3 (*sup.* t. I, n° 1132). En *Allemagne*, comme en *Suisse*, les incapables sont protégés par des moyens appropriés, notamment par un *privilège* qui porte sur tous les biens du tuteur; d'autre part, l'article 1844 C. civ. allemand permet au tribunal des tutelles de contraindre le tuteur à fournir des sûretés dont il détermine à son gré la nature et l'étendue.

1733. Plan. — Nous verrons : 1° *à qui* appartient l'hypothèque légale; 2° *quelles créances* elle garantit; 3° quelle est son assiette.

1734. I. A qui appartient l'hypothèque de l'article 2121, § 3. — Elle appartient aux mineurs et aux interdits, lorsqu'ils sont en tutelle.

1° Aux *mineurs en tutelle*, sans distinguer d'après l'origine des pouvoirs du tuteur ou d'après celle de l'enfant : que le tuteur soit légal, testamentaire ou datif, que l'enfant soit légitime ou naturel; le protuteur et le cotuteur (Req.

23 avril 1902, *S.* 1904, 1, 506) sont soumis au régime du droit commun, comme aussi le tuteur de fait (*sup.* t. I, n° 469).

Mais les immeubles de l'*administrateur légal* sont libres de toute hypothèque légale (*sup.* t. I, n° 478).

Exceptions. — Il est des tuteurs dont les biens échappent à l'hypothèque légale : *a*) ce sont d'abord ceux qui sont institués en suite de la déchéance de la puissance paternelle et par application de la loi du 24 juillet 1889 (art. 10, § 2); l'article 10, § 3, de cette loi permet seulement au tribunal de constituer sur les immeubles du tuteur une hypothèque qui est facultative et dont la portée est laissée à l'appréciation du juge (*sup.* t. I, n° 451); *b*) lorsque la tutelle d'un pupille de la Nation est confiée à l'Office départemental pour être par lui déléguée à un de ses membres ou à toute autre personne de confiance, les biens du tuteur délégué échappent à l'hypothèque légale : on n'a pas voulu grever lourdement les immeubles d'une personne qui fait acte de pur dévouement (L. 27 juill. 1917, art. 21, § 1).

1735. — 2° Aux *interdits*, sans distinguer entre les interdits judiciaires et les interdits légaux (C. pén. art. 29), mais non pas à l'aliéné non interdit interné dans un établissement public ou privé; la loi du 30 juin 1838 permet seulement au tribunal, lorsqu'il nomme un administrateur provisoire, de grever ses biens d'une hypothèque en faveur de l'interné; cette sûreté est aménagée sur le même modèle que celle qui est instituée par la loi du 24 juillet 1889, au cas de déchéance de la puissance paternelle (V. L. 30 juin 1838, art. 34, § 2; *sup.* t. I, n° 562).

1736. Non représentants. — Ceux qui, tout en étant chargés de compléter la capacité d'une personne qu'ils doivent assister, n'ont pas la qualité de représentants, ne sont pas soumis à l'hypothèque légale : n'ayant pas le maniement des fonds, ils ne sont pas appelés, normalement du moins, à devenir les débiteurs de celui dont les intérêts leur ont été confiés et à qui ils n'auront pas de comptes à rendre : telle est la situation du *subrogé tuteur*, du *curateur* du mineur émancipé (*sup.* t. I, n° 490), du *conseil judiciaire* d'un prodigue ou d'un faible d'esprit (*sup.* t. I, n° 578), du tuteur *ad hoc*, du *curateur au ventre*.

1737. II. **Créances garanties.** — L'hypothèque des mineurs et des interdits garantit toutes les créances que ceux-ci peuvent avoir contre le tuteur et *à raison de la tutelle*: elle

garantit, non seulement le recouvrement des sommes perçues par le représentant pour le compte de l'incapable, mais aussi celles qu'il aurait dû encaisser et les dommages-intérêts encourus à raison de fautes commises dans sa gestion (Bordeaux, 21 fév. 1893, *D. P.* 1893, 2, 361).

Quant aux créances étrangères à la tutelle, elles ne bénéficient pas, en principe, de la protection de l'hypothèque légale; cependant, il en va autrement si elles viennent à échéance en cours de tutelle; on considère alors que le tuteur à dû en assurer le recouvrement contre lui-même « *a semetipso exigere debuit* »; il en est désormais tenu en qualité de tuteur, par suite d'une sorte de novation qui s'est opérée au jour de l'échéance; la cause de l'obligation a changé; la dette est venue s'intégrer dans le compte de tutelle (Req. 15 nov. 1892, *S.* 1893, 1, 145, *D. P.* 1893, 1, 37; 23 nov. 1898, *S.* 1899, 1, 9, *D. P.* 1899, 1, 88).

En un mot, l'hypothèque légale de l'incapable garantit toutes les créances qui, à l'expiration de la tutelle, viennent se fondre dans l'action en reddition de compte qui appartient alors à l'ex-pupille contre son ex-tuteur.

1738. III. **Assiette de l'hypothèque.** — L'hypothèque légale des personnes en tutelle grève tous les immeubles susceptibles d'hypothèque que possède le tuteur, sans distinguer entre les biens présents et les biens à venir (art. 2122).

1739. Restriction possible. — La généralité du gage hypothécaire peut être gênante; le crédit du tuteur risque d'en être compromis; aussi la loi prévoit-elle et autorise-t-elle des restrictions.

1° *Lors de la nomination du tuteur.* La restriction ne peut émaner que du conseil de famille et seulement lorsque c'est lui qui nomme le tuteur (art. 2141 et 2143); c'est donc uniquement au profit du tuteur *datif* que la restriction est possible; les tuteurs *testamentaires* ou *légaux* doivent subir l'hypothèque dans toute son ampleur.

La restriction doit figurer dans l'acte même de nomination; elle peut intervenir, soit par voie de *spécialisation* (on énumère limitativement les immeubles assujettis), soit par voie d'*exclusion* (on affranchit de l'hypothèque tels ou tels biens).

C'est seulement d'une restriction qu'il peut être question; une abolition totale de l'hypothèque serait impossible (arg. art. 2141 et 2140);

2° *Au cours de la tutelle*, la réduction de l'hypothèque peut

encore intervenir, mais elle ne peut plus être que *judiciaire*. Le tuteur forme, à cet effet, une demande contre le subrogé-tuteur, demande qui doit être précédée d'un avis du conseil de famille (art. 2143, § 2); il doit prouver que sa fortune immobilière excède notoirement « les sûretés suffisantes pour sa gestion » (art. 2143, § 1); l'affaire est communicable au ministère public (art. 2145).

Il est à remarquer que l'hypothèque légale des pupilles et des interdits ne subit pas de restriction du fait de la faillite du débiteur; en cela, elle est plus solide que celle de la femme mariée (*sup.* n° 1735).

III

Hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics

1740. I. **A qui appartient cette hypothèque.** — L'énumération de l'article 2121, § 4, est incomplète; l'hypothèque légale appartient : 1° à l'*Etat*; 2° aux *départements* : s'ils ne sont pas nommés dans l'article 2121, c'est que leur personnalité civile ne date que de 1811; 3° aux *communes*; 4° aux *sections de communes*; 5° aux *établissements publics*, c'est-à-dire aux établissements qui gèrent un service public (hospices, bureaux de bienfaisance, etc.), à l'exclusion des établissements d'utilité publique.

1741. II. **Débiteurs assujettis.** — Ce sont les *receveurs et administrateurs comptables* (art. 2121, § 4), c'est-à-dire tous ceux qui ont la gestion des deniers publics : trésoriers-payeurs généraux, receveurs particuliers des finances, receveurs municipaux, et aussi, à notre avis, les percepteurs; vainement a-t-on objecté qu'ils sont de simples préposés des trésoriers-payeurs généraux; cette circonstance est indifférente; ces fonctionnaires manient des deniers publics; ils fournissent un cautionnement au Trésor; ils sont de véritables comptables et il n'existe pas de raison valable de soustraire leurs immeubles à l'hypothèque légale de l'article 2121, § 4 (*Sic*, BECQUÉ, t. I, n° 541; Nancy, 8 mars 1884, *D. P.* 1886, 2, 9).

Mais les fonctionnaires ou administrateurs non comptables ne sont pas assujettis à l'hypothèque légale, encore qu'ils aient la qualité d'ordonnateurs, les préfets, par exemple, et les maires.

1742. III. **Créances garanties.** — Ce sont toutes les créances qui naissent, au profit de la personne publique et du fait de la gestion du comptable.

IV. **Assiette de l'hypothèque.** — Elle grève tous les immeubles présents et à venir (art. 2122), y compris ceux que le comptable acquerrait, après être sorti de fonctions.

1742*bis*. — En ce qui concerne l'*Etat*, il faut savoir qu'une loi du 5 septembre 1807 a transformé l'hypothèque légale en un *privilège* portant sur les immeubles que le comptable ou sa femme ont acquis à titre onéreux, depuis la nomination. C'est donc seulement pour les autres immeubles que l'hypothèque légale de l'article 2121 subsiste et présente un intérêt pratique, c'est-à-dire : 1° pour les immeubles qui appartenaient au comptable avant sa nomination; 2° pour ceux qui lui sont advenus par la suite, mais à titre gratuit.

L'article 2161 prévoit la *réduction judiciaire* de l'hypothèque légale dont s'agit.

N° 2

Hypothèques légales privilégiées

PRIVILÈGES IMMOBILIERS SPÉCIAUX

1743. Généralités. — Les hypothèques légales privilégiées sont celles dont le rang n'est pas subordonné à une question de date et qui bénéficient d'un traitement de faveur, moins en considération de la personne du créancier — et c'est en quoi elles diffèrent des hypothèques légales ordinaires — qu'à raison de la nature, de l'origine de la créance dont elles garantissent le paiement; elles sont établies *intuitu debiti* plutôt qu'*intuitu personæ*. Ce sont bien de véritables hypothèques, mais, précisément parce qu'elles bénéficient d'un rang de faveur qui leur est assigné en considération de la créance garantie, elles méritent aussi le nom de privilèges immobiliers spéciaux.

1744. Enumération. — L'article 2103 énumère cinq privilèges immobiliers spéciaux; mais il faut écarter les prétendus privilèges mentionnés sous les numéros 2 et 5 qui ne visent en réalité que des cas de subrogation; d'autre part, il existe d'autres privilèges, créés par des lois spéciales ou même par la jurisprudence : le bénéfice de la *séparation des patrimoines* est compris par la Cour de cassation comme une véritable hypothèque privilégiée. Nous négligeons les privilèges créés par des lois spéciales, telles la loi du 16 septembre 1807, art. 23 (*dessèchement des marais*), celle du 17 juillet 1856 (*travaux de drainage*), celle du 5 septembre

1807 (*privilège du Trésor sur les biens des comptables*) ou des 1er juillet 1916, 25 juin 1920, 10 août 1922, 15 mai 1924 (*contribution extraordinaire sur les bénéfices de guerre*) ou encore le décret-loi du 8 août 1935, *relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique* qui, au cas d'*expropriation pour cause de plus-value* et lorsque le propriétaire, optant pour l'indemnité de plus-value, retarde le paiement de sa dette à la première mutation dont son immeuble sera l'objet, accorde à l'Administration un privilège sur toute la plus-value (art. 76, § 5 du décret) : ce sont là des dispositions d'ordre spécial qui ne rentrent pas dans le cadre du droit civil, mais qui intéressent plutôt le droit public, et, plus spécialement, le droit fiscal.

Nous ne retiendrons donc, pour notre étude, que les cinq privilèges suivants :

1° Le privilège du *vendeur d'immeuble* (art. 2103 - 1°) ;

2° Celui du *copartageant* (art. 2103 - 3°) ;

3° Celui du *syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements* (L. 28 juin 1938) ;

4° Celui de l'*architecte* (art. 2103 - 4°) ;

5° Enfin, celui qui est attaché à la *séparation des patrimoines*.

I

Privilège du vendeur d'immeuble

1745. Généralités ; précédents. — L'article 2103 - 1° accorde un privilège au vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix.

Ce privilège est d'origine relativement récente; il était inconnu du droit romain où il était rendu inutile par la règle que la tradition de la chose vendue ne transférait la propriété qu'une fois le prix payé; notre jurisprudence l'ignorait encore au XVIe siècle; c'est au XVIIe seulement que l'on vit apparaître l'hypothèque spéciale et privilégiée sur l'immeuble vendu à terme, et cela par interprétation de la volonté des parties : le vendeur est censé se réserver une sûreté sur l'immeuble afin d'assurer le paiement du prix, en sorte que cet immeuble ne pénètre dans le patrimoine de l'acheteur que sous la réserve de l'hypothèque légale qui est retenue par le vendeur; dans cette conception, celui-ci n'a rien à craindre des créanciers hypothécaires de l'acheteur, puisque l'immeuble n'entre dans le patrimoine de ce dernier que déjà frappé par la sûreté du vendeur, laquelle s'explique ainsi, abstraction faite d'un traitement de faveur et par la conception d'un droit retenu par l'auteur.

1746. Plan. — Nous retrouvons les trois questions classiques : 1° *à qui* appartient le privilège; 2° *quelles créances* sont garanties; 3° quelle est *l'assiette* de cette sûreté.

1747. I. **A qui appartient le privilège.** — Il est conféré au *vendeur d'immeuble* (art. 2103 - 1°) :

1° On ne distingue pas d'après la *forme* de la vente : faite par acte privé ou par acte notarié, de gré à gré ou aux enchères, elle est également attributive du privilège : au cas de *licitation* et si c'est un étranger qui se rend acquéreur, la créance du prix d'adjudication est garantie par le privilège, car une telle opération vaut vente;

2° En revanche, l'*objet* de la vente peut s'opposer à l'existence du privilège : du moment que ce privilège est une hypothèque, il ne saurait porter sur des biens insusceptibles d'hypothèque, donc sur des immeubles qui répugnent à la vente aux enchères publiques, notamment une *servitude* (*sup.* n° 1658); bien que l'opinion contraire compte des défenseurs autorisés (PLANIOL, note citée, *inf.*; BECQUÉ, t. I, n° 633), cette solution nous paraît inéluctable; elle a reçu la consécration d'un arrêt (Paris, 10 mai 1898, *D. P.* 1908, 2, 497, note PLANIOL, *S.* 1900, 2, 137, note TISSIER). Au contraire, il a été jugé que la vente de la *mitoyenneté* d'un mur était productive du privilège; la mitoyenneté, bien que le législateur en traite à propos des servitudes (art. 653 et suiv.), n'est pas une servitude, mais un droit de copropriété (*Sic*, trib. civ. Seine, 8 fév. 1880, *D. P.* 1880, 3, 119, *S.* 181, 2, 33; Pau, 3 mai 1888, 2, 432 — V. *sup.* t. I, n° 1797). Bien entendu, le privilège ne peut s'exercer que sur la partie du prix représentant la valeur de la mitoyenneté (jug. précité du 8 fév. 1880).

1748. Les contrats assimilés à la vente d'immeubles. — 1° *La dation en paiement.* — Si un débiteur remet à son créancier, en paiement de la somme due, un immeuble de valeur supérieure, on le traite ainsi qu'un vendeur jusqu'à concurrence du montant de la *soulte* à laquelle il a droit; il aura donc, sur ledit immeuble, un privilège garantissant l'acquittement de cette soulte;

2° *L'échange avec soulte.* — Deux immeubles sont échangés; comme ils ne sont pas d'égale valeur, l'équilibre est réalisé à l'aide d'un retour en argent, d'une soulte, mise à la charge de l'acquéreur de l'immeuble le plus important. Le paiement de cette soulte est garanti par le privilège du vendeur : l'article 1707 décide, en effet, que les règles de la vente sont, en thèse générale, applicables à l'échange (Req.

11 mai 1863, *S.* 1864, 1, 357, *D. P.* 1864, 1, 191). Il n'y a pas lieu de distinguer suivant l'importance de la soulte; de toute façon, le privilège existe, soit en vertu des règles de la vente, soit en application du statut de l'échange, lui-même assimilé à la vente.

1749. Opérations qui ne donnent pas naissance au privilège. — 1° La *donation avec charges*. Si le contrat met à la charge du donataire, le paiement d'une somme d'argent, le donateur n'a pas la qualité de créancier privilégié; il n'est pas assimilable à un vendeur. Vainement a-t-on soutenu que l'opération présenterait alors un caractère *mixte*, pour partie donation et pour le surplus vente; il est admis aujourd'hui que l'acte conserve son unité et que la stipulation des charges ne modifie pas sa nature : ou bien il conserve pour le tout son caractère de donation, ou bien il devient, à raison de l'importance des charges, une vente; la terminologie adoptée par les parties est sans influence sur la réalité juridique; l'élément essentiel de la donation est l'*animus donandi* chez l'aliénateur; du moment que cet *animus* existe, il communique à l'opération tout entière un caractère de libéralité; les charges imposées au donataire ne sont nullement la cause de l'opération, mais de simples modalités; elle ne lui impriment par le caractère d'un acte de spéculation; l'esprit du contrat est un; le donateur demeure donateur, il n'a donc pas le privilège du vendeur (*Sic*, Paris, 11 mai 1886, *S.* 1888, 2, 110; Comp. Agen, 4 janv. 1854, *D. P.* 1855, 2, 42, et Douai 18 nov. 1846, *D. P.* 1847, 2, 22);

2° La *vente à réméré*. — Le vendeur d'un immeuble s'est réservé la faculté de rachat moyennant le remboursement du prix dans un certain délai; s'il use de cette faculté, il semble que l'acheteur fasse figure de vendeur et que, s'étant dessaisi de l'immeuble sans avoir obtenu les restitutions auxquelles il a droit, il puisse invoquer le privilège du vendeur. Mais il n'en est rien; l'exercice du réméré ne déclenche pas une seconde vente, en sens inverse de la première (*sup.* n° 1154); il détermine la résolution de celle-ci, ce qui est bien différent; la somme due par le vendeur n'est pas le prix d'une nouvelle vente; elle est le prix de l'ancienne vente, désormais sans cause dans le patrimoine du vendeur qui est réputé n'avoir jamais rien vendu. La créance de l'acheteur n'est donc pas garantie par le privilège de l'article 2103 - 1°; il fera sagement en gardant l'immeuble aussi longtemps que le vendeur ne lui offrira pas le montant des restitutions qui

lui incombent; la loi lui donne, en effet, le droit de *rétention* (art. 1673, § 1).

1750. II. **Créances garanties.** — Le privilège est donné par l'article 2103 - 1° « *pour le paiement du prix* ». C'est donc la créance du prix de vente qui est garantie par le privilège du vendeur, et il faut entendre par là le prix indiqué dans l'acte ostensible : la majoration stipulée dans une contre-lettre ne serait pas opposable aux autres créanciers de l'acheteur (art. 1321); au reste, la loi du 27 février 1912 frappe de nullité, dans la vente d'immeuble, une clause de ce genre (art. 7; — *sup.* n° 331).

Si l'acte de vente porte quittance du prix, le privilège n'existe pas, puisqu'il n'y a jamais eu de créance du prix; ou, si l'on veut, puisque cette créance a été aussitôt éteinte.

1751. Accessoires. — Le privilège garantit le paiement des *accessoires du prix* : intérêts, épingles, pots-de-vin, ainsi que les frais d'acte et de transcription, à supposer que le vendeur en eût fait l'avance; mais *non pas les dommages-intérêts* dus au vendeur à l'occasion de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, eussent-ils été fixés à l'avance et à forfait par une clause du contrat; du moment que la vente est résolue, donc rétroactivement anéantie, il ne peut plus être question de privilège du vendeur; le raisonnement est le même que pour la faculté de réméré.

1752. Novation. — Si la créance du vendeur est novée, le privilège disparaît, à moins qu'il n'ait été rattaché expressément à la créance nouvelle (art. 1278).

Il est donc intéressant de savoir s'il y a eu vraiment novation; à cet égard, il faut décider : 1. que la conversion, *par acte postérieur*, du prix de vente en une rente entraîne novation, donc extinction du privilège, sauf convention contraire; 2. que la *remise de billets* par l'acheteur au vendeur n'entraîne pas novation (*sup.* n° 910), à moins de supposer que l'acte de vente porte quittance pure et simple du prix, sans faire mention de la remise des billets (Req. 27 mai 1895, *D. P.* 1895, 1, 508, *S.* 1899, 1, 517; Toulouse, 8 mai 1888, *D. P.* 1889, 2, 208).

1753. III. **Assiette du privilège.** — Tous les immeubles vendus sont grevés du privilège et uniquement ceux-là : au cas de vente d'une *part indivise*, et à supposer que l'acheteur soit ultérieurement rendu propriétaire de la totalité de l'immeuble, le privilège est néanmoins limité à la part qui a

fait l'objet de la vente; la règle de la rétroactivité du partage est ici tenue en échec, fort équitablement (Poitiers, 10 juill. 1889, *D. P.* 1890, 2, 183). En revanche, la jurisprudence décide que le privilège s'étend aux *améliorations* dont l'immeuble a pu bénéficier depuis la vente et aussi aux meubles immobilisés par destination; elle applique ainsi par analogie l'article 2133 qui donne cette solution pour l'hypothèque conventionnelle (Req. 15 juill. 1867, *S.* 1868, 1, 9, *D. P.* 1868, 1, 269; Bordeaux, 28 avril 1873, *S.* 1873, 2, 195, *D. P.* 1874, 2, 57; Lyon, 15 oct. 1924, *D. P.* 1924, 708). Cette jurisprudence est contestable; elle cadre mal avec l'idée qui est à la base du privilège : les améliorations n'ont pas été mises par le vendeur dans le patrimoine de l'acheteur; on ne peut donc pas supposer qu'il ait entendu retenir sur elles un droit, une sûreté quelconque.

II

Privilège du copartageant (art. 2103 - 3° et 2109)

1754. Justification. — Ce privilège n'existerait pas, à l'état autonome, si le partage était translatif de propriété : le copartageant, créancier par exemple d'une soulte, aurait tout naturellement le privilège du vendeur. Mais, étant donné l'*effet déclaratif* du partage, cette solution serait inélégante : chacun des copartageants étant réputé propriétaire exclusif, dès le jour où a commencé l'indivision, des biens mis dans son lot, ne peut pas être considéré comme l'ayant cause de ses consorts; par exemple, un cohéritier, une fois le partage effectué, tient les biens placés dans son lot, non pas de ses cohéritiers, mais du défunt, directement. C'est pourquoi le Code civil, suivant en cela notre ancienne jurisprudence, lui accorde un privilège spécial, le privilège du copartageant (art. 2103 - 3°).

Au fond, ce privilège, encore qu'il ait été rendu nécessaire par l'effet déclaratif du partage, s'insurge contre lui : le législateur, considérant que l'un des communistes a mis une valeur dans le patrimoine d'un autre, estime qu'il doit avoir un privilège sur elle en vue d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû, par exemple d'une soulte; il réalise ainsi, non pas seulement sur le papier, mais dans la réalité, l'*égalité du partage*, laquelle serait rompue si l'un des copartageants n'exécutait pas les obligations mises à sa charge par la convention; ainsi, après être parti du principe de l'effet déclaratif, pour refuser au copartageant le privilège du vendeur,

il y déroge aussitôt en lui accordant un autre privilège fondé, lui aussi, sur une idée d'enrichissement, de pénétration d'une valeur dans le patrimoine d'autrui, et dont la nécessité se faisait d'autant mieux sentir que le partage n'est point résoluble pour inexécution des obligations (*sup.* n° 385) : cette hypothèque privilégiée constitue l'unique garantie effective du copartageant, créancier, à raison du partage, de ses consorts.

Ainsi, le privilège du copartageant se justifie à un triple point de vue : 1° par le principe de l'égalité qui est à la base du partage; 2° par la carence du privilège du vendeur; 3° par celle de la résolution pour inexécution des obligations.

1755. Plan. — Nous rechercherons, comme pour les autres privilèges : 1° *quels actes* donnent lieu au privilège; 2° *quelles créances* sont garanties; 3° quelle est l'*assiette* de cette sûreté.

1756. I. Actes qui donnent lieu au privilège du copartageant. — L'article 2103 - 3° ne vise que les partages entre cohéritiers, les partages de succession; mais l'article 2109 met les choses au point en parlant du « cohéritier ou *copartageant* »; peu importe donc l'origine de la copropriété : dévolution successorale, testament, communauté conjugale, société, achat en commun; le *partage d'ascendant* est soumis à la règle commune (Req. 7 août 1860, *D. P.* 1860, 1, 498), le partage judiciaire comme le partage *amiable*.

1757. Actes équipollents à partage. — Le privilège est attaché à tous actes équipollents à partage, sous quelque forme qu'ils se présentent et quels que soient les noms dont les parties les aient affublés : *cession de droits successifs*, vente de parts indivises faisant cesser l'indivision, etc.

Mais encore faut-il que l'acte soit construit sur le type onéreux; un acte gratuit n'est jamais un partage (*inf.* t. III, n° 1199).

1758. II. Créances garanties. — Pour les découvrir, il faut se reporter aux articles 2103 et 2109 qui se complètent l'un l'autre; sont privilégiées :

1° Les *soultes* : l'un des copartageants a reçu un lot plus fort que les autres; afin de rétablir l'égalité, la convention met à sa charge le paiement d'un retour en argent, d'une soulte; les créances qui appartiennent de ce chef à ses consorts sont garanties par le privilège du copartageant;

2° Le *prix de licitation*. Un immeuble indivis est licité, vendu aux enchères, et c'est l'un des copropriétaires qui se porte adjudicataire; le voilà donc tenu du prix d'adjudication : les colicitants, créanciers de ce prix, ont le privilège du copartageant (art. 2109);

3° Le *recours en garantie* : les copartageants se doivent respectivement la garantie; si l'un des biens mis dans le lot de l'un d'eux ne faisait pas partie de la masse indivise, et si le véritable propriétaire le revendique victorieusement entre l'attributaire, celui-ci, qui se trouve évincé, a un recours en garantie contre ses coparpageants, recours dont l'efficacité lui est assurée par le privilège du copartageant (art. 2103).

1759. III. Assiette du privilège. — Principe général. — Le privilège du copartageant ne porte que sur les biens immobiliers compris dans le partage; les meubles partagés y échappent absolument et dans tous les cas; l'article 2103 est formel; si donc la masse indivise ne comprend que des meubles, le privilège ne naît pas, faute d'assiette.

Cette conception restrictive est impossible à justifier : on ne voit pas pourquoi le partage de meubles est traité autrement que le partage d'immeubles, ni pourquoi le vendeur de meubles bénéficie, à cet égard, d'un traitement plus favorable que le copartageant.

1760. Application aux diverses créances garanties. Ainsi limité aux immeubles, le privilège du copartageant a une assiette plus ou moins étendue selon qu'il est invoqué à l'occasion de telle ou telle catégorie des créances dont il garantit l'exécution.

1° Pour le prix de *licitation*, le privilège porte uniquement sur l'immeuble licité (art. 2109 qui est formel en ce sens);

2° Pour le *recours en garantie*, il pèse sur « *les immeubles de la succession* » (art. 2109), plus généralement sur les immeubles compris dans la masse partagée, mais à l'exception de ceux qui ont été attribués au plaignant;

3° Pour les *soultes*, il y a quelque difficutlé, du moins lorsque l'opération intéressait plus de deux personnes; on se demande alors si le privilège porte sur tous les immeubles de la succession, ainsi que le spécifie l'article 2103 - 3°, ou bien seulement sur ceux qui ont été placés dans les lots des cohéritiers débiteurs de la soulte, ainsi que paraît bien l'insinuer l'article 2109 lorsqu'il parle du « *bien chargé de soulte* ». Cette dernière solution est assurément la plus raisonnable; la soulte n'est due que par celui qui a reçu plus que sa part; on comprendrait mal que le privilège qui est

attaché à cette dette portât sur les immeubles des cohéritiers non débiteurs (*Sic*, BECQUÉ, t. I, n° 657; Req. 19 juill. 1864, *S.* 1864, 1, 445; *D. P.* 1864, 1, 470).

Cependant, cette conception appelle un amendement lorsque l'héritier débiteur de la soulte était insolvable *lors du partage*; les cohéritiers sont responsables de la situation faite au créancier; ils ont eu tort de laisser la soulte à la charge d'un insolvable, dans le lot duquel ils n'ont pas fait entrer des biens suffisants pour répondre du paiement de la soulte. Le créancier aura alors contre eux une action en garantie, étayée à ce titre par le privilège du copartageant qui trouve ainsi un autre débouché. Cet amendement explique l'imprécision de langage du législateur. En principe, le privilège est bien limité aux immeubles mis dans le lot du débiteur de la soulte, et de là le langage de l'article 2109, *in fine*; mais il en va autrement si ce débiteur était déjà insolvable lors du partage, et c'est ce qui explique la formule générale et vague de l'article 2103 - 3°.

III

Privilège du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements

1760*bis*. Loi du 28 juin 1938. — Cette loi tend *à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*. Elle décide que, « *dans tous les cas de copropriété d'un immeuble divisé par étages ou par appartements, et en l'absence d'un règlement prévoyant une organisation contraire, les différents propriétaires se trouvent obligatoirement groupés dans un syndicat, représentant légal de la collectivité* » (art. 7 de la loi).

Chacun des propriétaires est tenu de participer aux charges de la conservation, de l'entretien et de l'administration des parties communes (art. 6 § 2); si l'un d'eux est défaillant, le syndicat sera amené à faire une avance dont le recouvrement sera garanti, *nonobstant toute stipulation contraire*, par un privilège appartenant audit syndicat.

Ce privilège porte à la fois : 1° sur la *part divise* du propriétaire défaillant; 2° sur sa *quote-part indivise* des parties communes de l'immeuble (toiture, murs, escaliers, etc; — art. 11 § 2).

Mais des conditions particulièrement rigoureuses sont mises par cette loi du 28 juin 1938 à l'aménagement et à l'utilisation de cette sûreté :

1° L'avance consentie par le syndicat doit être constatée

par un acte authentique, indiquant le versement des deniers, leur origine et la quittance du fournisseur ou de l'entrepreneur.

2° Une copie de la décision du syndicat établissant la répartition des charges entre ses membres, certifiée conforme par le syndic (agent officiel du groupement), doit être annexée à l'acte authentique.

3° Le privilège est publié, au moyen d'une inscription sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement de la situation de l'immeuble, et en vertu de l'acte authentique (*inf.* n° 1797);

4° Ce privilège ne peut être invoqué que pour la contribution à des charges dont la naissance ne sera pas antérieure de plus de cinq années à la quittance authentique.

Si l'on ajoute que la sûreté ne prend rang qu'au jour de l'inscription (art. 11 § 5; *inf.* n° 1880), on est amené à conclure qu'elle mérite assez peu le qualificatif de *privilège* qui lui est donné par la loi et qu'il serait plus exact de la considérer ainsi qu'une hypothèque légale ordinaire, soumise à un statut spécialement restrictif.

IV

Privilège des architectes et entrepreneurs

1761. Fondement. — L'article 2103 - 4° accorde aux architectes et entrepreneurs un privilège qui, comme celui du vendeur, est fondé sur l'idée de plus-value, d'enrichissement : l'architecte, l'entrepreneur ont fait pénétrer une valeur dans le patrimoine d'autrui.

1762. Plan. — Nous reprendrons, à l'occasion de ce privilège, les trois questions examinées pour les privilèges du vendeur et du copartageant.

1763. I. Attribution du privilège. — Ce privilège est attribué aux « *architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques...* »

A. Il est traditionnellement admis que la sûreté est limitée aux personnes ayant traité *directement* avec le propriétaire; ce qui exclut :

1° Les *sous-entrepreneurs* et les *ouvriers* employés par l'entrepreneur principal, toutes personnes qui ont traité avec ce dernier, non avec le propriétaire. On se rappelle d'ailleurs, qu'à défaut de privilège, les ouvriers ont une *action directe* contre ce propriétaire (art. 1798; *sup.* n° 673), mais non pas les sous-entrepreneurs ni les fournisseurs de matériaux (Req.

28 janv. 1880, *D. P.* 1880, 1, 254; 14 juill. 1868, *S.* 1868, 1, 399);

2° Le *possesseur d'un fonds* qui a élevé des constructions; celui-là n'a pas traité du tout; sa ressource consistera dans le droit de rétention, du moins s'il a été de bonne foi (*sup.* n° 1474).

B. A un autre point de vue, le texte comporte une interprétation également étroite : il vise seulement les travaux qui consistent à « édifier, reconstruire ou réparer », donc ceux qui évoquent l'idée d'une construction, à l'exclusion des travaux agricoles : défrichements, plantations; d'ailleurs, des lois spéciales ont établi des privilèges, notamment pour le dessèchement des marais (L. 16 sept. 1807) et pour le drainage (L. 17 juill. 1856).

C. A supposer que les conditions énumérées soient réunies, le privilège n'existe pas *de plano*; la loi exige l'accomplissement de formalités compliquées et gênantes qui enlèvent à cette sûreté beaucoup de son importance pratique : un double procès-verbal doit être dressé.

1° Un procès-verbal d'expertise doit être rédigé *préalablement aux travaux*, afin de constater l'état des lieux, la situation antérieure;

2° Un second procès-verbal doit être dressé *après l'achèvement des travaux*, dans les *six mois* qui suivent cet achèvement (art. 2103 - 4°).

Il suffira de comparer ces deux documents pour avoir le chiffre de la plus-value due aux travaux.

Les deux procès-verbaux sont l'œuvre d'un expert nommé d'office par le tribunal (même texte).

L'engagement de toute cette procédure est assez délicat : en y recourant, l'entrepreneur fait preuve de méfiance vis-à-vis du propriétaire, c'est-à-dire de son client.

1764. II. **Créances garanties.** — L'architecte ou l'entrepreneur sont privilégiés, non pas pour le montant intégral de leurs créances, mais seulement jusqu'à concurrence du chiffre de la *plus-value* résultant des travaux. Pour déterminer ce chiffre, on se place, non pas au moment de l'achèvement des travaux ainsi qu'il eût été logique de le faire, mais « *à l'époque de l'aliénation de l'immeuble* » (art. 2103 - 4°, § 2), c'est-à-dire au jour de la transformation de cet immeuble en argent en suite de l'aliénation, volontaire ou forcée.

1765. III. **Assiette du privilège.** — Le privilège porte sur l'immeuble tout entier et non pas seulement sur la plus-

value : c'est la chose tout entière qui sera saisie par l'architecte ou l'entrepreneur; seulement ces personnes ne seront admises à produire en tant que créanciers privilégiés que dans les limites de la plus-value.

V

Séparation des patrimoines

1766. Sens et utilité du bénéfice de la séparation des patrimoines. — Ce bénéfice est destiné à prémunir les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent contre le risque de l'insolvabilité de l'héritier : les deux patrimoines, du défunt et de l'héritier, se confondant, dans leurs éléments passifs comme dans leurs éléments actifs, il en résulte que les ayants cause du *de cujus* vont concourir, sur l'ensemble des biens, avec les créanciers de l'héritier, en sorte que les créanciers héréditaires, qui auraient peut-être été payés intégralement du vivant du débiteur, vont se trouver de subir, par suite de son décès, la loi du dividende; ils contribueront à une perte commune et se trouveront ainsi d'améliorer de façon bien imprévue la situation des créanciers de l'héritier.

Ce résultat est injuste : les créanciers avaient suivi la foi du défunt, non celle de son héritier qu'ils ne connaissaient peut-être même pas. Le législateur vient à leur secours au moyen du bénéfice de la séparation des patrimoines qui les sauvera du concours imprévu des créanciers personnels de l'héritier : la masse des biens héréditaires leur sera affectée, ainsi qu'aux légataires, de préférence aux créanciers du successeur; c'est seulement sur l'excédent que ceux-ci seront admis à exercer leur droit de gage (art. 878 et suiv.).

1767. Question. — Dès lors, une question se pose : étant donné que les *séparatistes* ont un droit de préférence, ne faut-il pas considérer qu'ils sont investis, sur les immeubles successoraux, d'un véritable privilège? Il serait intéressant d'être fixé sur ce point puisque les privilèges immobiliers spéciaux, qui ne sont autre chose que des hypothèques privilégiées, emportent certainement le *droit de suite* : si les séparatistes ont acquis un privilège du fait de la séparation des patrimoines, ils vont pouvoir suivre les immeubles héréditaires et les saisir, par préférence, sur les tiers détenteurs.

En faveur de la négative, on a invoqué les précédents : dans notre ancien droit, comme déjà en droit romain, la séparation des patrimoines ne conférait à ceux qui en béné-

ficiaient, qu'un simple droit de préférence, et rien, dans les travaux préparatoires, ne laisse supposer qu'on ait entendu abandonner ce point de vue traditionnel; il y a même un texte qui prouve le contraire : l'article 880, d'après lequel la séparation des patrimoines peut être invoquée, à l'égard des immeubles, seulement *tant qu'ils existent dans la main de l'héritier*; c'est dire que le privilège ne comporte pas le droit de suite (*Sic*, COLIN, CAPITANT et DE LA MORANDIÈRE, t. II, n° 1170; PLANIOL et RIPERT, t. II, n^{os} 2928 et suiv.; LE BALLE, dans le *Cours de droit civil français* de Ch. BEUDANT, 2^{e} éd. publiée par R. BEUDANT, et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t. V *bis*, n^{os} 804 et suiv.; dans leurs traités des *sûretés réelles* et des *successions*, MM. BECQUÉ, MAURY et VIALLETON sont moins affirmatifs; voy. le premier de ces traités, t. I. n^{os} 679 et suiv.; et le deuxième, n° 454).

1768. — La *jurisprudence*, en dépit de certains flottements et d'une résistance opposée par certaines cours d'appel (Bordeaux, 19 fév. 1895, *motifs*, *D. P.* 1896, 2, 276, *S.* 1896, 2, 27; 4 avril 1911, *D. P.* 1913, 2, 352; Montpellier, 26 nov. 1923, *S.* 1924, 2, 120), a compris au contraire le bénéfice de la séparation des patrimoines comme une véritable hypothèque privilégiée (Req. 27 juill. 1870, *S.* 1872, 1, 153, note LABBÉ, *D. P.* 1871, 1, 352; Civ. 5 déc. 1924, *D. P.* 1925, 1, 64, *S.* 1927, 1, 5, note HUBERT); cette conception a l'avantage de donner aux séparatistes une sécurité effective dont la thèse adverse les démunit par trop; elle peut d'ailleurs se réclamer, elle aussi, du texte de la loi : soit de l'article 2111 qui reconnaît aux séparatistes un *privilège sur les immeubles de la succession*; soit de l'article 2166 d'après lequel les créanciers ayant *privilège inscrit* sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe : or, le privilège de la séparation des patrimoines est sujet à *inscription* (*inf.* n° 1879); soit enfin de l'article 2113 qui décide que les privilèges non inscrits en temps utile dégénèrent en hypothèques ordinaires, donc en sûretés comportant le droit de suite; or, ce texte paraît bien viser le privilège de la séparation des patrimoines, dont il est question dans l'article 2111; la conclusion s'impose : si le bénéfice de la séparation dégénère en hypothèque ordinaire faute d'inscription en temps utile, c'est évidemment que, régulièrement publié, il a la valeur d'une hypothèque privilégiée. Après cela, l'argument que l'opinion adverse puise dans l'article 880 perd singulièrement de sa valeur, surtout si l'on considère que ce texte, à la différence de ceux que nous venons de citer à l'appui de la jurispru-

dence, ne figure pas au titre des privilèges et des hypothèques; en l'écrivant, les rédacteurs ne se proposaient nullement d'envisager le bénéfice sous l'angle hypothécaire, mais uniquement en fonction du droit successoral. Enfin, il convient d'ajouter qu'en refusant le droit de suite aux créanciers héréditaires on consacre une injustice, car on les traite moins bien que les légataires, lesquels ont du moins une hypothèque légale sur les immeubles successoraux (art. 1017, § 2); et cependant, ces derniers luttent *de lucro captando*, alors que les créanciers héréditaires *certant de damno vitando*; ils se contentent de réclamer leur dû.

Après cela, il importe peu que, dans la tradition romaine, le bénéfice de la séparation des patrimoines ne soit pas assorti du droit de suite : à Rome, la *separatio bonorum*, mesure *collective*, dessaisissait l'héritier qui ne pouvait plus aliéner; les ayants droit du défunt n'avaient donc pas même besoin d'un droit de suite pour obtenir toute sécurité; mais, dans notre droit moderne, la séparation des patrimoines, mesure *individuelle*, ne réalise plus le dessaisissement de l'héritier qui peut donc aliéner les biens héréditaires; en refusant le droit de suite aux créanciers, on rend leur situation bien précaire, on les met à la merci de l'héritier. C'est ce que la jurisprudence a parfaitement compris; envisageant le problème de haut, elle s'est libérée de l'influence du droit romain; elle a construit le bénéfice de la séparation des patrimoines en fonction du cadre social et juridique moderne; on ne peut que l'en féliciter. (V. la note précitée de M. Hubert et l'article de M. Percerou sur la *liquidation du passif héréditaire*, dans la *Revue trimest.* 1905, p. 608).

1769. Division du privilège. — Il semble que, du moment qu'il constitue un privilège immobilier spécial, donc une hypothèque privilégiée, le bénéfice de la séparation doive être indivisible, et l'on peut être surpris de constater que, d'après la jurisprudence, chacun des héritiers n'est cependant tenu hypothécairement que de la part du passif correspondant à sa vocation héréditaire; par exemple, si le défunt a laissé trois enfants et que l'un des immeubles successoraux soit mis dans le lot de l'aîné, les séparatistes ne pourront demander à celui-là que le tiers des sommes dues (Civ. 10 juill. 1893, *D. P.* 1894, 1, 5, note de Loynes, *S.* 1894, 1, 177, note Tissier). Cette solution paraît inconciliable avec le caractère indivisible des hypothèques : lorsqu'un immeuble grevé d'hypothèque est mis dans le lot de l'un des héritiers, celui-ci répond, *hypothécairement et en tant que déten-*

teur, de toute la dette et non pas seulement de la part dont il est tenu personnellement en qualité d'héritier (*sup.* n° 1647). Cependant, la solution jurisprudentielle est irréprochable, juridiquement; elle se justifie par cette considération que le privilège de la séparation des patrimoines n'appartenait pas aux créanciers du vivant de leur débiteur initial; il est né, pour ainsi dire, dans le patrimoine héréditaire, à un moment où les dettes elles-mêmes, dont il est destiné à garantir le paiement, s'étaient divisées entre les héritiers; il est donc *né divisé;* chacun des héritiers ne peut être inquiété par lui que dans la mesure de sa vocation au passif héréditaire; il y a, en réalité, autant de privilèges de la séparation des patrimoines qu'il y a d'héritiers. Sous une autre forme, et comme l'a constaté la Cour de cassation après la cour de Rennes, le principe de la division des dettes, de plein droit, entre héritiers, ne peut pas être tenu en échec par le privilège de la séparation des patrimoines, laquelle « ne peut avoir pour résultat de changer la nature de la créance, ni de modifier les relations juridiques, soit des créanciers de la succession avec les héritiers, soit des héritiers les uns vis-à-vis des autres » (arrêt précité du 10 juill. 1893).

1770. Renvoi. — Il sera question plus loin de la *publicité* du privilège de la séparation des patrimoines (*inf.* n° 1834); d'autre part, nous retrouverons cette institution en étudiant le droit des *successions* (*inf.*, t. III, n^os^ 981 et suiv.).

Appendice à la Section III

Réduction des hypothèques

Articles 2161 à 2165

1771. Sens de la question. — Dans ces articles, le Code civil organise ce qu'il appelle la *réduction de l'inscription* et qui n'est autre chose, en réalité, que la réduction de l'hypothèque elle-même. On conçoit que certaines hypothèques, par leur généralité, soient susceptibles de dépasser le but poursuivi, de peser trop lourdement et bien inutilement sur la fortune immobilière du débiteur; c'est en vue d'une telle éventualité que le Code civil organise une procédure de réduction destinée à ramener la sûreté à des proportions raisonnables.

1772. — La réduction atteint l'hypothèque, parfois dans

son *assiette* et aussi, à l'occasion, dans le *montant de la créance* dont elle garantit le paiement.

I. **Réduction de l'assiette hypothécaire.** — Les articles 2161 et 2162 prévoient une réduction qui ne peut intervenir que pour certaines hypothèques. Sont à éliminer :

1° Les hypothèques *spéciales*, y compris les privilèges immobiliers spéciaux; l'article 2161 suppose, en effet, que la sûreté porte sur les *biens présents et à venir du débiteur*;

2° Les hypothèques *conventionnelles* établies, à titre exceptionnel, sur les biens à venir (*sup.* n° 1695); il n'est pas possible de prononcer, contre la volonté du créancier, une réduction qui irait contre la convention, loi des parties;

3° Les hypothèques légales de la *femme mariée* et des *personnes en tutelle*, lesquelles sont bien susceptibles de réduction, mais suivant un statut spécial (*sup.* n^{os} 1738 et 1749).

Il reste donc, pour l'application de l'article 2161, les hypothèques *légales* autres que les deux précédentes, et aussi les hypothèques *judiciaires*.

Et encore faut-il que certaines conditions soient réunies :

1° Il faut que l'hypothèque à réduire n'ait pas été précédemment l'objet d'une réduction conventionnelle (arg. art. 2161 : « *sans limitation convenue* »);

2° Il faut, en outre, que l'hypothèque telle qu'elle avait été inscrite, soit *excessive*, et ce mot a, dans la circonstance, un sens précis; l'article 2162 répute excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, « *lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux* »; pour apprécier si la situation est telle, on suit les règles tracées dans l'article 2165 à la lecture duquel nous renvoyons simplement.

1773. Procédure de la réduction. — Nous supposons que les parties ne sont pas d'accord pour effectuer la réduction, sans quoi il n'y aurait pas de question. La loi veut alors que la réduction soit demandée *en justice*; les règles de compétence sont les mêmes que celles qui sont établies dans l'article 2159 pour la radiation des inscriptions (art. 2161, § 1 *in fine*).

1774. II. **Réduction portant sur le montant des sommes garanties.** — Lorsque le montant des créances garanties hypothécairement est *indéterminé*, ce qui peut advenir, soit pour les hypothèques générales, soit aussi pour

les hypothèques conventionnelles, la loi veut que le créancier procède lui-même à une évaluation, dans l'*inscription* qu'il requiert (*inf.* n° 1798). Dans ces conditions, il est à craindre que le créancier ne fasse bonne mesure, désireux qu'il est de se couvrir aussi complètement que possible; le débiteur pourra exiger que l'inscription soit ramenée à un chiffre raisonnable (art. 2163 et 2164).

La procédure de réduction, ici encore, est *judiciaire* (art. 2164) : l'excès est arbitré par le juge, « *de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur* ».

1775. Remarque. — Cette théorie de la réduction des hypothèques, envisagées dans leur assiette ou dans le montant des créances garanties, se rattache à la notion de l'*abus des droits* : le créancier qui avait requis des inscriptions multiples sur plusieurs domaines alors que la valeur d'un seul aurait amplement suffi à la désintéresser, n'avait pas excédé les limites objectives de son droit; mais il était sorti de l'esprit de l'institution en réalisant son droit jusqu'à l'outrance, sans motif légitime; il en avait abusé (Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905, *D. P.* 1906, 2, 105, note L. Josserand). Il semblerait logique de conclure de là que les frais de la procédure de réduction doivent lui incomber; cependant, dans le jugement précité, le tribunal a reculé devant cette conséquence.

Section IV. — PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES ET DES PRIVILÈGES

1776. Importance du problème. — Une bonne organisation de publicité des hypothèques a, pour la sécurité des transactions, une importance capitale; ce ne sont pas seulement les *prêteurs* sur hypothèque qui sont intéressés au premier chef à connaître la situation juridique exacte des immeubles que les emprunteurs offrent d'affecter spécialement à la garantie de leurs créances; ce sont aussi les *acquéreurs* qui désirent savoir, en premier lieu, sans doute, s'ils ont en face d'eux, comme vendeur, le véritable propriétaire (et on a vu comment ils obtenaient, sur ce point, une information relativement sûre grâce à l'*usucapion* et à la *transcription*), mais encore si les immeubles qu'ils se proposent d'acquérir sont libres de toutes charges ou bien s'ils ne sont pas grevés d'hypothèques, et, dans cette dernière éventualité, quelle est l'importance des créances garanties : un pays dans lequel les hypothèques seraient opposables à tous,

encore qu'occultes, serait la terre d'élection du stellionat, de la fraude; l'insécurité y vicierait les relations économiques et juridiques.

1777. — Cependant, comme nous allons le constater, la publicité du régime hypothécaire est une conquête du droit moderne : pendant de longs siècles, les peuples, même les plus évolués juridiquement, n'ont connu et n'ont pratiqué que l'hypothèque occulte, opposable d'elle-même aux tiers comme aux parties; à ce point de vue,la supériorité du droit moderne est éclatante sur notre ancien droit français comme sur le droit romain. Toutefois, si des progrès ont été accomplis, il y a place encore, du moins en France, pour bien des améliorations; l'organisation de notre régime hypothécaire, pour être bien supérieure à celle des temps révolus, n'en présente pas moins des lacunes et des incohérences : elle demanderait à être plus scientifiquement conçue, plus techniquement réalisée : trop d'hypothèques et de privilèges passent à travers les mailles du système actuellement en vigueur.

1778. Plan. — Nous le constaterons au cours de cette étude divisée en quatre paragaphes :

1° *Historique* et *généralités*;
2° Les *hypothèques sujettes à publicité*;
3° Les *hypothèques dispensées de publicité*;
4° Les *responsabilités* qui peuvent être engagées à l'occasion de la publicité des hypothèques.

§ I. — *HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS*

I

Historique

1779. Le point de départ : la clandestinité. — A Rome, l'hypothèque, qui pouvait grever indifféremment meubles et immeubles, produisait son maximum d'effets en dehors de toute publicité; notre *ancien droit* recueillit l'héritage de cette organisation clandestine, avec cette circonstance aggravante que les hypothèques générales y pullulaient, puisque tout acte notarié portant obligation emportait *de plano*, au profit du créancier, une hypothèque générale et occulte sur tous les immeubles du débiteur.

1780. Les efforts tentés pour la publicité. — Différentes tentatives eurent lieu pour asseoir le régime hypo-

thécaire sur une organisation de publicité; les unes furent heureuses et durables, mais demeurèrent localisées; d'autres tendaient à l'universalité, mais avortèrent invariablement.

A. Les *pays de nantissement* connaissaient un régime de publicité pour le transfert de la propriété (*sup.*, t. I, n° 1703), et aussi pour les hypothèques : dans les Flandres, notamment, les formalités féodales de l'ensaisinement étaient utilisées à cet effet; le créancier devait demander à être nanti par hypothèque de l'héritage, et mention de la formalité était inscrite sur les registres tenus dans les greffes. Les pays de nantissement étaient fort attachés à leur régime de publicité : lorsqu'un édit prétendit l'abolir, en 1771, le Parlement des Flandres refusa l'enregistrement, en alléguant qu'il représentait le chef-d'œuvre de la sagesse et qu'il donnait la sûreté aux propriétés.

1781. — B. Dans l'ensemble du royaume, des tentatives furent faites pour réagir contre la clandestinité du régime hypothécaire; elles eurent lieu d'abord *dans un but fiscal* et non dans l'intérêt des tiers : des édits de 1553, de 1581, de 1606 échouèrent, dans cette voie, devant la résistance des Parlements. Plus intéressante fut la tentative due à Colbert : un édit de mars 1673 créa dans chaque bailliage et dans chaque sénéchaussée un greffe dans lequel devaient se faire connaître, par voie d'opposition, les créanciers hypothécaires; les opposants passaient avant les non-opposants. Mais cette disposition suscita une violente opposition de la part des grandes familles de la noblesse qui, fort endettées, ne se souciaient pas de révéler publiquement leurs embarras d'argent; le Parlement de Paris remontra « que la fortune des plus grands de la Cour s'anéantirait par la publicité qui serait donnée aux charges dont leurs biens étaient couverts » et que tout crédit leur serait coupé si l'on connaissait le véritable état de leurs affaires; et un édit d'avril 1674 révoqua cet édit de mars 1673.

1782. Le droit intermédiaire. — C'est au législateur de l'époque intermédiaire qu'il était réservé d'assurer le triomphe de la publicité du régime hypothécaire. La loi du 9 messidor an III, celle-la même qui créa aussi l'*hypothèque sur soi-même* (*sup.* n° 1653), décida que l'hypothèque devait être publiée au moyen d'une inscription prise sur un registre dont les intéressés étaient admis à prendre communication; et le système fut maintenu, perfectionné et renforcé par la loi fondamentale du 11 brumaire an VII, qui adjoignit au principe de la *publicité* celui de la *spécialité* et qui eut encore

le mérite d'organiser la *transcription* des aliénations portant sur des immeubles.

1783. Le Code civil. — Le régime de publicité des hypothèques, ainsi institué par le droit intermédiaire, passa, non sans difficultés et non sans restrictions, dans le Code civil; le système de la clandestinité comptait des partisans irréductibles et l'on put se rendre compte de la difficulté que rencontre, de par la force de la tradition et des idées séculaires, l'instauration de tout ordre de choses nouveau, quelque éclatante que soit sa supériorité par rapport à la situation qu'il est destiné à remplacer; au Conseil d'Etat, Bigot-Prémeneu se constitua le champion de la thèse de la clandestinité qui fut cependant écartée, en grande partie sous l'influence du Tribunal de cassation (FENET, t. II, p. 607 et suiv.).

La réalisation fut d'ailleurs incomplète et défectueuse :

1° Ce ne sont pas toutes les hypothèques qui sont sujettes à inscription : bon nombre d'entre elles sont opposables aux tiers encore que non inscrites (hypothèques des femmes mariées et des personnes en tutelle) :

2° Le procédé de publicité laisse à désirer : les inscriptions ne sont pas prises et cataloguées par immeubles, mais par propriétaires; pour se renseigner sur la situation hypothécaire d'un immeuble, il faut donc connaître les noms des propriétaires successifs : c'est un point qui a été déjà exposé à propos de la transcription (*sup.*, t. I, n° 1750) et sur lequel nous reviendrons (*inf.* n° 1787);

3° Le Code civil, qui consacrait, tant bien que mal, l'œuvre réalisée par la loi de brumaire en matière hypothécaire, répudiait d'autre part le régime institué par cette même loi en matière de transcription : si les constitutions d'hypothèques demeuraient soumises à la publicité, les aliénations immobilières redevenaient clandestines (*sup.*, t. I, n° 1706). Il résultait de là un défaut de symétrie, une organisation boiteuse : celui qui se proposait d'acquérir un immeuble pouvait bien s'assurer qu'il n'était grevé d'aucune hypothèque conventionnelle ou judiciaire, mais le créancier qui se proposait d'acquérir une hypothèque n'était pas à même de vérifier la propriété de son auteur. Ce défaut d'équilibre devait persister jusqu'en 1856; il ne prit fin qu'avec la loi du 23 mars 1855, applicable à compter du 1er janvier 1856.

1784. Les réformes postérieures au Code civil. — Toute une série de lois sont intervenues qui ont modifié plus ou moins profondément notre régime hypothécaire : lois du

23 mars 1855, dont les dispositions, qui ont retenti puissamment sur ce régime et sur son application, ont été développées et renforcées par un décret-loi du 30 octobre 1935; du 21 mars 1858 sur la procédure d'ordre; du 13 février 1889 sur les conventions relatives à l'hypothèque des femmes mariées; du 1er mars 1918, qui a supprimé, au moins dans les mots, le registre des inscriptions hypothécaires.

II

L'essentiel du système français

1785. Principe. — Dans le système actuel, tel qu'il nous vient du droit intermédiaire et tel qu'il a été imparfaitement aménagé par le Code civil et par des lois postérieures, l'hypothèque n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où elle a été inscrite sur un registre tenu par un fonctionnaire de l'ordre administratif, le *conservateur des hypothèques*.

1786. Rôle du conservateur. — Le conservateur n'a pas pour mission d'investir le créancier de l'hypothèque dont il assure l'inscription, pas plus qu'il ne saurait conférer la propriété à l'acquéreur qui requiert la transcription d'un acte translatif (*sup.*, t. I, nos 1720 et 1749); son rôle se borne à rendre l'hypothèque publique et, par là même, à la rendre opposable aux tiers, *sans rien préjuger quant à sa validité*; le conservateur *n'est pas un juge*, mais un fonctionnaire de l'ordre administratif qui donne l'authenticité aux inscriptions et certifie qu'elles ont été prises dans l'ordre indiqué par ses registres.

1787. Caractère personnel de la publicité. — Les registres hypothécaires sont tenus par noms de personnes, comme ceux de transcription; les hypothèques sont inscrites sur les propriétaires, sur leurs noms, et non point sur les immeubles eux-mêmes; les tables sont établies par noms de personnes; on y trouve les noms des propriétaires dont les biens sont grevés d'hypothèques. Ces errements rendent les recherches difficiles; celui qui désire connaître la situation hypothécaire d'un immeuble doit demander au conservateur si cet immeuble n'a pas été grevé d'hypothèques par telle personne, le propriétaire actuel, ni par le propriétaire précédent, et ainsi de suite; il suffit d'un oubli, d'une lacune dans la filière, pour que le requérant soit incomplètement renseigné et pour qu'il soit exposé à voir se révéler ensuite des hypothèques constituées par le propriétaire au sujet du-

quel il a omis d'interroger le conservateur. Nous n'insistons pas davantage sur les inconvénients de cette *publicité personnelle*; nous les avons déjà exposés en traitant de notre régime de transcription (*sup.*, t. I, n° 1750).

1788. Rôle de l'inscription. — L'inscription n'est nullement une condition de validité de l'hypothèque, pas plus que la transcription n'est une condition de validité d'une vente ou d'une donation d'immeuble; son but est de porter l'hypothèque à la connaissance du public; elle est une *formalité de publicité*; elle assure le rayonnement de l'hypothèque, mais elle ne la crée pas. En conséquence :

1° Une hypothèque inscrite peut être *nulle* et tout à fait inefficace; en ce cas, elle ne vaut pas davantage après l'inscription qu'elle ne valait auparavant;

2° Il n'est pas nécessaire que le constituant soit demeuré *capable* jusqu'au moment de l'inscription, pas plus qu'on ne s'inquiète de savoir si un vendeur a conservé sa capacité jusqu'au jour de la transcription;

3° C'est seulement vis-à-vis des *tiers* que l'inscription de l'hypothèque est requise; et on entend par là tous ceux qui ont à redouter les attributs de cette sûreté, droit de préférence et droit de suite.

a) Le droit de *préférence* : le défaut d'inscription peut être opposé par tous les créanciers, même chirographaires (art. 2134); à cet égard, l'inscription hypothécaire est traitée autrement que la transcription, laquelle n'est pas requise, au moins dans le système de la loi du 23 mars 1855, à l'égard des créanciers de l'aliénateur (art. 3 de cette loi). Il est d'ailleurs assez rare que les créanciers chirographaires aient intérêt à opposer le défaut d'inscription d'une hypothèque, car il serait facile au créancier hypothécaire de riposter aussitôt en procédant précisément à cette inscription. Cependant, on verra que cette ressource ne lui appartient pas toujours, certains événements arrêtant le cours des inscriptions (*inf.* n° 1826);

b) Le droit de *suite* : les tiers acquéreurs n'ont pas à s'inquiéter des hypothèques qui n'ont pas été inscrites avant que leur titre d'acquisition ne fût lui-même devenu opposable aux tiers.

1789. — Vis-à-vis de toutes autres personnes, l'hypothèque existe et produit ses effets indépendamment de toute publicité : créancier hypothécaire, débiteur constituant et leurs héritiers.

III

Systèmes étrangers et projets de réforme

1790. — *A l'étranger*, les législations plus récentes que la nôtre sont plus scientifiquement conçues : d'une part, elles soumettent à la loi de la publicité toutes les hypothèques, sans exception; d'autre part, elles organisent un régime de *publicité réelle* : les registres sont tenus par immeubles et non pas par noms de propriétaires. Le type le plus représentatif est fourni par la législation *allemande* (C. civ. *allemand*, art. 1115 et suiv.) d'après laquelle toute hypothèque, comme d'ailleurs tout droit réel, doit être inscrite sur le *livre foncier* (*Grundbuch*), tenu par *parcelles* et attribuant ainsi à chaque immeuble une sorte de *casier civil* groupant sur un même feuillet les indications relatives à un domaine déterminé; de plus, on sait que ce livre foncier est tenu, non par un fonctionaire de l'ordre administratif, mais par un juge (*Grundbuchrichter*) qui vérifie les droits du requérant et qui n'accorde l'inscription qu'après contrôle, en connaissance de cause; il fait ainsi acte de juridiction gracieuse, en sorte que l'inscription à laquelle il procède a une autorité particulière et bénéficie d'une présomption légale d'exactitude : c'est le *principe de légalité* sur lequel nous nous sommes expliqué à propos de la transcription (*sup.*, t. I, n° 1752).

En *Belgique*, la loi du 16 décembre 1851 a consacré un système qui, tout en se rattachant encore à notre régime français, est sensiblement plus évolué, puisqu'il consacre, sous une forme absolue, les principes de la *publicité* et de la *spécialité*, en y soumettant les hypothèques légales des incapables elles-mêmes.

En *Alsace* et en *Lorraine*, la loi du 1er juin 1924 a conservé le *livre foncier* qui réalise l'unité de réglementation pour les actes d'aliénation et les actes constitutifs de droits réels immobiliers tels que l'hypothèque; elle a aussi maintenu le principe de *légalité* (art. 46); mais, d'autre part, les inscriptions produisent, en principe, les effets qui y sont attachés par le droit français (art. 113 et 114); on a ainsi établi les termes d'une transaction entre le droit local et le droit français en maintenant le premier dans ses dispositions les plus caractéristiques et les meilleures. Ce régime transactionnel est institué pour une période de dix années, à compter du 1er janvier 1925; à l'expiration de ce délai, « *une loi déterminera les modalités d'application des dispositions correspondantes du droit français* » (art. 14 de la loi); mais ledit

délai a été prorogé de dix ans par la loi du 23 décembre 1934, soit jusqu'au 1er janvier 1945.

1790*bis*. — Un projet de réforme hypothécaire a été déposé au Sénat, en 1896, par M. Darlan, garde des Sceaux; il tendait à asseoir le régime de publicité hypothécaire sur de plus larges bases; il était, en réalité, l'œuvre de la sous-commission juridique du cadastre; il donnait aux principes de la publicité et de la spécialité une portée absolue, en y soumettant toutes les hypothèques, même celles des incapables; il est venu en discussion devant le Sénat, mais n'a point abouti (Voy. sur ce projet, les thèses de M. Dufoussat, 1898, et de M. Grault, 1907).

§ II. — *LES HYPOTHÈQUES SUJETTES À PUBLICITÉ*

1791. Principe. — La règle générale est qu'une hypothèque, ordinaire ou privilégiée, n'est opposable aux tiers et ne devient donc pratiquement utilisable qu'à la condition d'avoir été publiée au moyen d'une *inscription* effectuée au bureau de la conservation.

1792. Modes exceptionnels de publicité. — Cependant, et pour nous en tenir aux hypothèques sujettes à publicité, les seules qui soient l'objet de ce paragraphe, il arrive que cette publicité se réalise par un *procédé particulier*.

I. Il en va ainsi des *hypothèques mobilières* pour lesquelles des lois spéciales ont prévu des modes de publicité appropriés: pour l'*hypothèque maritime*, c'est sur un registre tenu par le *receveur des douanes* de la circonscription où le navire est immatriculé que l'inscription doit être prise (L. 10 juill. 1885, art. 8); pour l'*hypothèque fluviale*, elle est effectuée sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation du bateau (L. 5 juill. 1917, modifiée par la loi du 19 juill. 1934, art. 16); pour l'hypothèque des *aéronefs*, sur le *registre d'immatriculation* (L. 31 mai 1924, art. 14); pour l'hypothèque des *fonds de commerce*, sur un registre tenu au *greffe du tribunal de commerce* dans le ressort duquel le fonds est exploité (L. 17 mars 1909, mod. par l. du 31 juillet 1913, art. 10, § 2); pour l'affectation hypothécaire des *produits agricoles*, par la transcription du warrant agricole sur un registre tenu par le *greffier de la justice de paix* du domicile de l'emprunteur (L. 30 avril 1906, mod. par le décret-loi du 28 sept. 1935, art. 3, § 2); pour le *warrantage hôtelier*, par la transcrip-

tion du premier endossement du warrant sur un registre spécial tenu au *greffe du tribunal de commerce* de la situation de l'hôtel (L. 8 août 1913, mod. par l. 17 mars 1915, art. 4, § 2); pour le *warrantage pétrolier, par une formalité* du même ordre (L. 21 avril 1932, art. 2).

1793. — II. Il est une hypothèque immobilière qui ne se révèle pas obligatoirement aux tiers par une inscription : c'est le *privilège du vendeur d'immeuble*. L'inscription est ici suppléée par la *transcription de l'acte de vente*. Cette transcription rend la vente opposable aux tiers; du même coup, elle leur révèle l'existence du privilège du vendeur; elle est donc à double action; elle *vaut inscription* (art. 2108).

Mais il faut noter :

1° Que le conservateur est tenu de procéder *d'office* à l'inscription du privilège immobilier dont l'existence lui est révélée par les bordereaux qui lui sont remis à fin de transcription. Sans doute, s'il omet cette formalité, le privilège n'en sera pas moins opposable aux tiers; mais ceux-ci, lésés par la révélation du privilège, sont en droit de lui demander des dommages-intérêts (art. 2108);

2° Que la transcription, qui déclenche normalement l'inscription, est, en fait, l'œuvre de l'acheteur; c'est lui, en effet, qui est intéressé au premier chef à ce que le déplacement de propriété soit opposable à tous. A supposer cependant qu'il s'abstienne, il ne faut pas que son inertie compromette la sûreté du vendeur; celui-ci sera fondé, sans aucun doute, à requérir *directement* l'inscription du privilège.

En *Alsace* et en *Lorraine*, l'inscription n'est jamais prise d'office (L. 1er juin 1924, art. 47, § 2); c'est donc au vendeur qu'il appartient, dans tous les cas, de requérir l'inscription de son privilège.

1794. Plan. — Laissant désormais de côté ces cas exceptionnels et nous cantonnant dans l'étude du droit commun d'après lequel la publicité de l'hypothèque est assurée au moyen d'une *inscription* prise au bureau de la conservation, nous allons traiter :

1° De cette *inscription elle-même*, envisagée en soi;

2° De son *efficacité*;

3° Après quoi nous rechercherons à *quel moment* elle peut ou doit être effectuée.

I

L'inscription hypothécaire étudiée en elle-même

1795. Généralités. — Les inscriptions sont prises et centralisées au *bureau de la conservation des hypothèques* de la situation de l'immeuble hypothéqué. Il est à noter que la compétence *territoriale* du conservateur conduit à cette conséquence que, si l'hypothèque porte sur plusieurs immeubles, situés dans les ressorts de bureaux différents, le créancier hypothécaire devra accomplir les formalités dans plusieurs bureaux : à chaque conservateur sa circonscription territoriale.

1796. Réquisition ; capacité. — En principe, la *réquisition à fin d'inscription* émane du créancier hypothécaire ou de son *mandataire* (art. 2148, § 1) : il n'est pas nécessaire que le requérant ait une pleine capacité, puisque l'inscription d'une hypothèque rentre dans la catégorie des *actes conservatoires*; à ce titre, elle peut être requise par un mineur, même non émancipé et pourvu qu'il soit doué de discernement, ainsi que par un individu pourvu d'un conseil judiciaire (*sup.*, t. I, n° 575).

1797. Pièces à produire. — D'après l'article 2148, § 1, le requérant doit produire « *l'original ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque* »; et, effectivement, le créancier produira normalement un acte authentique : contrat hypothécaire ou expédition d'un jugement. Mais il en va autrement s'il s'agit d'une hypothèque légale : un vendeur, un copartageant peuvent requérir l'inscription de leurs privilèges en produisant un acte de vente ou de partage rédigé sous seing privé; à cet égard, l'article 2148 est conçu dans des termes trop absolus.

Pour l'inscription du *privilège du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par étages*, il est rappelé qu'elle est prise sur production de l'acte authentique visé dans l'article 11 de la loi du 28 juin 1938 (*sup.* n° 1760*bis*).

1798. Bordereaux. — Ce n'est pas seulement le titre constitutif de l'hypothèque que doit présenter le créancier ou son représentant; il y joint deux *bordereaux* absolument identiques, renfermant toute une série d'indications (art. 2148 modif. par les lois du 1er mars 1918 et du 21 fév. 1926). On doit y trouver :

1° Des mentions concernant le *créancier* : nom, prénoms,

domicile, profession; et aussi *élection de domicile* par lui faite dans un lieu quelconque du ressort du tribunal civil de la situation de l'immeuble. Cette élection a une grande utilité : il faut qu'on puisse atteindre facilement le créancier, par exemple pour lui adresser des notifications à fin de purge, sans être obligé d'aller le quérir peut-être très loin; le domicile élu peut d'ailleurs être changé par la suite (art. 2152, nouv. réd.);

2° Certaines mentions sont requises qui concernent le *débiteur* : nom, prénoms (dans l'ordre de l'état civil), domicile, date et lieu de naissance, profession : ainsi, l'identification du constituant sera complète. Cependant, pour l'hypothèque judiciaire, on n'exige plus que les prénoms figurent dans l'ordre de l'état civil et on fait grâce de la date et du lieu de la naissance du débiteur, qui sera désigné simplement ainsi qu'il l'est dans la teneur du jugement qui constitue alors le titre du créancier;

3° D'autres mentions se réfèrent à l'*origine* de l'hypothèque : on doit trouver dans les bordereaux la *date* (Civ. 4 mars 1912, *D. P.* 1913, 1, 137, note DE LOYNES) et la *nature* du *titre* productif de la sûreté; mais cette exigence ne saurait être satisfaite lorsque l'hypothèque est une hypothèque légale ordinaire; alors, le titre du requérant, c'est la loi; on lui demande seulement de fournir des précisions sur la cause et la nature de la *créance* garantie;

4° Certaines mentions concernent la *créance* garantie, et nous voyons s'affirmer à nouveau, sous une forme nouvelle, le principe de la *spécialité*, quand à la créance hypothécaire (*sup.* n° 1694) : on doit trouver dans les bordereaux, le *montant* de la créance, les *modalités* dont elle peut être affectée, et notamment la *date* de l'échéance.

A supposer que la créance soit *indéterminée* dans son chiffre, faudra-t-il procéder à une évaluation? On sait que la loi ne formule pas cette exigence pour ce qui est de l'acte constitutif; mais elle la spécifie quant à l'inscription; aux termes de l'article 2148 - 4°, « *sauf dispense légale, le requérant doit évaluer les rentes, prestations, droit indéterminés* »; et le texte ajoute que, si les droits sont éventuels ou conditionnels, on doit indiquer sommairement l'événement ou la condition dont dépend l'existence de la créance.

1799. — Ces quatre catégories de mentions sont suffisante pour les hypothèques légales ou judiciaires, parce qu'elles sont des sûretés générales frappant tous les immeubles compris dans la circonscription du bureau (art. 2148 - 5°,

in fine). Mais, pour les hypothèques conventionnelles, lesquelles sont spéciales dans leur objet, une cinquième catégorie de mentions est exigée;

5° Doivent figurer dans les bordereaux des mentions relatives à l'*immeuble* ou *aux immeubles* hypothéqués; la *nature* et la *situation* de ces biens doivent y être indiquées.

C'est là tout ce qu'exigeait le Code civil dans cet ordre d'idées; la jurisprudence trouvait que c'était encore trop, car elle se contentait, dans l'inscription comme dans l'acte constitutif (*sup.* n° 1693) d'une désignation globale pour les immeubles de telle et telle nature que le débiteur possédait dans telle commune, ou même dans *l'arrondissement*, se montrant ainsi plus coulante encore, en ce qui concerne l'inscription, que pour ce qui est de l'acte constitutif. C'était pousser le libéralisme bien loin et ruiner le principe de la spécialité du gage hypothécaire : la loi du 1er mars 1918 a mis fin à ces abus; afin d'arriver à une identification certaine de l'immeuble hypothéqué, on veut que les bordereaux contiennent les numéros et sections du cadastre auxquels il correspond. Pour les immeubles compris sous un même numéro cadastral, la loi exige la production d'un plan de morcellement à l'échelle du plan cadastral, et, le cas échéant, le procès-verbal de bornage (art. 2148 - 5°).

Il est à remarquer que ces énonciations sont requises même pour l'hypothèque conventionnelle portant sur des *biens à venir* : car une inscription spéciale est exigée pour chacun des immeubles, à mesure qu'ils sont acquis par le constituant; générale quant à l'acte de constitution, une telle hypothèque est spéciale quant à l'inscription.

1800. Sanctions. — L'omission de telle ou telle des mentions exigées n'est pas sanctionnée invariablement par la nullité de l'inscription; seules, les personnes lésées par l'irrégularité commise seront fondées à se plaindre; et encore, les tribunaux peuvent-ils, au lieu d'annuler l'inscription, en réduire l'efficacité en fonction de l'omission commise; le système est donc aussi souple, aussi nuancé que possible (art. 2148, dernier al.).

1801. Rôle du conservateur. — *D'après le Code civil*, le conservateur, à qui le requérant présentait les deux bordereaux dont on connaît maintenant le contenu, devait — et il doit encore actuellement — faire mention de leur remise sur un registre spécial, le *registre des dépôts*, tenu en double exemplaire, dont l'un reste au bureau de la conservation, tandis que l'autre sera, dans les trente jours qui suivront sa

clôture, déposé au greffe d'un tribunal civil d'un arrondissement autre que celui de la résidence du conservateur, sur désignation du ministre de la justice (art. 2200, § 4, modif. par l. 10 mars 1922) : on réduit ainsi au minimum les risques de perte ou de destruction. Sur ce registre, le conservateur inscrit les remises de bordereaux, « *jour par jour et par ordre numérique* » (art. 2200, § 1).

Après quoi, il devait, d'après le Code civil, reproduire le contenu des bordereaux sur un autre registre, qui était la clef de voûte du système, le *registre des inscriptions hypothécaires;* enfin, il restituait au requérant et le titre constitutif et l'un des deux bordereaux, au pied duquel il certifiait avoir fait l'inscription sur le grand registre; il gardait l'autre bordereau.

Dans ce système, c'était donc ce fonctionnaire qui constituait et qui tenait le registre des inscriptions, et il était rigoureusement exact de dire, selon la formule consacrée, que les hypothèques doivent être inscrites sur le registre du conservateur.

1802. Réforme. — Mais une loi du 1er mars 1918 a bouleversé ou a cru bouleverser ce système; comme l'indique son intitulé, elle a eu la prétention de supprimer le registre des inscriptions en matière hypothécaire; elle a fait beaucoup moins en réalité. Désormais, en vertu de cette loi, que suivit un décret en date du 29 mars 1918, le conservateur, après avoir mentionné la remise des bordereaux sur le registre des dépôts, au lieu de transcrire sur un autre registre les mentions des bordereaux, utilise ceux-ci simplement et plus directement; il s'en sert pour constituer un volume dont ils seront les feuillets. Comme par le passé, il restitue l'un des deux bordereaux au requérant; quant à l'autre, destiné aux archives, il le classe de telle façon que, réuni à ses semblables, il formera un volume dont la reliure doit être effectuée « immédiatement et solidement aux frais du conservateur et sans déplacement » (art. 10 du décret).

Il existe donc toujours un registre, seulement il est constitué directement à l'aide de bordereaux; le conservateur ne copie plus; il *conserve* et il est chargé de la reliure; les créanciers hypothécaires deviennent ses collaborateurs immédiats et gratuits; et le public est servi par lui-même, au moins en grande partie : d'où une économie de temps et de personnel et aussi la disparition de chances d'erreurs; on simplifie, on va au but plus directement, plus économiquement et aussi plus sûrement.

1803. Conséquences de la réforme. — Cette réforme, qui a entraîné la modification des art. 2108, 2148, 2150, 2152, 2153, a eu d'assez nombreuses répercussions, mais celle-ci entre autres : elle a accru l'importance du registre qui a été maintenu tel quel, le registre des dépôts; c'est lui qui, désormais, est attributif de date; aux termes de l'article 2150, § 2, « *la date de l'inscription est déterminée par la mention portée sur le registre des dépôts* ».

1804. Frais des inscriptions. — En vertu de l'article 2155, les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur. Pratiquement, il arrive que l'avance en soit faite par le créancier en s'inscrivant; il aura alors le droit d'en exiger le remboursement, à titre d'accessoires de la dette; à cet effet, il en sera fait mention dans l'inscription.

Le principe qui met les frais de l'inscription à la charge du débiteur comporte des dérogations.

1° Les parties peuvent l'écarter par convention (art. 2155);

2° Il est admis que le tuteur n'a pas à supporter les frais de l'inscription de l'hypothèque générale qui grève ses immeubles; ces frais rentrent dans les dépenses utiles, par lui faites dans l'intérêt de l'incapable; il les fera figurer au crédit de son compte (art. 471). On décide autrement pour l'hypothèque légale de la femme : le mari, qui a la jouissance des revenus du ménage, ne peut pas se faire rembourser par sa femme les frais de l'inscription à laquelle il a procédé.

II

Efficacité de l'inscription hypothécaire

1805. Division. — *L'efficacité* de l'inscription hypothécaire doit être appréciée à un triple point de vue : 1. d'abord en ce qui concerne les *créances garanties*; quelles sont au juste les sommes dont le paiement est assuré par la vertu de l'inscription? 2. puis, il y a lieu de rechercher *pendant combien de temps* cette efficacité est reconnue aux inscriptions : la possèdent-elles sans limitation de durée? Ou bien leur force n'est-elle que temporaire? 3. Enfin, il sera question de la *radiation* des inscriptions.

1806. I. Sommes dont le paiement est garanti hypothécairement grâce à l'inscription. Intérêts des créances. — En ce qui concerne le *capital* de la créance, il est évident que la force de l'inscription est complète : ce sont les sommes indiquées sur les bordereaux qui sont garanties, intégralement et uniquement, au titre hypothécaire.

Mais la question est de solution plus complexe pour les *intérêts* de la créance, au moins pour les intérêts non échus lors de l'inscription et dont celle-ci ne fait pas mention, car, pour ce qui est des intérêts *échus*, ou bien ils sont compris dans l'inscription qui en garantit alors le recouvrement au même rang que le capital lui-même, ou bien il n'en est pas fait état et alors le créancier ne bénéficie pas, en ce qui les concerne, de la sûreté hypothécaire; c'est seulement en tant que créancier chirographaire qu'il peut en poursuivre le règlement.

Au contraire, il est indispensable que l'inscription du capital garantisse, par elle-même et dans une certaine mesure, les intérêts *futurs*; sans quoi, le créancier devrait procéder à une série d'inscriptions ultérieures correspondant à chaque échéance d'intérêts ou d'annuités non acquittés; ce serait lui imposer une gêne et des frais; ce serait aussi lui faire courir un risque, car les inscriptions ainsi prises pour chaque échéance d'intérêts ne porteraient effet qu'à leur date, en sorte que le créancier serait primé par les hypothèques que le débiteur aurait constituées dans l'intervalle au profit d'autres créanciers. Il faut donc, en toute justice, que l'inscription initiale, prise pour le capital, soit applicable, dans une certaine mesure, aux intérêts à venir qu'elle conservera *ipso facto*, hypothécairement, *au même rang que le capital lui-même*.

Mais il reste à fixer la mesure dans laquelle se produira cette sorte d'*accession hypothécaire*; il serait dangereux de l'admettre indéfiniment; car le principe même de la spécialité de l'hypothèque serait mis en échec; les tiers ne pourraient pas juger de la portée d'application de l'hypothèque, ignorants qu'ils seraient du montant des intérêts échus et non acquittés depuis l'inscription initiale; on en reviendrait aux anciens errements, aux hypothèques générales quant aux créances garanties, c'est-à-dire à un régime de clandestinité partielle : il faut donc, de toute nécessité, adopter un régime transactionnel en limitant à un certain nombre d'échéances ou d'annuités l'accession hypothécaire des intérêts au capital de la créance.

1807. Système de l'article 2151. — L'article 2151, modifié heureusement par une loi du 17 juin 1893, décide que le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, « *a le droit d'être colloqué pour trois années seulement au même rang que le principal...* »; cette formule demande à être précisée :

1° Elle suppose que l'inscription a fait connaître que la créance est productive d'intérêts ou d'arrérages; si le taux n'est pas indiqué, on s'en tiendra au taux *légal* (V. note LABBÉ, sous Civ. 13 mai 1874, *S.* 1875, 1, 5);

2° Les trois années envisagées par l'article 2151 sont, non pas celles qui ont suivi l'inscription du capital, mais au contraire *les trois plus récentes*; elles ont pour point de départ, non le jour de l'inscription, mais le moment où l'hypothèque a produit *son effet légal*, et nous verrons par la suite ce qu'il faut entendre par là (*inf.* n° 1818); on ne descend pas dans l'avenir, mais on remonte dans le passé. Les intérêts des trois années ainsi calculées sont garanties par l'hypothèque *au même rang que le capital lui-même et abstraction faite de toute inscription spéciale*;

3° Pour les intérêts autres que ceux des trois dernières années, la garantie hypothécaire n'est pas éliminée; seulement elle ne résulte pas de l'inscription initiale; le créancier est bien, même pour ces intérêts qui ne bénéficient pas de l'accession du capital, un créancier hypothécaire; mais, en ce qui les concerne, l'hypothèque n'a pas été publiée; elle ne prendra rang que du jour où elle le sera; il appartiendra donc au créancier de prendre des inscriptions spéciales et successives, attributives de rang pour chaque échéance (V. l'art. 2151 *in fine*).

Exemple : une hypothèque a été inscrite à la date du 1er mars 1935; si elle a produit son effet légal avant le 1er mars 1938, tous les intérêts seront garantis hypothécairement au même rang que le capital; mais si l'on suppose que l'effet légal n'est produit que le 1er septembre 1941, les intérêts ne seront garantis au rang du capital que pour la dernière période triennale, soit du 1er septembre 1938 au 1er septembre 1941; pour le reste, soit pour trois ans et demi, ils sont bien encore sous la protection de l'hypothèque, mais c'est à la condition que le créancier ait pris des inscriptions spéciales qui seront, en ce qui les concerne, attributives de date, et, par conséquent, de rang.

1808. Portée générale de l'article 2151. — Ce texte est applicable aux *arrérages* des rentes comme aux *intérêts* des sommes dues; il vise les *privilèges immobiliers* comme les hypothèques ordinaires, et, parmi celles-ci, les hypothèques générales comme les hypothèques spéciales; les hypothèques mobilières elles-mêmes obéissent au statut commun, du moins celles qui sont établies sur les *bateaux de navigation intérieure* (L. 5 juill. 1917, art. 22) ou sur les *aéronefs* (L. 31 mai 1924, art. 14).

Mais le système institué par l'article 2151 suppose, pour son application, que le capital de la dette est déterminé et que le créancier a négligé d'exiger, comme il eût pu le faire, le paiement des intérêts au fur et à mesure de leur échéance; il cesse d'être applicable lorsque, le capital de la créance étant indéterminé, le créancier se trouvait hors d'état d'exiger le règlement d'intérêts dont il ignorait le chiffre ou même la réalité (V. pour l'*hypothèque légale du mineur*, inscrite dans l'année qui suit la cessation de la tutelle et concernant des droits éventuels et indéterminés dont le montant ne sera connu que pour l'établissement du compte de tutelle, Req. 15 nov. 1898, *S.* 1899, 1, 140; et, pour les intérêts d'un *compte-courant* garanti par une inscription hypothécaire, Civ. 3 fév. 1937, *S.* 1937, 1, 225 : l'article 2151 est alors tenu en échec par le principe de l'indivisibilité de compte-courant et ses effets novatoires).

1809. Intérêts postérieurs au moment où l'hypothèque a produit son effet légal. — Les intérêts qui ont couru après le moment où l'hypothèque a produit son effet légal sont intégralement garantis, au même rang que le capital lui-même; il ne saurait être question pour eux d'inscriptions particulières, désormais inconcevables, puisque l'hypothèque a épuisé sa force et que les droits des créanciers sont désormais reportés sur le prix : il ne faut pas que le créancier hypothécaire souffre des lenteurs apportées dans la réalisation du gage (V. Civ. 7 avril 1880, *D. P.* 1880, 1, 209; *S.* 1880, 1, 220; Nancy, 15 nov. 1907, *S.* 1908, 2, 64); cette solution peut d'ailleurs être étayée sur les articles 765, § 2, et 768 C. pr.

1810. En résumé, sont conservés au même rang que le capital et sans qu'il soit nécessaire de prendre des inscriptions spéciales : 1° les intérêts échus lors de l'inscription et qui y sont mentionnés; 2° les intérêts échus entre l'inscription et le jour où l'hypothèque a produit son effet légal, mais seulement jusqu'à concurrence de trois années; 3° les intérêts qui ont couru depuis le jour où l'hypothèque a produit son effet légal et jusqu'au jour de la clôture de l'ordre.

1811. II. **Durée de validité de l'inscription hypothécaire. Péremption et renouvellement des inscriptions.** — Dans une législation de *publicité réelle*, assurée par les livres fonciers, on conçoit que les inscriptions soient valables et efficaces sans limitation de temps, *à perpétuité*, ainsi qu'il en est de la transcription des actes translatifs de

propriété immobilière ou constitutifs de charges immobilières; on ne voit pas, en effet, pourquoi ces deux procédés de publicité, inscription et transcription, seraient traités différemment à cet égard; et effectivement, dans le système *allemand*, les inscriptions effectuées sur le registre foncier conservent indéfiniment leur efficacité.

Mais, dans une législation de *publicité personnelle*, telle que la nôtre, cette perpétuité présenterait de tels inconvénients pratiques qu'elle ne saurait être consacrée : en effet, elle rendrait les recherches des intéressés et du conservateur tellement laborieuses et compliquées qu'elles n'aboutiraient qu'à des résultats incertains; celui qui voudrait connaître la situation hypothécaire d'un immeuble devrait se procurer les noms des propriétaires successifs jusqu'à une époque très reculée, puisqu'une inscription prise trente ans, cinquante ans auparavant ou davantage, conserverait tous ses effets et maintiendrait le rang primitif de l'hypothèque. Il est vrai que la prescription de la créance elle-même assignerait une limite aux recherches ainsi entreprises et aux possibilités de surprise; mais la prescription de droit commun est de trente années et ce long délai peut être encore allongé par des causes de suspension, si bien que l'effort exigé du requérant et du conservateur serait au-dessus de leurs forces et que la responsabilité de ce fonctionnaire, à raison des omissions qu'il pourrait commettre, deviendrait trop lourde et vraiment injuste. Afin de couper court à ces difficultés et à ces risques, le Code civil décide que les inscriptions hypothécaires se périment par *dix années* (art. 2154). Grâce à cette solution, les recherches seront plus faciles, plus rapides et plus sûres; la responsabilité du conservateur risquera moins d'être engagée; enfin, la *radiation* des inscriptions, au cas d'extinction de la dette ou de renonciation à l'hypothèque, devient inutile dans bien des cas : on évitera les frais de cette procédure en laissant aller les choses; l'inscription tombera d'elle-même, par la seule action du temps.

1812. Délai de la péremption. — Le délai de dix années court à dater du jour où l'inscription a été prise (art. 2154) : c'est un délai préfix et non pas une véritable prescription; il s'accomplit fatalement, sans égard pour la personnalité du créancier; il ne comporte ni suspension, ni interruption. Pour les hypothèques mobilières, le délai de péremption est plus court (cinq années pour le *warrantage pétrolier*; L. 21 avril 1932, art. 5).

1813. Effets de la péremption. — Lorsque la péremption est accomplie, l'inscription tombe; ses effets cessent (art. 2154); mais ce n'est pas à dire que l'hypothèque soit éteinte; *le créancier demeure créancier hypothécaire*; seulement, il perd le bénéfice du rang que lui assurait l'inscription périmée; il lui faudra prendre une nouvelle inscription qui, comme la première, sera attributive du rang; il risquera donc d'être primé par d'autres hypothèques, publiées dans l'intervalle entre les deux inscriptions qu'il a effectuées; il peut en résulter pour lui un dommage irréparable, et, en fait, sinon en droit, la perte de l'inscription peut équivaloir à la perte de l'hypothèque elle-même, notamment si des circonstances survenues entre temps s'opposent à la prise d'une inscription nouvelle (*inf.* n° 1836).

1814. Moyen d'éviter la péremption : inscriptions prises en renouvellement. — Il est loisible au créancier de conjurer l'éventualité de la péremption en réitérant l'inscription, en la renouvelant avant que ne sonne l'heure de l'échéance fatale, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de dix années, délai dans lequel le jour initial n'est pas compté : *dies a quo non computatur in termino* : une inscription prise le 1er mars 1935 pourra être encore renouvelée utilement dans la journée du 1er mars 1945.

L'inscription de renouvellement est gouvernée par des règles particulières :

1° Elle n'est pas attributive de rang, et c'est là son utilité essentielle; elle conserve à l'hypothèque le rang que lui assignait l'inscription renouvelée; elle est une *inscription de consolidation*; elle insuffle une nouvelle vie à l'inscription primitive;

2° Elle ne contient pas nécessairement les mentions exigées dans l'inscription initiale à laquelle elle peut se référer purement et simplement; il suffit qu'aucune équivoque ne soit possible; on se reportera à l'inscription initiale qu'elle a fait revivre et où l'on trouvera tous les renseignements nécessaires (Req. 9 fév. 1891, *S.* 1892, 1, 113, note Labbé, *D. P.* 1892, 1, 11; 28 juill. 1902, *D. P.* 1902, 1, 396, *S.* 1903, 1, 393, note Naquet). Mais tout au moins est-il indispensable de spécifier dans l'inscription qu'elle est prise en renouvellement, sans quoi le public serait trompé; il pourrait croire qu'elle a été prise initialement et qu'elle est donc attributive de rang; elle ne vaudrait alors qu'à ce titre et non pas en tant qu'inscription de renouvellement (Civ. 6 juill. 1881, *S.* 1882, 1, 455, *D. P.* 1882, 1, 348; Req. 28 juill. 1902, précité).

1815. Portée d'application de la double règle de la péremption et de la nécessité d'un renouvellement en temps utile. — L'article 2154 vise toutes les inscriptions de toutes les hypothèques, ordinaires ou privilégiées, sujettes à publicité; tels est le principe dont les textes spéciaux ont même fait application aux hypothèques mobilières (V. pour l'hypothèque *maritime*, l'art. 11 de la loi du 10 juill. 1885; pour l'hypothèque *fluviale*, l'art. 21 de la loi du 5 juill. 1917; pour l'hypothèque *aérienne*, l'art. 14 de la loi du 31 mai 1924; pour le *warrantage pétrolier*, la loi du 21 avril 1932, art. 5).

1816. — Cependant, il est des privilèges ou hypothèques dont les inscriptions échappent à la péremption et n'ont donc pas à être renouvelées dans les dix ans : c'est là une faveur que la loi accorde à certains créanciers hypothécaires, aux *caisses de crédit mutuel agricole* (L. 5 août 1920, art. 34); aux *sociétés de crédit immobilier* (L. 19 avril 1921, art. 3; *D.* 20 déc. 1921); et surtout au *Crédit foncier* : les hypothèques constituées au profit de cet établissement sont dispensées de renouvellement pendant toute la durée du prêt qu'il a consenti (*D.* 28 fév. 1852, art. 47); l'inscription prise ne se périme pas. C'est là une faveur appréciable, qui se justifie en quelque mesure par l'intérêt général comme par le grand nombre des opérations auxquelles se livre le Crédit foncier, mais qui n'est pas sans danger pour le public : à cause d'elle, les indications fournies par le conservateur risquent d'être inexactes; elles sont données à la suite et comme conclusions de recherches effectuées par les registres pour les dix dernières années; or, il est possible qu'une hypothèque plus ancienne, prenant rang à une époque plus reculée, vienne s'affirmer ultérieurement et primer celle d'un bailleur de fonds qui avait traité avec le débiteur dans la conviction que l'immeuble était libre de toute hypothèque; le certificat négatif délivré par le conservateur laisse subsister le danger de la révélation d'une inscription prise par le Crédit foncier; notre système de publicité hypothécaire comporte ainsi une fissure qui en compromet le fonctionnement et la sécurité. Il est vrai que les intéressés ont la ressource de s'adresser au siège du Crédit foncier où on leur dira si un prêt hypothécaire a été consenti; leur enquête, pour être complète, devra donc être double; elle sera effectuée et à la conservation des hypothèques et au siège du Crédit foncier.

1817. Le privilège du vendeur d'immeuble. — On s'est demandé si la double règle de la péremption décennale

et de la nécessité de renouvellement ne comporterait pas une autre dérogation relative au privilège du vendeur d'immeuble. Ce privilège se manifeste et se conserve par un procédé exceptionnel, au moyen de la transcription de l'acte de vente qui est ainsi à double fin, puisqu'elle rend opposable aux tiers et le transfert de propriété et le privilège du vendeur. Or, la transcription n'est pas sujette à renouvellement; sa valeur est perpétuelle; ne faut-il donc pas décider qu'elle conserve indéfiniment le privilège, sans qu'il soit besoin de la renouveler? Des difficultés sont apparues à ce sujet, qu'on peut considérer comme tranchées aujourd'hui; les deux règles suivantes rallient, ou à peu près, l'unanimité des suffrages.

1° Le conservateur n'est pas tenu de renouveler l'inscription qu'il a dû prendre d'office, lors de la transcription de l'acte de vente (Avis du C. d'Etat, du 22 janv. 1808); la solution contraire aurait nécessité, de la part du conservateur, un surcroît de besogne qu'aucun texte ne lui impose. C'est donc au vendeur qu'incombe le soin de procéder au renouvellement;

2° Ce renouvellement a, pour lui, un caractère obligatoire; l'inscription prise d'office par le conservateur n'a pas plus de valeur que toute autre inscription; elle se périme par dix années, conformément à l'article 2154; c'est qu'en effet, si *la transcription vaut inscription* (c'est la formule de l'art. 2108), elle ne vaut pas davantage; or, elle vaudrait davantage si elle avait, pour la conservation des droits hypothécaires, une vertu perpétuelle. En réalité, il faut distinguer entre ses deux fonctions qui ne sont nullement indivisibles : en tant que mode de publicité de la vente, elle est définitive; mais en tant que mode de révélation du privilège, elle n'a qu'une force temporaire, celle-là même qui appartient à une inscription; si elle conservait par elle-même et et indéfiniment le privilège, elle ferait brèche à notre système de publicité hypothécaire et il en résulterait, pour les tiers, une grande incertitude.

D'ailleurs, il ne faut pas croire que la péremption de l'inscription du privilège compromette toujours et nécessairement les droits du vendeur d'immeuble : comme la loi ne lui impartit aucun délai pour l'inscription, il peut toujours procéder à cette formalité, aussi longtemps du moins que ne s'est pas produit un événement de nature à arrêter le cours des inscriptions (*inf.* n° 1836); et comme, d'autre part, l'inscription n'est plus ici attributive de rang, puisque c'est d'un véritable privilège qu'il s'agit, il peut fort bien

arriver que la péremption n'ait compromis en aucune façon les intérêts du vendeur.

1818. Epoque à laquelle cesse la nécessité du renouvellement. Principe. Effet légal des hypothèques. — La nécessité de procéder au renouvellement des inscriptions avant l'expiration du délai fatal ne s'affirme pas indéfiniment; un moment arrive où la péremption n'est plus à craindre, parce qu'elle n'aurait plus aucun sens : c'est celui où, suivant l'expression consacrée, l'hypothèque a produit son *effet légal*, c'est-à-dire celui où les droits des créanciers hypothécaires sont transportés de la chose sur le prix; alors le gage hypothécaire est réalisé, la sûreté a fait son œuvre et les droits des créanciers ne peuvent plus être mis en péril.

1819. Précisions. — Il reste à déterminer le moment auquel les droits des créanciers hypothécaires seront ainsi considérés comme ayant été transportés de l'immeuble sur le prix; des flottements se sont produits à ce sujet, mais la jurisprudence est fixée et nous nous bornerons à exposer le corps de solutions auxquelles elle est arrivée.

Trois éventualités sont à prévoir :

1° L'immeuble hypothéqué a été l'objet d'une *vente volontaire* de la part du débiteur. L'acquéreur entame la procédure de la *purge* afin de libérer la chose des hypothèques dont elle est grevée; à cet effet, il adresse aux créanciers hypothécaires des *notifications à fin de purge* (*inf.* n° 1923); c'est alors, à ce moment précis, que les hypothèques sont à considérer comme ayant produit leur effet légal, car les droits des créanciers sont bien transportés de l'immeuble sur le prix qui leur est offert; la transposition est définitive, les offres du créancier ne pouvant être rétractées par lui (*inf.* n° 1925); en conséquence, à partir de ce moment, l'obligation du renouvellement prend fin; si le délai fatal n'était pas expiré au jour des notifications, la péremption n'est plus à craindre (Req. 15 mars 1876, *D. P.* 1878, 1, 64; Civ. 22 nov. 1893, *S.* 1894, 1, 337, *D. P.* 1894, 1, 153).

Il est d'ailleurs admis que les notifications à fin de purge sont effectivement suppléées, au point de vue qui nous intéresse ici, par tout acte impliquant à la fois l'offre de payer le prix et l'acceptation de cette offre par tous les créanciers inscrits (Req. 14 avril 1934, *S.* 1934, 1, 213);

2° L'immeuble hypothéqué est *saisi* par les créanciers qui en poursuivent la *vente forcée*. Les hypothèques produisent alors leur effet légal, non pas au jour de l'adjudication sur

saisie, mais seulement au jour de la transcription du jugement d'adjudication, car c'est alors seulement que le transfert de propriété est effectué à l'égard des tiers (Civ. 4 mai 1891, *S.* 1891, 1, 373, *D. P.* 1892, 1, 9; 24 fév. 1932, *D. H.* 1932, 217);

3° L'immeuble hypothéqué est *exproprié pour cause d'utilité publique*. La Cour de cassation a décidé que l'obligation du renouvellement des inscriptions cesse le jour de la transcription du jugement d'expropriation (actuellement, de la transcription de l'ordonnance d'expropriation), ou bien le jour de la cession amiable consentie par le propriétaire (Civ. 30 janv. 1865, *S.* 1865, 1, 141, *D. P.* 1865, 1, 75). La solution n'est pas sûre, car les créanciers hypothécaires disposent encore d'un délai de quinzaine, à compter de la transcription, pour prendre utilement inscription (*anciennement*, L. 3 mai 1841, art. 17; *actuellement*, décret-loi du 8 août 1935, art. 21); il semble donc qu'ils soient fondés à arguer de la péremption des inscriptions qui a pu s'opérer depuis le jour de la transcription (*Sic*, PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 3053).

1820. III. Radiation des inscriptions. — Lorsqu'une inscription est devenue sans objet, elle doit disparaître; il faut, en effet, porter à la connaissance du public la libération de l'immeuble; on procède donc à une *radiation* qui consiste matériellement, non pas, comme on pourrait le croire, dans une rature ou une surcharge, mais dans une *mention en marge* : on signale que l'inscription n'existe plus; de cette façon, si la radiation est elle-même annulée par la suite, l'inscription peut revivre à l'aide d'une nouvelle mention explicative et rectificative.

La radiation peut être *volontaire* ou *judiciaire*.

1° *Radiation volontaire*. — Le créancier renonce à l'inscription; il donne *mainlevée*. Il doit le faire par *acte notarié* (art. 2158): on ne veut pas que le conservateur soit tenu d'opérer la radiation sur le vu d'une renonciation figurant dans un acte privé dont la sincérité est sujette à caution, ni même sur la déclaration verbale du prétendu créancier.

Quant à la *capacité* exigée pour la mainlevée, elle varie suivant les cas :

a) Si la créance est éteinte, et, avec elle, l'hypothèque qui en garantissait le paiement, la radiation n'est qu'une simple formalité; elle intervient *pour ordre*; la mainlevée peut être donnée par tout créancier capable de recevoir le paiement de la dette (tuteur; mineur émancipé, au moins si l'hypo-

thèque garantissait des revenus, non si elle garantissait un capital, art. 482);

b) Si, au contraire, la créance subsiste, si le paiement n'a pas eu lieu, la radiation devient un acte grave; elle se ramène à la perte de l'hypothèque; la renonciation à l'inscription équivaut à une renonciation à l'hypothèque; on exige donc, de celui qui y consent, la capacité de renoncer à ce droit, c'est-à-dire de disposer d'un droit immobilier;

2° *Radiation judiciaire.* — La radiation *judiciaire* ou *forcée* est ordonnée par le tribunal; elle peut l'être dans *cinq cas* qui sont énumérés dans l'article 2160 auquel nous renvoyons, et notamment lorsque la créance est éteinte ou lorsque l'inscription est nulle ou si le titre constitutif de l'hypothèque est anéanti.

Le tribunal compétent pour connaître de la demande en radiation est celui dans le ressort duquel l'inscription avait été prise (art. 2159), donc celui de la situation de l'immeuble. L'article 2159 indique cependant des exceptions à cette règle.

L'action en radiation appartient à tous intéressés, pratiquement au propriétaire de l'immeuble sur lequel l'inscription avait été prise.

1821. Annulation d'une radiation. — Une radiation, régulièrement effectuée, peut être annulée ou résolue par la suite, aussi bien la radiation judiciaire (lorsque le jugement en vertu duquel elle a été effectuée est anéanti par l'effet d'une voie de recours extraordinaire), que la radiation volontaire (consentie par un incapable, ou entachée d'erreur, de dol, de violence). Il est admis que l'annulation de la radiation fait revivre l'inscription à l'encontre de ceux qui avaient des droits antérieurs à la radiation, mais non à l'encontre de ceux dont les droits sont postérieurs et qui avaient traité dans la croyance que l'hypothèque radiée n'existait plus (Req. 11 juill. 1889, *D. P.* 1889, 1, 393; Paris, 9 juill. 1892, *D. P.* 1893, 2, 569, note DE LOYNES; Req. 9 déc. 1846, *D. P.* 1847, 1, 298).

III

A quel moment l'inscription peut ou doit être effectuée

1822. Position de la question. — Le problème est double; il faut savoir : 1° *à partir de quel moment* l'inscription peut être prise; 2° *jusqu'à quelle époque* elle peut l'être.

I. **Moment à partir duquel l'inscription peut être prise.** — Distinguons selon les diverses catégories d'hypothèques :

1° L'hypothèque *conventionnelle* peut être inscrite immédiatement, alors même que la créance garantie serait à terme, conditionnelle ou même éventuelle; en toute occurrence, l'inscription sera attributive de rang, sur le champ et sans attendre l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition ou l'accomplissement de l'éventualité. Nous rappelons seulement que si une hypothèque a été constituée valablement sur des *biens à venir*, inscription doit être prise sur chacun des immeubles lorsqu'ils entrent dans le patrimoine du constituant, et *non pas par anticipation*; l'hypothèque est bien générale, mais l'inscription est spéciale;

2° L'hypothèque *judiciaire* peut être inscrite dès le jour où elle est née, donc aussitôt rendue la décision à laquelle elle est attachée; pas n'est besoin d'attendre que cette décision soit devenue définitive, inattaquable : un jugement par défaut, une décision rendue en premier ressort suffisent à légitimer l'inscription, car celle-ci est un acte conservatoire, non une mesure d'exécution (Civ. 4 août 1913, cité *inf.*); il n'est même pas nécessaire que la minute du jugement ait été régulièrement établie et que l'enregistrement ait été effectué; il suffira que le requérant présente au conservateur un document établissant que le jugement a bien été rendu, et par exemple une ordonnance du président du tribunal dont émane la décision (Req. 28 mai 1935, *S.* 1935, 1, 253); seulement, il va sans dire que le sort de l'inscription et de l'hypothèque elle-même demeure subordonné aux résultats de la voie de recours dirigée contre la décision.

On discute sur le point de savoir si une *opposition* déjà formée fait obstacle à l'inscription de l'hypothèque judiciaire; nous pensons qu'il n'en est rien : si l'inscription subsiste en dépit de l'opposition ultérieure (*Sic*, Civ. 4 août 1913, *D. P.* 1917, 1, 121, note Cézar-Bru), on ne voit pas comment une opposition déjà formée pourrait faire obstacle à la prise d'une inscription (*Sic*, Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité de procédure*, 3e éd., t. IV, n° 329; Montpellier, 25 fév. 1909, *S.* 1910, 2, 110; *contra*, Paris, 15 juin 1904, *Gaz. trib.* 5 août).

1823. Particularité. — Il est rappelé que l'hypothèque judiciaire attachée aux reconnaissances ou aux vérifications d'écriture ne peut pas être inscrite avant l'échéance : le

créancier doit attendre l'arrivée du terme (L. 3 sept. 1807, *sup.* n° 1710);

3° L'inscription d'une hypothèque *légale* (sujette à publicité) peut être prise dès le jour de la naissance de l'hypothèque, mais non pas auparavant; cependant, on a vu que le privilège des *architectes* et *entrepreneurs* est soumis à une réglementation spéciale : le premier procès-verbal doit être rédigé (*sup.* n° 1763), et même inscrit avant le commencement des travaux (*inf.* n° 1834).

1824. Conclusion. — On arrive à cette constatation que l'inscription peut être prise aussitôt que l'hypothèque est née, avec ces particularités, d'abord que l'hypothèque conventionnelle garantissant une dette éventuelle peut être inscrite immédiatement, puis que l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture ne peut jamais l'être avant le jour de l'échéance de la dette; enfin que le privilège de l'architecte motive une inscription prise, en quelque sorte, avant la lettre.

1825. II. Jusqu'à quelle époque l'inscription peut-elle être prise? — *Principe.* — L'inscription peut être prise à un moment quelconque, indéfiniment, aussi longtemps du moins que subsiste l'hypothèque dont elle est le procédé d'extériorisation. Le créancier peut donc attendre; cependant, il n'a rien à gagner, à temporiser, mais il peut avoir beaucoup à perdre.

1° Plus il attendra et moins avantageux sera le classement de son hypothèque; car, en thèse générale, l'inscription est attributive de rang; les hypothèques inscrites avant la sienne primeront celle-ci; son intérêt est donc d'agir au plus vite;

2° S'il s'agit d'une hypothèque privilégiée, ou du moins de la plupart d'entre elles, le retard du créancier peut entraîner des conséquences plus graves encore : faute d'être inscrite dans un certain délai que nous déterminerons plus loin (*inf.* n° 1879), le privilège dégénère en une hypothèque ordinaire, pour laquelle l'inscription deviendra attributive de rang;

3° En cas de *faillite* ou de *liquidation judiciaire* du débiteur, la loi considère comme suspectes les inscriptions qui ont été prises plus de quinze jours après l'acte constitutif (*inf.* n^{os} 1827 et 1828);

4° Enfin, et c'est la sanction la plus grave que puisse comporter le retard dans l'inscription, il est possible que des circonstances surgissent qui rendent cette formalité dé-

sormais impraticable; car il existe des événements *qui arrêtent le cours des inscriptions* et qui placent donc le créancier dans l'impossibilité de rendre son hypothèque opposable aux tiers.

1826. Arrêt du cours des inscriptions. — Les événements qui arrêtent le cours des inscriptions sont à répartir dans deux catégories suivant qu'ils déterminent une clôture générale du registre, pour tous les biens du débiteur, sur lequel aucune inscription ne peut donc être prise désormais, ou qu'ils n'intéressent qu'un immeuble déterminé.

1° Cette dernière éventualité se produit lorsque l'immeuble hypothéqué est aliéné par le débiteur et que, d'autre part, l'aliénation est rendue opposable aux tiers : à compter de ce moment, par exemple à dater de la transcription de la vente, le créancier hypothécaire ne peut plus inscrire son hypothèque, car alors il l'inscrirait, ou bien sur le débiteur constituant, c'est-à-dire sur un *non dominus*, ou bien sur l'acquéreur, c'est-à-dire sur une personne qui n'a pas traité avec lui, qui est un tiers et qui peut lui opposer le défaut de publicité de l'hypothèque en temps utile, soit avant la transcription : entre ayants cause du même auteur, la victoire appartient à celui qui, le premier, a rendu son droit opposable aux tiers.

Le Code civil n'a pas traité, dans les articles 2146 et suivants (chap. IV) de cette cause d'interruption des inscriptions, mais seulement dans le chapitre VI, à l'occasion du droit de suite; c'est qu'en effet, comme on vient de le constater, cette face du problème intéresse, non pas exclusivement sans doute, mais surtout le droit de suite, puisque le conflit s'élève entre le créancier hypothécaire et un acquéreur de l'immeuble; comme, d'autre part, le cours des inscriptions n'est arrêté que par rapport à l'immeuble aliéné, comme l'obstacle n'a pas un caractère général, on comprend que le législateur ait envisagé cette éventualité à l'occasion du droit de suite et nous suivrons l'exemple qu'il a donné (*inf.* n° 1889);

2° Le cours des inscriptions est parfois arrêté d'une façon générale, en bloc, pour tous les immeubles d'un même débiteur. Les événements qui déterminent cet arrêt sont indiqués incomplètement dans l'article 2146; ce sont : la *faillite* du débiteur ou sa *liquidation judiciaire*; c'est aussi son *décès* suivi de l'*acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire*, ou bien de la *vacance* de sa succession.

1827. — Nous étudierons d'abord ces causes d'interruption en elles-mêmes, après quoi nous déterminerons à quelles inscriptions elles s'appliquent.

A. **Causes d'interruption des inscriptions.** — 1° *Faillite du débiteur.* — A cet égard, les règles, énoncées d'un mot dans le Code civil (art. 2146, § 1), sont précisées par le Code de commerce dans son article 448; deux périodes sont à distinguer : *a*) après le jugement déclaratif de faillite, aucune inscription n'est plus possible car le failli est dessaisi; l'inscription prise désormais serait *nulle de droit* (C. com., art. 448, § 1); *b*) antérieurement à ce jugement, s'ouvre une *période suspecte* comprenant la période de la cessation des paiements plus les dix jours qui l'ont précédée; les inscriptions prises au cours de cette période ne sont pas nulles de droit; mais elles peuvent être annulées par le tribunal « *s'il est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription* » (C. com., art. 448, § 2) : le législateur se défie des inscriptions tardives qu'il suppose être des inscriptions de complaisance prises par un faux créancier, ou par un créancier complice du failli qui, grâce à une hypothèque constituée et établie pour les besoins de la cause, absorberait le plus clair de l'actif, sauf à le restituer ensuite, en tout ou en partie, au failli dont les créanciers véritables et honnêtes se trouveraient lésés; grâce à cette disposition du Code de commerce, de telles combinaisons seront déjouées; le tribunal *pourra* — c'est une simple faculté pour lui et il appréciera souverainement la sincérité de l'opération — prononcer la nullité de l'inscription tardive et maintenir l'égalité entre les créanciers du failli.

1828. — 2° Bien qu'on l'ait contesté, la *liquidation judiciaire* est traitée, quant à l'arrêt du cours des inscriptions, ainsi que la faillite : *a*) une fois ouverte la liquidation judiciaire, il est certain qu'aucune inscription hypothécaire n'est plus recevable; en effet, le commerçant se trouve dessaisi ainsi qu'au cas de faillite; d'ailleurs, l'article 5, § 2, de la loi du 4 mars 1889, donne formellement cette solution; *b*) on a douté, au contraire, que l'article 448, § 2, fût applicable aux inscriptions prises antérieurement au jugement; mais il est généralement admis, contrairement à une allégation que l'on relève dans certains traités de droit civil, que la liquidation judiciaire comporte une période suspecte aussi bien que la faillite (V. PERCEROU, dans le *traité de droit*

commercial de THALLER, *Les faillites*, t. I, nos 572 et 742; Comp. BARDE, t. II, n° 1562); dès lors, l'inscription prise au cours de cette période doit pouvoir être annulée dans les termes de l'article 448, § 2, C. com.; c'est, en effet, un principe, que la liquidation judiciaire est gouvernée par les règles de la faillite (art. 24 et 19 de la loi du 4 mars 1889).

1829. — 3° Le *décès du débiteur*, lorsqu'il est suivi de *l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire* arrête également le cours des inscriptions (art. 2146, § 2). On suppose : *a*) que le débiteur constituant est décédé; *b*) que ses héritiers n'acceptent sa succession que sous bénéfice d'inventaire. C'est cette acceptation bénéficiaire qui arrête le cours des inscriptions, et *rétroactivement*, au jour de l'ouverture de sa succession.

Pourquoi cette solution? Deux explications sont possibles : *a*) le législateur, disent certains, considère qu'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire est insolvable; le passif en excède probablement l'actif; la situation rappelle donc celle de la faillite; c'est pourquoi elle est réglée de la même façon; des inscriptions prises après le décès du débiteur seraient suspectes, et c'est pourquoi la loi les interdit (*Sic*, PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 3023). Mais on peut objecter : 1. que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'implique nullement l'insolvabilité du défunt, à telle enseigne qu'elle est parfois une nécessité, lorsque l'un des héritiers est mineur (art. 461); 2. d'ailleurs, si l'explication était exacte, on serait logiquement conduit à traiter de même l'insolvabilité qui se manifeste du vivant du débiteur; sa *déconfiture* devrait arrêter le cours des inscriptions; or, il n'en est rien;

b) C'est ailleurs qu'il faut chercher la justification de l'effet interruptif attaché à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire: le débiteur ayant disparu, sans laisser d'héritier pur et simple, il ne reste plus qu'une masse de biens à liquider, masse dont la consistance est définitive, qui ne saurait recevoir ou comporter aucun apport ou aucun déchet nouveau; il s'opère, lors du décès, comme une cristallisation du patrimoine du défunt, en sorte que les créanciers ne doivent plus pouvoir modifier leurs situations respectives, par exemple en prenant des inscriptions hypothécaires; la situation rappelle, à cet égard, celle de la faillite, mais ce n'est pas dans le sens d'une commune insolvabilité; c'est dans celui d'une commune cristallisation du patrimoine du failli et de la succession bénéficiaire. On s'explique ainsi : 1. que la décon-

fiture du débiteur vivant ne produise pas le même effet interruptif que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur décédé; cette déconfiture ne fixe pas les éléments du patrimoine de l'insolvable; le débiteur, resté à la tête de ses affaires, continue à administrer son patrimoine dont il peut toujours modifier la composition; 2. que le cours des inscriptions ne soit pas arrêté par l'acceptation pure et simple de la succession du débiteur; car l'héritier pur et simple continue la personne du défunt; le gage des créanciers héréditaires n'est pas immuablement fixé.

1830. Inconvénients du système du Code civil. — L'arrêt du cours des inscriptions au jour du décès du débiteur dont la succession est ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire, présente des inconvénients et des dangers : un créancier à qui une hypothèque vient d'être conférée risque d'être surpris par la disparition du constituant et de se trouver dans l'impossibillité de vivifier sa sûreté au moyen d'une inscription; d'autre part, le sort de ce créancier est laissé à la merci de l'héritier : suivant que celui-ci acceptera la succession purement et simplement ou qu'il recourra au bénéfice d'inventaire, le créancier pourra encore ou ne pourra plus inscrire son hypothèque.

1831. Cas où il y a plusieurs héritiers. — Si le débiteur défunt a laissé plusieurs héritiers dont les uns acceptent sa succession purement et simplement alors que d'autres ne l'acceptent que sous bénéfice d'inventaire, alors la jurisprudence établit une distinction : 1. aussi longtemps que dure l'indivision, on n'admet aucune inscription, même pour la part des héritiers qui ont accepté purement et simplement; on ne sait pas alors comment les biens héréditaires seront répartis entre les ayants droit; 2. mais, une fois le partage consommé, la situation change et on applique distributivement les règles établies pour l'acceptation pure et simple et pour l'acceptation bénéficaire : les inscriptions peuvent être prises sur les immeubles attribués à ceux des héritiers qui ont accepté la succession purement et simplement (Civ. 18 nov. 1833, *S.* 1833, 1, 817, *D. P.* 1833, 1, 353; 25 août 1858, *D. P.* 1858, 1, 356, S. 1859, 1, 65).

1832. 4° Vacance de la succession du débiteur. — Il est admis, bien qu'aucun texte ne le décide ainsi, que la *vacance* de la succession du débiteur défunt arrête, comme l'acceptation bénéficiaire, le cours des inscriptions. En effet,

c'est par argument *a fortiori* qu'on doit accepter cette solution : la succession vacante est celle qui n'est réclamée par personne, qui ne trouve pas preneur; non seulement la liquidation s'impose, ainsi qu'au cas d'acceptation bénéficiaire, mais encore il y a présomption d'insolvabilité, car, en fait, une succession solvable détermine toujours la révélation d'un héritier; on ne voit d'ailleurs pas sur qui l'inscription serait prise. (*Sic*, Orléans, 26 août 1869, *D. P.* 1869, 2, 185, *S.* 1870, 2, 113.)

1833. Répudiation. — Mais la seule répudiation d'une succession par le successible à qui elle était déférée ne suffit pas à arrêter le cours des inscriptions du chef du débiteur défunt; cet arrêt ne se produit que si la succession est vacante; et on verra plus tard (*inf.* t. III, nos 896 et 1003) quelle est la signification exacte de cette expression.

1834. B. **Inscriptions dont le cours se trouve arrêté par les événements ci-dessus.** — Les événements interruptifs du cours des inscriptions ne font pas obstacle indistinctement à toutes les inscriptions; certaines d'entre elles peuvent être valablement prises même après la faillite déclarée du débiteur ou après l'acceptation bénéficiaire de sa succession; ce sont celles qui tendent, non pas à faire produire effet à un droit nouveau, mais à conserver une situation déjà acquise; alors, tout soupçon de fraude est écarté; d'autre part, il ne s'agit plus de modifier la consistance du patrimoine du débiteur et les situations respectives des créanciers : c'est le *statu quo* que l'inscription tend à maintenir, tout simplement; le créancier, en la prenant, veut éviter le pire; il ne cherche pas à améliorer sa situation. En conséquence, échapperont à l'article 2146 et pourront être prises à tout moment les inscriptions suivantes :

1° Les inscriptions de *renouvellement*, car elles ne révèlent pas une sûreté nouvelle, inconnue jusqu'alors; elles ne font que maintenir le *statu quo*; bien entendu, il en irait autrement de l'inscription prise après péremption de l'inscription initiale; elle serait à traiter elle-même comme une inscription attributive de rang, ce qu'elle est en réalité;

2° Les inscriptions particulières prises pour les *intérêts ou arrérages* qui ne sont pas garantis par l'inscription principale; elles ne sont pas révélatrices d'un droit nouveau; la situation se développe, simplement (Civ. 20 fév. 1850, *D. P.* 1850, 1, 102; Poitiers, 7 déc. 1885, *S.* 1886, 2, 81, *D. P.* 1887, 2, 60;

3° Les inscriptions des *hypothèques légales de la femme et des personnes en tutelle* : la loi octroie aux titulaires un délai d'une année, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle pour procéder à une inscription qui n'est nullement attributive de rang puisqu'elle assure à l'hypothèque le rang qui lui appartenait de tout temps (*inf.* n° 1852) ; on peut les comparer à des inscriptions de renouvellement; elles bénéficient de la même immunité que celles-ci au cas de faillite ou de décès du débiteur suivi d'acceptation bénéficiaire. Mais, après l'expiration du délai d'une année, elles deviendraient attributives de rang; en conséquence, la survenance de l'un des événements prévus à l'article 2146 y ferait obstacle;

4° Le *privilège de la séparation des patrimoines* est conservé par une inscription qui doit être prise dans les *six mois* et qui peut l'être évidemment malgré l'acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire; il serait absurde qu'elle fût rendue impossible par l'événement même qui donne naissance au privilège : le décès du débiteur. (Pour le cas de faillite, voy. Bordeaux, 12 fév. 1895, *D. P.* 1896, 2, 276) ;

5° En ce qui concerne le *privilège des architectes et entrepreneurs*, il est admis que le premier procès-verbal doit être publié avant les événements interruptifs du cours des inscriptions (Limoges, 1er mars 1847, *D. P.* 1847, 2, 147), mais il en va autrement du deuxième, car il n'apprend pas grand chose de nouveau, et surtout il n'a pas d'influence sur le rang du privilège.

1835. Privilège du vendeur d'immeuble. — A la différence des précédents, ce privilège est soumis aux dispositions restrictives de l'article 2146 : d'une part, si le vendeur laisse se périmer l'inscription prise d'office par le conservateur, il ne peut plus prendre d'inscription nouvelle après la faillite du débiteur ou son décès suivi d'acceptation bénéficiaire (Civ. 2 déc. 1863, *D. P.* 1864, 1, 105) ; d'autre part, si l'acte de vente n'avait pas encore été transcrit, sa transcription effective après l'un des événements indiqués, ne conserve plus le privilège; vainement objecterait-on que l'article 2146 vise uniquement les *inscriptions* et non la transcription; il est facile de répondre que, dans la mesure où la transcription fait fonction d'inscription, elle doit être traitée comme telle; elle *vaut inscription* (art. 2108) et pas davantage (*Sic*, DE LOYNES, t. II, n° 1598).

1836. — Le *privilège du copartageant* tombe également sous l'application de l'article 2146; il est vrai que la loi accorde au copartageant un délai de *soixante jours* pour l'inscription de son privilège et que, prise dans ce laps de temps, cette inscription est rétroactive, en ce sens qu'elle assure au privilège son rang de faveur; on a donc parfois soutenu qu'elle n'était pas empêchée par les événements de l'article 2146. Mais, pour qu'une inscription rétroagisse, il faut d'abord qu'elle puisse agir, il faut qu'elle puisse être prise; or, elle ne saurait l'être du moment que le registre est clos; vainement se réclamerait-on de la solution contraire donnée pour les hypothèques légales des incapables (*sup.* n° 1834); car ces hypothèques sont dispensées d'inscription tandis que le privilège du copartageant doit être publié (*Sic*, PLANIOL et RIPERT, t. II, n^os^ 3040-3041).

1837. En résumé, sont soumises à l'application de l'article 2146, non pas précisément les inscriptions qui sont attributives de rang — le critérium serait en défaut pour les inscriptions d'intérêts et pour les privilèges du vendeur et du copartageant — mais bien les inscriptions qui révèlent au public l'existence d'une hypothèque, ordinaire ou privilégiée, et qui modifient donc, vis-à-vis de ce public, la situation antérieure; peuvent, au contraire, être prises en dépit des événements interruptifs les inscriptions qui se bornent à confirmer, à consolider une sûreté déjà publiée ou bien dispensée de publicité (hypothèques des incapables).

§ III. — *LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES DISPENSÉS DE PUBLICITÉ*

1838. Précision. — Les sûretés qui font l'objet du présent paragraphe sont celles qui sont exemptes de publicité et non pas toutes celles qui sont dispensées d'inscription : le privilège du vendeur d'immeuble est dispensé d'inscription, non de publicité; c'est pourquoi nous en avons placé l'étude dans le paragraphe précédent.

Enumération. — Sont dispensés de publicité, et sont donc opposables aux tiers encore que ne leur ayant pas été officiellement révélés :

1° Les *privilèges généraux* de l'article 2101;

2° Certaines *hypothèques légales ordinaires.*

1839. Privilèges généraux. — La dispense d'inscription dont bénéficient ces privilèges aux termes de l'article

2107 n'appelle pas de copieux commentaires; ce régime exceptionnel se justifie par la modicité des créances garanties et surtout, à notre avis, par leur notoriété : on doit savoir que nous sommes tous plus ou moins les débiteurs de nos fournisseurs, de nos domestiques; on n'ignore pas qu'un patron doit payer un salaire à ses ouvriers ou à ses employés; la publicité des privilèges attachés à de telles dettes est implicite.

Mais il faut noter que la dispense établie par l'article 2107 ne concerne que le droit de préférence; le texte vise les conflits entre créanciers, non entre créanciers et tiers acquéreurs; quant à l'exercice du *droit de suite*, les privilèges généraux sont soumis au grand principe de la publicité.

1840. Les hypothèques légales ordinaires. — Il faut se garder de croire que toutes les hypothèques légales ordinaires (non privilégiées) soient dispensées d'inscription; pour elles, comme pour les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, *le principe est la publicité*; exception n'est faite que pour deux hypothèques, celle des *femmes mariées* et celles des *personnes en tutelle*, mineurs et interdits; d'après l'article 2135, § 1, ces hypothèques existent indépendamment de toute inscription; plus exactement, elles sont opposables aux tiers et elles produisent tous leurs effets (droit de préférence et droit de suite) encore que non inscrites.

1841. Raison d'être de la faveur légale. — En 1804, on a considéré qu'on ne pouvait demander à un incapable, à une femme mariée, à un mineur non émancipé, à un aliéné interdit, de veiller à la publication des hypothèques instituées en sûreté de leurs créances contre le mari ou contre le tuteur, d'autant plus que, fussent-elles pourvues d'un plein discernement (femme mariée, adolescent, interdit pendant les intervalles lucides), ces personnes se trouveraient gênées, vis-à-vis du mari ou du tuteur, pour procéder à une telle formalité qui revêtirait l'allure d'une mesure de suspicion, d'un acte de défiance.

De ces deux considérations qui sont à la base de l'exemption de publicité, la première a cessé de valoir pour l'hypothèque de la femme mariée, depuis que la loi du 18 février 1938 a restitué à cette femme le plein exercice de sa capacité (art. 215, nouv. réd.); mais la deuxième a conservé sa valeur.

Assurément la dispense de publicité accordée aux incapables par l'article 2135 est protectrice de leurs intérêts; seu-

lement, elle sacrifie plus ou moins ceux du public, puisqu'elle nous ramène partiellement au régime de la clandestinité des sûretés réelles; aussi le système du Code civil sur ce point est-il vivement attaqué et il le sera plus encore, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme, depuis que celle-ci a conquis une pleine capacité; la fissure qu'il apporte à l'organisation de la publicité hypothécaire est dangereuse; de plus, elle n'est pas indispensable, car, si les incapables sont mal placés pour réaliser la publicité des hypothèques dont ils sont investis, il en va autrement de certaines personnes à qui la loi fait un devoir d'inscrire l'hypothèque. Aussi comprend-on que la dispense de publicité des hypothèques des incapables ait été et soit répudiée par des législations de plus en plus nombreuses : la loi du 11 brumaire de l'an VII ne l'admettait pas; la *Belgique* l'a supprimée en 1851; l'*Italie* a fait de même, comme la *Roumanie*; et il va sans dire que, dans les pays de livres fonciers, la loi de la publicité règne souverainement. En France, le projet Darlan, de 1896, suivait la tendance du droit commun législatif et soumettait les hypothèques des incapables à la nécessité de l'inscription : on sait que ce projet n'a malheureusement pas abouti.

1842. Correctifs. — Le régime actuel n'est d'ailleurs pas aussi néfaste et aussi intransigeant qu'on pourrait le croire en lisant l'article 2135 : car la dispense de publicité dont bénéficient les hypothèques des incapables est loin d'être absolue; des tempéraments ont été apportés à la clandestinité de ces droits; la loi s'efforce, tout en les dispensant d'inscription, d'en provoquer la publication; fréquemment, il arrive qu'une inscription soit prise, conformément au vœu de la loi ou à raison d'une nécessité absolue; la dispense d'inscription comporte de nombreux tempéraments.

1843. Plan — Nous rechercherons :

1° Quels *tempéraments* sont apportés par la loi à la règle de la clandestinité des hypothèques des femmes mariées et des personnes en tutelle; quelles mesures ont été prises afin de provoquer la publication de ces sûretés;

2° Quelles règles sont applicables aux inscriptions qui sont prises dans ces conditions.

1844. I. Tempéraments apportés à la dispense de publicité des hypothèques des incapables. — Ces tempéraments sont à classer dans trois catégories :

A. **Première catégorie.** — Si les hypothèques des incapables sont opposables d'elles-mêmes aux tiers et encore que non inscrites, la loi n'en prend pas moins certaines mesures pour que l'inscription en ait lieu; dans ce but, elle fait à certaines personnes un *devoir* de requérir l'inscription, tandis qu'elle *permet* à d'autres personnes de la provoquer.

1° *Personnes tenues de requérir l'inscription de l'hypothèque.* — Ce sont, pour l'hypothèque de la femme mariée, le *mari*; pour l'hypothèque des personnes en tutelle, le *tuteur* et le *subrogé tuteur*; pour ces deux sûretés, et *subsidiairement* aux personnes précédentes, le *ministère public* (art. 2136, 2137 et 2138).

Sanctions. — L'obligation qui incombe au *ministère public* est toute platonique; elle ne comporte pas de sanction; en fait, le Parquet n'intervient pas; l'article 2138 est un texte mort.

Le *tuteur* et le *mari* qui manquent à leur devoir sont réputés *stellionataires*, et, comme tels, étaient jadis *contraignables par corps* (art. 2136, § 2); mais on sait que la contrainte par corps est abolie depuis longtemps en matière civile et commerciale (L. 22 juill. 1867); le tuteur et le mari sont donc des débiteurs ordinaires, et, pratiquement, leur responsabilité est illusoire : du moment que la femme, le mineur ou l'interdit, en sont réduits, lors de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, à utiliser leurs hypothèques légales qu'ils opposent à d'autres créanciers du mari ou du tuteur c'est que ces derniers sont insolvables; et, dès lors, le recours des personnes lésées par la clandestinité de l'hypothèque ne donnera pas de résultat substantiel.

Le recours effectif est celui que l'article 2137 accorde aux tiers contre le *subrogé tuteur* qui aurait dû veiller à ce que l'inscription fut prise par le tuteur et qui aurait dû, au besoin, la requérir lui-même; la loi ne le déclare pas stellionataire et, à aucune époque, il ne fut donc contraignable par corps; il n'est qu'un débiteur ordinaire, mais il peut être un débiteur solvable. Cependant, en fait, sa responsabilité est rarement mise en œuvre : la Cour de cassation y met cette condition que le subrogé savait que le tuteur possédait des immeubles dans tel arrondissement déterminé, et c'est au demandeur en responsabilité qu'il appartient de prouver que cette condition est réalisée dans l'espèce (Req. 23 déc. 1895, *S.* 1896, 1, 181, *D. P.* 1896, 1, 481).

Remarque. — Le mari et le tuteur ont un moyen sûr d'échapper à toute responsabilité du fait de la clandestinité des hypothèques de la femme ou des personnes en tutelle : il leur suffira d'aviser les intéressés de l'existence de ces sûretés, par exemple dans un acte de vente d'un de leurs immeubles ou dans l'acte constitutif d'une hypothèque; alors, si cette précaution a été prise, l'acquéreur ou le créancier à l'hypothèque conventionnelle ne peut pas se prétendre lésé par la réalisation d'une sûreté dont l'existence lui avait été révélée en temps opportun (V. l'art. 2136, § 2);

2° *Personnes à qui la loi permet de requérir l'inscription.* — Ce sont les *parents* de la femme mariée ou du mari; ce sont aussi les *parents* ou les *amis* du mineur ou de l'interdit (art. 2132); mais non pas les parents du tuteur ni les amis de la femme.

1845. B. **Deuxième catégorie de tempéraments.** — Pendant le mariage ou pendant la durée de la tutelle, il peut survenir telles ou telles éventualités qui mettent fin au régime de faveur, à la dispense de publicité dont bénéficient les hypothèques des incapables; ces sûretés devront se révéler officiellement, à peine de déchéance :

1° Il en va ainsi, pour l'hypothèque de la femme, lorsqu'elle fait l'objet d'une *cession* ou d'une *subrogation* au profit d'une autre personne, acquéreur, créancier; désormais, la dispense de publicité n'aurait plus de raison d'être; le titulaire actuel n'a pas à être spécialement protégé : créancier, il doit s'inscrire (L. 23 mars 1855, art. 9; *inf.* n° 2003); acquéreur, il lui suffira de transcrire son titre (L. 13 fév. 1889; *inf* n° 2004);

1846. — 2° L'immeuble grevé de l'hypothèque de la femme, du mineur ou de l'interdit, est *aliéné*; il sort du patrimoine du mari ou du tuteur, et cette transmission est l'occasion d'une liquidation des charges qui le grèvent et qui vont produire tout leur effet légal. La liquidation doit atteindre, à peine d'être incomplète, même les hypothèques dispensées d'inscription, sans quoi l'acquéreur ne serait pas en sûreté; elle intervient sous les trois formes, dans les trois éventualités suivantes, déjà distinguées :

a) L'immeuble est *vendu à l'amiable* par le mari ou par le tuteur; l'acquéreur entame la procédure de la *purge*, et, afin de donner à cette procédure toute son ampleur et toute son efficacité, il provoque, comme la loi lui permet de le faire, la révélation des hypothèques occultes : faute de publi-

cation dans un certain délai, ces sûretés tombent, ou, du moins, l'acquéreur n'est plus exposé à les subir; on peut dire que la dispense d'inscription a pris fin en ce qui concerne le droit de suite (*inf.* n° 1938);

b) Les immeubles du mari ou du tuteur sont *saisis* et vendus à la requête de leurs créanciers : les hypothèques occultes devront être inscrites avant la *transcription* du jugement d'adjudication, sinon l'adjudicataire n'aura plus à les subir —; il sera à l'abri du droit de suite (C. pr. art. 717, mod. par d.-l. 17 juin 1938, §§ 3 à 5);

c) Un immeuble du mari ou du tuteur est *exproprié* pour *cause d'utilité publique* : les hypothèques dispensées d'inscription doivent être inscrites dans le délai de *quinzaine* à compter de la transcription de l'ordonnance d'expropriation (D.-L. 8 août 1935, art. 21), sans quoi elles deviendront inopposables à la partie expropriante.

Grâce à ces solutions, la clandestinité des hypothèques des incapables n'est guère préjudiciable aux acquéreurs; quel que soit le mode d'aliénation que l'immeuble comporte, le nouveau propriétaire pourra se mettre à l'abri; la dispense de publicité cesse, au moins en ce qui concerne le droit de suite.

1847. C. **Troisième tempérament.** — Le mariage est dissous ou la tutelle a pris fin; la femme est devenue veuve, le mineur a atteint sa majorité, l'interdit a obtenu la main-levée du jugement d'interdiction : les hypothèques dont ces personnes sont titulaires vont-elles continuer à bénéficier de la dispense de publicité établie en leur faveur?

Code civil. — Sous l'empire du Code civil, il fallait répondre affirmativement; la dispense de publicité était définitive; l'effet survivait à la cause et ne pouvait donc plus être justifié; la protection d'un incapable n'étant plus en jeu, c'était gratuitement que l'atteinte était maintenue au grand principe de la publicité des charges hypothécaires.

Loi du 23 mars 1855. — La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a mis fin à cette anomalie et à cette inconséquence; l'article 8, revenant au précédent établi par un édit de mars 1673, décide que « *si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement* ».

1848. Domaine de la réforme opérée en 1855. — L'article 8 de la loi de 1855 est loin de prévoir toutes les éventualités; pour les résoudre, on doit s'inspirer des raisons qui ont déterminé le législateur à mettre fin à la dispense de publicité; il résulte de l'*Exposé des motifs* que cette dispense cesse lorsque disparaissent les raisons même qui l'avaient fait édicter, à savoir, d'une part, *l'état de dépendance* de la femme mariée, du mineur et de l'interdit par rapport au mari ou au tuteur, d'autre part l'*incapacité* dont ces personnes sont ou étaient atteintes : c'est seulement lorsque disparaîtront ces deux éléments justificatifs de la dispense de publicité que cette dispense cessera elle-même.

1849. Applications. — 1° *Hypothèque de la femme.* — Elle devient sujette à inscription, non seulement par le *décès du mari*, comme le suppose l'article 8, mais également à raison du *décès de la femme* : ses héritiers seront tenus à l'inscription (Req. 2 juill. 1877, *D. P.* 1878, 1, 408, *S.* 1877, 1, 415), et cela quand bien même ils seraient mineurs; sans doute, l'hypothèque qui leur appartient à ce dernier titre, sur les immeubles du tuteur, est dispensée d'inscription; mais il en va autrement de l'hypothèque de la mère décédée. A cela nulle contradiction; c'est au tuteur qu'incombera le soin de veiller à l'inscription de l'hypothèque de la mère; s'il manque à cette obligation, sa responsabilité sera engagée envers les enfants dont le recours sera garanti par l'hypothèque légale des personnes en tutelle, hypothèque dont le rang, il est vrai, est moins favorable que celui de l'hypothèque de leur mère, puisqu'il ne remontera pas au delà du décès.

La dispense de publicité cesse également au cas où le mariage a été dissous par le *divorce*, car la femme divorcée n'est plus sous la dépendance de son ex-mari et, d'autre part, même avant la loi du 18 février 1938, elle était pleinement capable (Trib. civ. Bordeaux, 15 janv. 1894, *D. P.* 1894, 2, 577; Aix, 9 mai 1898, *D. P.* 1898, 2, 509).

Au cas de *séparation de corps*, nous donnerions une solution différente, car la femme séparée de corps est toujours engagée dans les liens du mariage; elle ne peut pas contracter une autre union : elle reste tenue du devoir de fidélité; elle peut avoir conservé le nom de son mari; le devoir d'assistance persiste entre les époux, et surtout, une réconciliation est possible qui effacerait la séparation. Dans ces conditions, on ne peut plus dire que la femme séparée soit tout à fait indépendante par rapport à celui qui est resté son

mari; elle peut être gênée pour inscrire son hypothèque légale, notemment si elle souhaite une reprise de la vie commune. Pour ces raisons, nous pensons préférable de décider que la dispense de publicité de l'hypothèque persiste. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question, même antérieurement à la loi du 18 février 1938 qui a conféré à la femme mariée, en général, le plein exercice de sa capacité civile.

1850. — 2° *Hypothèque du mineur.* — La dispense cesse au cas où le mineur devient majeur (art. 8 de la loi du 23 mars 1855) ou s'il vient à décéder en état de minorité, mais non pas si la tutelle cesse *ex parte tutoris* : la dépendance a pris fin, mais l'incapacité subsiste; de même, nous pensons que la dispense de publicité survit à l'*émancipation* du mineur; elle ne lui confère qu'une demi-capacité; d'ailleurs, en fait, le curateur est souvent l'ex-tuteur; le mineur serait gêné pour requérir l'inscription de son hypothèque.

1851. — 3° Pour *l'interdit*, la dispense cesse au cas de main-levée de l'interdiction (art. 8) et aussi lorsque l'incapable *décède* en état d'interdiction, mais non pas si la tutelle prend fin *ex parte tutoris*.

1852. A quel moment cesse effectivement la dispense de publicité. — Elle ne cesse pas brutalement au jour de l'événement qui lui enlève sa justification : décès, divorce, majorité, etc. : *une année* est accordée au créancier pour se mettre en règle avec la loi (L. 23 mars 1855, art. 8); ce délai court : 1° pour l'hypothèque de la femme, à partir du jour de la dissolution du mariage, donc le jour du décès de l'un des époux ou du jour du jugement du divorce; c'est, en effet, ce jugement qui, depuis la loi du 26 juin 1919, dissout le mariage; la transcription n'est plus requise que dans l'intérêt des tiers et il n'appartient pas aux époux de se prévaloir du retard par eux apporté à son accomplissement (V. *sup.* t. I, n° 954); 2° pour l'hypothèque des personnes en tutelle, à compter de l'arrivée à la majorité, de la mainlevée de l'interdiction ou du décès.

Deux éventualités sont à envisager :

1° L'inscription est prise dans le délai d'une année : elle est alors traitée ainsi qu'une inscription de consolidation, de renouvellement; en conséquence :

a) Elle n'est pas attributive de rang, mais elle assure à

l'hypothèque le rang qui lui était assigné dès auparavant; elle a un effet rétroactif (art. 8, art. *a contrario*) ;

b) Elle peut être prise en dépit des événements qui arrêtent le cours des inscriptions

c) Elle devient inutile si l'hypothèque a produit son effet légal avant l'expiration du délai d'une année;

2° Prise après l'expiration de ce délai, l'inscription est au contraire traitée comme une inscription *initiale*; par conséquent :

a) Elle devient attributive de rang : l'hypothèque n'est opposable aux tiers qu'au jour où elle est publiée (L. 23 mars 1855, art. 8) ;

b) L'inscription est rendue impossible par la survenance d'un événement interruptif du cours des inscriptions.

1853. II. Règles applicables aux inscriptions des hypothèques légales dispensées de publicité. — Ces inscriptions ne sont pas régies par le droit commun; certaines des mentions exigées par l'article 2148 sont sans objet; l'article 2153 s'en explique formellement :

1° Le requérant n'a pas à présenter un titre, puisque l'hypothèque est légale;

2° Il n'est pas indispensable de préciser la date de la naissance des créances garanties : célébration du mariage, entrée en fonctions du tuteur, etc.;

3° Comme les hypothèques en question sont générales, comme elles grèvent tous les immeubles du débiteur, il ne peut être question d'énumérer les biens sur lesquels elles portent (art. 2148, avant dernier al.) ;

4° Il n'est pas davantage besoin d'indiquer le *montant* des créances garanties; comment pourrait-on le faire puisque ce montant se modifie sans cesse au cours du mariage ou de la tutelle? La même observation est valable pour l'hypothèque de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables, et, effectivement, l'article 2153 vise cette dernière comme les hypothèques des incapables.

1854. — Cependant, si on y réfléchit, cette dispense pourrait et devrait comporter logiquement des limites : on comprend parfaitement que la loi n'exige pas l'évaluation des créances indéterminées; mais, à supposer que l'incapable ait, contre le mari ou contre le tuteur, une créance à objet déterminé, on concevrait parfaitement que l'indication en fût exigée dans l'inscription; on peut même se demander si le Code civil ne formule pas cette exigence, lorsque, dans

l'article 2153 - 3°, il veut que les bordereaux contiennent « la nature des droits à conserver et le *montant de la valeur quant aux objets déterminés*, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés »; il s'agit bien, semble-t-il, d'une simple dispense d'évaluation des droits indéterminés, non d'une exemption d'indication des créances dont l'objet est connu.

Néanmoins, la Cour de cassation, contrairement à l'avis de nombreuses cours d'appel, interprète plus largement la dispense : considérant que la créance de la femme, du mineur ou de l'interdit demeure indéterminée jusqu'au jour du règlement, que, notamment, les droits et reprises de la femme sont variables et incertains pendant toute la durée du mariage, les époux se trouvant pour ainsi dire en *compte-courant*, elle exempte le titulaire de toute indication à ce sujet : il suffit que le montant des créances soit indiqué après la liquidation de la situation, alors que tous les éléments du compte sont venus se fondre dans un solde unique (*Sic*, pour l'hypothèque de la femme, Civ. 2 mai 1904, et Req. 13 juill. 1904, *S.* 1905, 1, 481, note Lyon-Caen, *D. P.* 1906, 1, 340 et 1908, 1, 81, note de Loynes; Civ. 24 nov. 1908, *S.* 1909, 1, 151, *D. P.* 1909, 1, 173; 5 nov. 1912, *S.* 1913, 1, 207; et, pour l'hypothèque du mineur, Civ. 3 avril 1913, *D. P.* 1914, 1, 129, note de Loynes).

§ IV. — *LES RESPONSABILITÉS QUI PEUVENT ÊTRE ENGAGÉES À L'OCCASION DE LA PUBLICITÉ DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES*

1855. Responsabilité du notaire. — En principe le notaire qui rédige un contrat hypothécaire n'est pas tenu de remplir la formalité de l'inscription, pas plus que, ayant reçu un acte de vente d'immeuble, il ne doit requérir la transcription (Req. 18 janv. 1892, *S.* 1892, 1, 255, *D. P.* 1892, 1, 454; Civ. 18 nov. 1895, *S.* 1896, 1, 500, *D. P.* 1896, 1, 16). Mais il en va autrement s'il a reçu, à cet effet, un mandat spécial de la part de son client; or, ce mandat peut être tacite; on l'induit des circonstances de la cause (Req. arrêt précité du 18 janv. 1892; Montpellier, 30 juin 1890, *D. P.* 1891, 2, 181). Notamment, la jurisprudence, qui a une tendance à aggraver la responsabilité notariale, considère que le mandat s'induit de l'impossibilité où se trouvait le client de veiller sur ses propres intérêts et de requé-

rir lui-même l'inscription, par exemple à raison de son défaut d'instruction (Lyon, 29 mars 1900, *D. P.* 1901, 2, 201). Il s'agit alors d'un mandat *présumé*, plutôt que d'un mandat *tacite*; il ne resterait plus qu'un pas à faire pour imposer au notaire, en principe et toujours, l'obligation de requérir l'inscription, et ce pas a été franchi parfois (Rennes, 21 fév. 1893, *D. P.* 1894, 2, 442; Nancy, 9 fév. 1894, *D. P.* 1895, 2, 393).

1855*bis*. Responsabilité du conservateur. — Sous l'empire du Code civil, la responsabilité du conservateur pouvait être engagée par des erreurs commises, soit dans l'*inscription*, soit dans la *communication des états ou certificats* délivrés aux tiers venus aux renseignements (art. 2197).

La première cause de responsabilité a disparu avec la loi du 1er mars 1918 qui a supprimé le travail de copie, jusque-là imposé au conservateur, et depuis laquelle ce fonctionnaire se contente de relier les bordereaux qui lui sont remis par les créanciers hypothécaires (*sup.* n° 1802).

Mais il reste la deuxième source de responsabilité : le conservateur commet une faute s'il omet, dans l'état délivré à un acquéreur, de signaler une inscription (art. 2197 - 2°); ou encore s'il commet une erreur dans l'indication de la date d'une inscription ou s'il effectue à tort la radiation d'une inscription; il est admis, en effet, que l'article 2197 n'est pas limitatif et que la responsabilité du conservateur est engagée par toute faute qui préjudicie à un tiers (Civ. 2 janv. 1924, *D. P.* 1924, 1, 14; Nancy, 2 juin 1900, *D. P.* 1900, 2, 462).

Cette responsabilité est d'ailleurs régie par le droit commun : elle est d'ordre civil, non administratif; c'est devant le tribunal civil de première instance qu'elle est mise en œuvre et par application des articles 1382 et 1383; le tribunal compétent est celui du bureau de la conservation intéressée (L. 21 ventôse an VII, art. 9).

Une seule dérogation au droit commun vaut d'être signalée, elle concerne la *prescription*. Les conservateurs sont déchargés de toute responsabilité après l'expiration d'un délai de *dix années* qui court à dater de la cessation de leurs fonctions (L. 21 ventôse an VII, art. 8); mais, aussi longtemps qu'ils exercent leurs fonctions, ils ne sont couverts que par la prescription trentenaire (Req. 2 déc. 1816, *S.* 1817, 1, 317).

SECTION V. — EFFETS DES HYPOTHÈQUES

1855*ter*. Aménagement des dettes hypothécaires. — Nous ne mentionnons ici que pour mémoire le décret-loi du 31 août 1937, *relatif au remboursement anticipé et à l'aménagement de dettes hypothécaires*; les dispositions qu'il contient constituent un droit *transitoire* dont le commentaire risquerait fort d'être périmé avant même que d'être achevé; elles relâchent le lien obligatoire, et, du même coup, elles font échec à l'efficacité du droit hypothécaire; il faut y voir des soupapes de sûreté, rendues nécessaires par la crise économique — et aussi par la crise de moralité et de confiance — et qui devront être fermées le plus tôt qu'il sera possible.

1856. Plan. — Les effets des hypothèques sont multiples; ils se réalisent dans plusieurs directions : ils concernent :

1° L'*immeuble* assujetti;

2° Le *propriétaire* de cet immeuble, dont les droits sont entamés par la *constitution* et l'existence de l'hypothèque;

3° Les *autres créanciers* (droit de *préférence*; *rang* de l'hypothèque;

4° *Le tiers détenteur* (droit *de suite*).

§ I. — *EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE EN CE QUI CONCERNE L'IMMEUBLE GREVÉ*

1857. Précision. — Etudier les effets de l'hypothèque quant à l'immeuble grevé, c'est se préoccuper de l'*assiette* de cette sûreté.

On suppose ici que l'hypothèque a été établie sur un bien qui la comportait, et on cherche sur quoi elle porte au juste, quelle est son assiette. Nous constaterons, à cette occasion, que cette sûreté est douée d'une certaine puissance d'expansion; elle est susceptible de grever des biens sur lesquels elle n'avait pas été établie à l'origine; elle est capable de déborder au delà de son assiette primitive.

I. Cette assiette primitive pouvait elle-même être plus étendue que l'acte constitutif et que l'inscription même ne le laissaient supposer : on sait, en effet, que l'hypothèque établie sur un immeuble par nature s'étend aux meubles qui y sont attachés et qui participent d'ailleurs de la nature immobilière de la chose principale : les *immeubles par destination* sont, *ipso facto*, grevés de l'hypothèque établie sur l'immeuble par nature auquel ils ressortissent (*sup.* n° 1666).

1858. — II. Si, maintenant, nous envisageons la période consécutive à l'établissement de l'hypothèque, nous constatons que son assiette primitive est susceptible de s'élargir.

1° Pour les hypothèques *générales*, la constatation est banale : affectant même les biens à venir, elles peuvent se développer considérablement dans leur objet, au fur et à mesure que le débiteur acquiert de nouveaux immeubles;

2° Mais la constatation est fondée même pour l'hypothèque *spéciale*, portant sur un ou plusieurs immeubles déterminés; aux termes de l'article 2133 : « *l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué* »; ce texte figure dans une section consacrée aux hypothèques conventionnelles, mais on s'accorde à lui reconnaître une portée générale, à y soumettre les hypothèques judiciaires et légales; le doute serait cependant permis pour le privilège du vendeur et pour celui du copartageant, car ces sûretés trouvent leur base et leur justification dans cette idée que le créancier a fait pénétrer une valeur dans le patrimoine de son débiteur; logiquement, elles ne devraient porter que sur cette valeur, strictement; mais la jurisprudence ne fait pas la distinction (*sup.* n° 1753).

1859. Améliorations visées par l'article 2133. — Le texte vise toutes les améliorations, toutes les plus-values, quelle qu'en soit l'origine : qu'elles tiennent au fait de la nature ou des événements (évolution économique, percement d'une rue, aménagement d'une place), ou bien au fait du propriétaire: une servitude est établie au profit du fonds, ou bien, à l'inverse, la servitude dont il était grevé vient à s'éteindre; des travaux ont été effectués sur le domaine, travaux de drainage, plantations; des constructions ont été élevées : absorbées par le fonds, incorporées en lui, elles sont intégrées dans le gage hypothécaire. Quant aux meubles apportés sur l'immeuble hypothéqué et devenus immeubles par destination, ils obéissent à la même loi que si l'immobilisation avait été antérieure à la naissance de l'hypothèque à laquelle ils sont soumis indistinctement (Req. 2 août 1886, *D. P.* 1887, 1, 293; Civ. 1er mai 1906, *D. P.* 1909, 1, 345).

Mais l'hypothèque ne s'étend pas aux immeubles acquis par la suite, fussent-ils limitrophes du domaine hypothéqué : l'achat d'une *parcelle contiguë* ne confère pas à l'hypothèque une assiette plus large, quand bien même cette parcelle serait réunie dans une enceinte commune et serait entourée d'une même clôture (Poitiers, 1er juin 1875, *D. P.* 1877, 2, 232) : c'est qu'alors chacun des immeubles, l'ancien et le nouveau, conserve son individualité.

1860. Difficultés pour les immeubles par destination. — Lorsqu'un meuble est immobilisé par destination sur un immeuble par nature précédemment hypothéqué, un conflit peut surgir entre le vendeur impayé qui prétend exercer son privilège et les créanciers hypothécaires qui veulent être payés par préférence sur les meubles placés sur l'immeuble par nature. La jurisprudence semble bien, dans ce différend, donner le pas aux hypothèques en s'appuyant précisément sur l'article 2133, d'après lequel l'hypothèque s'étend de plein droit aux améliorations, donc aux biens immobilisés par destination. (*Sic*, Req. 11 janv. 1887, *D. P.* 1887, 1, 394; Paris, 13 mai 1936, *S.* 1937, 2, 91). Mais l'article 2133 est inutilisable pour dénouer ce conflit; tout ce qui en résulte, c'est que l'hypothèque s'étend aux meubles immobilisés, mais il reste à savoir avec quelle force elle les frappe et quel est son rang, et si elle prime le privilège du vendeur. Il est vrai qu'on ajoute qu'un privilège mobilier ne saurait porter que sur un meuble, non sur un immeuble, or le meuble vendu est devenu tel par destination; mais cette nouvelle argumentation tombe devant cette remarque que la jurisprudence admet le vendeur du meuble à opposer son privilège aux créanciers chirographaires. Ainsi, des deux arguments qui étayent la solution jurisprudentielle, le premier passe à côté de la difficulté et le second ne prouve rien parce qu'il prouve trop.

Tout compte fait, l'opinion qui donne la préférence au vendeur du meuble immobilisé nous semble plus sûre que celle de la jurisprudence, et plus équitable aussi : car les créanciers hypothécaires n'ont pas dû compter sur l'accession de meubles venant grossir leur gage hypothécaire, au lieu que le vendeur a été fondé à penser qu'il restait armé, et efficacement armé d'un privilège portant sur une valeur par lui mise dans le patrimoine du propriétaire du fonds et qui doit demeurer spécialement affectée au paiement du prix. A quoi il faut ajouter que les meubles immobilisés par destination, en principe insaisissables mobilièrement (C. pr. art. 592 - 1°), comportent cependant la *saisie-exécution*, c'est-à-dire la saisie *mobilière*, au regard de certains créanciers (C. pr., art. 593, § 1) : c'est donc qu'à certains égards tout au moins ils ont conservé leur nature de meubles et qu'il est permis de les envisager encore, lorsqu'il s'agit de les réaliser, sous l'angle mobilier.

1861. Remarque. — La question que nous venons d'examiner pour les meubles immobilisés par destination, ne se pose pas pour les meubles matériellement incorporés dans

le fonds hypothéqué : alors, le privilège du vendeur est éteint, puisque son objet a disparu; aussi ne peut-il plus être opposé, même aux créanciers chirographaires (Req. 9 juin 1847, *D. P.* 1847, 1, 248).

§ II. — *EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE QUANT AUX DROITS DU PROPRIÉTAIRE DE L'IMMEUBLE GREVÉ*

1862. Distinction. — Deux périodes sont à considérer : celle qui se place entre la naissance de l'hypothèque et la procédure de réalisation, c'est-à-dire la procédure de saisie immobilière, puis celle qui correspond à cette procédure; du moment qu'elle est engagée, les droits du propriétaire subissent de graves restrictions.

Seulement, il faut bien observer que bon nombre de ces restrictions tiennent, non à l'hypothèque, mais à la saisie elle-même : c'est ainsi que, de toute façon, qu'il y ait ou non des créanciers hypothécaires parmi les poursuivants, le propriétaire ne peut plus, une fois transcrit le commandement de la saisie, faire aucune coupe de bois ni dégradation (C. pr. art. 683 nouv. réd.), ni aliéner l'immeuble ou le grever de droits réels (art. 686, nouv. réd.) [1]. Mais il est un effet qui suppose la présence, parmi les saisissants, de créanciers hypothécaires : c'est l'*immobilisation des fruits* (C. pr., art. 682 et 685 nouv. réd. 1938); lorsqu'il existe des hypothèques, les revenus (fruits naturels, industriels et civils) sont immobilisés à dater de la transcription de la saisie, c'est-à-dire qu'ils sont joints à l'immeuble pour être vendus avec lui et le prix en être attribué hypothécairement, par ordre de préférence, comme celui qui provient du fonds lui-même.

1863. — Désormais, nous limiterons notre examen à la première période, celle qui, suivant l'établissement de l'hypothèque, précède la réalisation du gage hypothécaire : le débiteur, ou, plus généralement, le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, conserve-t-il tous les attributs de la propriété?

[1] Cependant, l'aliénation ou les constitutions de droits réels sont valables si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur ou le créancier consigne une somme suffisante pour acquitter ce qui est dû aux créanciers inscrits ainsi qu'au saisissant, somme qui est alors affectée spécialement au désintéressement de ces ayants droit (C. pr., art. 687, nouv. réd.).

A. **Droit de disposition.** — Il faut sous-distinguer entre les actes *juridiques* et les actes *matériels*.

1° *Actes juridiques* — *a)* Le propriétaire peut *aliéner* l'immeuble hypothéqué, mais, bien entendu, sous la réserve de l'hypothèque qui, nous le supposons, a été publiée ou, d'une façon plus générale, est opposable aux tiers, donc à un acquéreur. Cependant, il faut noter : 1. qu'un *navire* hypothéqué ne peut pas être vendu à un étranger : la vente serait nulle (L. 10 juill. 1885, art. 33) ; 2. qu'en cas de vente de *meubles warrantés*, le vendeur ne peut faire livraison à l'acheteur qu'après désintéressement du créancier, à peine de commettre un détournement de gage et d'encourir les peines afférentes à l'escroquerie ou à l'abus de confiance (L. 30 avril 1906, art. 8, pour les *warrants agricoles*; l. 8 août 1913, art. 8, pour les *warrants hôteliers*; l. 21 avril 1932, art. 6 et 14, pour les *warrants pétroliers*). Ces restrictions étaient rendues nécessaires par cette circonstance que le créancier hypothécaire est, en pareil cas, démuni du droit de suite; il fallait lui donner de la sécurité par un autre moyen; à défaut de garanties préventives, on lui accorde une arme répressive qui, d'ailleurs, aura, par voie d'intimidation, une influence préventive appréciable;

b) L'aliénation de meubles, qui étaient devenus immeubles par destination, est également licite et efficace, sauf, en cas de *fraude*, l'application de l'action paulienne, et en ce sens que les créanciers hypothécaires ne pourraient pas suivre les meubles vendus et livrés à un possesseur de bonne foi (art. 2279; Req. 27 nov. 1894, *D. P.* 1895, 1, 277; Civ. 1er mai 1906, *S.* 1909, 1, 9, note Naquet; 2 juin 1934, *S.* 1934, 1, 270; *D. P.* 1935, 1, 65, note Fréjaville; pour les ventes *abusives* de coupes de bois, meubles par anticipation, et pour le conflit entre acheteur des coupes et adjudicataire du fonds, v. Req. 18 janv. 1933, *D. H.* 1933, 98; Solus, Chron. *Rev. trim.* 1933, p. 527; P. Esmein, note *D. P.* 1933, 1, 193) ;

c) Le propriétaire peut aussi grever l'immeuble hypothéqué de *droits réels* : nouvelles hypothèques, servitudes; mais ces droits ne sont pas opposables au créancier hypothécaire qui primera les ayants droit postérieurs et qui pourra saisir et faire vendre l'immeuble sans tenir compte de la servitude ultérieurement constituée; à son égard, l'immeuble est libre de charges; il peut saisir l'immeuble tel qu'il lui avait été hypothéqué;

d) Il est un acte d'administration qui est assimilé aux actes de disposition : c'est le *bail de longue durée*, de plus

de dix-huit ans; il n'est opposable aux tiers, donc aux créanciers hypothécaires, qu'à la condition d'avoir été transcrit (L. 23 mars 1855, art. 2 - 4° et art. 3, § 2); publié après le moment où l'hypothèque est devenu opposable aux tiers, il n'est lui-même opposable au créancier hypothécaire que pour dix-huit ans (art. 3 de la loi);

2° *Actes matériels.* — Le propriétaire démolit la maison hypothéquée, ou bien il abat prématurément une futaie, une forêt : *a*) on admet que le créancier hypothécaire peut s'opposer à cette politique, dangereuse pour lui; il est fondé à provoquer la nomination d'un *séquestre* qui veillera sur le gage; *b*) si le fait est accompli, l'acquéreur des matériaux ou des arbres est à l'abri, car « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » (art. 2118). Toutefois, le créancier n'est pas complètement désarmé : 1° si l'acheteur doit encore le prix, on admet généralement que le créancier hypothécaire peut exercer son droit de *préférence* sur lui, solution contestable, mais qui a parfois été consacrée (Paris, 27 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 19 janv. 1912); 2° contre le propriétaire à qui la diminution du gage est imputable, le créancier a l'arme que lui fournit l'article 1188; il peut obtenir la *déchéance du terme* et demander l'exécution immédiate de la dette; 3° contre l'acquéreur, il a la ressource de l'action *paulienne* : à supposer qu'il y ait eu complicité avec le vendeur.

1864. B. **Droits d'administration et de jouissance.** — Le propriétaire continue, malgré l'hypothèque, à recueillir les fruits, voire les produits, à la condition d'agir normalement et sans fraude, et, par exemple, de se conformer, pour la coupe de futaies, aux usages reçus; à condition aussi de ne pas compromettre, par des perceptions de fruits *anticipées*, l'application du principe de leur immobilisation à dater de la transcription de la saisie.

Supposons, en effet, que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué cède à une tierce personne une ou deux années de loyers ou de fermages non échus, puis que, sur ces entrefaites, l'immeuble soit saisi; un obstacle s'oppose à l'immobilisation des fruits; ils ne sont plus dans le patrimoine du propriétaire qui les a cédés par anticipation; d'où conflit entre les créanciers hypothécaires et le cessionnaire. Dans ce conflit, la jurisprudence donne la victoire au cessionnaire; elle considère que l'immobilisation des fruits est une conséquence de la saisie, non de l'hypothèque; le propriétaire, qui avait conservé l'administration de sa chose a pu céder les fruits par anticipation, réserve faite : 1° de la *fraude*;

2° de l'application de la loi de 1855 sur la transcription : si la cession porte sur trois années de loyers ou de fermages, ou davantage, elle ne devient opposable aux tiers que par la transcription, ce qui supprime la controverse (L. 23 mars 1855, art. 2 - 5°) ; mais, compte tenu de ces deux réserves, la Cour de cassation admet que la cession est opposable aux créanciers hypothécaires (Civ. 19 juin 1897, *D. P.* 1900, 1, 577, note SARRUT). L'opinion contraire, qui, rattachant l'immobilisation des fruits à l'hypothèque elle-même, donne le pas aux créanciers hypothécaires sur le cessionnaire, a été soutenue avec une grande force par M. de Loynes (note *D. P.* 1895, 2, 385), et elle a été parfois consacrée en pratique (Caen, 6 juin 1893, *D. P.* 1894, 2, 289).

1865. Remarque. — La question que nous venons de signaler se pose dans les mêmes termes pour les *réceptions anticipées* de loyers ou de fermages, du moins lorqu'elles portent sur moins de trois années, car au delà, la transcription est exigée par la loi du 23 mars 1855 (art. 2 - 5°) ; elle comporte la même discussion et la même solution.

1866. En résumé, des restrictions fort importantes sont apportées aux droits du propriétaire, du chef de l'hypothèque qui grève sa chose puisque, d'une part, il ne peut l'aliéner ou la grever de droits réels que sous réserve de l'hypothèque, puisque, d'autre part, il ne saurait en diminuer impunément la valeur, soit en démolissant des constructions ou en abattant des arbres, soit en commettant des dégradations, soit en consentant des baux à très long terme, soit-même, peut-être et sauf controverse, en consentant par anticipation des cessions de loyers ou de fermages; du moins les cessions doivent-elles, dans une certaine opinion, céder le pas au grand principe de l'immobilisation des fruits.

1867. L'hypothèque est-elle un démembrement de la propriété? — On serait porté à le croire étant donnée l'importance des restrictions qu'elle apporte aux prérogatives du propriétaire; à quoi il faut ajouter que le tiers acquéreur peut prescrire contre l'hypothèque au moyen d'une prescription acquisitive, de même qu'il peut prescrire contre la propriété elle-même (art. 2180; *inf.* n° 1967).

Cependant, la jurisprudence voit dans l'hypothèque une simple charge et non un démembrement de la propriété. Cette position s'explique doublement :

1° A la différence d'un usufruitier, d'un usager, d'un emphytéote, le titulaire d'une hypothèque n'a ni la jouis-

sance ni l'usage de la chose; il ne peut même pas, comme le titulaire d'une servitude, accomplir un acte, positif ou négatif, sur l'immeuble; il n'a même pas la détention, à la différence du créancier gagiste. En ce sens, on peut dire qu'il n'a qu'un droit réel incomplet, imparfait, un droit réel de seconde zone, à placer dans une catégorie inférieure (*Sic*, Maxime CHAUVEAU, *Classification nouvelle des droits réels et des droits personnels*, *Rev. crit.* 1931; BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. I, nos 591 et suiv.; t. II, nos 34 et suiv.);

2° Si l'hypothèque constituait un démembrement de la propriété, elle bénéficierait, vis-à-vis d'elle, d'une certaine autonomie; en conséquence, les jugements rendus contre le constituant et sur la question de propriété ne seraient pas opposables aux créanciers hypothécaires qui seraient fondés à soutenir que ce constituant était sans qualité pour les représenter à l'instance, en sorte que le demandeur en revendication, ayant triomphé contre le possesseur constituant, devrait engager un nouveau procès contre les créanciers qui prétendraient toujours tenir leurs hypothèques du véritable propriétaire : *res inter alios judicata aliis non nocere potest*. Le plus sûr moyen d'éviter ce désagrément au revendiquant victorieux est de considérer que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué est un plein propriétaire, ayant qualité pour défendre tous les droits inhérents à la propriété, y compris ceux des créanciers hypothécaires; il représente ces créanciers à qui le jugement rendu est donc opposable (Req. 8 janv. 1883, *D. P.* 1884, 1, 57; Comp. Civ. 25 oct. 1893, *D. P.* 1894, 1, 34).

§ III. — *EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE PAR RAPPORT AUX AUTRES CRÉANCIERS*

Droit de préférence; rang de l'hypothèque

1868. Comment se pose la question. — L'immeuble hypothéqué est saisi, puis vendu aux enchères; il s'agit alors de distribuer le prix d'adjudication entre les créanciers du débiteur constituant. Cette distribution est réalisée au moyen d'une procédure spéciale qui s'appelle la *procédure d'ordre* (C. pr., art. 749 et suiv.); le magistrat qui la dirige délivre aux créanciers des *bordereaux de collocation*, en suivant l'ordre de préférence, jusqu'à épuisement du prix d'adjudication. Les créanciers qui suivent n'obtiennent pas de bordereaux; on dit qu'ils ne viennent pas en *rang utile* : le bien avait été grevé d'hypothèques au delà de sa valeur telle qu'elle est ressortie de la vente aux enchères.

C'est dire combien il importe d'assigner à chaque hypothèque son rang exact et de déterminer, par là même, l'ordre de préférence à suivre.

1869. — Les règles à observer en pareille matière se ramènent à un *principe* et à des *exceptions*.

I. **Le principe.** — Il est inclus dans l'article 2134 d'après lequel : « *entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur...* » Il suffit donc de se reporter au registre, non plus des inscriptions — la loi du 1er mars 1918 l'a supprimé ou a cru le supprimer (*sup.* n° 1812) — mais des *dépôts*, registre sur lequel le conservateur mentionne le dépôt des bordereaux qui lui sont remis par les requérants; la date de cette mention est décisive; c'est elle qui détermine la date de l'inscription (art. 2150, § 2), et, par suite, le rang de l'hypothèque. Comme à Rome, on peut donc dire de nos jours encore « *prior tempore potior jure* », sous le bénéfice de cette précision qu'on prend en considération non plus la date de la naissance de l'hypothèque, mais celle de l'inscription, telle qu'elle résulte des mentions portées sur le registre des dépôts.

1870. Portée générale du principe. — Le principe directeur s'applique :

1° Aux *hypothèques ordinaires*, soumises à la règle de la publicité : hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales; pour toutes ces sûretés, l'inscription est attributive de rang, même si la créance garantie est conditionnelle ou éventuelle;

2° Aux *hypothèques occultes*, lorque, la dispense d'inscription venant à cesser, le créancier n'a pas pris inscription dans le délai qui lui est imparti par la loi; le droit commun devient alors applicable;

3° Aux *privilèges immobiliers* lorsque, n'ayant pas été inscrits en temps voulu, ils dégénèrent en hypothèques ordinaires et retombent donc sous l'application du droit commun.

Dans ces diverses éventualités, c'est le jour de l'inscription qui est décisif : le *jour* et *non pas le moment*; on ne tient pas compte de l'heure à laquelle l'inscription a eu lieu; deux hypothèques inscrites le même jour viennent au même rang; leurs titulaires concourent, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, et alors même

que cette nuance aurait été indiquée par le conservateur (art. 2147).

1871. Difficultés. — L'application de la règle *prior tempore potior jure* est facile entre hypothèques spéciales; elle est parfois délicate soit entre hypothèques générales, soit lorsque le concours s'établit entre hypothèques générales et hypothèques spéciales.

A. **Conflit entre hypothèques générales.** — On suppose que les immeubles d'un débiteur sont grevés de deux hypothèques générales sujettes à publicité, par exemple de deux hypothèques judiciaires appartenant à deux créanciers différents et inscrites à des dates différentes. Dans quel ordre convient-il de les placer? En ce qui concerne les biens présents, la réponse va de soi : l'ordre des inscriptions est décisif; mais il est possible que le débiteur acquière par la suite un nouvel immeuble : ne faut-il pas décider que, sur ce point, les deux hypothèques vont concourir à égalité? En effet, c'est au même moment qu'elles ont frappé le nouvel immeuble, et l'on n'aperçoit pas tout d'abord les raisons de préférer l'une à l'autre. Mais Pothier dénonçait déjà le paralogisme; raisonnant en vue des hypothèques générales issues d'actes notariés, hypothèques fort nombreuses de son temps, il décidait que les créanciers devaient être colloqués dans l'ordre de leurs contrats (aujourd'hui, dans l'ordre des inscriptions), car, écrivait-il, « le débiteur, en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce premier créancier; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préférable au second ». Pour employer une comparaison, banale mais qui rend bien compte des choses, les créanciers sont dans la même situation que les voyageurs à qui des tickets ont été distribués pour prendre place dans une voiture : ces tickets seront utilisés au même instant, mais il n'empêche que ceux qui présenteront les premiers numéros primeront les autres; il en va de même des hypothèques générales : c'est bien simultanément qu'elles frappent l'immeuble ultérieurement acquis par le débiteur, mais elles le frappent avec une force inégale.

1872. — Toutefois, cette solution appelle deux remarques: 1° Elle n'est valable que pour les immeubles situés dans le

même ressort hypothécaire; si les premières inscriptions ont été prises dans le ressort de Bordeaux, puis que le débiteur acquière un immeuble à Dijon, chacun des créanciers sera tenu de prendre une inscription au bureau de Dijon, et, entre eux, le rang sera déterminé, quant au nouvel immeuble, par les dates de ces inscriptions subséquentes;

2° La difficulté qui vient d'être examinée n'existe pas pour les hypothèques conventionnelles portant sur les biens à venir; car ces hypothèques, générales quant à leur constitution, sont spéciales quant à la publicité : une inscription doit être prise par le créancier, chaque fois qu'un nouvel immeuble est acquis par le débiteur, et alors même que tous les biens hypothéqués seraient situés dans le même ressort hypothécaire; pour chaque immeuble, le rang de l'hypothèque est déterminé par l'inscription.

1873. B. **Conflit entre hypothèques générales et spéciales.** — Lorsque le conflit s'élève entre hypothèque générale et hypothèque spéciale, ce ne sont pas toujours les dates des inscriptions qui sont décisives : elles le sont si les sûretés émanent du même constituant; elles ne le sont pas si les hypothèques ont été constituées par des propriétaires différents.

Si le débiteur Secundus établit sur son immeuble A une hypothèque au profit du créancier Primus, puis qu'il le vende à Tertius dont tous les immeubles sont grevés d'une hypothèque générale, d'une hypothèque judiciaire, par exemple, au profit de Quartus, inscrite depuis longtemps, il faut se garder de croire que Quartus primera Primus dont l'hypothèque n'a été inscrite que plus récemment. L'immeuble avait été d'abord grevé d'une hypothèque au profit de Primus; après quoi il a pénétré dans le patrimoine de Tertius, tel qu'il existait alors, c'est-à-dire déduction faite de la charge établie; Tertius l'acheteur ne saurait avoir plus de droits que son vendeur; ce qu'il acquiert, c'est un immeuble déjà hypothéqué au profit de Primus; celui-ci primera donc Quartus.

Remarque. — Le conflit que nous venons d'étudier ne pourrait pas se produire entre hypothèques spéciales : l'hypothèque spéciale constituée par l'acheteur Tertius serait forcément postérieure en date à celle de Secundus; ce qui fait naître la question pour les hypothèques générales en concours avec les hypothèques spéciales, c'est la rétroacti-

vité ou, si l'on veut, l'unité de leur inscription qui s'applique *de plano* aux immeubles acquis par la suite.

1874. II. **Les dérogations à la règle :** *prior tempore potior jure.* — Il est des hypothèques pour lesquelles l'inscription n'est pas attributive de rang; si on laisse de côté les inscriptions de *renouvellement* qui sont soumises à un statut particulier, on découvre, comme dérogeant à la règle *prior tempore potior jure* : 1° les *privilèges généraux*; 2° les *hypothèques dispensées d'inscription*; 3° les *privilèges immobiliers.*

A. **Privilèges généraux.** — On sait que le rang des privilèges de l'article 2101 est déterminé par la qualité des créances garanties et que cette qualité ressort de l'ordre suivi par le texte; chaque privilège a un numéro d'ordre; on se rappelle également que tous ces privilèges priment toutes les hypothèques, quel que soit le rang de ces dernières.

1875. B. **Les hypothèques dispensées d'inscription.** — Les hypothèques dispensées d'inscription ne sont autres que les hypothèques des incapables (ou des ci-devant incapables) : femmes mariées et personnes en tutelle : si ces hypothèques se réalisent, si elles produisent leur effet légal pendant la durée du mariage ou de la tutelle — ou dans l'année qui suit — ou bien encore si l'inscription est prise au cours de cette année consécutive (et quel que soit alors le moment où l'effet légal se produise) — *le rang est indépendant de l'inscription*, précisément parce que l'hypothèque est dispensée de publicité, parce que le rang en est fixé par la loi elle-même.

1876. 1° **Rang de l'hypothèque des personnes en tutelle.** — La solution est des plus simples; l'hypothèque a un rang unique, déterminé par le jour, non pas de l'acceptation de la tutelle, comme le dit inexactement l'article 2135 - 1°, mais de l'entrée en gestion du tuteur (art. 2194); plus exactement encore, à notre avis, le jour à prendre en considération est celui où a commencé pour le tuteur l'obligation de gérer.

L'hypothèque a ce rang, même dans la mesure où elle garantit des créances nées par la suite, en cours de tutelle; le mineur ou l'interdit primeront donc des créanciers à qui le tuteur avait conféré des hypothèques antérieurement, depuis son entrée en fonction. Ce résultat s'explique par cette

idée que le mineur ou l'interdit ont, contre le tuteur, une créance unique qui devient exigible en fin de tutelle; toutes les opérations tutélaires viennent se fondre dans l'action en reddition de compte; tuteur et pupille sont, en cours de tutelle, en *compte-courant*; c'est le solde du compte, qu'on ne connaîtra qu'à la fin de la gestion, qui est garanti par l'hypothèque; la situation du mineur et de l'interdit ressemble beaucoup à celle d'un créancier *éventuel* dont les droits sont garantis par un hypothèque préconstituée;

1877. 2° Rang de l'hypothèque de la femme mariée. — A la différence de la précédente, l'hypothèque de la femme mariée est une *sûreté à rangs multiples* : selon qu'elle garantit telle ou telle créance, elle a tel ou tel rang (art. 2135 - 2°).

C'est là une innovation du Code civil; dans notre ancien droit, l'hypothèque de la femme avait un rang unique déterminé par le jour du contrat de mariage ou le jour du mariage selon qu'on avait ou non rédigé un contrat; le législateur de 1804 a répudié la tradition afin de conjurer les fraudes dont les tiers pouvaient être l'objet de la part des époux; il n'a pas voulu que la femme eût la possibilité, en se rendant volontairement créancière de son mari au cours du mariage, de s'assurer de ce chef une hypothèque remontant à dix, vingt, trente années dans le passé et primant les hypothèques concédées à des tiers par le mari depuis la célébration du mariage; afin d'éviter des combinaisons de ce genre (qui sont beaucoup mois à redouter entre tuteur et pupille), il a fait, autant que possible, coïncider le rang de l'hypothèque avec la date de la créance garantie; en effet, il résulte de l'article 2135 - 2°, que l'hypothèque prend rang :

a) Pour les *reprises dotales* et pour les *avantages*, se rattachant les uns et les autres au contrat de mariage, au jour du mariage;

b) Pour les *successions* échues ou pour les *donations* faites à la femme au cours du mariage, au jour de l'ouverture des successions ou au jour de la donation;

c) Pour les dettes que la femme a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, au jour de l'obligation ou de la vente.

1878. — Seulement, la loi n'a pas prévu toutes les éventualités; l'hypothèque de la femme garantit des créances qui ne sont pas visées dans l'article 2135, et on se demande alors quel rang doit lui être assigné. Sur ce point, la jurispru-

dence est en conflit avec la doctrine dominante; celle-ci estime que, dans le silence du Code, il convient d'en revenir à la pensée de méfiance qui a inspiré au législateur de 1804 les solutions inscrites dans l'article 2135 - 2°, et que l'hypothèque de la femme doit donc, autant que possible, prendre rang au jour de la naissance de la créance qu'elle garantit. Mais la Cour de cassation, plus favorable à la femme et moins protectrice des intérêts des tiers, cherche le principe directeur dans la tradition; pour elle, les solutions de l'article 2135 - 2° ont un caractère dérogatoire au droit commun et comportent donc l'interprétation restrictive; dans le silence de la loi, on doit en revenir au principe traditionnel que l'hypothèque de la femme prend rang au jour du mariage; comme la créance du pupille ou de l'interdit, celle de la femme est unique, réserve faite des solutions inscrites dans l'article 2135 - 2°; il est donc logique qu'elle comporte, sous la réserve indiquée, un rang unique qui ne peut être fixé que par la date du mariage (Civ. 25 juin 1895, *D. P.* 1897, 1, 553, note Léon Michel, *S.* 1895, 1, 348).

Nous nous bornons à ces notions sommaires, le programme officiel prescrivant une étude complémentaire et détaillée du rang de l'hypothèque légale au cours de la troisième année de licence; en effet, c'est seulement lorsqu'on connaît les régimes matrimoniaux qu'on peut se faire une idée exacte des difficultés soulevées par le rang de l'hypothèque légale de la femme (*inf.* t. III, n° 704).

1879. C. **Les privilèges immobiliers spéciaux.** — A la différence des privilèges généraux et des hypothèques des incapables, les privilèges immobiliers spéciaux sont sujets à publicité; ils ne peuvent être opposés aux tiers qu'à la condition d'avoir été inscrits. Seulement, s'ils sont inscrits dans un certain délai, l'inscription n'est pas attributive de rang, elle a une vertu *rétroactive*; le privilège prend rang au jour de la naissance de la créance garantie. C'est seulement si l'inscription n'est pas prise dans le délai réglementaire qu'elle devient attributive de rang, conformément au droit commun, ce qu'on exprime en disant que le *privilège dégénère en hypothèque ordinaire* (art. 2113): l'inobservation du délai n'a donc pas pour sanction la perte de la sûreté, mais seulement sa dénaturation, son infériorisation.

Il est cependant un privilège pour la publication duquel la loi n'a pas imparti le délai, c'est celui du *vendeur d'immeuble*; sans doute, s'il n'est pas publié, le vendeur ne saurait s'en prévaloir à l'encontre des tiers, mais son inscrip-

tion n'est jamais attributive de rang; tandis qu'à l'inverse la loi assigne des délais pour l'inscription des autres privilèges, savoir :

1° Un délai de *soixante jours* pour le privilège du *copartageant*; il court, pour les créances de soulte ou de garantie, dès le jour du *partage*; pour les créances nées de la licitation, à partir seulement du jour de l'*adjudication par licitation* (art. 2109);

2° Un délai de *six mois* pour le privilège de la *séparation des patrimoines*, à compter de l'ouverture de la succession (art. 2111, § 1);

3° Pour le privilège du *Trésor* sur les immeubles acquis à titre onéreux par les comptables postérieurement à leur nomination, un délai de *deux mois* à compter de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété (L. 5 sept. 1807, art. 5);

4° Quant au privilège des *architectes* et *entrepreneurs*, on admet que le *premier procès-verbal* doit être inscrit (et non pas seulement rédigé) avant le commencement des travaux (Civ. 12 déc. 1893, *D. P.* 1894, 1, 225, note DE LOYNES); toutefois, cette exigence doit être entendue raisonnablement; elle n'a trait qu'à la plus-value réalisée antérieurement à l'inscription, non à celle qui proviendrait de travaux effectués par la suite; si, par exemple, au moment de l'inscription, les travaux antérieurs avaient produit une plus-value de 25.000 francs et si les travaux effectués par la suite donnent une nouvelle plus-value de 50.000 francs, le constructeur se présentera comme créancier privilégié seulement jusqu'à concurrence de cette dernière somme; pour le solde, soit pour 25.000 francs, il fera figure de créancier hypothécaire ordinaire et sera donc primé par les hypothèques antérieurement inscrites (Ch. réunies, 31 janv. 1898, *D. P.* 1898, 1, 233, note DE LOYNES).

Aucun délai n'est imparti pour l'inscription du *deuxième procès-verbal*; si ce document doit être *rédigé* dans les *six mois* qui suivent l'achèvement des travaux (art. 2103), aucun texte ne prescrit sa publication au cours du même délai; dans ces conditions, on ne saurait, sans arbitraire, exiger cette publication dans les six mois; la solution nous paraît s'imposer d'autant plus que le second procès-verbal n'a pas l'importance du premier; c'est celui-ci qui met le public en éveil; le deuxième se contente de tirer les conclusions pratiques de l'avertissement déjà donné aux tiers.

5° Le prétendu privilège institué par la loi du 28 juin 1938 *tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, doit être inscrit dans un délai de

deux ans à compter de l'acte authentique constatant l'avance consentie par le syndicat des copropriétaires pour le compte de celui qui n'a pas payé sa part contributive des charges qui lui incombent (art. 11 § 5 de la loi).

1880. Effets de l'inscription effectuée dans le délai réglementaire. — Si l'inscription a été prise dans le délai réglementaire, le principe est que le privilège prend rang au jour où est née la créance qu'il garantit, donc, pour celui du *vendeur*, au jour de la vente, pour celui du *copartageant* au jour du partage; quant aux *architectes* et *entrepreneurs* ils priment, sur la partie du prix de vente correspondant à la plus-value dues aux travaux, tous autres créanciers, même privilégiés, du propriétaire, réserve faite cependant de ceux qui disposent de privilèges généraux; de même, les *séparatistes* priment, sur les immeubles héréditaires, tous les ayants droit de l'héritier. Si, au contraire, le privilège n'a été inscrit qu'après l'expiration des délais réglementaires (et nous rappelons que ces délais n'existent pas pour le vendeur), il ne prend rang qu'à la date de l'inscription, conformément au droit commun.

Exceptionnellement, le prétendu privilège institué par la loi du 28 juin 1938 ne prend effet que du jour de son inscription (art. 11 § 5 de la loi), solution d'autant plus inattendue que le même texte assimile ledit privilège « *au privilège* (mais lequel?) *sur les immeubles prévu par l'art. 2103 C. civ.* », donc à des sûretés pour lesquelles l'inscription n'est pas attributive de rang.

1881. Rang des privilèges immobiliers entre eux. — Ce rang est déterminé par l'ordre des créances : si, par exemple, un conflit surgit entre vendeurs successifs du même immeuble, le premier est préféré au deuxième, et ainsi de suite (art. 2103 - 1°, § 2); si la question se pose entre un vendeur et un copartageant, qui ont inscrit l'un et l'autre leurs privilèges, la préférence est donnée au créancier dont la sûreté se rattache à l'opération la plus ancienne.

Toutefois, le décret-loi du 8 août 1935, relatif à *l'expropriation pour cause d'utilité publique*, spécifie, dans son article 76 § 5, que le privilège accordé à l'Administration au cas d'*expropriation pour cause de plus-value*, ne prend rang qu'après les privilèges énumérés à l'article 2103.

1882. En quoi consiste la faveur attachée aux privilèges immobiliers spéciaux. — Si l'on y réfléchit, les hypothèques dites privilégiées ne méritent pas, autant qu'on

serait tenté de le croire à première vue, leur dénomination; elles sont assurément moins favorisées que les hypothèques ordinaires, dispensées d'inscription; car :

1° Elles doivent être inscrites;

2° Elles sont spéciales dans leur objet comme dans les créances garanties;

3° Leur rang ne remonte jamais au delà de la naissance des créances qu'elles garantissent, tandis que l'hypothèque des personnes en tutelle, et aussi celle de la femme, dans l'opinion jurisprudentielle tout au moins, remontent jusqu'à la prise des fonctions ou jusqu'au mariage, même dans la mesure où elles sont attachées à des créances nées en cours de tutelle ou pendant le mariage;

4° L'inscription du privilège prise dans le délai réglementaire est traitée, sauf controverse, ainsi qu'une inscription initiale; elle ne saurait intervenir, sauf pour le bénéfice de la séparation des patrimoines, après les événements de l'article 2146 (*sup.* n^{os} 1834 et suiv.); mais, si les hypothèques des incapables sont publiées, soit pendant la tutelle ou au cours du mariage, soit dans l'année qui suit, l'inscription prise dans ces conditions est considérée comme une inscription de renouvellement; elle peut intervenir en dépit de la faillite du débiteur ou de son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire de sa succession.

Les véritables privilèges, ce ne sont donc pas les privilèges immobiliers, ce sont les hypothèques légales, générales et dispensées d'inscription. La seule faveur faite aux privilèges immobiliers, du moins en ce qui concerne le droit de préférence, le rang [1], consiste en ceci que leur inscription, à la supposer prise dans un certain délai (ou même, pour le privilège du vendeur d'immeuble, à un moment quelconque), rétroagit dans une certaine mesure et n'est donc pas attributive de rang.

1883. Résumé : hiérarchie des privilèges et hypothèques. — On peut résumer les explications qui précèdent en établissant le barème suivant :

1° Au sommet de l'échelle des valeurs, en matière privilégiée ou hypothécaire, figurent les *privilèges généraux* de l'article 2101 qui priment tous autres privilèges et toutes hypothèques; qui échappent, pour le droit de préférence, à toute exigence de publicité : bien qu'occultes, ils passent les premiers;

[1] Au point de vue du droit de suite, les privilèges du vendeur et du copartageant bénéficient d'une autre faveur indiquée plus loin (V. inf. n° 1891).

2° Au-dessous viennent les *hypothèques légales dispensées d'inscription*, dont le traitement est déjà moins favorable, puisque, d'une part, elles sont primées par les privilèges généraux, puisque d'autre part, la dispense de publicité dont elles bénéficient est loin d'être complète;

3° Ensuite arrivent les *privilèges immobiliers spéciaux*, lesquels ne sont pas dispensés de publicité, mais dont l'inscription, si elle intervient à une certaine époque, n'est pas attributive de rang et possède une vertu rétroactive;

4° Enfin, au bas de l'échelle, figurent les *hypothèques ordinaires soumises au droit commun*, qui prennent rang à la date de l'inscription, pour elles obligatoire. Cette catégorie comprend : les hypothèques conventionnelles, les hypothèques judiciaires, la plupart des hypothèques légales, les hypothèques dispensées d'inscription une fois que la dispense a pris fin, et aussi les privilèges immobiliers, qui ont dégénéré en simples hypothèques, ainsi que le prétendu privilège conféré au syndicat des copropriétaires d'immeubles par l'article 11 de la loi du 28 juin 1938, lequel fait plutôt figure d'hypothèque légale ordinaire (*sup.* n° 1760*bis*).

1883*bis*. Restriction à la liberté de détermination du créancier hypothécaire : abus du droit hypothécaire. — En principe, le créancier dont l'hypothèque grève plusieurs immeubles du débiteur, peut la réaliser à sa guise, sur tel bien de préférence à tel autre et sans se soucier du préjudice que cette incidence est de nature à causer à d'autres créanciers hypothécaires postérieurs; par exemple, ayant hypothèque sur les immeubles A et B, il entend produire dans l'ordre ouvert sur l'immeuble A, lui-même grevé d'une hypothèque spéciale postérieure en rang dont le titulaire sera donc sacrifié, alors qu'en concentrant son action sur l'immeuble B, libre de toute hypothèque autre que la sienne, il eût laissé le champ libre à son concurrent qui eût pu obtenir satisfaction.

Telle est la rigueur des principes; mais elle est sagement tempérée par une jurisprudence qui prend en considération les conditions dans lesquelles l'option est exercée par le créancier hypothécaire, les *mobiles* qui la lui dictent; libre à lui de nuire aux autres créanciers hypothécaires, s'il y trouve un « intérêt sérieux et légitime », mais non pas s'il se laisse guider par une intention frauduleuse ou malicieuse, ou, plus généralement, s'il ne peut arguer d'aucun intérêt légitime; nous pouvons bien nuire à autrui si nous y trouvons un avantage justifié, mais non pour le plaisir; et, ayant à choisir entre plusieurs manières d'exercer notre

droit, il ne nous est pas permis d'opter pour celle qui, sans nous assurer un avantage particulier, nuit inutilement à autrui; car alors nous *abuserions* de notre droit hypothécaire que nous détournerions de sa destination.

Par application de cette directive, la jurisprudence estime que le créancier à hypothèque générale a parfois l'obligation de concentrer son action sur un immeuble déterminé, libre de toute autre hypothèque, ou, à l'inverse, de diviser sa demande de collocation pour la répartir proportionnellement sur plusieurs immeubles hypothéqués; on assure ainsi, en dehors de tout texte, le règne d'une justice hypothécaire distributive (Req. 22 avril 1856, *D. P.* 1856, 1, 326; Civ. 18 juill. 1893, *D. P.* 1894, 1, 113, 9 mai 1905, *S.* 1906, 1, 489, note M. Bernard, *D. P.* 1909, 1, 225, note de Loynes; Rennes, 29 juill. 1895, *D. P.* 1896, 2, 76 — V. L. Josserand, *De l'esprit des droits*, n^{os} 33 et suiv.).

§ IV. — *EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE VIS-À-VIS DU TIERS DÉTENTEUR*

Droit de suite

1884. Position de la question. — Jusqu'à présent, nous avons supposé, pour plus de simplicité, qu'au jour de la réalisation du gage hypothécaire l'immeuble grevé était encore la propriété du constituant; mais il arrive que la situation se complique, l'immeuble ayant été aliéné entre temps. L'aliénation dont il a été l'objet n'a pas fait disparaître l'hypothèque qui subsiste dans toute son intensité, ou peu s'en faut; grâce au *droit de suite* qu'elle comporte, le créancier va pouvoir s'en prendre au propriétaire actuel, au *tiers détenteur*; suivant la formule de l'article 2166, il suit l'immeuble « *en quelques mains qu'il passe* »; il va diriger l'action hypothécaire contre le tiers détenteur au lieu de l'exercer contre le constituant, mais c'est toujours cette action qu'il met en œuvre : le droit de suite, c'est, en définitive, l'hypothèque elle-même en tant qu'elle atteint un tiers détenteur.

1885. Généralité du droit de suite. — Le droit de suite étant un attribut essentiel de tout droit réel, est constamment attaché à l'hypothèque et au privilège, droits réels, non seulement en matière immobilière, mais aussi parfois dans le domaine mobilier, pour les biens d'une identification facile : l'hypothèque *maritime* le comporte (L. 10 juill. 1885, art. 17), ainsi que l'hypothèque *fluviale* (L. 5 juill.

1917, art. 27) et l'hypothèque *aérienne* (L. 31 mai 1924, arg. art. 14) ; il est attaché au privilège né du gage (*sup.* n° 1532), et, par conséquent, au *superprivilège* accordé par la loi du 29 décembre 1934, au vendeur à crédit d'un véhicule ou d'un tracteur automobiles (*sup.* n° 1609*bis*), mais non pas au warrantage des produits agricoles ou du mobilier d'un hôtel ou d'un stock pétrolier : on sait comment la loi y supplée au moyen de dispositions *répressives* qui sont le succédané du droit de suite, inconcevable à raison de la nature des biens engagés, et qui auront d'ailleurs bien souvent un effet *préventif* intéressant (*sup.* n° 1863). Ainsi, sauf une réserve pour des meubles insusceptibles d'identification, on peut dire, du moins si l'on résout comme nous l'avons fait la controverse relative à la nature et à l'efficacité des privilèges généraux et des privilèges mobiliers spéciaux (*sup.* n^{os} 1544 et suiv.), que toute hypothèque et que tout privilège comportent, au moins originairement, le droit de suite, qui peut bien disparaître ou être compromis ultérieurement, mais qui a toujours existé initialement.

1886. Plan. — Nous rechercherons :

1° *A quelles conditions* le droit de suite existe et peut être exercé ;

2° *Comment il se réalise* ;

3° Quelle est *la situation faite au tiers détenteur* atteint par l'action hypothécaire.

N° 1

A quelles conditions le droit de suite existe et peut être exercé

1887. Enumération. — Il faut supposer :

1° Une *aliénation* donnant lieu au droit de suite ;

2° Une *créance exigible* ;

3° Il faut que l'hypothèque soit devenue *opposable* aux tiers avant une certaine époque.

I. **On suppose une aliénation donnant lieu au droit de suite.** — Une *aliénation*, c'est de toute évidence ; si l'immeuble n'a pas circulé, il ne saurait être question de le suivre.

Mais, de plus, il faut que l'aliénation *donne lieu au droit de suite*, qu'elle ouvre ce droit, et ce n'est pas toujours que cette condition est remplie.

1° Il faut mettre de côté les transmissions *à titre univer-*

sel : si l'immeuble hypothéqué a été recueilli à titre héréditaire, le créancier n'a pas besoin de se prévaloir du droit de suite contre l'héritier qui est devenu son débiteur personnel aux lieu et place du défunt et qui n'est donc pas un tiers détenteur. En thèse générale, le tiers détenteur, c'est-à-dire le détenteur tenu uniquement en cette qualité, *propter rem*, est un *acquéreur à titre particulier* (acheteur, donataire, légataire à titre particulier, etc.); cependant, cette qualité appartient également à l'héritier qui n'a accepté la succession que *sous bénéfice d'inventaire* et qui ne continue donc pas la personne du défunt, et aussi à l'*héritier partiaire*, c'est-à-dire à l'héritier qui, ayant payé sa part dans la dette mais ayant reçu dans son lot l'immeuble hypothéqué, ne peut plus être inquiété désormais que comme propriétaire, comme tiers détenteur de cet immeuble.

Contre la *caution réelle*, le créancier n'a pas à faire usage du droit de suite, puisque c'est elle qui a constitué l'hypothèque;

2° Il y a des aliénations qui ne donnent pas lieu au droit de suite parce qu'elles libèrent par elles-mêmes l'immeuble des charges dont il était grevé (*inf.* n° 1913);

3° Enfin, à raison de la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » (art. 2119), le créancier hypothécaire ne peut pas suivre, entre les mains des acquéreurs, les matériaux de la maison démolie, les arbres de la forêt abattue, sauf à rechercher si son droit de préférence ne survit pas en pareil cas (*sup.* n° 1863).

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire, pour que le droit de suite trouve à s'employer, que l'aliénation ait été totale, ou même qu'elle ait porté sur une part divise de l'immeuble; à supposer que, postérieurement à la constitution de l'hypothèque, le propriétaire ait grevé le fonds d'une servitude ou d'un usufruit, le créancier hypothécaire n'aura pas à s'occuper de cette particularité; il saisira l'immeuble dans son intégralité, sans faire état de la servitude ou de l'usufruit, ce qui revient à dire qu'il suivra ces droits dans les patrimoines de leurs titulaires actuels; il les saisira sur eux.

1888. II. La créance doit être exigible. — Tant que le terme n'est pas échu, le créancier, qui ne pouvait pas exercer l'action personnelle contre le débiteur, ne serait pas davantage admis à inquiéter le tiers détenteur par l'action hypothécaire; l'article 2167 rappelle ce principe élémentaire : l'hypothèque, droit accessoire, subit l'influence de la modalité qui affecte l'obligation.

1889. III. **Il faut que l'hypothèque soit devenue opposable aux tiers avant une certaine époque.** — A. **Principe.** — L'hypothèque ne peut atteindre le tiers acquéreur qu'autant qu'elle a été rendue opposable aux tiers avant le jour où le titre d'acquisition du détenteur l'est devenu lui-même : *l'aliénation opposable aux tiers arrête le cours des inscriptions*, car, désormais, celles-ci ne peuvent être prises, ni sur l'aliénateur qui a cessé d'être propriétaire *erga omnes*, ni sur l'acquéreur qui, par hypothèse, n'est pas le constituant mais qui est un tiers. Lorsqu'un conflit s'élève entre un acquéreur et un créancier hypothécaire, la victoire est donnée à celui des deux qui, le premier, a rendu son droit opposable aux tiers, ce qui revient à dire, pratiquement et dans la plupart des cas, que la question est résolue par les dates de l'inscription de l'hypothèque et de la transcription de l'acte d'aliénation; et, en effet, aux termes de l'article 6, § 1, de la loi du 23 mars 1855, « *à partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des articles* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire* ».

1890. Précisions. — Tel est le principe; mais, dans son application, il faut tenir compte de l'existence d'hypothèques occultes.

Il est des hypothèques qui sont opposables aux tiers encore que clandestines, non pas les privilèges généraux, qui ne sont dispensés d'inscription que vis-à-vis des créanciers, pour le droit de préférence, non pour le droit de suite et vis-à-vis des acquéreurs, mais les hypothèques de la femme et des personnes en tutelle, lesquelles sont dispensées d'inscription, non seulement quant au droit de préférence, mais aussi en ce qui concerne le droit de suite; elles sont opposables aux tiers immédiatement, dès qu'elles ont pris naissance, et elles ont pris naissance au moment où les créances qu'elles garantissent sont elles-mêmes créées. En conséquence, la femme mariée, le mineur, l'interdit seront en mesure d'exercer le droit de suite contre la personne qui a acquis un immeuble du mari ou du tuteur, à la seule condition de démontrer que cet immeuble faisait partie du patrimoine de ce mari ou de ce tuteur au moment où sont nées leurs créances contre ceux-ci, car c'est à compter de ce jour que leurs hypothèques sont devenues opposables aux tiers et qu'elles ont pris rang; toute aliénation postérieure à cette date n'intervient que sous la réserve des hypothèques occul-

tes dont le droit de suite, comme le droit de préférence, demeurent intacts.

Ainsi, la possibilité, pour un créancier, de vivifier son hypothèque au moyen d'une inscription prend fin, en thèse générale, le jour où l'immeuble grevé a été l'objet d'une aliénation devenue opposable aux tiers : on peut donc dire que cette aliénation, opposable à tous, purge l'immeuble des hypothèques non inscrites, mais réserve faite des hypothèques occultes, lesquelles sont opposables aux tiers encore que non publiées, pourvu cependant qu'elles soient inscrites en temps utile, avant l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle.

1891. B. **Dérogations.** — La règle énoncée dans l'article 6, § 1, de la loi du 23 mars 1855, comporte deux dérogations; il arrive que des privilèges ou hypothèques puissent être inscrits même après le moment où une aliénation est devenue opposable aux tiers, un délai étant spécialement accordé aux titulaires à cet effet et en vue de la conservation du droit de suite.

1° Si l'immeuble assujetti est *exproprié pour cause d'utilité publique*, les privilèges et hypothèques peuvent être inscrits même après la transcription de l'ordonnance d'expropriation rendue par le président du tribunal ou son délégué (*D. L.* 8 août 1935, art. 21, § 1) et pendant *la quinzaine* qui suit, soit cette transcription, soit l'acte amiable de cession;

2° Les privilèges du *vendeur d'immeuble* et du *copartageant* peuvent être inscrits utilement dans les *quarante-cinq jours* qui suivent l'acte de vente ou l'acte de partage (et non pas la transcription de l'acte) : ainsi le décide la loi du 23 mars 1855, dans son article 6, § 2, qui ajoute que cette inscription peut être effectuée « *nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai* ». On explique cette solution exceptionnelle par le désir de protéger le vendeur et le copartageant contre le danger d'une aliénation rapide suivie aussitôt d'une transcription. Sans doute, le danger est réel, mais il menace tout créancier hypothécaire aussi bien que le vendeur et le copartageant : le créancier à qui un débiteur confère une hypothèque conventionnelle peut craindre, lui aussi, que le constituant ne consente séance tenante une vente de l'immeuble et que l'acheteur, par une transcription immédiate, n'arrête le cours des inscriptions sur son auteur. Il faut donc reconnaître que la disposition de l'article 6, § 2, contient une faveur faite au vendeur et ou copar-

tageant qu'elle met à l'abri d'un risque auquel les créanciers hypothécaires et les créanciers armés d'autres privilèges demeurent exposés; la faveur consiste en ceci que les privilèges non inscrits du vendeur et du copartageant ne sont purgés que par la réunion des deux circonstances suivantes : 1. transcription de l'acte de sous-aliénation; 2. écoulement d'un délai de quarante-cinq jours depuis les actes de vente ou de partage.

La dérogation a peu d'intérêt pratique pour le privilège du vendeur, car, en fait, il est publié avant toute revente, puisque la publicité résulte, non d'une inscription, mais de la transcription à laquelle l'acheteur procède rapidement, intéressé qu'il est, à tous égards, à être rendu propriétaire *erga omnes*; il devient ainsi le meilleur auxiliaire du vendeur dont il publie le privilège en publiant son propre titre de propriété. Au contraire, pour le copartageant, la faveur est effective, car ici la transcription (exigée par le décret-loi du 30 oct. 1935) ne vaut pas inscription, et c'est le titulaire du privilège qui doit en assurer la publicité au moyen d'une inscription; il ne peut compter que sur lui-même à cet effet.

Il y a une moralité à tirer de la disposition exceptionnelle contenue dans l'article 6, § 2, de la loi du 23 mars 1855 : il est dangereux de traiter avec un propriétaire qui vient d'acquérir un immeuble à la suite d'une vente ou d'un partage et tant que quarante-cinq jours ne sont pas écoulés depuis la date de l'acte; c'est seulement après l'expiration de ce délai que le droit de suite du vendeur et du copartageant tombe définitivement devant une transcription effectuée par le sous-acquéreur.

N° 2

Comment se réalise le droit de suite

1892. Notions générales. — Le droit de suite se réalise simplement par la *saisie immobilière* : le créancier hypothécaire, au lieu de saisir l'immeuble sur le débiteur, sur le constituant, le saisit sur le défendeur actuel qui, par hypothèse, n'est pas personnellement obligé à la dette. La procédure s'engage, et par un *commandement* adressé au débiteur, et par une *sommation de payer ou de délaisser* qui atteint le tiers détenteur et qui est d'ailleurs assez mal nommée, car il n'est pas exact, encore que tel soit le langage du législateur (art. 2168) que le tiers détenteur soit tenu ou bien de payer la dette ou bien de délaisser l'immeuble; s'il laisse les événements suivre leur cours naturel, il n'est question ni de paiement ni de délaissement; l'expropriation est pro-

noncée sur lui; l'immeuble saisi est mis aux enchères et adjugé au plus offrant. On se rendra mieux compte de la situation par les explications qui vont suivre, et surtout en étudiant, au cours des *voies d'exécution*, la procédure de la saisie immobilière, profondément modifiée et bien simplifiée par un décret-loi du 17 juin 1938.

Des facilités particulières ont été concédées aux *sociétés de crédit foncier* (D.-L. 14 juin 1938, modificatif du décret du 28 fév. 1852).

N° 3

Situation faite au tiers détenteur touché par l'action hypothécaire : différents partis qu'il peut prendre

1893. Distinction. — Le tiers détenteur, touché par la sommation de payer ou de délaisser, a le choix entre divers partis qui sont à grouper dans deux catégories :

1° Il en est qui supposent que le tiers détenteur résiste à l'action hypothécaire, qu'il entend échapper, et sans consentir aucun sacrifice, à la poursuite dirigée contre lui;

2° Il en est d'autres qui impliquent, au contraire, chez le tiers, l'aveu du bien-fondé de l'action hypothécaire;

3° Suivant les cas, la décision prise par le tiers détenteur soulève des questions (recours, règlement de compte) que nous aurons à étudier.

I

Partis ouverts au tiers détenteur pour échapper, sans consentir aucun sacrifice, à l'action hypothécaire

1894. Aperçu. — Les partis qui rentrent dans cette première catégorie sont fort nombreux; il en est qui n'ont rien de spécial au tiers détenteur : certains moyens de défense appartiendraient tout aussi bien au débiteur lui-même, à supposer qu'il fût demeuré propriétaire de l'immeuble hypothéqué : l'hypothèque est éteinte; l'inscription est nulle ou a été radiée; la créance garantie est nulle ou n'est pas encore exigible.

Seuls doivent être retenus à cette place les moyens de défense qui sont spéciaux au tiers détenteur, à savoir l'*exception de garantie* et le *bénéfice de discussion*.

1895. I. **Exception de garantie.** — L'action hypothécaire comporte, comme aboutissement naturel, l'expropriation, donc l'éviction du tiers détenteur : or, on sait que *qui doit garantir ne peut évincer*. Si donc l'action hypothécaire est exercée par une personne qui doit la garantie au

tiers, celui-ci sera fondé à lui opposer l'*exception de garantie*; il en ira ainsi, par exemple, si le tiers avait acheté l'immeuble d'une personne dont le créancier hypothécaire a recueilli la succession; le vendeur — et, après lui, son héritier — doivent, en effet, la garantie à l'acheteur.

1896. II. Bénéfice de discussion. Idée générale. — Nous avons rencontré précédemment un bénéfice de discussion, celui qui appartient à la caution (*sup.* n° 1487); le Code civil accorde un bénéfice du même genre au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (art. 2170); il a considéré que ce tiers détenteur, tenu seulement *propter rem*, n'est qu'un débiteur subsidiaire auquel le créancier ne peut s'adresser qu'en cas de nécessité : à supposer que plusieurs immeubles répondent hypothécairement de la même dette, que l'un d'eux soit entre les mains d'un tiers détenteur tandis qu'un autre ou plusieurs autres appartiennent au débiteur, si le créancier exerce l'action hypothécaire de prime abord contre le tiers détenteur, celui-ci peut le renvoyer à discuter d'abord les immeubles qui sont restés en la possession du constituant, et lui opposer à cet effet l'exception ou le bénéfice de discussion de l'article 2170. Comme on le voit, ce bénéfice n'agit que *dans le plan hypothécaire* : ce ne sont pas des biens quelconques du débiteur dont le tiers détenteur est en droit d'exiger la discussion, mais seulement les immeubles *hypothéqués* en sûreté de la même obligation.

1897. Appréciation critique de ce bénéfice. — On veut justifier le bénéfice de discussion par le désir, chez le législateur, de conjurer les recours, les circuits d'actions qu'impliquerait le règlement de la dette par le tiers détenteur; et cette observation est exacte; mais il faut bien reconnaître que le bénéfice de discussion est difficile à défendre sur le terrain purement juridique :

1° Il fait échec à une principe fondamental, celui de l'*indivisibilité* de l'hypothèque, puisqu'il oblige le créancier à concentrer son action, jusqu'à plus ample informé du moins, sur l'un ou quelques-uns des immeubles qui, cependant, répondaient, dans toutes leurs parties, du paiement de la totalité de la dette (*sup.* n° 1657);

2° Le législateur a considéré que le tiers détenteur est un débiteur subsidiaire; or, ce postulat est inexact; à la différence de la caution, il n'a pas traité avec le créancier; acquéreur d'un bien hypothéqué, il devrait être tenu, hypothécairement, comme son auteur l'était lui-même; droit

accessoire à une créance, l'hypothèque n'en est pas moins une garantie *principale*.

En réalité, le bénéfice de discussion s'explique surtout *historiquement*; dans notre ancien droit, il était destiné à secourir l'acquéreur d'un immeuble, menacé de voir surgir de toutes parts des hypothèques générales occultes; dans une législation qui, comme la nôtre, repose sur le principe de la publicité et qui, d'autre part, a limité le nombre des hypothèques générales en abolissant celles qui, jadis, étaient attachées de plein droit aux actes notariés productifs d'obligations, ce bénéfice constitue un archaïsme dont notre législateur devrait faire justice, comme l'a fait le législateur *belge* de 1851.

1898. Conditions du bénéfice de discussion. — Ce bénéfice n'appartient qu'à certaines personnes et ne peut être opposé qu'à de certains créanciers hypothécaires.

1° *Il n'appartient qu'à certaines personnes*, uniquement aux *tiers détenteurs*, c'est-à-dire aux détenteurs qui ne sont pas tenus personnellement à la dette : acquéreur à titre particulier (acheteur, échangiste, légataire à titre particulier, donataire, etc.); héritier sous bénéfice d'inventaire; héritier partiaire ayant payé sa part dans la dette et ayant reçu, dans son lot, un immeuble hypothéqué en sûreté de cette dette; enfin, *caution réelle*, si elle réunit, ce qui sera rare, les autres conditions exigées.

Mais un débiteur, principal ou accessoire, tenu personnellement, ne dispose pas du bénéfice de discussion; il en va ainsi même de la *caution*, devenue propriétaire de l'immeuble qui garantit hypothécairement la dette dont elle est elle-même le garant personnel. La solution est inattendue, mais d'une logique rigoureuse : actionné en tant que caution et au moyen de l'action personnelle, ce débiteur accessoire dispose du bénéfice de discussion (*sup.* n° 1487); si, au contraire, il est recherché au moyen de l'action hypothécaire, il se voit refuser ce moyen de défense, et cela à raison de sa qualité de caution; la concentration, sur sa tête, des deux qualités de caution et de propriétaire du bien hypothéqué le met en état d'infériorité; la qualité de caution est exclusive de celle de tiers détenteur;

2° *Le bénéfice ne peut être opposé qu'à certains créanciers hypothécaires.* — Il résulte de l'article 2171 que ce procédé de défense ne peut être utilisé :

a) Ni vis-à-vis d'un créancier titulaire d'une hypothèque *spéciale*, alors même qu'elle grèverait plusieurs immeubles

du débiteur; et cette exigence enlève, pratiquement, le bénéfice de discussion à la *caution réelle*;

b) Ni vis-à-vis d'un créancier *privilégié*, sans distinction, semble-t-il, entre les privilèges généraux de l'article 2101 et les privilèges immobiliers spéciaux : c'est encore une nouvelle supériorité des privilèges sur les hypothèques ordinaires.

Sont donc seuls exposés au bénéfice de discussion : 1° les créanciers ayant l'une des hypothèques légales générales de l'article 2121; 2° les créanciers ayant une hypothèque judiciaire. Encore l'immunité serait-elle acquise à ceux-là dans le cas où leurs sûretés, par suite d'une réduction, auraient été cantonnées sur des immeubles déterminés, car elles auraient alors perdu leur caractère de généralité.

1899. Effets du bénéfice de discussion. — Lorsque le bénéfice est invoqué régulièrement, le créancier doit discuter les biens hypothéqués à la même dette et qui sont « *dans la possession du principal ou des principaux obligés* » (art. 2170); il s'agit donc d'une discussion à assiette limitée; comme nous l'avons déjà noté, on ne sort pas du domaine hypothécaire, et encore la discussion ne peut-elle pas porter sur l'immeuble possédé par une *caution*, laquelle, n'étant qu'un *débiteur accessoire*, ne répond pas à la formule de l'article 2170; à plus forte raison ne saurait-elle viser les immeubles appartenant à *d'autres tiers détenteurs*, fussent-ils hypothéqués en sûreté de la même dette.

La discussion a lieu comme en matière de cautionnement; pendant le cours de cette procédure, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué (art. 2170).

Si les biens discutés suffisent à payer le créancier, tout est terminé; dans le cas contraire, les poursuites, qui avaient été suspendues contre le tiers détenteur, peuvent reprendre leur cours : l'exception de discussion aura eu alors la valeur d'une simple exception *dilatoire*.

1900. L'exception de cession d'actions. — Les moyens que nous venons d'étudier — exception de garantie et bénéfice de discussion — sont les seuls qui soient ouverts au tiers détenteur en vue d'esquiver, sans dommage, la réalisation du gage hypothécaire. On s'était bien demandé si l'exception *cedendarum actionum* ne lui appartiendrait pas à l'occasion, dans l'éventualité où le créancier se serait démuni des autres sûretés dont il disposait, rendant ainsi inefficace ou moins efficace le bénéfice de la subrogation dont le tiers détenteur bénéficie de plein droit, en vertu de

l'article 1251 - 3°, lorsqu'il a acquitté le passif hypothécaire; mais la Cour de cassation a résolu la question dans le sens de la négative (Civ. 17 mars 1852, *S.* 1852, 1, 427, *D. P.* 1852, 1, 97), et à bon droit, puisque le tiers détenteur n'est pas un débiteur subsidiaire, puisqu'il ne s'est pas engagé en contemplation des autres sûretés appartenant au créancier, puisqu'il ne s'est pas engagé envers lui : aucun lien de droit n'existe entre ces deux personnes; on ne comprendrait donc pas que l'un d'elles, un tiers, pût arguer d'un manquement que l'autre aurait commis à la loi contractuelle.

II

Partis ouverts au tiers détenteur lorsqu'il reconnaît le bien fondé de l'action hypothécaire

1901. Enumération. — A supposer que le tiers détenteur reconnaisse le bien fondé des poursuites dirigées contre lui, la loi lui ouvre une série de partis; il peut :

1° Laisser la procédure suivre son cours naturel, se laisser *exproprier;*

2° *Délaisser* l'immeuble;

3° *Payer* la dette hypothécaire;

4° *Purger.*

1902. I. **Premier parti.** Expropriation. — C'est le parti le plus simple, en ce sens qu'il n'exige du tiers détenteur, aucune initiative; il se contentera d'assumer le rôle de saisi; la procédure de la saisie immobilière suivra son cours fatal. Mais c'est aussi le parti le moins satisfaisant pour le patient qui aura à subir des désagréments et une atteinte, plus ou moins grave, portée à son crédit.

1903. II. **Deuxième parti.** Délaissement. — Il peut éviter en grande partie ces inconvénients en *délaissant* l'immeuble; il sera alors mis hors de la procédure; un *curateur* sera nommé à l'immeuble délaissé, qui en sera en quelque sorte le représentant et contre qui la procédure d'expropriation sera dirigée, dont le nom figurera dans les actes de procédure et sur les affiches et qui assumera les ennuis et la responsabilité inhérents à l'administration, ainsi qu'à la réalisation du gage hypothécaire.

Le délaissement se fait au moyen d'une *déclaration au greffe* du tribunal de la situation de l'immeuble délaissé (art. 2174, § 1); ce tribunal donne acte de la déclaration et nomme le curateur « *sur la pétition du plus diligent des intéressés* » (art. 2174, § 2).

1904. Signification et effets du délaissement. Principe. — Le délaissement ne porte pas sur la propriété de l'immeuble hypothéqué; après comme avant, le tiers détenteur est propriétaire, et il le reste, jusqu'à l'adjudication. La solution est traditionnelle; elle était donnée par nos anciens auteurs, par Pothier (*Hypothèque*, n° 119), par Loyseau. Au reste, cette limitation de la portée du délaissement cadre parfaitement avec le but poursuivi; ce qu'on veut, c'est simplement éviter au tiers détenteur les désagréments d'une poursuite et d'une vente forcée; pas n'est besoin, pour atteindre ce résultat, de lui enlever la propriété de son bien; d'ailleurs, si cette propriété lui était enlevée, on ne voit pas au profit de qui se produirait ce déplacement, et il faut cependant bien que l'immeuble ait un propriétaire au cours de la procédure. Et non seulement le tiers détenteur conserve la propriété, mais encore *il reste possesseur*; s'il était en voie de prescrire, c'est à son profit, c'est dans son patrimoine que l'usucapion s'accomplira.

Conséquences du principe. — De cette idée que le tiers détenteur conserve la propriété de l'immeuble, il faut déduire les conséquences suivantes :

1° Si l'immeuble acheté vient à périr par cas de force majeure, les *risques* sont pour l'acheteur : à supposer qu'il fût encore débiteur du prix, il en reste tenu vis-à-vis de son vendeur;

2° Etant toujours propriétaire, il peut grever l'immeuble de droits réels, notamment d'hypothèques qui viendront à leur rang; c'est ce qui ressort de l'article 2177, § 2, qui ne distingue pas entre créanciers antérieurs et créanciers postérieurs au délaissement;

3° Si l'adjudication donne un prix supérieur au montant des charges hypothécaires, l'excédant va au tiers détenteur : c'est sa chose qui a été vendue;

4° Jusqu'à l'adjudication, il peut reprendre l'immeuble en payant des dettes hypothécaires et les frais (art. 2173);

5° Le délaissement, n'opérant pas mutation de propriété, est soumis, non à un droit proportionnel, mais à un droit fixe (L. 22 frim. an VII, art. 68, § 4).

1905. Qui peut délaisser. — Deux conditions sont exigées par l'article 2172 :

1° Il faut d'abord, pour pouvoir délaisser, *n'être pas personnellement obligé à la dette*; il est indispensable d'être

tenu seulement *propter rem* (acquéreur à titre particulier, caution réelle, *sup.* n° 1460) ;

2° Il faut encore être *capable d'aliéner*. Cette exigence est faite pour surprendre, puisque le délaissement ne déplace ni la propriété, ni même la possession. On dit, pour justifier la disposition légale, que le délaissement est du moins un acheminement vers l'aliénation; mais cet acheminement se poursuivrait tout aussi bien si le tiers détenteur, demeurant inerte, laissait la procédure se dérouler contre lui. En vérité, le délaissement est un acte d'administration, et de bonne administration, qui ne peut avoir, pour celui qui y recourt, que des avantages; il faut donc renoncer à justifier, ou même à expliquer l'exigence de l'article 2172.

Mais, puisqu'elle est énoncée en termes catégoriques, on doit en conclure que le tuteur d'un mineur doit obtenir, à fin de délaissement de l'immeuble de celui-ci, l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

Le délaissement peut intervenir jusqu'à l'adjudication (Agen, 14 juill. 1855, *D. P.* 1856, 2, 52).

1906. III. **Troisième parti.** Paiement des créanciers. — Le tiers détenteur peut *payer* les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble. C'est un parti auquel il se résoudra volontiers, semble-t-il, s'il n'a pas encore réglé son prix d'acquisition; il lui est indifférent de le verser entre les mains de son vendeur ou entre celles des créanciers hypothécaires. Mais, pour avoir une complète sécurité, il lui faudra acquitter intégralement le passif hypothécaire exigible, avec les intérêts conservés par les inscriptions (art. 2168).

Ce n'est pas à dire qu'un paiement *partiel* serait dénué d'efficacité, du moins si le tiers détenteur a eu le soin de suivre l'ordre de préférence des hypothèques : ayant acquitté la dette d'autrui, il est subrogé légalement aux droits et actions des créanciers désintéressés (art. 1251 - 2° et 3°) ; il est donc investi des hypothèques qui garantissaient le paiement des sommes qu'il a dû verser et qui porteront sur sa propre chose; elles auront un effet *préventif* intéressant, par cela même qu'elle enlèveront toute velléité aux créanciers hypothécaires non payés de saisir et de faire vendre l'immeuble, car le prix d'adjudication irait d'abord au propriétaire, en sa qualité de subrogé à l'hypothèque première en rang (*sup.* n° 883) ; seulement, cette combinaison présente un risque : le tiers détenteur, lorsqu'il paye les créanciers hypothécaires, peut se méprendre quant au rang respectif des sûretés; une hypothèque se révèlera peut-être après coup

qui était préférable à celle dont il se trouve investi par subrogation légale; c'est alors en pure perte qu'il aura versé son prix entre les mains d'un créancier qu'il croyait être le premier et qui n'était en réalité que le second ou le troisième.

Aussi sera-t-il plus sage pour lui de prendre le quatrième parti que lui ouvre la loi : celui de la purge des hypothèques.

1907. IV. Quatrième parti. — PURGE DES HYPOTHÈQUES. — **En quoi elle consiste.** — Un immeuble hypothéqué change de propriétaire : l'acquéreur, désireux de le libérer, de le « nettoyer » des charges hypothécaires dont il est grevé, va offrir au créancier, suivant certains rites, son prix d'acquisition, par exemple cent mille francs. Cette offre n'est pas obligatoire pour ceux qu'elle touche; s'ils la jugent insuffisante, ils peuvent requérir la mise aux enchères, mais en s'engageant à faire monter le prix au moins jusqu'à un dixième au delà de la somme qui leur était offerte; si bien que, de toute façon, la situation hypothécaire de l'immeuble est liquidée une fois pour toutes, soit que les créanciers acceptent les offres — c'est évidemment l'éventualité la plus simple — soit qu'ils les refusent et provoquent la vente aux enchères; dans un cas comme dans l'autre, l'immeuble est complètement libéré, il est *purgé* des charges hypothécaires qui le grevaient et alors même que les créanciers ne seraient pas intégralement payés : on considère qu'il a donné tout ce qu'il était susceptible de donner; on ne saurait lui demander davantage.

1908. Avantages de la purge. — La procédure de la purge donne satisfaction, et aux intérêts généraux et aux intérêts particuliers.

1° Aux intérêts *généraux* : elle assure la facile circulation des biens, fussent-ils grevés d'hypothèques pour des sommes énormes et au delà de leur valeur; on n'hésitera pas à acquérir une maison, fût-elle hypothéquée « jusqu'au toit », puisqu'on sait qu'en offrant aux créanciers hypothécaires le prix d'acquisition, on passera l'éponge sur le passé. Il est vrai qu'en employant son prix à désintéresser le créancier premier en rang, l'acheteur obtiendra, grâce à la subrogation légale, un résultat similaire, mais moins complet, puisque, d'une part, une erreur commise quant au rang des hypothèques pourrait lui être fatale (*sup.* n^os^ 885 et 1906), puisque, de plus, l'acquéreur subrogé aurait à redouter l'extinction de son hypothèque ou la péremption de l'inscription, ce qui

permettrait au créanciers hypothécaires non désintéressés de venir en rang utile et ce qui les inciterait donc à poursuivre l'expropriation de l'immeuble. Avec la procédure de la purge, ces dangers sont conjurés; la situation est liquidée, une fois pour toutes, sans rémission, sans surprises possibles; l'immeuble retrouve son intégrité;

2° Les intérêts *particuliers* ne sont pas moins sauvegardés.

a) Ceux de *l'acquéreur* : il garde l'immeuble sans avoir à consentir de sacrifice; il est vrai que les créanciers peuvent repousser les offres, mais ils doivent alors prendre l'engagement de surenchérir; un refus arbitraire et capricieux de leur part est ainsi conjuré;

b) Les intérêts du *vendeur*, plus généralement des précédents propriétaires sont également satisfaits : l'acheteur, n'étant pas évincé, n'exercera pas contre eux de recours en garantie;

c) Quant aux *créanciers hypothécaires*, il semble que la purge risque de léser leurs légitimes intérêts; en effet :

1. Le prix qui leur est offert est peut-être inférieur au montant de leurs créances. Mais ils ne peuvent pas exiger, et ils ne devaient pas espérer que l'immeuble donnerait une somme supérieure à sa valeur effective; tant pis pour eux s'ils ont accepté une hypothèque en quelque sorte « surnuméraire »; de toute façon, ils ne devaient pas venir en rang utile;

2. Il est vrai que rien ne dit que le prix offert par l'acquéreur soit égal à la valeur réelle de l'immeuble. Mais les créanciers ont un moyen de s'en assurer : ils n'ont qu'à refuser les offres jugées insuffisantes et à requérir la mise aux enchères;

3. Une autre objection plus grave vient à l'esprit : l'acquéreur qui recourt à la purge fait tomber d'autorité les hypothèques établies sur l'immeuble, et, du même coup, les créances qu'elles garantissaient, car il impose le remboursement à leurs titulaires. Ce résultat se justifie pour les créances échues; mais il est choquant pour les créances à terme : le bailleur de fonds qui avait prêté de l'argent sur hypothèque et qui avait pensé faire un placement d'une certaine durée, pour cinq, dix ans ou davantage, se voit restituer ses fonds, à son corps défendant; on l'exproprie et de sa créance et de l'hypothèque qui en garantissait l'exécution dans des conditions normales; on lui enlève le bénéfice d'un terme qui, le plus souvent, avait été inséré dans son intérêt aussi bien que dans celui du débiteur; l'atteinte à

la parole donnée, la violation de la loi du contrat sont flagrantes.

La critique, cette fois, est fondée; elle porte sur le seul point faible de la purge; elle explique que la faculté de recourir à cette procédure soit enfermée dans des limites assez étroites que nous aurons à préciser, et, notamment, que les acquéreurs ne puissent pas purger lorsqu'ils sont tenus personnellement à la dette.

1909. Origine historique. — Malgré son mérite et ses avantages de tous ordres, la procédure de la purge est d'origine relativement récente; elle est née, assez curieusement, de la procédure des *décrets forcés*. Le décret forcé, c'était la vente forcée, par autorité de justice; elle purgeait l'immeuble des charges dont il était grevé. Les aliénations volontaires ne produisaient pas ce résultat; mais on eut alors l'idée d'utiliser à cette fin l'effet libérateur qui était attaché au décret forcé, et de simuler une poursuite en expropriation, engagée contre l'acquéreur par un créancier fictif; la procédure aboutissait à un décret qu'on appelait le *décret volontaire*, par opposition au décret forcé, intervenant sur des poursuites sincères; si bien qu'en fin de compte l'acquéreur était considéré comme un adjudicataire et que l'immeuble se trouvait libéré de tout le passif hypothécaire; mais ce n'était qu'au prix d'une comédie juridique, compliquée et coûteuse.

Une simplification s'imposait; elle ne fut réalisée qu'en 1771; à cette date, un édit abolit l'usage des décrets volontaires et créa les *lettres de ratification*; désormais, plus de simulacre de saisie et de vente forcée : l'acquéreur déposait son contrat au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée de la situation de l'immeuble; le greffier affichait un extrait du titre d'acquisition pendant deux mois au cours desquels les créanciers de l'aliénateur étaient admis à faire opposition; après l'expiration de ce délai, cette faculté leur était refusée; leurs droits tombaient complètement. Si aucun créancier n'avait fait opposition dans le délai réglementaire, l'immeuble était considéré comme libre et on remettait à l'acquéreur des *lettres de ratification* qui le confirmaient dans ses droits; s'il y avait des opposants, des offres leur étaient adressées qu'il pouvaient repousser à la condition de surenchérir du dixième.

La procédure ainsi instituée devait être définitive, dans ses grandes lignes du moins; elle fut maintenue par la loi du 11 brumaire an VII, puis par les rédacteurs du Code civil.

1910. Plan. — Il faut déterminer :
1° *Quelles aliénations* donnent lieu à purge;
2° *Qui* peut purger;
3° *A quel moment*;
4° Suivant quelle *procédure*.

1911. A. **Des aliénations qui donnent lieu à purge. Principe.** — Les aliénations qui donnent lieu à purge sont celles qui portent sur un droit réel — y compris et notamment la propriété — et uniquement celles-là.

Encore faut-il, en thèse générale, qu'il s'agisse d'un *droit réel immobilier*, puisque, d'ailleurs, les meubles répugnent, en principe, à l'hypothèque. Cependant, l'aliénation d'un *navire*, d'un *bateau de navigation intérieure*, d'un *aéronef*, peut être l'occasion d'une purge des hypothèques établies sur ces biens, lesquelles sont traitées, autant que possible, ainsi que les hypothèques établies sur des immeubles (L. 10 juill. 1885, art. 18 et suiv. pour l'hypothèque *maritime*; l. du 5 juill. 1917, art. 28 et suiv. pour l'hypothèque *fluviale*; l. 31 mai 1924, art. 14, pour l'hypothèque *aérienne*). Il ne sera question ici que de la purge des *hypothèques immobilières*.

Le plus souvent, c'est à l'occasion et en suite d'une aliénation portant sur une maison, un terrain, ou encore sur une nue propriété ou un usufruit immobilier, que la procédure de la purge est engagée.

1912. Réserves. — Des réserves sont à faire, dans un double sens : 1° il est des aliénations qui répugnent à la purge à raison de *la nature du droit aliéné*; 2° il en est d'autres qui y répugnent à raison de *leur propre nature* qui rend cette procédure superflue et sans objet.

1° *La purge peut être impossible à raison de la nature du droit qui est en cause.* — Il faut se rappeler que cette procédure peut aboutir à la mise aux enchères de l'immeuble; elle est donc inapplicable aux biens qui ne comportent pas la vente forcée, par exemple aux droits d'*usage* ou d'*habitation*, aux *servitudes*, à une part *indivise* de propriété, à une *mitoyenneté* (art. 2205; *sup.* t. I, n^os^ 1788, 1797 et suiv.); lorsque sont établis ou cédés de tels droits, les créanciers hypothécaires conservent toutes leurs prérogatives; le droit de suite, attaché à leurs sûretés, s'exerce intégralement et ne peut pas être amorti, jugulé par la procédure de la purge (*sup.* n° 1863);

1913. — 2° *La purge peut être rendue superflue par la*

nature de l'aliénation elle-même. — Il existe des aliénations qui opèrent purge par elles-mêmes, automatiquement, et qui, suivant l'expression consacrée, « *valent purge* »; de plein droit, les hypothèques quittent l'immeuble pour se transporter sur le prix.

Ces aliénations sont celles qui offrent cette particularité de fixer par elles-mêmes le prix véritable, le prix sincère de l'immeuble; dès lors, en présence de ce résultat, les formalités de la purge deviennent sans objet, puisqu'elles tendent précisément à la détermination du véritable prix et au transfert des hypothèques sur ce prix; ce double objectif étant réalisé *de plano* par l'aliénation, on n'a que faire de la procédure de la purge qui devient inconcevable.

1914. — Les aliénations qui *valent purge* sont les suivantes :

a) *Expropriation pour cause d'utilité publique.* — L'ordonnance d'expropriation, dûment transcrite, purge l'immeuble des privilèges et hypothèques qui le grevaient (sauf le droit pour les créanciers de s'inscrire encore dans la *quinzaine* qui suit la transcription de ladite ordonnance rendue par le président du tribunal ou son délégué; *sup.* n° 1891). *Ipso jure*, les droits des créanciers hypothécaires sont transportés sur l'indemnité d'expropriation, sans qu'il soit besoin de recourir aux formalités de la purge (D.-L. 8 août 1935, art. 21 et 22). La valeur de l'immeuble a été fixée dans des conditions qui présentent ou qui sont considérées comme présentant toutes garanties, par une *commission arbitrale d'évaluation*; sans doute, il arrive que l'indemnité soit établie à l'amiable; mais c'est un droit, pour les créanciers, d'exiger qu'elle soit fixée par le jury (art. 15 du même D.-L.);

b) *Adjudication sur saisie immobilière.* — On suppose que l'immeuble a fait l'objet d'une vente publique *forcée*; alors, « *le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, même celles qui ont été inscrites postérieurement à la délivrance des états d'inscription, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix* » (C. pr. art. 717, § 3, d.-l. 17 juin 1938); les hypothèques dispensées d'inscription elles-mêmes sont éteintes de plein droit, sauf survivance du droit de préférence jusqu'au paiement régulier ou juqu'à l'attribution judiciaire du prix (même texte, §§ 4 et 5).

Ce résultat s'explique à double titre : 1° les créanciers hypothécaires onté été liés à la procédure; ils ont pu exercer

une surveillance constante sur les opérations (C. pr. art. 692 et 696) ; 2° l'immeuble étant vendu aux enchères publiques, il est à présumer qu'il a atteint sa valeur, au moins approximativement : en tout cas, des fraudes, des collusions ne sont pas à craindre.

A la différence des adjudications sur saisie, les adjudications *volontaires* n'opèrent pas purge par elles-mêmes; il est vrai que la vente a lieu aux enchères, mais les créanciers ne sont pas liés à la procédure, en sorte qu'on n'est plus dans les termes ni dans l'esprit de la loi;

c) *Adjudication des biens d'un failli.* — Un commerçant est déclaré en état de faillite; il n'obtient pas de concordat; ses biens sont alors vendus, dans les formes établies pour la vente des biens appartenant à des mineurs (C. com., art. 572; C. pr., art. 953 et suiv.). Or, la vente de tels biens est une vente *volontaire*, donc ne valant pas purge. Cependant, dans le cas spécial qui nous occupe, lorsqu'il s'agit de la vente des biens d'un failli, la jurisprudence décide que l'opération entraîne d'elle-même la purge des hypothèques, et elle dispense l'acquéreur de recourir aux formalités de la purge (Req. 19 mars 1851, *D. P.* 1851, 1, 292; Civ. 23 juin 1896, *D. P.* 1897, 1, 57; Req. 14 déc. 1926, *Gaz. Pal.* 1927, 1, 373). Cette solution est assez raisonnable : l'assimilation de ventes des biens du failli à la vente des biens des mineurs (C. com., art. 572), ne touche qu'à la *forme*; quant au *fond*, les deux opérations sont irréductibles, puisque l'une est une vente forcée alors que l'autre a un caractère volontaire; de plus, les créanciers du failli sont représentés par le *syndic*; ils sont liés à la procédure par son intermédiaire.

Depuis une loi du 5 janvier 1914, qui a modifié l'article 573 C. com., la vente qui intervient *avant union*, dans l'intervalle qui sépare le jugement déclaratif et la décision relative à la solution de la faillite, est traitée ainsi que celle qui est effectuée *après union* : l'une et l'autre valent donc purge.

d) *Adjudication sur surenchère.* — Un immeuble a été vendu aux enchères; quelqu'un forme une *surenchère*, c'est à-dire offre un prix supérieur au prix d'adjudication; ensuite de quoi, le bien fait l'objet d'une nouvelle vente aux enchères publiques : la seconde adjudication qui intervient sur ces entrefaites vaut purge, c'est-à-dire que les créanciers hypothécaires ne sont plus admis à discuter le prix et à engager à cet effet la procédure de la purge (C. pr., art. 838, § 7).

La raison de cette solution est facile à saisir : par hypo-

thèse, l'immeuble a été mis par deux fois aux enchères publiques; si l'adjudicataire devait ou pouvait recourir à la procédure de la purge, il en résulterait que les créanciers seraient à même de former encore une surenchère (car la faculté de surenchère fait partie intégrante de la procédure de la purge); l'immeuble verrait donc le feu des enchères pour la troisième fois, ce qui serait excessif. Il faut en finir; il y a tout lieu de croire que l'immeuble a atteint son véritable prix; on ne peut plus raisonnablement espérer découvrir un acquéreur qui offre un prix plus élevé : « *surenchère sur surenchère ne vaut* » (C. pr., art. 710, § 3, nouv. réd.). La règle est applicable en toute occurrence, soit que la deuxième adjudication ait eu lieu au cours de la procédure de la purge (c'est le cas visé par l'art. 838 C. pr.), soit qu'elle suive une adjudication sur saisie immobilière (c'est l'hypothèse prévue par l'art. 710 du même Code), ou une vente volontaire, telle que celle des biens d'un mineur (C. pr., art. 965, § 3).

1915. B. **Qui peut purger.** — Il faut, pour pouvoir purger, réunir trois conditions : 1° être *acquéreur*; 2° être *étranger à la dette*; 3° être *étranger à la constitution de l'hypothèque.*

Première condition. — Il faut être acquéreur. — C'est pour assurer la libre circulation des biens que la procédure de la purge a été instituée; c'est donc aux seuls acquéreurs qu'elle est ouverte. Un simple créancier ne pourrait pas y procéder en vue de libérer l'immeuble des hypothèques préférables à la sienne : son unique ressource serait de désintéresser le créancier premier en rang pour se prévaloir ensuite de la subrogation légale (art. 1251 - 1°; *sup.* n° 880). Par exception, le *Crédit foncier*, simple créancier, simple prêteur sur hypothèque, est admis à nettoyer l'immeuble des sûretés qui le grèvent, en recourant à la procédure de la purge (*D.* 28 fév. 1852 mod. par d.-l. 14 juin 1938; l. 10 juin 1853). Cette faveur était indispensable à l'exercice de l'activité de cet établissement qui, d'après sa charte constitutive, ne peut prêter des fonds que sur première hypothèque (art. 6 du décret); s'il ne lui avait pas été loisible de faire disparaître les hypothèques préexistantes, le cercle de ses opérations eût été bien restreint; la procédure de la purge engagée dans ces conditions est d'ailleurs soumise à des règles particulières (V. les textes précités).

1916. Acquisitions qui permettent de purger. — Nous avons examiné et résolu précédemment cette question (*sup.* n° 1911) : l'acquéreur d'une part *divise* est admis à purger dans les limites de son acquisition.

On se contente d'un acte *translatif* quelconque, vente, donation, testament, etc., à l'exclusion d'un acte simplement *déclaratif* tel qu'un partage, mais sous le bénéfice des deux observations suivantes :

1° L'acquisition doit avoir eu lieu *à titre particulier* : un acquéreur à titre universel ne pourrait pas purger, et c'est un point sur lequel nous reviendrons (*inf.* n° 1917) ;

2° L'acquisition doit être *actuelle* : un acquéreur *sous condition suspensive* ne serait pas admis à purger.

Au contraire, il est certain que l'acquéreur *sous condition résolutoire* peut purger, car il est investi d'un droit actuel. Mais on se demande si les effets de la purge subsistent, à supposer que la condition résolutoire vienne ensuite à se réaliser, ou bien s'ils ne sont pas alors rétroactivement anéantis. Logiquement, cette dernière solution s'impose : la procédure de la purge ne peut pas être plus résistante que ne l'est le droit qui a permis à l'acquéreur d'y recourir; elle devrait avoir le même sort que lui; s'il disparaît rétroactivement, elle devrait elle-même tomber; et c'est bien en ce sens que se prononcent la plupart des auteurs. La jurisprudence estime, au contraire, et décide que la purge subsiste en toute occurrence; alors même que la condition résolutoire se réalise ultérieurement, l'immeuble reste libéré des hypothèques dont il avait été nettoyé (V. pour le cas d'exercice du *réméré*, Req. 23 août 1871, *S.* 1871, 1, 118, *D. P.* 1873, 1, 321) ; et il faut bien reconnaître que cette solution, si prétorienne soit-elle, est la seule qui donne de la sécurité à tous les intéressés et au public; une libération conditionnelle de l'immeuble compromettrait la circulation des biens; il faut y regarder à deux fois avant d'admettre l'anéantissement d'une procédure longue, compliquée et coûteuse qui s'est déroulée en partie sous l'œil de la justice.

Cependant, cette procédure tomberait si l'acheteur, après l'avoir entamée, ne versait pas le prix entre les mains des créanciers hypothécaires : le vendeur serait alors fondé à poursuivre la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (art. 1184 et 1654) ; ce serait donc le retour au *statu quo ante*, l'acheteur étant réputé n'avoir jamais été tiers détenteur et les créanciers hypohécaires reprenant l'exercice de leurs droits contre le vendeur (Civ. 13 juill. 1903, *D. P.* 1905, 1, 393, note DE LOYNES).

1917. — *Deuxième condition. — Il faut être étranger à la dette.* — Le débiteur, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut pas purger : il serait excessif de lui permettre d'imposer à un créancier un paiement *anticipé*, qui peut être aussi un paiement *partiel*; et la solution vaut pour tous les *coobligés* : *codébiteurs solidaires*, *caution* qui acquiert un immeuble hypothéqué en sûreté de la dette qu'elle garantit elle-même personnellement : tous ceux-là ne peuvent pas davantage purger qu'ils ne sauraient délaisser (*sup.* n° 1915) ou opposer le bénéfice de discussion (*sup.* n° 1898).

Les *héritiers* purs et simples du débiteur sont exclus de la purge pour la même raison; ils sont tenus personnellement à la dette aux lieu et place de leur auteur : c'est ce que nous exprimions sous une forme un peu différente en disant que, seuls, les acquéreurs à titre particulier peuvent purger (*sup.* n° 1916).

1918. — *Troisième condition. — Il faut être étranger à la constitution de l'hypothèque.* — Celui qui a constitué l'hypothèque, ou du chef de qui elle est née, est garant de son efficacité; il ne doit pas pouvoir évincer, même partiellement, le créancier hypothécaire au moyen de la purge.

Cette troisième condition ne fait nullement double emploi avec la précédente : il est des personnes qui, parfaitement étrangères à la dette, sont cependant exclues de la purge parce qu'elles ont été pour quelque chose dans la constitution de l'hypothèque; il en est ainsi :

1° De la *caution réelle*; bien que n'étant pas tenue personnellement à la dette, elle est exclue de la purge parce qu'elle a été partie à la constitution de l'hypothèque dont elle est donc garante; il est vrai qu'elle peut délaisser (*sup.* n° 1905); mais le délaissement, à la différence de la purge, n'entame aucunement les droits des créanciers hypothécaires;

2° De l'*héritier partiaire* qui a payé la part de la dette dont il était tenu personnellement; il demeure garant de l'efficacité de l'hypothèque constituée par son auteur et cette garantie s'étend à toute l'hypothèque à raison du caractère d'*indivisibilité* que présente cette sûreté (*sup.* n° 1647).

1919. L'héritier sous bénéfice d'inventaire. — On a douté que l'héritier sous bénéfice d'inventaire, adjudicataire d'un immeuble successoral grevé d'hypothèques, pût recourir à la purge; il semble que les principes que nous avons exposés jusqu'ici y fassent obstacle : cet héritier ne succède-

t-il pas, à ce titre, aux obligations de son auteur lequel, par hypothèse, était tout à la fois tenu personnellement à la dette et avait été partie à l'acte constitutif? Il semble que le successeur ne doive pas avoir plus de droits que son auteur dont il a pris les lieu et place.

C'est cependant en sens contraire que s'est prononcée la jurisprudence qui a été fixée par un arrêt solennel de la Cour de cassation (Ch. réunies, 12 janv. 1876, *S.* 1876, 1, 81, *Ref.* XII, 1, 11, *D. P.* 1876, 1, 52 avec les conclusions de l'avocat général Bédarrides). Comme l'a montré M. Labbé (*Rev. crit.* 1873-1875, p. 348), qui a réfuté, sur ce point, la thèse préconisée, en sens inverse, par M. Valette (Voy. sa consultation, *D. P.* 1873, 1, 197; Comp. *D. P.* 1874, 1, 361), il faut distinguer, au cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, deux patrimoines : d'une part, l'hérédité, d'autre part le patrimoine personnel de l'héritier; au jour du décès, l'immeuble hypothéqué faisait partie de l'hérédité, qui ne se confondait pas avec les biens de l'héritier, lequel ne continue pas la personne du défunt; sans doute, il était, dès ce moment, propriétaire de l'immeuble; mais le bien figurait dans un compartiment distinct; en sorte que, lorsque l'adjudication a eu lieu, si elle n'a pas été translative pour l'héritier, déjà propriétaire en vertu de la dévolution héréditaire, elle a du moins opéré comme une novation de son titre (novation qu'on ne retrouve pas dans le cas de l'héritier partiaire) : désormais, le voilà devenu adjudicataire, donc acquéreur à titre particulier; son titre est constitué par le jugement d'adjudication, non plus par la dévolution héréditaire; son intérêt est évident de consolider sa situation au moyen de la purge, et rien ne s'y oppose, puisqu'il n'est pas tenu, sur son patrimoine propre, des obligations qui incombaient au défunt; il est à considérer comme un tiers détenteur. En conséquence, il devra acquitter les *droits afférents à la transcription*, car, comme on le verra, cette formalité constitue la préface obligatoire de la procédure de la purge; et c'est pour affirmer l'existence de ce droit fiscal que sont intervenues les décisions qui ont fixé la jurisprudence.

1920. C. **A quel moment la purge peut intervenir.** — La loi n'impartit pas de délai fatal à l'acquéreur; en fait, il se hâtera d'engager la procédure, car, le plus souvent, il est un acheteur, tenu de payer son prix à bref délai; il mettra donc rapidement les choses en train afin de s'acquit-

ter entre les mains, non du vendeur, mais des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble.

S'il tardait trop, ces créanciers auraient un moyen d'éveiller son attention et de le tirer de son inertie : ils lui adresseraient la *sommation de payer ou de délaisser*, préface de la saisie, et il aurait un délai d'*un mois* pour prendre parti (art. 2183; Comp. art. 2169).

1921. D. Procédure de la purge. Formalité préliminaire. — La procédure de la purge implique l'accomplissement d'une formalité qui n'en fait pas partie intégrante et qui est la *transcription* du titre d'acquisition; l'acquéreur qui veut purger doit d'abord faire transcrire son titre (art. 2181) : exigence logique dans un système basé sur le principe de la publicité, mais inexplicable à une époque où, sous l'empire du Code civil et avant la loi du 23 mars 1855, l'acquéreur était rendu propriétaire, *erga omnes*, par le contrat lui-même; la jurisprudence se montrait d'ailleurs aussi inconséquente et elle maintenait l'inélégance établie par les rédacteurs du Code civil en ce sens qu'elle exigeait la transcription du titre d'acquisition, comme préliminaire de la purge, dans tous les cas, et alors même que, dans le régime de la loi de 1855, non encore développé par le décret-loi du 30 octobre 1935, ce titre était translatif de propriété par lui-même et au regard de tous, par exemple s'il consistait en un testament (Civ. 6 fév. 1889, *D. P.* 1889, 1, 299; *S.* 1889, 1, 385, note Demante). Cette exigence, injustifiable en droit, ne pouvait s'expliquer que par des considérations d'ordre fiscal : en réalité, on voulait, et on veut imposer à l'acquéreur l'acquittement du droit proportionnel de transcription, droit qui devient ainsi exigible *par cela seul qu'une acquisition permet de purger*, sans distinguer suivant que la transcription est ou non requise pour l'opposabilité aux tiers du transfert de propriété, ni selon que l'acquéreur se propose ou non de purger, le droit de transcription étant perçu en même temps que le droit de mutation et du moment que l'acte est de nature à être transcrit (L. 28 avril 1816, art. 54); on déforme ainsi systématiquement une série d'institutions : purge, transcription, impôt; notamment, on crée une nouvelle catégorie d'actes sujets à transcription, non pas en vue du transfert de propriété, mais pour la purge, effectivement réalisée ou non.

L'article 2181 suppose que l'acquisition de l'immeuble a eu lieu par la voie contractuelle, et il exige, en conséquence et fort logiquement, que la transcription porte sur le contrat

translatif de propriété immobilière, par exemple une vente. Si l'acquisition s'est réalisée *mortis causa*, nous pensons que, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935, c'est l'*attestation notariée* prévue par l'article 1er - 6°, nouvelle rédaction, de la loi du 23 mars 1855, qui est soumise à cette formalité, à l'exclusion du testament laissé par le défunt (v. *sup.*, t. I, n° 1716) ; l'obligation imposée au légataire à titre particulier de procéder cumulativement à la transcription des deux documents équivaudrait, de la part du législateur et de l'administration de l'Enregistrement, à une véritable brimade.

Au cas de *pluralité* de légataires pour un même immeuble, c'est la transcription de l'acte de partage qui servira de préface à la procédure de la purge (*ibid.*, nos 1716 et 1730).

1922. Procédure proprement dite. — Une fois la transcription effectuée, la procédure de la purge peut s'engager et se dérouler; elle est double, car elle est aménagée différemment pour les *hypothèques inscrites* d'une part, pour les *hypothèques non inscrites et dispensées d'inscription* d'autre part.

A. Purge des hypothèques inscrites

1923. Distinction générale. — La procédure se résume dans deux séries de formalités :

1° Une *offre* émanant du tiers acquéreur;

2° Une *option* exercée par les créanciers.

1° **Offre émanant du tiers acquéreur.** — L'acquéreur qui veut purger doit offrir officiellement aux créanciers la somme représentative de la valeur de l'immeuble; s'il est acheteur, cette somme se confondra tout naturellement avec le prix de vente; s'il est échangiste ou donataire, il procédera lui-même à une évaluation.

Cette offre doit être adressée individuellement à tous les créanciers inscrits sur l'immeuble, au *domicile élu* par chacun d'eux dans l'inscription (*sup.* n° 1798) ou bien au *domicile réel*, au choix du tiers acquéreur (Req. 26 nov. 1884, *D. P.* 1885, 1, 115). *Tous les créanciers inscrits* doivent être touchés, même les créanciers à terme : c'est à une liquidation générale de la situation hypothécaire que l'on veut procéder; le créancier qui serait omis ne serait pas touché par la purge; il conserverait son hypothèque (art. 2184; Civ. 25 avril 1888, *S.* 1889, 1, 49, *D. P.* 1889, 1, 102), mais la procédure serait régulière et efficace au regard des autres.

De plus, c'est *le prix d'acquisition tout entier* qui doit être offert ainsi aux créanciers, « sans aucune réserve ni retenue » (Req. 29 déc. 1936, *D. H.* 1937, 99).

1924. Notification. — L'offre du tiers acquéreur est notifiée par *exploit d'huissier* à chacun des créanciers inscrits; ce document ne contient d'ailleurs pas que les offres; on doit y trouver, d'après l'article 2183 :

1° Un *extrait du titre d'acquisition*, contenant la date et la nature de l'acte, le nom et la désignation précise de l'aliénateur, la nature et la situation de l'immeuble; enfin, le prix de l'acquisition, avec les charges, si le titre est une vente, l'évaluation s'il est une donation ou un legs;

2° Un *certificat de transcription*, et non pas un « extrait de la transcription » comme il est dit inexactement dans l'article 2183 - 1°; cet extrait ferait double emploi avec les renseignements contenus dans la pièce précédente;

3° Un *tableau* sur trois colonnes dont la première contient la date des hypothèques et celle des inscriptions; la seconde, les noms des créanciers; la troisième, le montant des créances inscrites;

4° Enfin, l'exploit doit contenir une *constitution d'avoué* près le tribunal où les enchères devront être portées à l'occasion (C. pr., art. 832, § 1).

1925. Caractère juridique des offres. — 1° Les offres faites aux créanciers par le tiers acquéreur présentent cette particularité d'être définitives et *irrévocables* : celui dont elles émanent ne peut pas les rétracter; elles le lient, immédiatement et avant même que d'être acceptées. Cette solution, qui n'est pas écrite dans un texte de loi, est unanimement acceptée; elle se justifie par cette circonstance que les offres dont il s'agit sont accompagnées d'un délai légal (*inf.* n° 1936): or, c'est un principe, en jurisprudence du moins, que les offres accompagnées d'un délai lient aussitôt leur auteur qui ne peut plus se repentir (*sup.* n° 49);

2° Dès le jour de la notification des offres, les droits des créanciers hypothécaires sont transportés de l'immeuble sur le prix; les hypothèques ont produit leur plein effet légal et les inscriptions n'ont plus à être renouvelées (*sup.* n° 1819).

1926. 2° Option ouverte aux créanciers. — Les créanciers ont reçu notification des offres; ils ont alors une option à exercer pour laquelle le Code civil leur accorde un délai

de *quarante jours*, à partir de la notification par laquelle ils ont été touchés (art. 2185 - 1°) : ils peuvent soit accepter, soit rejeter les offres qui leur sont adressées.

a) *Les créanciers acceptent les offres.* — Ils prendront ce parti si la somme qui leur est proposée leur paraît raisonnable; pour ce faire, ils n'ont même pas besoin de dire oui, d'accepter expressément; il leur suffit de garder le silence pendant le délai de quarante jours : qui ne dit mot consent (art. 2186).

Ce texte fixe les effets de l'acceptation, expresse ou tacite : le prix de l'immeuble est définitivement déterminé à l'égard des créanciers; le tiers acquéreur se trouve *personnellement débiteur* du prix envers chacun d'eux et dans l'ordre des inscriptions; désormais, il n'est plus tenu seulement *propter rem*; il devient un débiteur personnel. Mais l'immeuble n'est pas encore libéré; il le sera seulement le jour où l'acquéreur aura versé son prix aux créanciers ou l'aura consigné; c'est alors seulement que la purge sera accomplie, que l'immeuble sera nettoyé des charges qui le grevaient (même texte); ce qui n'empêche d'ailleurs pas que, dès le jour des notifications, le droit des créanciers est transporté de l'immeuble sur le prix et que les hypothèques ont donc produit leur plein *effet légal* (*sup.* n° 1819) : l'acceptation des créanciers se borne à consolider cet effet qui demeure attaché aux notifications elles-mêmes.

1927. Intérêts du prix. — Le tiers détenteur est personnellement débiteur des intérêts du prix, envers les créanciers, soit à dater des notifications, s'il y a procédé avant toute poursuite, soit, s'il a d'abord été touché par une sommation de payer ou décaisser, à compter de cette sommation, car c'est dès ce moment que les créanciers ont droit aux fruits de l'immeuble (art. 2176; V. Civ. 6 mars 1900, *S.* 1901, 1, 281, note Ferron, *D. P.* 1902, 1, 305; note de Loynes; Grenoble, 20 janv. 1894, *D. P.* 1894, 2, 473, note de Loynes, *S.* 1895, 2, 201, note Dalmbert).

1928. — b) *Les créanciers rejettent les offres.* — Les créanciers ou l'un d'eux, estimant les offres insuffisantes et espérant que l'immeuble, s'il est vendu aux enchères publiques, atteindra un prix supérieur à celui qui leur est proposé, rejettent le règlement qui leur est soumis et requièrent *la mise aux enchères*. La *réquisition de mise aux enchères* constitue, pour les créanciers, la contre-partie et le correctif de la faculté de purger que la loi reconnaît au tiers acquéreur

qui, s'il n'était pas retenu par la perspective d'un refus et d'une mise aux enchères, aurait pu offrir une somme dérisoire.

1929. Surenchère du dixième. — Mais cette garantie accordée aux créanciers en appelle une autre pour l'acquéreur : il ne faut pas que les créanciers, abusant de la faculté de requérir la mise aux enchères, l'utilisent par malveillance ou par caprice; de là l'obligation imposée au requérant de former lui-même une première surenchère du *dixième*, c'est-à-dire de s'engager à prendre l'immeuble pour un prix supérieur d'un dixième à la somme qui lui était offerte, par exemple pour 110.000 francs si c'est 100.000 francs qui lui avaient été proposés. Grâce à cette obligation, les créanciers ne requerront la mise aux enchères qu'à bon escient, dans leur intérêt sérieux et légitime, et non pas à la légère ou méchamment : de même que la faculté de réquisition de mise aux enchères joue le rôle de correctif et de frein par rapport à la faculté de purger, ainsi l'obligation qui est imposée au requérant de former la surenchère du dixième vient à son tour conditionner et rendre inoffensive la faculté de requérir la mise aux enchères; tout se tient dans le système légal qui est fait d'actions et de réactions et qui pourvoit à tous les besoins.

1930. Procédure de la surenchère. — La surenchère doit être notifiée par un *huissier* commis par le président du tribunal (C. pr., art. 832), avec assignation à *trois jours* francs pour la réception de la caution. La notification est adressée : 1. à *l'acquéreur* dont les offres sont repoussées; 2. au *précédent propriétaire* de l'immeuble; 3. au *débiteur principal* (arrt. 2185 - 3°); elle doit intervenir dans le délai de *quarante jours* à compter de la notification des offres (art. 2185 - 1°); ce délai, qui s'augmente à raison des distances, conformément aux dispositions combinées des articles 1033, § 2, 5 et 73 C. pr., court séparément pour chaque créancier; lorsque le dernier jour est férié, le délai est prorogé jusqu'au lendemain (C. pr., art. 1033, § 3); il va sans dire que ce délai n'est pas celui d'une prescription véritable et qu'il ne comporte ni suspension, ni interruption : réserve faite des augmentations dont il est suceptible à raison des distances, il a un caractère préfix (Req. 28 mars 1928, *S.* 1928, 1, 308).

1931. Contenu de l'acte de réquisition. — D'après l'article 2185, on doit trouver, dans cet acte, diverses mentions :

1° L'engagement, de la part du requérant, de faire porter le prix à *un dixième* au moins en sus de la somme offerte par l'acquéreur : c'est la surenchère proprement dite;

2° L'offre de donner une *caution* jusqu'à concurrence du prix et des charges, et assignation en réception de caution devant le tribunal (C. pr., art. 832) : cette caution *légale* garantira l'acquéreur contre l'insolvabilité possible du créancier surenchérisseur. A défaut de caution, celui-ci serait admis à fournir un nantissement en argent ou en rentes sur l'Etat; il doit, en ce cas, faire notifier, avec son assignation, copie de l'acte constatant la réalisation de ce nantissement (même texte, § 3);

3° Une *constitution d'avoué* près le tribunal où l'ordre et la surenchère seront portés (même texte, § 1);

4° On doit trouver, au bas de l'acte de réquisition, tant sur l'original que sur les copies, la *signature* du créancier requérant, ou celle de son fondé de pouvoirs exprès. On évite, par cette exigence (art. 2185 - 4°), que des hommes d'affaires n'engagent la procédure de la surenchère en dehors de la volonté formelle de leurs clients.

1932. Capacité requise chez le requérant. — Le surenchérisseur doit avoir une certaine capacité sur la précision de laquelle on n'est pas d'accord; la diversité des opinions qui se sont fait jour à ce sujet s'explique par la nature juridique imprécise de la surenchère : suivant qu'on y voit un acte conservatoire, ou un acte d'administration, ou une promesse d'achat, ou l'engagement d'une instance, ou enfin un acte de disposition portant sur un immeuble, on exigera de celui qui y procède une capacité plus ou moins complète. A notre avis, les solutions extrêmes sont à écarter délibérément : la surenchère n'est ni un acte simplement conservatoire, ni un acte de disposition, ni même l'engagement d'une instance; en elle, le caractère judiciaire n'est qu'accessoire; le requérant s'engage à se rendre acquéreur le cas échéant, de l'immeuble; il faut donc exiger chez lui la capacité correspondant à un acte de ce genre; en conséquence, un *mineur émancipé* se fera assister de son curateur; le *tuteur* pourra, dans l'opinion que nous avons adoptée sur ses pouvoirs en matière de placements immobiliers (*sup.*, t. I, n° 433), former la surenchère sans avoir à se munir d'aucune autorisation.

1933. Effets produits par la réquisition de mise aux enchères. — La réquisition a ceci de remarquable qu'elle profite à tous les créanciers hypothécaires et non pas seulement à celui dont elle émane et qui ne peut pas la retirer; la vente aux enchères devient désormais un droit acquis pour tous (art. 2190) : pour écarter l'adjudication publique, il faudrait le consentement de tous les créanciers hypothécaires; la situation échappe à celui qui l'a créée; elle devient aussitôt *collective*.

1934. Vente de l'immeuble. — L'immeuble est vendu aux enchères « *dans les formes établies pour les expropriations forcées* » (art. 2187), c'est-à-dire comme il le serait s'il avait été l'objet d'une *saisie*. La mise à prix est déterminée par la surenchère.

Les *résultats* de l'adjudication varient selon la personne de l'adjudicataire :

1° Est-ce le tiers acquéreur lui-même? Alors, il n'y a pas, à vrai dire, déplacement de propriété, mais consolidation du titre préexistant; l'acheteur ou le donataire reste tel; il *conserve* l'immeuble, mais ne l'acquiert pas; aussi la loi le dispense-t-elle d'effectuer la transcription de l'adjudication (art. 2189). Mais il peut avoir à exercer un *recours en garantie* (*inf.* n° 1947);

2° Si l'immeuble est adjugé à toute autre personne qu'à l'acquéreur, le jugement d'adjudication est translatif de propriété sans aucun doute; mais on se demande alors si le transfert se produit avec ou sans rétroactivité; et, sur ce point, la doctrine s'oppose à la jurisprudence, la première répudiant l'effet rétroactif qui est reconnu par la Cour de cassation. D'après la jurisprudence, en effet, le titre de l'acquéreur surenchéri serait résolu lorsque l'adjudication sur surenchère intervient au profit d'une personne autre que lui-même (Civ. 10 avril 1848, *D. P.* 1848, 1, 160; Req. 13 déc. 1887, *D. P.* 1888, 1, 337, note Glasson; *S.* 1889, 1, 473; Civ. 26 juill. 1894, *D. P.* 1896, 1, 281, note de Loynes). La valeur de cette thèse est rendue suspecte par les accommodements qu'y apporte la jurisprudence elle-même en refusant aux créanciers hypothécaires du vendeur la faculté d'inscrire leurs hypothèques postérieurement à la transcription de la vente (arrêt précité du 26 juill. 1894), en dispensant l'acheteur de restituer les fruits perçus jusqu'à l'adjudication sur surenchère (Civ. 19 avril 1865, *D. P.* 1865, 1, 208), enfin en l'autorisant à exercer un recours en garantie contre son auteur (Req. 15 déc. 1862, *D. P.* 1863, 1, 161), toutes solu-

tions qui cadrent malaisément avec l'idée d'une résolution du titre de l'acquéreur surenchéri (V. sur les inconséquences de cette jurisprudence, la note de M. DE LOYNES, *D. P.* 1896, 1, 261). En somme, les conséquences retenues par la jurisprudence et par elles rattachées à l'idée de rétroactivité sont au nombre de deux seulement : 1. les droits réels qui étaient nés dans l'intervalle, du chef du tiers acquéreur, sont anéantis; 2. s'il y a un excédent du prix d'adjudication sur surenchère par rapport au montant des charges hypothécaires, cet excédent n'est pas attribué à l'acquéreur évincé; il va à son auteur, le vendeur primitif. Nous n'insistons pas davantage sur ce problème qui relève de la procédure et des voies d'exécution plus encore que du droit civil (V. le *traité de procédure* de GARSONNET et CÉZAR-BRU, 3e éd., t. V, nos 482 et suiv.).

B. Purge des hypothèques non inscrites et dispensées d'inscription

1935. Difficulté. — La purge des hypothèques non inscrites et cependant opposables aux tiers, c'est-à-dire des hypothèques de la femme et des personnes en tutelle, soulève une difficulté de réalisation : l'acquéreur ne sait à qui s'adresser pour faire des offres, puisque les registres du conservateur ne lui apprennent rien. Force était donc d'instituer une procédure spéciale appropriée aux difficultés de la situation et capable de les surmonter. Les *précédents* en fournissaient les éléments puisque, dans notre ancien droit, toutes les hypothèques étaient occultes; il avait donc fallu aviser et un édit de 1771 avait aménagé un système dont le Code civil a adopté les grandes lignes, mais en en limitant l'application aux hypothèques demeurées dispensées d'inscription, *et qui, de plus, en fait, n'ont pas été inscrites*; les règles en sont tracées dans les articles 2193 et suivants.

1936. Distinction. — La procédure instituée dans ces textes comporte deux phases : en premier lieu, l'acquéreur doit procéder à certaines formalités en vue de provoquer la révélation des hypothèques occultes non inscrites; après quoi, une seconde période s'ouvre, au cours de laquelle s'affirment et se concrétisent les résultats issus de la première.

1° *Formalités de publicité.* — L'acquéreur doit publier son titre — vente, donation, testament, etc.; à cet effet, il en dépose, au *greffe du tribunal* de la situation de l'im-

meuble ou des immeubles hypothèques, une *copie* dûment collationnée.

Puis, un *extrait* est affiché dans l'auditoire de ce même tribunal pendant *deux mois*, extrait contenant toutes les mentions exigées dans les notifications adressées aux créanciers inscrits (*sup.* n° 1924).

De plus, des mesures exceptionnelles sont prises en vue de toucher les intéressés, c'est-à-dire les titulaires des hypothèques occultes, femme mariée ou personnes en tutelle : 1. si ces personnes sont *connues*, on leur *signifie* le dépôt qui a été fait au greffe, savoir, pour l'hypothèque de la femme, à celle-ci, pour l'hypothèque des personnes en tutelle, à leur tuteur ainsi qu'au *subrogé tuteur*, et, pour les deux hypothèques, au procureur de la République près le tribunal compétent (art. 2194) ; on remarquera que ce ne sont pas de véritables *notifications* à fin de purge qui sont adressées à ces différentes personnes : on les informe seulement que le dépôt du titre a eu lieu au greffe et on les met ainsi à même de se renseigner plus complètement; 2. si le titulaire de l'hypothèque légale est inconnu, les formes à suivre sont indiquées par un avis du Conseil d'Etat en date du 1er juin 1807 : l'acquéreur fait insérer dans les journaux chargés des annonces judiciaires les notifications qu'il eût adressées personnellement aux créanciers, s'il les eût connus.

Ainsi, en toute éventualité, on s'efforce de porter les faits à la connaissance des intéressés en vue de provoquer la révélation officielle, au grand jour, de leurs hypothèques demeurées jusque-là occultes;

2° *Résultats des mesures de publicité.* — Un délai de *deux mois* est imparti aux créanciers à hypothèques occultes pour se faire connaître (art. 2194 et 2195) ; le délai court, pour les créanciers *connus*, du jour de l'*exposition du contrat* (mêmes textes), et, pour les autres, à dater de la publication faite par la voie de la presse (avis du Conseil d'Etat du 1er juin 1807).

1937. — Désormais, et une fois ce délai expiré, deux éventualités sont à envisager :

a) *Les créanciers à hypothèques occultes s'inscrivent dans le délai de deux mois.* — En ce cas, leurs hypothèques s'affirment dans toute leur intensité, en prenant rang parfois très haut dans le passé, jusqu'à la célébration du mariage ou jusqu'à l'origine de la tutelle. De plus, et bien qu'on l'ait

jadis contesté, ces incapables ont le droit de *surenchérir*; il est vrai qu'ils n'ont pas reçu d'offres; mais il est évident que le dépôt effectué au greffe et les formalités subséquentes en tiennent lieu; au cas où le tiers acquéreur est un acheteur, le prix de vente sert de base, tout naturellement, à la surenchère; d'ailleurs, la faculté de surenchère est de l'essence même de la procédure de la purge; elle en constitue une pièce maîtresse, indispensable, en l'absence de laquelle tout le mécanisme serait faussé (*sup.* n° 1928). Seulement, il faut que l'incapable ou son représentant fassent la surenchère dans le délai de deux mois des articles 2194 et 2195; ils ne bénéficient pas, en effet, du délai de quarante jours de l'article 2185.

1938. — b) *Les créanciers ne s'inscrivent pas au cours du délai réglementaire.* — Une fois les deux mois expirés, l'immeuble est libéré des hypothèques occultes qui tombent d'elles-mêmes; l'immeuble en est purgé; il passe à l'acquéreur « *sans aucune charge à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, ou de la gestion du tuteur...* » (art. 2195, § 1).

1939. — Donc, *le droit de suite est éteint*, mais *le droit de préférence subsiste*, aux termes de l'article 717 C. pr., modifié par le décret-loi du 17 juin 1938 : les incapables, déchus du droit de suite, ont encore la ressource de faire valoir leurs hypothèques sur le prix de l'immeuble, en se présentant à l'ordre ouvert entre les créanciers; peu importe à l'acquéreur de se libérer entre les mains de telle personne ou de telle autre; il ne paiera qu'une fois, et valablement.

Seulement, cette *survie du droit de préférence* est assez fugitive, les créanciers à hypothèque légale devant produire, avant la clôture de l'ordre s'il se règle *amiablement*, ou, en cas *d'ordre judiciaire*, avant l'expiration du délai fixé par l'article 685 (754?) du Code de procédure, soit dans les quarante jours depuis la sommation de produire. Dans tous les cas, le droit de préférence est éteint par le paiement régulier ou par l'attribution du prix (C. pr. art. 717 nouv. réd.).

1940. Collocation des créances à hypothèques occultes. — Cette collocation soulève un problème d'ordre technique dont la solution est embarrassante : on ne connaît pas encore le montant des créances que la femme ou le mineur ou l'interdit auront à faire valoir un jour contre

le mari ou contre le tuteur, et, dès lors, le règlement de la situation hypothécaire, en ce qui les concerne, paraît insoluble. Si, par exemple, un immeuble du tuteur d'un mineur est vendu par lui en cours de tutelle, comment prévoir les sommes dont le pupille sera créancier envers son représentant au jour de la cessation de la tutelle, c'est-à-dire, normalement, au jour de son arrivée à la majorité, dans dix ou quinze ans? Comment savoir même s'il sera créancier?

Dans la pratique, on résout le problème par des moyens ingénieux, appropriés aux circonstances :

1° Pour les inscriptions prises par des *mineurs* ou des *interdits*, on autorise les créanciers dont les droits sont dès maintenant déterminés, à recevoir intégralement le prix de l'immeuble, sans tenir compte des créances éventuelles de l'incapable; on exige seulement qu'ils s'engagent, le cas échéant, à effectuer les restitutions nécessaires, et cette promesse est garantie par une sûreté, hypothèque ou, peut-être, une caution; si bien que l'incapable n'est colloqué que pour mémoire;

2° Pour les inscriptions prises par une *femme mariée*, la situation est plus complexe.

a) Pour les créances *actuelles*, la femme obtient une collocation dans l'ordre; mais on est bien embarrassé pour décider de l'emploi des sommes qui lui sont attribuées : la structure du régime matrimonial s'oppose, le plus souvent et à moins qu'elle n'ait l'administration de ses biens, à ce qu'elle en prenne possession elle-même; d'autre part, les remettre à son mari, purement et simplement, serait la priver des garanties que son hypothèque légale tendait précisément à lui conférer; enfin, les consigner serait les immobiliser, peut-être pour de longues années. La meilleure solution serait, sauf objections tirées des circonstances de la cause, de les remettre au mari avec l'obligation d'emploi immédiat;

b) Pour les créances *conditionnelles* ou *éventuelles*, on procèdera comme au regard des inscriptions du mineur ou de l'interdit; les sommes seront attribuées aux autres créanciers qui prendront un engagement de restitution appuyé sur une garantie aussi solide que possible, et en l'absence de laquelle il faudra bien en venir à la consignation des fonds à la Caisse des dépôts et consignations.

III

Questions suscitées par la réalisation du droit de suite

RÈGLEMENT DE COMPTE; RECOURS DU TIERS DÉTENTEUR ÉVINCÉ

1941. Issues des différents partis qui s'ouvrent au tiers détenteur. — Les conséquences inhérentes aux différents partis qui s'ouvrent devant le tiers détenteur varient selon les cas, et certaines distinctions sont à établir à ce sujet :

1° Tantôt le tiers détenteur conserve l'immeuble, avec ou sans sacrifice par lui consenti, et tantôt il en est *exproprié*. Il est évident que certaines questions se poseront dans cette dernière éventualité qui n'existeraient pas dans la première.

a) Le tiers détenteur étant exproprié, il y a lieu de se demander à quel moment au juste il perd la propriété de l'immeuble : le jugement d'adjudication opère-t-il à sa date ou bien ne va-t-il pas rétroagir? L'adjudicataire sera-t-il l'ayant cause du tiers détenteur, ou bien, le titre de celui-ci étant résolu, ne succèdera-t-il pas directement à l'auteur plus éloigné, par exemple au vendeur?

La réponse à cette question n'est pas douteuse : l'adjudicataire succède au tiers détenteur dont le titre n'est nullement résolu par le jugement d'adjudication; cette solution, conforme aux principes généraux du droit, ressort de l'article 2177, § 2, aux termes duquel les hypothèques, nées du chef du tiers détenteur, subsistent et conservent leur rang « *sur le bien délaissé ou adjugé* » : si les droits réels constitués par le détenteur ne sont pas résolus, c'est que son droit de propriété, sur lequel ils avaient été pris et dont ils procédaient, ne l'est pas davantage.

Cependant, et si l'adjudication ne résout pas, en thèse générale, le titre du tiers détenteur qui est donc exproprié sans rétroactivité, il en va autrement, nous l'avons signalé, de l'*adjudication sur surenchère du dixième* à laquelle la jurisprudence attache, contrairement à la doctrine, une vertu rétroactive, d'ailleurs singulièrement mitigée (*sup.* n° 1934);

b) Lorsque le tiers détenteur est exproprié, d'une façon ou d'une autre, à la suite soit d'une saisie immobilière pratiquée sur lui, ou, en cas de délaissement, sur le curateur nommé par le tribunal, soit d'une adjudication sur surenchère, la question se pose d'un *règlement de compte*, avec les créanciers hypothécaires ou avec l'adjudicataire, règlement auquel il n'y a évidemment pas lieu de procéder si l'immeuble reste à son propriétaire;

1942. — 2° A un autre point de vue, on distingue selon que le tiers détenteur subit ou non une *éviction*; or, il peut se dire évincé, non seulement s'il est exproprié, ce qui est d'évidence, mais encore s'il ne conserve l'immeuble qu'à la condition de consentir un sacrifice, et, par exemple, de désintéresser, totalement ou partiellement, les créanciers hypothécaires, avec ses propres deniers et alors qu'il a déjà versé son prix entre les mains du vendeur. Dans ces diverses éventualités, se pose la question du recours.

1943. Plan. — Nous étudierons : 1° le *règlement de compte*, devenu nécessaire au cas d'expropriation; 2° le *recours du tiers détenteur évincé*.

1944. I. **Règlement de compte.** — Le règlement de compte peut comporter l'ouverture de deux chapitres, celui du *débit* et celui du *crédit* : le tiers détenteur peut être comptable de *détériorations* qu'il aurait commises, et, à l'inverse, il peut prétendre à une indemnité à raison des *améliorations* par lui effectuées.

1° *Détériorations.* — Bien que n'étant uni aux créanciers hypothécaires par aucun lien de droit, le tiers détenteur est cependant comptable envers eux des détériorations qu'il aurait fait subir à l'immeuble; l'article 2175 le rend responsable, à cet égard, non seulement de sa négligence, de sa faute, mais encore de son *fait*; seules, les détériorations ayant une cause étrangère ne l'engageraient pas; le cas de force majeure conserve ici, mais conserve seul sa force exonératoire habituelle.

L'indemnité due par le tiers détenteur est égale au montant de la *moins-value* qui est résultée, pour l'immeuble, de sa faute ou de son fait.

1945. — 2° *Améliorations.* — Par une juste contre-partie, le tiers détenteur exproprié peut répéter « *ses impenses et améliorations* » (même texte); il ne faut pas que les créanciers hypothécaires ou que l'adjudicataire s'enrichissent à ses dépens; et il semble bien que cette indemnisation lui soit due alors même qu'il n'aurait pas transcrit son titre d'acquisition, et du moment qu'il a la qualité de tiers détenteur.

Montant de l'indemnité. — D'après l'article 2175, l'indemnité pour améliorations est égale au montant de la *plus-value* procurée à l'immeuble par l'amélioration, et il est

certain que, pour apprécier ce montant, on se place au jour de l'adjudication.

Le critérium légal est tout naturel pour les impenses *utiles*, c'est-à-dire pour celles qui ont simplement augmenté la valeur du fonds mais qui n'étaient pas indispensables; il est, au contraire, dérogatoire au droit commun, en tant qu'il viserait les impenses *nécessaires*, lesquelles, dans la théorie traditionnelle, sont remboursées intégralement à qui les a faites. Et, en effet, il est des auteurs qui soutiennent que l'article 2175 n'est pas applicable à de telles impenses pour lesquelles ils accordent au tiers détenteur le remboursement total. Mais la jurisprudence n'admet pas cette distinction; en toute occurrence, elle limite le recours du tiers détenteur au montant de la plus-value qui est résultée des impenses, et il faut bien reconnaître que cette solution a pour elle la lettre de l'article 2175 qui n'établit aucune distinction, et aussi cette considération que le tiers détenteur ne pouvait pas se considérer comme un propriétaire incommutable; il savait ce qu'il faisait et quel risque d'éviction il courait; il ne faut pas qu'il puisse, en effectuant de grosses réparations, empirer la condition des créanciers hypothécaires, sans compter que des impenses ont pu être jadis nécessaires dont l'effet bienfaisant a peut-être complètement disparu aujourd'hui (*Sic*, Civ. 27 janv. 1914, *D. P.* 1916, 1, 97, note Cézar-Bru).

1946. Droit de rétention. — Logiquement et équitablement, le recours du tiers détenteur, créancier à raison des impenses qu'il a faites sur l'immeuble hypothéqué, devrait être garanti par le droit de *rétention* : le propriétaire exproprié devrait être admis à retenir l'immeuble aussi longtemps que le remboursement de ses impenses ne lui serait pas offert; en effet, le lien de connexité est manifeste entre sa créance et l'immeuble dont il doit la remise à l'adjudicataire; il y a bien *debitum cum re junctum* (*sup.* n° 1473). Cependant, la jurisprudence refuse au tiers détenteur le droit de rétention (Civ. 14 nov. 1881, *D. P.* 1882, 1, 168). Cette jurisprudence est critiquable :

1° Parce qu'elle ne cadre pas, on vient de le voir, avec la conception générale du droit de rétention, telle qu'elle est acceptée par la jurisprudence elle-même;

2° Parce qu'elle est contraire à la tradition : Pothier accordait le droit de rétention au tiers détenteur exproprié (*Hypothèque*, n° 90);

3° Parce qu'elle traite le tiers détenteur, c'est-à-dire un

propriétaire, moins bien qu'un simple possesseur; car, d'après la jurisprudence, le possesseur de bonne foi qui a fait des travaux sur l'immeuble d'autrui bénéficie du droit de rétention qui garantit le paiement des indemnités auxquelles il peut avoir droit (*sup.* n° 1474).

Il faut d'ailleurs reconnaître que les inconvénients de la jurisprudence que nous venons de critiquer sont bien tempérés par une autre jurisprudence qui admet l'insertion, dans le cahier des charges, d'une clause portant que l'adjudicataire sera comptable, en plus du prix d'adjudication, d'une somme égale au montant de la plus-value; et qui autorise aussi le tiers détenteur à demander, dans la procédure d'ordre, que les impenses lui soient remboursées, par voie de *distraction*, sur le prix d'adjudication : mais encore faut-il qu'il prenne des dispositions, des conclusions en ce sens. Le droit de rétention lui serait plus sûrement et plus facilement secourable.

1947. II. Recours du tiers détenteur évincé. — Le tiers détenteur est *évincé* et on a vu ce qu'il faut entendre par là (*sup.* n° 1942). Un recours lui est accordé qui s'exerce, suivant les cas, dans des conditions différentes. L'article 2178, envisageant l'éventualité la plus simple, celle où le tiers détenteur évincé était un acheteur qui tenait l'immeuble du débiteur constituant, évoque uniquement le recours en garantie, tel qu'il appartient, contre son auteur et dans les termes du droit commun, à l'acheteur évincé (*sup.* n^{os} 1093 et suiv.); mais, si l'on veut se faire une idée exacte de la situation, il faut compliquer un peu les choses et supposer, par exemple, que l'hypothèque avait été constituée par un précédent auteur, par Primus lequel avait donné ou légué l'immeuble à Secundus qui l'avait lui-même vendu à Tertius; si celui-ci est exproprié sur l'exercice de l'action hypothécaire, un double recours lui est ouvert :

1° Un recours en *garantie* contre le vendeur Secundus qui lui assurera une complète indemnisation, puisqu'il lui permettra de réclamer des dommages-intérêts (art. 1630);

2° Une action en *remboursement* contre le débiteur principal, dont le tiers détenteur a payé la dette sous une forme ou sous une autre, soit en argent, soit en monnaie d'expropriation; ce recours, à la différence du précédent, a un objet précis et limité, la restitution des sommes acquittées pour le compte d'autrui; il ne dépasse donc jamais le montant des charges hypothécaires; et il semble bien être *illusoire* puisque, par hypothèse, le débiteur est insolvable, sans

quoi le créancier n'aurait pas utilisé le gage hypothécaire. Cependant, il ne faut pas oublier que le tiers détenteur bénéficie de la subrogation légale.

1948. La subrogation légale. — Le tiers détenteur a acquitté, sous une forme ou sous une autre, une dette dont il n'était pas tenu personnellement et dont il ne doit pas supporter le poids définitivement; il a payé, étant tenu *pour d'autres*; le voilà donc subrogé légalement aux droits et actions des créanciers grâce à lui désintéressés (art. 1251-3°).

Cette subrogation peut lui être secourable; le créancier possédait peut-être d'autres sûretés que l'hypothèque dont le tiers détenteur a senti le poids : il était titulaire d'autres hypothèques portant sur d'autres immeubles; il pouvait s'adresser à une caution.

1° *Recours du tiers détenteur contre les autres détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette.* — A supposer que *la même dette* fût garantie par des hypothèques portant sur d'autres immeubles, lesquels appartiennent, eux aussi, à des *tiers détenteurs*, on admet que le tiers détenteur évincé, qui a acquitté les charges hypothécaires ou qui a été exproprié, peut se réclamer contre eux du bénéfice de la subrogation légale; il est, en effet, « aux droits » du créancier désintéressé et peut donc exercer les sûretés dont celui-ci était investi. Toutefois, cette solution ne saurait être admise sans un tempérament : il n'est pas possible que le tiers détenteur évincé puisse recourir contre les autres détenteurs d'immeubles hypothéqués, pour la totalité de la dette acquittée; sans quoi, le fardeau obligatoire retomberait intégralement sur celui des tiers détenteurs qui aurait été actionné en dernier lieu, et ce serait donc un avantage, bien injustifiable, que d'avoir été l'objet des poursuites du créancier. En réalité, les tiers détenteurs sont *in pari causa*; le poids des charges hypothécaires doit être réparti équitablement entre eux; chacun sera tenu pour sa part et portion, c'est-à-dire au prorata de la valeur respective des immeubles grevés; le tiers détenteur, qui a payé ou qui a été exproprié, ne peut exercer l'action récursoire contre les autres tiers détenteurs que « dans la proportion de la valeur comparative de ces immeubles et du sien propre »; ainsi l'exigent « l'identité de la situation juridique de ces divers débiteurs et la nécessité d'éviter un circuit inutile de l'action subrogatoire » (Req. 8 déc. 1903, *S.* 1904, 1, 161, note Lyon-Caen, *D. P.* 1904, 1, 193, note Mérignhac). Cette solution, parfaitement équitable, rappelle celle que le Code civil lui-même

donne en matière de solidarité : le codébiteur qui a acquitté toute la dette ne peut recourir contre ses coobligés que pour la part et portion de chacun d'eux (*sup.* n° 779);

1949. — 2° *Tiers détenteur et caution.* — Le créancier hypothécaire bénéficiait aussi de l'engagement d'une caution; au lieu de s'en prendre à celle-ci, il a intenté l'action hypothécaire contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, qui, évincé, de façon ou d'autre, prétend se retourner contre la caution : son recours est-il admissible?

La question est controversée; trois opinions se sont fait jour, les uns accordant au tiers détenteur un recours intégral et sacrifiant ainsi la caution; d'autres admettant un recours pour moitié et partageant ainsi la perte, tandis que, dans une troisième version, on refuse tout recours au détenteur qui est donc sacrifié. A vrai dire, la première opinion est à peu près complètement délaissée; le choix est à faire entre les deux autres et c'est à la dernière, à celle qui dénie tout recours au tiers détenteur, que nous nous rallions pour les raisons suivantes :

a) La caution n'a rien à se reprocher; le tiers détenteur aurait pu, en purgeant, éviter l'éviction qu'il a subie;

b) On ne voit pas pourquoi la situation de la caution serait empirée par cette circonstance que le débiteur constituant a aliéné l'immeuble par lui hypothéqué; s'il en était resté propriétaire, la caution n'aurait évidemment pas à craindre de recours du chef de l'expropriation; sa situation ne doit pas changer dans l'éventualité d'une aliénation qu'il n'a pas été en son pouvoir de conjurer;

c) *Dans le cas particulier* où l'hypothèque est née antérieurement au cautionnement ou concurremment avec lui, on peut dire que la caution a dû compter sur cette sûreté pour garantir un recours contre le débiteur principal; cela est si vrai que l'article 2037 la déclare libérée si l'hypothèque disparaît par le fait du créancier; au contraire, le tiers détenteur n'a pas dû compter sur la caution qui, on le suppose, n'avait pas encore été reçue lors de la naissance de l'hypothèque.

Nous sommes ainsi amené à considérer que, dans leurs rapports respectifs, la caution se trouve dans une situation supérieure à celle du tiers détenteur; d'où il faut conclure que, si c'est ce dernier qui a acquitté les charges hypothécaires, il n'a point de recours contre la caution, mais qu'à l'inverse, si c'est cette dernière qui a dû répondre pour le débiteur principal, elle a une action récursoire contre le tiers

détenteur, et *pour le tout* (*Sic*, AUBRY et RAU; PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 3267; THÉZARD, n° 174).

1950. Tiers détenteur et caution réelle. — Le tiers détenteur ne peut pas davantage exercer un recours contre une *caution réelle* qu'il ne le peut à l'encontre d'une caution personnelle : il est vrai que la caution réelle est tenue hypothécairement, en tant que propriétaire d'un immeuble affecté à la garantie de la dette; mais, à la différence du tiers détenteur, elle n'est tenue que subsidiairement et en désespoir de cause; on ne conçoit pas un recours de la part d'un répondant principal et contre un répondant subsidiaire.

Au contraire, la caution réelle poursuivie par le créancier, et évincée, serait à même d'exercer un recours contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette.

1951. Caution réelle et caution personnelle. — Lorsque le conflit s'élève entre une *caution personnelle* et une *caution réelle*, le même raisonnement ne peut pas être fait; les deux cautions sont, l'une et l'autre, des répondants subsidiaires; d'autre part, on ne peut pas reprocher à la caution réelle de n'avoir pas purgé : elle n'aurait pas été admise à le faire (*sup.* n° 1928). Dès lors, et par application de l'article 2033, il faut décider que les deux cautions contribueront au règlement définitif de la dette; en principe — et réserve faite de complications dans lesquelles nous ne pouvons pas entrer — la répartition aura lieu, entre elles, par moitié.

SECTION VI. — EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES

(Art. 2180; l. 13 juill. 1930, art. 37)

1952. Distinction. — L'hypothèque, privilégiée ou non, peut s'éteindre : 1° *par voie de conséquence*, lorsque l'obligation dont elle garantissait le paiement disparaît elle-même; 2° *par voie principale* et directe, alors que subsiste la créance à laquelle elle était attachée.

Après avoir examiné successivement ces deux séries de modes d'extinction, nous rechercherons quelle est exactement leur portée et si l'hypothèque est atteinte dans tous ses attributs.

§ I. — *MODES D'EXTINCTION ACCESSOIRES, QUI OPÈRENT PAR VOIE DE CONSÉQUENCE*

1953. Principe. — L'hypothèque s'éteint du moment et par cela seul que disparaît l'obligation à laquelle elle était attachée : *accessorium sequitur principale*; la sûreté est désormais privée de toute raison d'être (art. 2180 - 1°).

1954. Précision. — Mais encore faut-il, pour que le droit principal entraîne le droit accessoire dans sa chute, que celle-ci soit complète : il suffit que la créance subsiste en partie, même infinitésimale, pour qu'elle serve de support à l'hypothèque; ainsi le commande le principe de *l'indivisibilité* de l'hypothèque; chaque fraction de la créance est garantie par *la totalité de l'hypothèque* (*sup.* n° 1647).

1955. Applications et dérogations. — L'extinction de l'obligation entraîne celle de l'hypothèque, sans distinction tirée de la cause d'où elle procède : paiement, dation en paiement, compensation, novation, prescription, etc. Il y a cependant des questions ou des dérogations à signaler :

1° Lorsque la dette est éteinte par une *dation en paiement*, on s'est demandé si l'extinction était générale et définitive, ou bien si l'obligation ne revivait pas, avec toutes les garanties qui l'accompagnent, lorsque le créancier vient à être évincé par la suite de la chose qui lui avait été remise en paiement. Nous nous sommes prononcé dans le sens de l'extinction définitive (*sup.* n° 929);

2° Au cas de *novation*, l'obligation primitive est éteinte, et, avec elle, les hypothèques et les privilèges dont elle était assortie; cependant, l'article 1278 permet de rattacher ces garanties à l'obligation nouvelle (*sup.* n° 912) : elles survivent alors au rapport de droit auquel elles avaient été attachées;

3° Lorsque la *compensation* légale a fait son œuvre extinctive, les sûretés qui accompagnaient les obligations disparaissent elles-mêmes; cependant, si l'un des intéressés paye la dette dont il était tenu, à un moment où il ignorait qu'il était lui-même devenu créancier de son débiteur, et alors que son ignorance à ce sujet s'explique par une *juste cause*, le Code civil décide que les sûretés dont il disposait survivent; elles sont transportées, par la volonté du législateur, de l'ancienne créance, définitivement éteinte par la compensation, sur la créance en répétition de l'indu qui appartient au *solvens* (art. 1299) : le phénomène est comparable à celui qui peut survenir au cas de novation, avec cette diffé-

rence qu'il se produit indépendamment de toute clause et par la volonté de la loi.

Lorsqu'il y a *subrogation*, les privilèges et hypothèques passent au subrogé; mais il n'y a pas alors de dérogation à l'art. 2180 - 1° : la créance elle-même survit (*sup.* n° 898); elle change de titulaire, sans être frappée d'extinction, et les garanties dont elle était assortie suivent ses destinées, purement et simplement.

§ II. — *MODES D'EXTINCTION QUI OPÈRENT PAR VOIE PRINCIPALE ET DIRECTE*

1956. Enumération. — La créance subsistant, il est possible que l'hypothèque s'éteigne, directement et principalement :

1° Par la *renonciation* du créancier;
2° Par l'accomplissement des formalités de la *purge*;
3° Par la *prescription*;
4° Par la *perte* du bien grevé;
5° Par l'*annulation* de l'acte constitutif d'hypothèque;
6° Par la *résolution* ou l'*annulation* ou la *rescision* du titre de propriété du constituant.

Nous écartons les deux dernières éventualités, qui n'appellent pas de développements particuliers; d'autre part, nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la *purge* et les résultats auxquels elle conduit; enfin, la *renonciation* du créancier à l'hypothèque ne soulève pas de difficultés sérieuses : elle peut être *unilatérale* (comme la renonciation à tous droits réels, en général); il n'est pas nécessaire, pour qu'elle soit efficace, qu'elle ait été acceptée par le débiteur. Elle peut avoir lieu, même par acte sous seing privé, même tacitement (V. C. com. art. 508 § 2). Mais il faut noter qu'une renonciation par acte privé ne permettrait pas au débiteur d'obtenir du conservateur la *radiation* de l'inscription prise; d'après l'article 2158, la mainlevée doit être donnée par acte notarié.

Ces observations faites, notre étude se limitera : 1° à la *prescription*; 2° à la *perte* du bien hypothéqué.

I

Prescription de l'hypothèque

1957. Distinction. — La prescription est susceptible de s'attaquer à l'hypothèque elle-même, directement, *principaliter*, isolément de la créance à laquelle elle ressortit.

Non pas toujours, cependant; l'article 2180 - 4° établit à cet égard une distinction entre le constituant et le tiers détenteur.

1° Tant que l'immeuble demeure la propriété du constituant ou de ses héritiers, l'hypothèque n'est point menacée par une prescription qui lui serait spéciale; une seule prescription est alors opérante, celle de la créance elle-même; l'hypothèque ou le privilège ne seront atteints que par contre-coup; mais ils le seront *nécessairement* : ils ne sauraient survivre, ainsi que le décidait notre ancien droit qui consacrait deux prescriptions différentes, l'une de trente ans pour la créance, l'autre de quarante ans pour l'hypothèque; du moment que le droit principal disparaît, le sort du droit accessoire est scellé (art. 2180 - 4°, § 1);

2° Mais si l'immeuble est aliéné par le constituant, s'il devient la propriété d'un tiers, la situation change : le tiers détenteur prescrit contre l'hypothèque, *principaliter*, « *par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit* », (art. 2180 - 4°, § 2), c'est-à-dire, suivant les cas, par *trente ans* ou bien par *dix à vingt ans*. Bien entendu, l'hypothèque demeure exposée à s'éteindre par contre-coup, à raison de la prescription de la créance, mais en outre, elle est susceptible de se prescrire directement, et de disparaître ainsi alors que le droit principal subsiste, de telle sorte que le créancier ne sera plus que chirographaire, l'immeuble étant libéré de la charge dont il était grevé.

1958. Conditions requises pour la prescription de l'hypothèque. — Aucune condition particulière n'est exigée dans le bien grevé ni dans la sûreté établie sur lui : ce sont tous les privilèges et hypothèques qui sont menacés de la prescription établie par l'article 2180 - 4°. Mais ce texte suppose réunies diverses conditions.

1° Il faut que l'immeuble appartienne à un *tiers*, c'est-à-dire à un détenteur non personnellement tenu à la dette;

2° Ce tiers doit être aussi un *possesseur*, un tiers détenteur; il faut que l'immeuble soit *dans sa main*; la prescription dont s'agit est à base de possession;

3° Il faut, en outre, et de toute évidence, que cette possession ne soit pas vicieuse; elle doit être utile pour l'usucapion, *ad usucapionem*;

4° On exige qu'elle se prolonge pendant un certain temps, à savoir « *le temps réglé pour la prescription de la propriété* » au profit du tiers détenteur.

Il semble donc que les deux prescriptions, celle de la pro-

priété et celle de l'hypothèque, soient liées indissolublement, qu'elles marchent de pair, tout au moins quant à la durée de la possession requise; à la même minute, le tiers détenteur deviendra propriétaire et aura conquis la liberté de l'immeuble.

Mais cette *solidarisation* des deux prescriptions est contraire à la réalité; ou, du moins, elle existe dans les principes, non dans leur application; elle ne s'affirme pas dans les faits qui la démentent fréquemment.

1959. Indépendance des deux prescriptions. — 1° Il est possible, d'abord, qu'il ne soit pas même question pour le tiers détenteur d'usucaper l'immeuble hypothéqué; peut-être, sans doute même est-il devenu propriétaire de par son titre qui émanait du *dominus*; il ne s'agit donc pour lui que de prescrire contre l'hypothèque; le principe de la solidarisation est alors pris en défaut; il ne trouve pas à s'appliquer, puisque l'une des prescriptions prévues par l'art. 2180 est sans emploi;

2° A supposer qu'il en soit différemment et que le tiers détenteur, ayant traité avec un *non dominus*, ait à prescrire doublement, *pour la propriété* et contre *l'hypothèque*, il n'est pas sûr du tout que les deux prescriptions marchent de pair. Pour le faire comprendre, nous allons supposer que le tiers détenteur se trouve dans les conditions requises pour se prévaloir, quant à la propriété, de l'usucapion de dix à vingt ans : il a juste titre et bonne foi; le voilà donc devenu propriétaire après une possession de dix à vingt ans. Est-ce à dire qu'à l'expiration du même délai, l'hypothèque qui grevait l'immeuble sera fatalement éteinte? Certes non; voyons, en effet, à quelles conditions le tiers détenteur serait à même de prescrire contre l'hypothèque par le délai abrégé de dix à vingt ans.

a) Il lui faut, pour cela, un *juste titre*; cette première condition est remplie, par hypothèse; car c'est évidemment le même titre qui est exigé pour la propriété et pour l'hypothèque; on ne voit pas en quoi consisterait un juste titre se référant spécialement, exclusivement à l'hypothèque;

b) Mais le Code civil exige, pour la prescription abrégée de l'hypothèque, que ce juste titre soit *transcrit* : jusqu'au jour de la transcription, la prescription de dix à vingt ans ne court pas au profit du tiers détenteur (art. 2180 - 4°, § 3). Au contraire, il est généralement admis que la transcription du titre n'est pas requise pour l'usucapion de dix à vingt ans en matière de propriété (*sup.*, t. I, n° 1762); nous

voyons donc déjà se différencier les deux prescriptions; si le tiers détenteur n'a pas transcrit, il n'en prescrira pas moins à l'égard du propriétaire, par dix à vingt ans; mais, vis-à-vis du créancier hypothécaire, il ne prescrira, du moins par dix à vingt ans, qu'à partir du jour de la transcription;

c) La *bonne foi* est requise, en toute occurrence, pour l'usucapion abrégée; or, le tiers détenteur peut être de bonne foi quant à la propriété, et de mauvaise foi relativement à l'hypothèque :

1. De bonne foi quant à la propriété : il a cru traiter avec le véritable propriétaire;

2. De mauvaise foi en ce qui concerne l'hypothèque dont il savait l'existence.

En pareille éventualité, il prescrira la propriété par dix à vingt ans, mais il n'acquerra la liberté du fonds que par trente ans;

d) A supposer que le tiers détenteur ait un juste titre transcrit et qu'il soit de bonne foi de part et d'autre, il faut encore tenir compte du domicile des intéressés : le propriétaire peut être *présent* au sens de l'art. 2265 (il est domicilié ou, suivant les interprétations, il réside dans le ressort de la Cour d'appel de la situation de l'immeuble), tandis que le créancier hypothécaire est *absent*; contre le premier la prescription s'accomplit par dix années, contre le second par vingt ans seulement;

e) En outre, il peut advenir que le cours de la prescription soit *suspendu* au profit de l'un des intéressés qui est mineur ou interdit, alors qu'il se poursuit contre l'autre; ou encore qu'une *interruption* se produise d'un côté et non de l'autre;

f) D'après la jurisprudence, la prescription ne court pas, au profit du tiers détenteur et contre l'hypothèque, aussi longtemps que le terme ou la condition dont la créance est affectée n'est pas échue ou réalisée : on sait, en effet, que nos tribunaux interprètent extensivement la disposition de l'article 2257, § 2 et qu'à leur avis les droit réels conditionnels ou à terme ne se prescrivent pas. (Req. 8 janv. 1900, *D. P.* 1900, 1, 103, *S.* 1900, 1, 224; comp. *sup.*, t. I, n° 1595). En pareil cas, la prescription courra aussitôt pour la propriété, mais non contre l'hypothèque : il faudra attendre l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition.

Comme on le voit par ces exemples, qui auraient pu être aménagés, pour la plupart, en sens inverse, la solidarisation des deux prescriptions, pour la propriété de l'immeuble et pour l'hypothèque, est de pure théorie; les règles sont les

mêmes; les statuts sont identiques (réserve faite de la transcription qui n'est exigée qu'en vue de l'usucapion abrégée de l'article 2180 - 4°), mais ils reçoivent application distinctement, distributivement, pour les deux situations en suspens; il peut parfaitement advenir que l'une des prescriptions s'accomplisse par dix années, alors que l'autre ne se réalisera que par trente, quarante années ou davantage, ou même ne se réalisera jamais.

1960. Particularités afférentes à la prescription de l'hypothèque. — Tout en étant soumise, en principe, au droit commun, la prescription de l'hypothèque obéit, sous certains rapports, à des règles qui lui sont particulières.

1° Comme nous l'avons vu, l'usucapion abrégée n'est possible que si le tiers détenteur a *transcrit* son titre d'acquisition : jusque-là, elle ne court pas et il ne peut être question que de la precription trentenaire;

2° La bonne foi du tiers détenteur, quant à la liberté du fonds, n'est pas nécessairement controuvée par cela seul que l'hypothèque serait inscrite au bureau de la conservation; il est généralement admis que cette inscription ne le constitue pas obligatoirement de mauvaise foi et qu'elle ne lui ferme donc pas la prescription de dix à vingt ans. C'est du moins l'opinion dominante : le détenteur n'est pas tenu, dit-on, de s'enquérir de la situation hypothécaire de l'immeuble; nul texte ne l'y contraint. Sa bonne foi doit être présumée, conformément à un principe très général; il appartiendra au créancier hypothécaire d'établir qu'il était de mauvaise foi, qu'il connaissait l'existence de l'hypothèque;

3° Quelle que soit la prescription en cours, par trente ans ou par dix à vingt ans, le créancier ne l'interrompt pas en prenant des *inscriptions* : ce principe est posé, dans les termes les plus généraux, par l'article 2180, *in fine*, sans même distinguer selon que les intérêts en cause sont ceux du débiteur ou bien ceux du tiers détenteur;

4° Dans tous les cas, la prescription ne commence à courir que du jour où la créance est exigible (*sup.* n° 982).

1961. Nature de la prescription de l'hypothèque. — On se demande si cette prescription doit être traitée comme *extinctive* ou comme *acquisitive*. La question est purement théorique : c'est dans le dernier sens que nous la résoudrions. L'article 2180 - 4° exige, en toute occurrence, que le tiers détenteur soit en possession; or, les prescriptions extinctives se déroulent et s'accomplissent, abstraction

faite de cette condition; c'est le propre des usucapions d'être à base de possession. D'ailleurs, le texte exige le juste titre, et même le juste titre transcrit, pour la prescription de dix à vingt ans du moins : c'est encore là une condition qui cadre mal avec le concept de la prescription extinctive. Il faut voir dans la prescription de l'article 2180 - 4° une *usucapion* par laquelle le tiers détenteur prescrit *contre* l'hypothèque et conquiert la liberté du fonds.

II

Perte du bien hypothéqué

1962. Principe. — Lorsque le bien sur lequel l'hypothèque avait été établie vient à disparaître, elle s'éteint d'elle-même, faute d'objet; elle ne peut vivre sans un support. Cette cause d'extinction ne saurait être mise en doute, encore que l'article 2180 n'en fasse pas état; elle se déduit d'ailleurs, *a contrario*, de l'article 2131.

1963. Précision et exemples. — L'éventualité semble bien peu pratique, à raison du caractère indivisible des hypothèques : tant que subsiste une parcelle de la chose hypothéquée, la sûreté demeure, et si, par exemple, une maison vient à être incendiée ou à s'effondrer, l'hypothèque continue, sans aucun doute, à porter sur le sol; pour qu'elle soit éteinte, il faut donc supposer une destruction totale de la chose grevée, ce qui ne paraît pas devoir arriver bien souvent. Cependant :

1° La perte du bien hypothéqué est facile à imaginer en matière *mobilière* : c'est un navire qui est englouti, un bateau de rivière qui coule, un aéronef qui prend feu ou qui s'écrase sur le sol; c'est le mobilier d'un hôtel ou ce sont des récoltes qui sont anéantis par un incendie;

2° Même dans le domaine immobilier, la destruction totale du gage hypothécaire n'est pas impossible : un bien peut être mis *hors du commerce* : il peut être l'objet d'une *expropriation pour cause d'utilité publique;* surtout, il est un immeuble qui, susceptible d'hypothèque, est particulièrement fragile : l'*usufruit immobilier;* bien des événements le menacent, notamment le décès du titulaire; et *l'emphytéose,* si elle n'est pas viagère, est du moins temporaire. Enfin, et alors même que l'immeuble hypothéqué ne serait que partiellement détruit, il est évident que les droits du créancier

hypothécaire se trouvent réduits et singulièrement compromis.

1964. Question. — Lorsqu'une de ces éventualités se produit, lorsque le bien hypothéqué disparaît, totalement ou en partie, il s'agit de savoir si les créanciers hypothécaires vont être sacrifiés purement et simplement ou si certains moyens de droit ne leur sont pas accordés afin de pourvoir à leurs légitimes intérêts.

Moyens dont disposent les créanciers hypothécaires : 1° il arrive que les créanciers puissent exiger de nouvelles sûretés ou même le remboursement immédiat de la dette; 2° parfois, leurs droits sont reportés sur une chose, une créance, une indemnité, une somme d'argent, plus ou moins représentatives de la chose disparue.

1965. I. Nouvelles garanties de remboursement. — Nous avons touché à ce point à plusieurs reprises; lorsque la chose sur laquelle porte une hypothèque *conventionnelle* vient à périr ou à être détériorée, deux éventualités sont à distinguer :

1° La perte ou la détérioration ne sont pas imputables au débiteur : le créancier peut demander un supplément d'hypothèque, ou une nouvelle hypothèque, à défaut de quoi il est en droit d'exiger le remboursement immédiat (art. 2131; *sup.* n° 1695);

2° La perte ou la détérioration sont imputables au débiteur; elles sont dues à son fait. En ce cas, le créancier peut exiger le paiement immédiat, sans que le débiteur puisse l'obliger à se contenter d'un supplément de sûreté ou d'une nouvelle hypothèque; la déchéance du terme est encourue (art. 1188; *sup.* n° 734).

1966. II. Report des droits des créanciers hypothécaires sur une chose, une créance, une indemnité, une somme d'argent : subrogation réelle. — Nous distinguerons : 1° l'opération du *remembrement*; 2° *l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique*; 3° les *indemnités de responsabilité*; 4° les *indemnités d'assurance*.

A. **Remembrement de la propriété foncière.** — Lorsqu'un remembrement est effectué (*sup.*, t. I, n° 1441), le décret-loi du 30 octobre 1935 *modifiant et abrogeant la loi du 27 novembre 1918 sur le remembrement de la propriété*

rurale, décide, dans son article 6, que « *les privilèges, hypothèques et tous autres droits réels grevant les immeubles cédés en échange seront transportés de plein droit, avec les mêmes modalités, sur les immeubles reçus à leur place par voie de remembrement...* »; ce transfert pur et simple des sûretés se réalise, non seulement au cas d'un remembrement *collectif*, assuré par l'entremise d'une association syndicale, mais également lorsque l'opération s'effectue par voie d'échange *individuel* et direct de parcelles, en conformité de la loi du 3 novembre 1884, toujours en vigueur : le décret-loi s'en explique formellement sous son article 8 qui assimile, quant au transfert des privilèges et hypothèques, les deux ordres d'opérations, la collective et l'individuelle.

Des difficultés sont de nature à s'élever lorsque les garanties portaient, non pas sur toutes les parcelles appartenant à un même propriétaire, mais sur certaines d'entre elles seulement; il y aura alors lieu de situer l'assiette de la subrogation, d'en déterminer les limites exactes; ce travail de localisation sera grandement facilité par les dispositions contenues dans le décret du 1er septembre 1936, portant règlement d'administration publique pour l'application du décret-loi de 1935; en effet, aux termes de l'article 12 - 3° de ce décret, le projet de remembrement comporte « *un tableau comparatif de la valeur des nouvelles parcelles à attribuer à chaque propriétaire avec celle des terrains qui lui appartiennent* »; d'autre part, d'après l'article 23 du même décret, « *un propriétaire auquel appartiennent plusieurs parcelles grevées séparément de droits réels ne peut, par voie de remembrement, recevoir en échange une parcelle unique que si les droits réels, affectant les parcelles échangées, peuvent être lotis sur la parcelle unique* ». Grâce à ces directives, l'opération de transfert des sûretés, de parcelles à parcelles, s'effectuera commodément et équitablement.

V. P. Voirin, *Les fonds de terre en France (leur aménagement; leur permanence)*, dans la *Rivista di Diritto agrario*, 1937.

B. **Indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique.** — Un immeuble grevé d'hypothèques étant exproprié pour cause d'utilité publique, les droits des créanciers sont reportés sur l'indemnité d'expropriation qui leur est attribuée dans l'ordre de préférence; on sait que, pour sauvegarder pleinement leurs intérêts, la loi leur permet d'exiger que cette indemnité soit fixée, non pas à l'amiable, mais par *la commission arbitrale d'évaluation*. Ces solu-

tions sont juridiques, puisque l'indemnité d'expropriation est vraiment la représentation de l'immeuble qui, au point de vue hypothécaire, devient un immeuble nouveau, et puisque, d'autre part, on ne saurait donner aux créanciers la faculté de surenchérir, de telle sorte que la procédure de la purge, dont cette faculté est partie intégrante, devient inutilisable (*sup.* n° 1914).

1967. C. Indemnités de responsabilité. — On entend par là les indemnités mises à la charge des auteurs de faits dommageables; on suppose que l'auteur de la perte ou de la détérioration du bien hypothéqué est condamné à servir au propriétaire, à titre de réparation, un somme d'argent. Il s'agit de savoir si cette somme va pénétrer dans le patrimoine du destinataire, libre de toute affectation, de telle sorte que les créanciers ne pourraient y prétendre qu'au marc le franc, ou bien si elle n'ira pas de préférence à ceux qui avaient hypothèque sur le bien disparu, dont elle serait la représentation, auquel elle serait considérée comme subrogée.

Lois du 19 février 1889, puis du 13 juillet 1930. — La question a été résolue, mais dans un domaine très limité, par la loi du 19 fév. 1889, celle-là même qui a restreint le privilège du bailleur d'un fonds rural. D'après l'art. 3, § 1, abrogé par l'art. 86 de la loi du 13 juill. 1930, mais seulement pour ordre et pour être transféré dans l'art. 37, § 3 de la même loi, les indemnités dues, en cas de sinistre, par le locataire ou par le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang; ces indemnités sont donc bien subrogées à l'immeuble dont elles prennent, au point de vue hypothécaire, la position juridique.

Les intérêts des créanciers hypothécaires sont ainsi pleinement sauvegardés, réserve faite d'un péril auquel ils demeurent exposés : ils ont à redouter un paiement fait *de bonne foi* au propriétaire par le débiteur de l'indemnité; de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'existence des créanciers privilégiés ou hypothécaires; le paiement effectué dans ces conditions serait libératoire pour le débiteur. Mais les créanciers ont un sûr moyen de constituer ce débiteur de mauvaise foi : il leur suffit, à cet effet, de faire opposition au versement de l'indemnité entre les mains du propriétaire.

1968. — Le système est donc satisfaisant; malheureusement, son domaine d'application est bien limité, et dans deux sens :

1° Il faut que le dommage ait été causé par un *incendie*;

2° L'auteur responsable du sinistre est, soit un *locataire* de *la maison*, soit un *voisin*; si le feu a été mis par toute autre personne, la loi de 1889 et, après elle, celle du 13 juill. 1930, n'est plus applicable et on en revient au droit commun.

Et, sur la signification de ce droit commun, on n'est pas d'accord : il est vrai que, dans l'opinion dominante, on considère que l'indemnité de responsabilité n'est nullement subrogée, et notamment au point de vue hypothécaire, à la chose perdue ou détériorée; mais cette solution est difficile à concilier avec cette constatation que la perte ou la détérioration a causé un préjudice, non seulement au propriétaire, mais aussi aux créanciers hypothécaires ou privilégiés; le seul moyen de donner à ceux-ci une complète satisfaction serait de reporter leurs droits sur l'indemnité qui, en raison, est bien la représentation de la chose disparue et devrait en prendre, aussi exactement que possible, la position juridique; le concept de la subrogation réelle, qui n'en est qu'à ses débuts, est destiné à un puissant essor; on s'étonnera, plus tard, que son développement ait rencontré tant de résistances et que des interventions successives du législateur aient été nécessaires pour le légitimer et pour le consacrer.

1969. D. **Indemnités d'assurance.** — La chose hypothéquée ou engagée était assurée contre certains risques, par exemple contre le risque d'incendie; le risque prévu vient à se réaliser; la maison brûle; l'assureur doit fournir une indemnité : les privilèges et les hypothèques qui grevaient la maison incendiée ne vont-ils pas être transportés sur cette indemnité qui sera attribuée aux créanciers suivant leur rang?

Sous l'empire du *Code civil*, on décidait négativement, et à plus forte raison que pour les indemnités de responsabilité; car les indemnités d'assurance, dans une conception fort contestable mais qui est en grande faveur, sont représentatives, non de la chose assurée, mais des primes versées à l'assureur (*sup.* n° 1380*n*); elles tombent donc, libres de toute charge, dans le patrimoine de l'assuré et, du même coup, dans le gage des créanciers qui se les partagent au prorata de leurs créances, à moins que l'assuré n'eût, par avance, cédé à ses créanciers ses droits éventuels à une indem-

nité; mais il y fallait une *délégation expresse* que les notaires inséraient d'ailleurs fréquemment dans les actes de prêts d'argent sur hypothèque. En l'absence d'une précaution de ce genre, les créanciers privilégiés ou hypothécaires se trouvaient sacrifiés lorsque la maison hypothéquée venait à être incendiée; l'indemnité d'assurance était traitée comme chose mobilière, libre d'hypothèques.

1970. Réaction. —La première brèche à ce système du Code civil fut pratiquée : 1. pour le *nantissement*, par la loi du 28 mai 1858 relative aux marchandises déposées dans les *magasins généraux*, et dont l'art. 10 décide que « *les porteurs de récépissés et de warrants, ont, sur les indemnités d'assurance dues, en cas de sinistres, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée* »; et 2. pour l'*hypothèque*, par la loi du 10 déc. 1874 sur l'*hypothèque maritime*, qui décida qu'en cas de perte du navire, les droits des créanciers hypothécaires seraient reportés *ipso jure* sur l'indemnité d'assurance; mais cette mesure équitable fut exclue par la loi du 10 juillet 1885, sur l'intervention des compagnies d'assurances dont les opérations étaient gênées par la délégation légale consentie aux créanciers hypothécaires.

Lois du 19 février 1889, puis du 13 juillet 1930. — Heureusement, la victoire remportée par les compagnies d'assurances devait être sans lendemain : la loi du 19 février 1889 consacra, sous une forme assez générale, le principe de la subrogation réelle dont le législateur de 1874 avait fait une application fragmentaire à l'hypothèque maritime; ses dispositions (art. 2 et 3) ont été abrogées par l'art. 86 de la loi du 13 juill. 1930, relative au contrat d'assurance; mais, comme nous l'avons déjà signalé, cette abrogation n'est intervenue que pour ordre, les textes condamnés ayant été introduits dans la loi abrogatoire elle-même (art. 37, §§ 1, 2 et 4).

Cette dernière loi distingue selon que l'indemnité d'assurance est due au propriétaire de l'immeuble (art. 37, § 1), ou bien au locataire ou à un voisin qui s'étaient assurés contre le *risque locatif* ou le *recours du voisin* (art. 37, § 4); mais, en toute éventualité, elle décide, d'une façon générale, que les créanciers hypothécaires ou privilégiés, sont subrogés *ipso jure* dans les droits de leur débiteur (art. 37, § 1).

Cette remarque faite, distinguons les deux éventualités prévues par la loi :

1° Le propriétaire avait assuré sa maison contre l'incen-

die; le sinistre survient; une indemnité est due par l'assureur; elle est subrogée *ipso jure* à la maison détruite; les créanciers privilégiés ou hypothécaires font valoir leurs droits sur elle comme ils les auraient réalisés sur l'immeuble lui-même, en suivant le même ordre de préférence; sauf cependant — et c'est une formule précédemment expliquée — qu'ils doivent respecter les paiements que l'assureur aurait pu faire *de bonne foi* entre les mains du propriétaire (L. 13 juill. 1930, art. 37, §§ 1 et 2).

2° A la suite de l'incendie de la maison, la responsabilité d'un locataire ou celle d'un voisin est mise en cause; or, ce locataire ou ce voisin s'étaient assurés, précisément en prévision du recours éventuel du propriétaire; ils avaient, à cett effet, contracté une assurance *contre le risque locatif ou contre le recours du propriétaire voisin*; ils s'adressent donc à leur assureur et lui réclament l'indemnité convenue en vue de couvrir leur responsabilité. C'est alors que le législateur intervient à nouveau pour sauvegarder énergiquement les droits et du propriétaire de la maison incendiée et des créanciers ayant jadis hypothèque ou privilège sur elle; comme dans le cas précédent, les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires sont reportés sur l'indemnité d'assurance, mais, en outre, « *...l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme* » (l. 13 juill. 1930, art. 37, § 4); de cette façon, l'indemnité d'assurance ne peut pas faire fausse route; elle va, soit au propriétaire de la chose détruite, soit, si celle-ci était grevée de charges, aux créanciers privilégiés et hypothécaires, dans l'ordre de leurs sûretés bien entendu. Le procédé employé est particulièrement énergique; ici, l'assureur ne pourrait, en aucun cas, effectuer de paiement libératoire entre les mains de l'assuré, car il ne saurait arguer de sa bonne foi : il sait pertinemment que son client est responsable en tant que locataire ou en tant que voisin et qu'il ne doit donc pas garder par devers lui l'indemnité d'assurance qui a une autre destination.

1971. Portée d'application de l'art. 37 de la loi du 13 juill. 1930. — Il faut reconnaître que ce texte est général; on ne distingue, pour son application :

1° Ni d'après la *nature de la sûreté* : ce sont tous les créanciers *gagistes*, *privilégiés* ou *hypothécaires* qui bénéficient

de la délégation légale, de la subrogation réelle établie par la loi de 1889 (V. art. 2, § 1) et maintenue par la loi du 13 juillet 1930 (art. 37, § 1); pour le privilège du bailleur d'immeubles, voy. Paris, 9 mai 1901 (*S.* 1909, 2, 67, col. 3, en sous-note);

2° Ni d'après la nature du *risque* à l'occasion duquel l'assurance était intervenue : incendie, grêle, mortalité des bestiaux et « *autres risques* » (mêmes textes);

3° Ni enfin d'après la nature de la chose grevée d'une sûreté réelle: qu'elle soit mobilière ou immobilière, peu importe; le texte est applicable indifféremment aux fonds ruraux, aux fonds urbains et aux meubles (Paris, 9 mai 1901, précité). En ce qui concerne l'hypothèque *fluviale*, l'article 47 de la loi du 5 juill. 1917 se réfère expressément aux dispositions de la loi du 19 fév. 1889 qui sont donc également applicables à l'hypothèque *aérienne*, elle-même soumise au statut établi pour l'hypothèque fluviale (L. 31 mai 1924, art. 14). Quant à l'hypothèque *maritime*, un doute avait surgi, à raison du silence gardé par la loi du 10 juill. 1885; mais il est aujourd'hui constamment admis que le droit commun, tel qu'il résulte de la loi de 1889, lui est applicable, en sorte que, comme nous le constations précédemment, la victoire remportée par les compagnies d'assurances aura été de bien courte durée; elles avaient obtenu, en 1885, le retour au droit commun d'alors; mais, presque aussitôt, ce droit commun a été retourné et protège contre elles les créanciers à hypothèque maritime au même titre que tous autres créanciers hypothécaires ou privilégiés (Civ. 12 juill. 1910, *S.* 1910, 1, 173, note Lyon-Caen; comp. Paris, 17 av. 1907, *S.* 1909, 2, 65, note Blondel, *D. P.* 1909, 2, 361, note Levillain).

Pour les *warrants pétroliers*, la loi du 21 avril 1932 décide, dans son article 3, § 3, que « *les porteurs de warrants ont, sur les indemnités d'assurances dues en cas de sinistre, les mêmes droits et privilèges que sur les produits assurés* ».

1972. Lacunes. — Malgré leur généralité, les lois de 1889, puis de 1930, ne réalisent pas la complète consécration du concept de la subrogation réelle; il est des cas où les créanciers ne bénéficient pas d'une délégation légale; il est des indemnités qui ne sont pas subrogées de plein droit au bien engagé ou hypothéqué, savoir :

1° Les indemnités dues par l'auteur responsable de la perte (indemnités de responsabilité), lorsqu'on se trouve en dehors des termes de l'article 37, § 3 de la loi du 13 juill.

1930, soit que la perte ne provienne pas d'un incendie, soit aussi que l'auteur responsable du dommage soit une personne autre que le locataire ou le voisin;

2° Les indemnités fournies par l'Etat à titre gracieux, par exemple aux propriétaires de biens détruits pendant la guerre, ou aux victimes de dommages causés par un crime. (Req. 12 mars 1877, *D. P.* 1877, 1, 97; 2 août 1880, *D. P.* 1881, 1, 227, *Ref.* XIII, 1, 181; Orléans, 3 janv. 1933, *Gaz. Pal.* 1933, 1, 516. Comp. PLANIOL et RIPERT, t. II, n° 3449).

Il faudra qu'un jour ou l'autre ces lacunes soient comblées : l'idée qui est au fond de la subrogation réelle est aussi juridique qu'équitable; son triomphe est une affaire de temps et d'éducation juridique; il s'affirme de façon continue : la loi du 17 avril 1919, sur la réparation des *dommages de guerre*, décide qu'en l'absence de remploi, l'indemnité est attribuée aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse (art. 10, § 10); d'après le même texte, au cas de remploi, les droits de ces créanciers sont répartis sur la chose reconstituée (§ 7).

§ III. — *PORTÉE DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES*

Survie du droit de préférence au droit de suite

1973. Principe. — En thèse générale, du moment qu'une hypothèque est éteinte, tous ses attributs disparaissent, notamment le droit de préférence et le droit de suite.

1974. Dérogations. — Ce principe de bon sens comporte cependant des tempéraments, et toujours dans le même sens : si le droit de suite ne saurait survivre au droit de préférence (V. cependant trib. civ. Bayonne, 25 mars 1879, LARNAUDE, *Rev. crit.*, 1880, p. 193), il arrive que le droit de préférence survive au droit de suite, ce qui équivaut à dire que l'hypothèque se survit alors partiellement à elle-même : éteinte par rapport aux tiers acquéreurs à qui elle n'est plus opposable, elle subsiste à l'encontre des créanciers qui demeurent exposés à ses coups.

1975. Principaux cas de survie du droit de préférence au droit de suite. — Des exemples de survie du droit de préférence au droit de suite nous sont fournis par

le *droit civil* proprement dit, par la *procédure civile*, par le *droit administratif*.

A. **Droit civil.** — Sans sortir du droit civil proprement dit, on découvre trois cas de survie du droit de préférence au droit de suite.

1° *Omission d'une inscription dans l'état délivré par le conservateur.* — L'acquéreur d'un immeuble, ayant transcrit son titre, demande au conservateur un état des inscriptions hypothécaires, généralement en vue de procéder à la procédure de la purge : le conservateur omet une inscription qui, cependant, figure sur ses registres. Le conflit surgit alors entre deux ayants droit, l'un et l'autre irréprochables : le tiers acquéreur et le créancier omis; l'un d'eux doit être sacrifié à l'autre, et ce sera le créancier hypothécaire qui, au regard de l'acquéreur, sera inexistant et à qui cet acquéreur n'aura donc pas à adresser des offres à fin de purge; il n'aura à redouter de sa part ni surenchère du dixième ni saisie de l'immeuble (art. 2198). Cette solution était commandée par les exigences du régime de publicité qui serait tenu en échec si un acquéreur devait sentir le poids d'une hypothèque dont il n'a pas pu avoir régulièrement connaissance. Tout au moins s'efforce-t-on de limiter le dommage au minimum : l'article 2198 décide que le créancier omis pourra produire dans l'ordre ouvert et se faire colloquer à son rang, ce qui ne compromet nullement les intérêts de l'acquéreur : le droit de suite est éteint, mais le droit de préférence survit, au moins jusqu'à la clôture de l'ordre ou, à défaut de cette procédure, jusqu'au paiement du prix par l'acquéreur.

Le même texte envisage la *responsabilité du conservateur* envers le créancier omis : il a, en effet, commis une faute en délivrant un état d'inscription incomplet. Cependant, il peut advenir que l'omission soit imputable à d'autres personnes, soit au créancier qui avait désigné inexactement l'immeuble grevé, soit à l'acquéreur qui, lorsqu'il a demandé l'état des inscriptions, n'a pas identifié clairement cet immeuble; dans de telles éventualités, la responsabilité du conservateur n'est plus en jeu;

2° *Survie des hypothèques occultes au cas de purge.* — On sait que, la procédure de la purge engagée, les créanciers à hypothèques occultes doivent se faire connaître dans un délai réglementaire (*sup.* n° 1936); à défaut de cette révélation, ils ne peuvent plus inquiéter le tiers acquéreur; le droit de suite a pris fin, mais non le droit de préférence : la loi

leur permet de se prévaloir de leur droit de préférence, dans des conditions d'ailleurs assez strictes que nous avons indiquées précédemment (*sup.* n° 1939) ; ils seront alors admis à produire, suivant leur rang, dans l'ordre, judiciaire ou amiable;

3° *Renonciation de la femme à une hypothèque légale.* — Une femme renonce à une hypothèque légale à l'occasion de la vente d'un immeuble du mari et en faveur de l'acquéreur; cette renonciation emporte l'extinction de l'hypothèque et vaut purge (L. 13 fév. 1889, art. 9) ; mais ce texte ajoute que la femme renonçante conserve néanmoins son droit de préférence sur le prix. C'est ainsi, et sous cette forme limitée, que le législateur interprète la renonciation de la femme; l'interprétation est rationnelle, puisque c'est seulement en faveur de l'acquéreur que la renonciation est intervenue et qu'il est indifférent à celui-ci que son prix soit attribué à telle personne plutôt qu'à telle autre; l'exercice du droit de préférence ne touche pas à ses intérêts; tout ce qu'il veut, c'est n'être pas inquiété par l'hypothèque de la femme; la neutralisation du droit de suite suffit à lui donner entière satisfaction (V. *inf.* n° 1989).

1976. B. **Procédure ; saisie immobilière.** — L'immeuble hypothéqué est saisi : *l'adjudication sur saisie vaut purge* (C. pr. art. 717, § 3, modif. par d.-l. 17 juin 1938) ; elle libère l'immeuble des charges hypothécaires dont il était grevé; désormais, les droits des créanciers sont transportés sur le prix; quant à ceux dont les droits n'avaient pas été publiés ils sont sacrifiés; cependant, la loi réserve le droit de préférence des hypothèques dispensées d'inscription (femme mariée, personnes en tutelle) ; leurs titulaires peuvent produire encore et se faire colloquer à leur rang, pourvu qu'ils interviennent, avant la clôture si l'ordre s'y règle amiablement, dans les quarante jours à partir de la sommation de produire s'il est judiciaire (même texte cbn. art. 754). Ici encore, le droit de préférence est exercé alors que le droit de suite a pris fin.

1977. C. **Expropriation pour cause d'utilité publique.** — En pareille matière, le phénomène de survie revêt une allure générale : d'une part, le droit de suite est rendu impossible par les conditions dans lesquelles l'expropriation forcée se produit et par le but qui est poursuivi; de toute façon, c'est la partie expropriante — Etat, commune, etc. — qui doit demeurer propriétaire de l'immeuble,

ce qui exclut la possibilité d'une mise aux enchères publiques, donc la procédure de la purge; d'autre part, les créanciers conservent, naturellement et équitablement, leur droit de préférence sur le prix, c'est-à-dire sur l'indemnité d'expropriation, laquelle est représentative de l'immeuble exproprié; la survie du droit de préférence au droit de suite est donc une nécessité juridique, et *à l'égard de tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés.*

1978. Durée de la survie du droit de préférence. — Comme on a pu le constater, cette survie est généralement assez brève : le titulaire de l'hypothèque ou du privilège doit produire rapidement, avant la clôture de l'ordre ou avant le paiement du prix dû par l'acquéreur. Il en va autrement au cas d'*expropriation pour cause d'utillité publique*, la loi permettant alors aux créanciers de s'inscrire même après la transcription de l'ordonnance d'expropriation et dans la quinzaine (*sup.* n° 1891), et surtout au cas de *renonciation à l'hypothèque légale de la femme*; le droit de préférence survit alors sans limitation de durée et même sans obligation d'inscription; à aucune époque, l'acheteur ne peut faire de paiement en négligeant l'hypothèque de la femme renonçante (*inf.* n° 1989).

Section VII. — CONVENTIONS SUR L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE

1979. Sources. — *D.* 28 fév. 1852, art. 20; L. 23 mars 1855, art. 9; L. 13 fév. 1889; D.-L. 14 juin 1938, complétant l'art. 2135 C. civ.

Bibliographie. — Becqué, dans le *Traité pratique de droit civil français*, de Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1366 et s.; E. et A. Mérignhac, *Traité théorique et pratique des traités relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

1980. Généralités; utilité des conventions sur l'hypothèque légale de la femme. — L'hypothèque légale de la femme, telle qu'elle a été aménagée par le Code civil, dépasse parfois le but poursuivi et devient singulièrement encombrante; elle constitue un danger pour les tiers et elle devient destructive du crédit du mari dont tous les immeubles sont grevés d'une sûreté pourvue d'un rang avantageux; enfin, elle compromet la libre circulation des biens puisqu'elle impose à l'acquéreur d'un quelconque immeuble du mari l'obligation de procéder aux formalités de la purge.

On comprend donc que les époux — la femme aussi bien que le mari — éprouvent le besoin d'abdiquer cette hypothèque, au moins relativement à un bien déterminé, au profit d'un créancier ou d'un acquéreur.

Or, ce résultat ne saurait être obtenu, pratiquement, au moyen d'une *cession de créance*; il est difficile d'imaginer qu'une femme cède à une tierce personne les reprises qu'elle aura un jour contre son mari; d'une part, elle se dépouillerait ainsi, non seulement de son hypothèque, mais, ce qui serait beaucoup plus grave, des droits auxquels cette sûreté est attachée; d'autre part, le cessionnaire se trouverait dans une situation incertaine, car les créances de la femme contre son mari restent indéterminées pendant tout le cours du mariage et jusqu'à la liquidation du régime matrimonial; on ne saurait au juste sur quoi aurait porté la cession, puisqu'elle aurait intéressé des droits purement éventuels.

Il faut donc que la femme puisse abdiquer, dans des proportions à fixer, son hypothèque, *envisagée isolément des créances dont elle garantit l'exécution* et de telle façon que ces créances continuent à lui appartenir contre son mari : ce résultat peut-il être atteint, juridiquement et équitablement? Il ne faudrait pas objecter le caractère accessoire de l'hypothèque : il ne commande nullement la solidarisation obligatoire et permanente du droit principal et de l'hypothèque (*sup.* n° 1639), et d'ailleurs, la séparation des deux droits est prévue et consacrée dans l'article 1278, au cas de novation, comme dans l'article 1299, au cas de compensation (*sup.* n^{os} 912 et 936). Mais, ce point étant acquis, on pourrait se demander s'il convient de permettre à la femme de se démunir d'une mesure de protection que la loi a prise en sa faveur et à laquelle elle attache une telle importance qu'elle interdit de l'écarter complètement par une clause insérée dans le contrat de mariage (art. 2140), et qu'elle en prohibe la réduction au cours du mariage autrement que par autorité de justice (art. 2144). Toutefois, il faut observer que les abdications, ainsi condamnées par la loi, sont celles qui interviendraient *au profit du mari*; on comprend qu'un traitement moins rigoureux soit réservé aux combinaisons intervenues en faveur d'un tiers — créancier ou acquéreur — et qui ont pour effet, non pas de dégrever les immeubles du mari, mais de donner à l'hypothèque de la femme un autre bénéficiaire; le mari n'y gagne rien, du moins en ce sens que tous ses immeubles demeurent, comme ci-devant, grevés d'une hypothèque générale; la femme s'est dépouillée de cette hypothèque, au moins dans une certaine mesure;

or, c'est un principe général qu'elle peut, jadis avec l'autorisation du mari ou de justice, depuis la loi du 13 février 1938, sans aucune habilitation (sauf les réserves imposées par le régime matrimonial des époux) aliéner ses biens, par exemple vendre un immeuble : il est donc naturel qu'elle puisse céder son hypothèque.

1981. — Depuis longtemps déjà, les conventions sur l'hypothèque de la femme avaient pénétré dans la pratique notariale : un droit de formation coutumière s'élaborait lentement. C'est seulement au milieu du siècle dernier que ces combinaisons furent mentionnées dans un instrument législatif : le décret-loi du 28 février 1852 prévoit, dans son article 8 - 1°, la subrogation du Crédit foncier dans l'hypothèque légale de la femme; la loi du 23 mars 1855, dans son article 9, s'est préoccupée de la publicité à donner aux conventions dont cette hypothèque peut être l'objet au profit d'une personne quelconque, et ces dispositions ont été complétées et remaniées par une autre loi, en date du 13 février 1889, ainsi que par le décret-loi du 14 juin 1938 : la validité de semblables opérations ne saurait donc plus, et depuis longtemps, être contestée.

1982. Plan. — 1° Les *différentes sortes de conventions* dont l'hypothèque légale de la femme peut être l'objet;
2° *Effets* de ces conventions;
3° *Conditions requises* pour leur efficacité.

§ I. — *DIFFÉRENTES SORTES DE CONVENTIONS. — LEUR UTILITÉ*

1983. Terminologie et classification. — Il importe, avant tout, de fixer une terminologie qui est restée assez imprécise; on parle de *subrogation*, de *cession d'hypothèque*, de *cession de priorité*, de *renonciation*, sans distinguer toujours bien nettement les réalités qui correspondent à ces vocables. Il arrive, notamment, que le mot de *subrogation* soit pris dans un sens très large, pour désigner toutes les conventions qui gravitent autour de l'hypothèque légale de la femme, et cette acception n'est pas étrangère au langage employé par le législateur lui-même (L. 23 mars 1855, art. 9, § 1, *in fine*); mais il est préférable de donner à ce mot un sens mieux défini.

1° La *subrogation* proprement dite, *stricto sensu*, évoque l'idée d'une substitution de titulaire de l'hypothèque, d'une *investiture* : la femme abdique son hypothèque pour en investir un créancier ou un acquéreur; ainsi comprise, la

subrogation se confond avec la *cession de l'hypothèque* qu'elle implique nécessairement;

La *cession de priorité* a une moindre portée : elle porte, non sur l'hypothèque elle-même, mais seulement sur son *rang*; la femme conserve son hypothèque dont l'efficacité est seulement, en ce qui la concerne, amoindrie;

3° Par la *renonciation*, la femme renonce à invoquer son hypothèque à l'encontre d'un ayant droit déterminé : créancier hypothécaire ou acquéreur. Mais on distingue deux sortes de renonciation : la renonciation *extinctive*, qui a une signification purement négative, et la renonciation *translative*, qui est investitive au profit du bénéficiaire et qui se ramène donc à la cession ou subrogation. Les deux espèces ne sont pas toujours faciles à différencier; cependant, d'après les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889, la renonciation consentie au profit d'un créancier est, en principe, translative, tandis que celle qui est consentie en faveur d'un acquéreur est, en thèse générale, simplement extrictive (*inf.* n^os^ 1986 et 1989).

1984. Utilité des diverses combinaisons. — Les conventions sur l'hypothèque de la femme comportent trois catégories de bénéficiaires possibles : les *créanciers de la femme*; *ceux du mari*; les *tiers acquéreurs* d'un immeuble du mari.

1° *Créanciers de la femme.* — Si la femme veut se procurer des fonds et si le prêteur exige des garanties, la femme, qui n'a point d'immeubles personnels, peut lui céder son hypothèque légale sur un immeuble du mari; cette hypothèque devient ainsi pour elle un instrument de crédit; le bailleur de fonds se trouvera *à peu près* dans la même situation que si la sûreté lui avait été conférée directement par le mari propriétaire;

2° *Créanciers du mari.* — Cette utilisation de l'hypothèque légale est plus fréquente que la précédente; il s'agit alors, non plus de fortifier le crédit de la femme, mais de reconstituer celui du mari qui a été éprouvé par l'hypothèque générale. On va utiliser le mal en tant que remède, tantôt au moyen d'une subrogation, tantôt, s'il s'agit de donner satisfaction à un créancier déjà titulaire d'une autre hypothèque, à l'aide d'une simple cession de priorité;

3° *Acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté.* — Afin d'éviter à l'acheteur les formalités longues et coûteuses de la purge, la femme déclare renoncer à son hypothèque à son profit; suivant la formule de l'article 9 de la loi de 1855, cette renonciation *vaut purge*; nous ver-

rons même qu'elle vaut davantage encore; l'immeuble entrera dans le patrimoine de l'acquéreur, libéré de l'hypothèque de la femme.

Il semble qu'une renonciation purement extinctive suffise toujours à atteindre le but poursuivi; cependant, l'acquéreur aurait intérêt à recevoir une véritable investiture, et cet intérêt apparaît dans deux cas :

a) Au cas *d'éviction* : si la renonciation a été translative, le recours en *garantie* de l'acquéreur sera fortifié, contre le mari vendeur, par l'hypothèque de la femme;

b) Si l'immeuble était grevé d'autres hypothèques que celle de la femme, ces sûretés vont survivre à la vente, du moins si l'acquéreur ne purge pas; il en résultera pour lui un danger d'éviction qui serait conjuré par une renonciation translative : les autres créanciers hypothécaires n'agiront pas s'ils savent être primés par l'acquéreur devenu titulaire d'une hypothèque dont le rang est préférable à celui de leurs droits; de là l'intérêt que présente la question de savoir si la renonciation a été translative ou si son effet est purement extinctif.

§ II. — *EFFETS DES CONVENTIONS RELATIVES À L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME*

1985. Distinction. — Les effets de la convention varient selon qu'elle intervient au profit de tel ou de tel bénéficiaire; nous distinguerons selon que ce bénéficiaire est un *créancier* ou un *acquéreur*.

1986. I. Convention intervenue au profit d'un créancier, du mari ou de la femme. — Nous nous placerons de préférence, mais non exclusivement, dans l'hypothèse d'une subrogation, et nous envisagerons, successivement la situation faite au *subrogé*, puis celle de la *femme* par rapport au mari.

A. *Situation du subrogé.* — La subrogation porte uniquement sur l'hypothèque, à l'exclusion des créances qu'elle garantissait : sauf clause contraire, qui devrait être formelle, la femme conserve ses reprises contre son mari (*sup.* n° 1980).

Voilà donc le subrogé investi de l'hypothèque de la femme, mais dans quelle mesure? La portée de cette investiture est à déterminer, quant au *rang* de l'hypothèque, quant à son *assiette*, quant aux *créances* qu'elle garantit.

1° Quant au *rang*, le subrogé prend celui de la femme, tel

qu'il ressort de l'article 2135, et cela même au cas où il s'agirait, non d'une subrogation, mais d'une simple cession d'antériorité.

S'il y a plusieurs subrogés, ils seront classés suivant la date de l'inscription (*inf.* n° 2002);

2° Quant à *l'assiette*. En principe, le subrogé a action sur tous les immeubles du mari ainsi que sur les conquêts de la communauté; cependant, ceux de ces derniers immeubles qui seraient mis ultérieurement dans le lot de la femme, lui échappent complètement, puisqu'ils sont censés n'avoir jamais été communs, donc n'avoir jamais été grevés de l'hypothèque légale (*sup.* n° 1727).

Rien n'empêcherait d'ailleurs de cantonner les effets de la subrogation sur tel ou tel immeuble du mari; seulement, une telle limitation ne se présume pas, sauf, bien entendu, s'il s'agit d'une simple cession de priorité;

3° *Créances garanties*. — A ce point de vue encore, l'investiture est complète, mais les effets en seront plus ou moins avantageux pour le subrogé qui ne peut utiliser l'hypothèque que dans la mesure où la femme aurait pu le faire elle-même, jusqu'à concurrence de la collocation qu'elle aurait obtenue en l'absence de la subrogation; la subrogation déplace l'hypothèque et rien de plus; elle ne saurait lui donner une plus grande envergure; elle ne crée rien. *Le droit hypothécaire du créancier suivra donc les fluctuations de celui de la femme.*

a) La subrogation ne produira effet que le jour où les reprises de la femme contre son mari deviendront exigibles, c'est-à-dire lors de la dissolution du mariage ou la séparation des biens; jusque-là, on ne sait pas si la femme sera définitivement créancière; elle est en compte-courant avec son mari; on devra attendre que le solde du compte soit fixé. Cependant, il faut remarquer que l'article 1446, après avoir refusé aux créanciers de la femme le droit de demander, en son nom, la séparation de biens, ajoute que « *néanmoins, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances* »; si donc les biens du mari sont saisis avant la séparation des biens et si un ordre est ouvert, le créancier subrogé peut réaliser l'hypothèque de la femme jusqu'à concurrence des reprises dont celle-ci est alors créancière;

b) Il est très possible que la subrogation soit complètement inopérante, car il peut advenir que la femme, n'ayant

rien apporté en dot, n'ait, au jour de la liquidation, aucune créance à faire valoir contre son mari.

1987. B. Rapport du subrogeant, c'est-à-dire de la femme, avec le mari. — Distinguons selon que la subrogation a été consentie à un créancier de la *femme* ou bien à un créancier du *mari*.

1° Dans la première éventualité, la situation est simple : dans la mesure où le subrogé use de l'hypothèque, il épuise le droit hypothécaire et même les créances de la femme; les sommes qu'il a reçues de ce chef sont à imputer sur le montant des reprises de la femme qui se trouve d'avoir été payée dans la personne de son créancier;

2° Si c'est au profit d'un *créancier du mari* que la subrogation était intervenue, la situation est plus complexe : les sommes touchées par le subrogé ne sont plus à considérer comme ayant été perçues par la femme, puisque ce n'est plus dans l'intérêt de celle-ci que la combinaison est intervenue; d'une part, la femme conserve ses reprises intactes; d'autre part, elle perd son hypothèque légale dans la mesure où cette sûreté aura été utilisée par le subrogé; par exemple, créancière de 100.000 francs et ayant cédé son hypothèque en sûreté d'un prêt de 20.000 francs consenti à son mari, elle ne pourra plus utiliser son hyopthèque légale, avec le rang favorable qu'on sait, que jusqu'à concurrence de 80.000 francs. Il semble donc que, pour le surplus, elle ne puisse se présenter que comme chirographaire; cependant, sa situation est meilleure : par le fait de la subrogation, elle est devenue créancière de son mari, puisqu'elle a cédé, dans l'intérêt de celui-ci et pour une dette par lui contractée, son hypothèque légale; la créance qui lui appartient de ce chef est elle-même garantie par son hypothèque légale, mais avec un rang inférieur, fixé par la date de la subrogation; on applique, par analogie, la disposition de l'article 2135 - 2°, § 1 : il s'agit bien là d'une dette que la femme a contractée « *avec son mari* »; elle demeure donc créancière hypothécaire, mais avec un rang moins favorable que pour ses autres reprises. En définitive, l'opération a pour effet, à la différence de la précédente, d'accroître les charges hypothécaires du mari; le passif hypothécaire, qui était auparavant de 100.000 francs, s'élève désormais à 120.000.

1988. II. Convention intervenue au profit d'un acquéreur. — La femme déclare renoncer à son hypothèque en tant qu'elle grevait un immeuble du mari ou de la com-

munauté, et cela à l'occasion de l'aliénation dudit immeuble. Cette renonciation, sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, soulevait des difficultés que la loi du 13 février 1889 a voulu tarir en précisant les effets qui y sont attachés et sur lesquels on n'était pas d'accord : fallait-il envisager l'acte sous l'angle extinctif, uniquement? Ou bien ne devait-on pas considérer que l'acquéreur était investi de l'hypothèque de la femme? Etait-ce seulement au droit de suite que celle-ci avait renoncé? Ou bien s'était-elle dépouillée de l'hypothèque elle-même, y compris le droit de préférence?

1989. Principe. — Il résulte de la teneur actuelle de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, que la renonciation consentie par la femme est, en principe, *purement extinctive*; elle libère l'immeuble du droit de suite et elle donne donc la sécurité à l'acquéreur; mais la femme conserve son droit de préférence qui lui permettra de produire dans l'ordre et de venir sur le prix avant les autres créanciers du mari. C'est ce résultat que le texte exprime en disant que la renonciation « *vaut purge* ».

Il ne faudrait cependant pas serrer la comparaison de trop près : la procédure de la purge ne libère pas l'immeuble sur le champ; aussi longtemps que l'acquéreur n'a pas payé son prix ou qu'il ne l'a pas consigné, le droit de suite des créanciers hypothécaires subsiste; il leur permettra, en cas de non-paiement, de poursuivre la revente de l'immeuble par voie de folle enchère ou d'expropriation forcée, non seulement contre l'acquéreur inexact, mais contre un sous-acquéreur; on ne peut donc pas dire que la purge, par elle-même, éteigne le droit de suite. Mais le jour où la femme renonce à son hypothèque, elle ne peut plus du tout s'en prévaloir à l'encontre de l'acquéreur à qui elle n'est plus opposable. A défaut de paiement du prix, elle en sera réduite à une action personnelle, de son chef tout au moins, car elle conserve la ressource d'exercer, au nom du mari, le privilège du vendeur ou l'action en résolution de l'article 1654; la renonciation à l'hypothèque vaut donc plus que purge.

Sous le bénéfice de cette réserve, la comparaison est exacte, et le droit de préférence survit donc ici au droit de suite; ce phénomène se produit exactement au jour où l'acquéreur a un titre opposable aux tiers, c'est-à-dire au jour de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, ou, dans le cas contraire, de la mention faite en marge de la transcription de cet acte (L. 23 mars 1855,

art. 9). Le droit de suite est éteint, ce qui donne tous apaisements à l'acquéreur; mais le droit de préférence subsiste sans limitation de durée, ce qui réserve, dans la mesure du possible les intérêts de la femme (*sup.* n° 1975).

1990. Dérogations. — *Renonciations translatives.* — Mais les parties peuvent déroger à ce principe et donner à l'opération une portée plus étendue, une portée translative; nous savons quel intérêt l'acquéreur peut trouver à le faire (*sup.* n° 1984); elles le font *expressément* ou *tacitement*; et l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, dans sa disposition finale, ajoutée par la loi du 13 février 1889, prévoit précisément un cas de dérogation tacite qui aurait gagné à être présenté dans des termes plus clairs. Dans ce paragraphe, commençant par les mots « *Le concours ou le consentement donné par la femme...* », on suppose que la femme a renoncé à son hypothèque légale, à l'occasion d'une aliénation et au profit de l'acquéreur; en principe, elle ne perd que le droit de suite et elle conserve le droit de préférence; toutefois, ce droit lui-même disparaît et la renonciation devient donc translative si la femme autorise l'acquéreur à verser son prix entre les mains du mari vendeur; et cette autorisation peut elle-même intervenir expressément ou tacitement : elle s'induit du concours de la femme à la quittance délivrée par le mari à l'acheteur. Dans la mesure où ce concours se produit et où le paiement a lieu, l'acquéreur est subrogé à l'hypothèque entière, droit de préférence compris; en conséquence, non seulement il n'a rien à craindre de la femme, déjà désarmée par sa renonciation, mais encore il est mis à l'abri des autres créanciers hypothécaires; car, s'ils avaient la velléité d'exercer leurs droits, qui subsistent d'ailleurs intacts, ils n'y gagneraient rien, primés qu'ils seraient, sur le prix provenant de la vente forcée, par l'acheteur subrogé.

Le texte ajoute que la subrogation ne pourra cependant pas préjudicier, même en pareil cas, « *aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1^er^ du présent article* ». Qu'a voulu dire le législateur? Et a-t-il même voulu dire quelque chose? C'est un point sur lequel s'exerce la subtilité des juristes depuis 1889; sans y insister davantage, nous signalerons que, pour certains, on aurait visé le cas où l'acquéreur, dans sa prudence, aurait voulu se faire subroger dans l'hypothèque de la femme, non plus en tant

qu'acquéreur, mais en tant que créancier à raison de la garantie qui lui est due : il devrait alors se conformer aux règles de forme prescrites par l'article 9, § 1.

§ III. — *CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ ET L'EFFICACITÉ DES CONVENTIONS*

1991. Distinction. — Les conditions requises pour la validité et l'efficacité des conventions qui gravitent autour de l'hypothèque légale de la femme, sont des conditions de *capacité*, de *forme* et de *publicité*.

1992. I. Conditions de capacité. — Sous l'empire du Code civil, la femme, du moins non séparée de corps, ne pouvait céder son hypothèque ou y renoncer, c'est-à-dire faire un acte de disposition immobilière, sans l'autorisation du mari ou de justice; la loi du 18 février 1938 lui ayant conféré « *le plein exercice de sa capacité civile* », on est amené à décider qu'elle peut désormais librement et sans autorisation procéder aux arrangements de ce genre, sous le bénéfice de cette réserve que, si elle est en état de minorité, le mari devra, *en qualité de curateur légitime* (*sup.* t. I, n° 485), lui prester son assistance, au moins s'il est lui-même majeur, car un incapable ne saurait habiliter un autre incapable et lui permettre ainsi d'accomplir valablement un acte auquel il ne pourrait procéder lui-même pour son propre compte; au cas de minorité des deux époux, il semble que le curateur du mari doive exercer aussi la curatelle de la femme et qu'il ait qualité pour l'assister dans les conventions relatives à son hypothèque légale (*sup. ibid.*).

Contre cette possibilité pour l'épouse mineure, dûment assistée, de passer des conventions relatives à son hypothèque légale, on pourrait objecter que l'article 2140 n'admet pas la femme mineure à consentir à la réduction de son hypothèque; mais bien différente est la subrogation ou la renonciation qui sont, en somme, des modes d'utilisation de l'hypothèque et non des abandons purs et simples.

1993. Exception. Femmes dotales. — Il est cependant un cas où une femme ne pourrait pas disposer de son hypothèque : c'est celui où elle serait mariée sous le *régime dotal*, et dans la mesure où cette hypothèque garantit ses *reprises dotales*; sous ce régime, essentiellement protecteur

de ses intérêts, contre son mari et contre elle-même, la femme ne saurait compromettre ni ses créances dotales, ni l'hypothèque qui en garantit le recouvrement : on veut qu'elle recouvre sa dot, quoi qu'il arrive, sous une forme ou sous une autre. C'est à cette réglementation spéciale aux reprises dotales sous le régime dotal que se réfèrent les premiers mots de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 : « *Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer...* »; le décret-loi du 28 février 1852 était plus explicite : « *La femme peut, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, renoncer à son hypothèque* (art. 20).

Ce principe, qui n'est plus contesté depuis longtemps et qui survit à l'abolition de l'incapacité de la femme mariée (l'article 215 § 2, nouvelle rédaction, réserve les restrictions résultant du régime matrimonial des époux), comporte des accommodements qui seront mieux compris et dont l'exposition sera plus facile à l'occasion du régime dotal lui-même : 1° dans les cas où l'aliénation de l'immeuble dotal est possible *en vertu d'un texte de loi* — par exemple s'il s'agit d'établir un enfant — la jurisprudence admet que la femme peut contracter un emprunt en subrogeant le bailleur de fonds dans son hypothèque légale; la solution serait différente si l'aliénation était autorisée par une *clause du contrat de mariage;* cette disposition serait interprétée restrictivement et l'hypothèque de la femme demeurerait indisponible; 2° mais il en irait autrement si le contrat de mariage conférait à la femme dotale la disposition de son hypothèque dans des conditions déterminées ou même absolument : cette clause, qui ne laisserait pas grand chose pour le principe de la dotalité et qui dénaturerait en réalité le régime matrimonial, sortirait cependant son effet.

Même en l'absence de toute clause ou de toute éventualité de ce genre, il faut observer que l'hypothèque de la femme dotale est susceptible de disparaître à raison de la *purge* à laquelle procède l'acquéreur d'un immeuble du mari et qu'elle peut aussi être réduite, même au cours du mariage, dans les termes de l'article 2144.

1994. Pension alimentaire; décret-loi du 14 juin 1938. — La raison qui s'oppose à ce que la femme dotale cède son hypothèque ou y renonce — raison tirée de l'*indisponibilité* des reprises dotales — s'oppose également, semble-t-il, à ce qu'une femme, mariée *sous un régime quelconque*, compromettre son hypothèque dans la mesure où elle garan-

tit le paiement d'une pension alimentaire, dans l'éventualité d'un divorce ou d'une séparation de corps; cette pension est considérée par la jurisprudence comme étant d'ordre public, et, par conséquent, incessible, indisponible; l'hypothèque, qui en garantit le paiement, doit être indisponible dans la même mesure, la femme ne pouvant ni la céder, ni y renoncer, sous une forme et par un procédé quelconques, *au moins à l'avance et alors que la créance est simplement éventuelle*; et telle était bien, en effet, la solution jurisprudentielle (Civ. 12 déc. 1921, *D. P.* 1922, 1, 153, note H. CAPITANT; *S.* 1923, 1, 353, note AUDINET; v. *sup.* t. I, n° 1172; Comp. les notes de M. H. CAPITANT, *D. P.* 1927, 1, 129 et M. BALLEYDIER, *S.* 1927, 1, 345).

Mais un décret-loi du 14 juin 1938 a changé tout cela : estimant qu'il importe avant tout de consolider le crédit du mari en donnant le maximum de sécurité aux créanciers hypothécaires et aux acquéreurs, le Gouvernement, usant des pouvoirs qui lui avaient été conférés par la loi du 13 avril 1938 *tendant au redressement financier*, a décidé que les bailleurs de fonds et les acquéreurs, qui ont bénéficié de « *renonciation, cessions, subrogations ou concours à la vente antérieure à l'inscription* » de l'hypothèque de la femme, ne pourront pas se voir opposer cette sûreté, « *même en tant qu'elle garantirait la pension alimentaire judiciairement allouée à la femme, pour elle ou ses enfants, ou toute autre charge née du mariage...* », mais ceci à une condition : il faut que la femme ait renoncé *expressément* à son hypothèque « *après lecture faite et constatée par l'acte du présent article* » (l'art. 1er du décret-loi; art. 2135 nouv. réd.).

Comme ses congénères, ce décret-loi, rédigé dans un français douteux, est un monument d'imprécision et d'incohérence : l'intention était louable, mais la réalisation est bien défectueuse; après avoir lu le texte, qui s'intègre dans le Code civil, en complément des dispositions de l'article 2135, et en l'absence de travaux préparatoires qui auraient été susceptibles d'en éclairer le sens et la portée — les décrets-lois sont précédés d'un simple rapport, aussi laconique que possible — on est amené à se poser les questions ou à faire les remarques suivantes :

1° Les formalités instituées par le nouveau texte ont-elles une portée générale ou spéciale? En leur absence — et par exemple si la lecture prescrite n'a pas été faite et constatée dans l'acte — l'hypothèque de la femme est-elle opposable, dans toute son ampleur, aux créanciers et aux acquéreurs, comme si la renonciation n'était pas intervenue? Ou bien

la sanction est-elle limitée à la pension alimentaire et aux autres charges nées du mariage, en sorte que la renonciation ou la subrogation, non formalisée dans les termes du décret-loi, vaudrait alors, en conformité du droit jurisprudentiel antérieur et en tant que l'hypothèque de la femme garantissait toutes autres créances que celles-là? Le rapport au président de la République fournit un argument dans ce dernier sens et en faveur de l'interprétation étroite; comment croire, d'ailleurs, que les auteurs du décret-loi aient entendu, sans s'en expliquer, abroger les dispositions législatives antérieures (lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889; *inf.* n^os^ 1997 et suiv.), relatives aux conditions de forme des renonciations ou subrogations? Leur objectif, très limité, était, comme il ressort du rapport au chef de l'Etat, de protéger les bénéficiaires de la renonciation contre la survenance, au profit de la femme et vis-à-vis de son mari, de créances incessibles et intangibles; mais, dans la mesure où l'hypothèque légale garantissait l'exécution de créances ordinaires, sa renonciation demeure soumise au statut antérieur; telle est, du moins, notre impression.

2° Le décret-loi ne vise, afin de les protéger, que les acquéreurs et les *prêteurs* : que décider pour les créanciers hypothécaires qui ne sont pas des bailleurs de fonds? Seront-ils protégés, eux aussi, par la réglementation nouvelle? Ou bien restent-ils en dehors de la réforme? Sur ce point, nous nous rangerions volontiers à l'interprétation extensive, aucune bonne raison n'existant pour établir une discrimination entre les créanciers, d'après l'origine de leurs droits.

3° Au cas d'aliénation d'un immeuble et en tant que le nouveau statut protège les acquéreurs, les auteurs du décret-loi s'en réfèrent au jour de la vente : « *concours à la vente antérieure à l'inscription de cette hypothèque...* »; on pourrait objecter que la vente immobilière, étant sujette à transcription, n'est opposable aux tiers qu'au jour où elle est publiée; sans doute répondrait-on que la question se pose entre parties à la vente à laquelle la femme a concouru, et non pas entre tiers; mais l'anomalie n'en subsiste pas moins : le décret-loi confronte, pour fixer la portée de l'intervention de la femme, une hypothèque *publiée*, avec une vente immobilière *non publiée*.

4° Les conditions de forme, instituées par le décret-loi (renonciation expresse après lecture faite et constatée par l'acte), ne pouvaient être imposées que pour l'avenir; et c'est bien ce qui est inscrit dans le texte; mais on y lit que « *la présente disposition sera applicable aux renonciations, ces-*

sions, subrogations, concours à la vente effectuée, même si ces actes ne contiennent pas la renonciation expresse exigée pour l'avenir ». En conséquence, telle renonciation, qui avait laissé à la femme la possibilité d'utiliser son hypothèque pour la garantie d'une pension alimentaire éventuelle, va se trouver de lui avoir enlevé cette ressource; les effets en sont développés ultérieurement, et par la volonté du législateur qui fait ici échec au principe de la non-rétroactivité des lois, comme il avait d'ailleurs le pouvoir, mais comme il est peu recommandable de le faire.

1995. II. **Conditions de forme.**

A. **Régime du Code civil.** — Sous l'empire du *Code civil*, aucune formalité particulière n'était requise pour les conventions relatives à l'hypothèque de la femme, puisque ces arrangements n'étaient point prévus par la loi; en fait, ils trouvaient place, presque toujours, dans un acte authentique qui était soit l'acte de constitution d'hypothèque, (lequel est obligatoirement passé devant notaire), soit l'acte de vente (lequel, en matière immobilière, est le plus souvent, lui aussi, notarié).

1996. B. **Loi du 23 mars 1855.** — Cependant, des difficultés s'étaient présentées dans la pratique touchant les conditions de forme auxquelles les conventions de ce genre étaient assujetties, et c'est pour y mettre fin qu'intervint l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 qui exige, pour la cession ou pour la renonciation de la femme à son hypothèque légale, un *acte authentique*, c'est-à-dire pratiquement, un *acte notarié*, ou bien un *jugement*, ou encore, au cas de faillite, le procès-verbal d'une réunion de créanciers, dressé par le juge-commissaire. Cette exigence de la loi se justifie, pour les conventions relatives à l'hypothèque de la femme, à peu près comme s'explique, pour le contrat hypothécaire, la nécessité de la forme notariée; l'intervention du notaire ou du juge est une garantie à la fois pour la femme dont l'attention est éveillée par des formes solennelles et pour les tiers qui sont ainsi mis à l'abri de fraudes, de collusions. Aussi faut-il décider que, si l'acte est passé sous seing privé, la convention est radicalement nulle ou même inexistante : *forma dat esse rei*; l'inefficacité peut donc en être invoquée par tous intéressés, soit par la femme elle-même et bien qu'on l'ait contesté (Req. 22 nov. 1880, *D. P.* 1881, 1, 58), soit par un subrogé postérieur ou même par un simple créancier chirographaire (Req. 14 déc. 1858, *D. P.* 1859, 1, 150).

1997. C. La loi du 13 février 1889. — L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 paraissait avoir tranché toutes les difficultés; cependant, il en souleva une nouvelle : on se demanda si le texte visait toutes les conventions sur l'hypothèque de la femme ou bien seulement les conventions translatives, et on soutint que la femme pouvait, sans l'intervention d'un officier public, renoncer à se prévaloir de son hypothèque à l'encontre de telle personne, notamment d'un acquéreur; en fait, de nombreuses renonciations intervinrent sous seing privé, lorsque l'arrêt précité du 22 novembre 1880 en proclama la nullité et exigea, dans tous les cas, la forme authentique. C'est pour mettre fin à ces incertitudes et à ces pratiques irrégulières, que le législateur du 13 février 1889 décida que « *dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un acte authentique* » (§ 2 de l'art. unique de cette loi). Cette formule impérative clôt la discussion; le régime qu'elle institue veut être protecteur des intérêts de la femme et de ceux des tiers; mais il l'est aussi et surtout de ceux des notaires dont l'intervention devient obligatoire dans tous les cas, même lorsque l'immeuble vendu et sur lequel la femme renonce à son hypothèque n'a qu'une valeur de quelques centaines de francs. Il est d'ailleurs à remarquer que le régime institué par la loi de 1889 est dérogatoire au droit commun : un créancier hypothécaire ordinaire peut renoncer à son droit en concourant à l'acte de vente passé, sous seing privé, par le débiteur; c'est seulement si ce créancier est une femme mariée que l'acte de vente doit être notarié, ou, du moins, authentique.

Quoi qu'il en soit, aucun doute ne subsiste plus, depuis 1889, sur les conditions de forme : ce sont toutes les conventions, translatives ou extinctives, qui sont soumises à la forme authentique, et sans distinguer selon qu'elles sont contemporaines de l'acte constitutif d'hypothèque ou de la vente, ou bien qu'elles interviennent par la suite.

1998. Contenu de l'acte authentique. — Que doit-on trouver dans l'acte authentique? Il est un cadre : qu'y mettra-t-on au juste?

La loi n'exige pas que la volonté de la femme s'exprime en termes sacramentels; il suffit que son intention de céder son hypothèque ou d'y renoncer soit clairement énoncée; et même cette intention peut se manifester, non seulement en termes exprès, mais aussi tacitement.

Cependant, et si les parties veulent que la convention enlève à la femme la faculté d'utiliser son hypothèque, même pour la garantie des créances incessibles et intangibles qu'elle pourrait acquérir éventuellement contre son mari (pension alimentaire notamment), on devra trouver dans l'acte mention de la renonciation *expresse* de la femme, ainsi que de la lecture de l'article 2135 (art. 2135, nouv. réd. de 1938; *sup.* n° 1994).

1999. Subrogation ou renonciation tacites. — L'abandon peut revêtir une forme tacite soit qu'il intervienne au profit d'un créancier hypothécaire, soit que la femme le consente au profit d'un acquéreur.

A notre avis, cette forme tacite subsiste malgré la réforme opérée par le décret-loi du 14 juin 1938 qui exige une renonciation *expresse*; sur la portée limitée, à notre avis, de cette réforme, v. *sup.* n° 1994.

A. **Subrogation tacite au profit d'un créancier hypothécaire.** — Elle s'induit de toute circonstance impliquant chez la femme la volonté de la consentir.

1° Le mari emprunte une somme d'argent en hypothéquant un de ses immeubles; la femme concourt à l'acte constitutif de l'hypothèque; elle donne sa signature. Son attitude ne peut s'expliquer que par le désir de renoncer à son hypothèque au profit du créancier, car le mari n'avait que faire de son consentement pour hypothéquer un de ses propres immeubles;

2° La femme, tout en restant étrangère au contrat hypothécaire, s'engage avec son mari, solidairement ou conjointement, envers le créancier hypothécaire; on admet qu'elle renonce par cela même à son hypothèque ou, du moins, à l'antériorité de son rang (Caen, 3 mai 1852, *D. P.* 1854, 2, 20). Cependant, il en irait différemment si son intervention pouvait s'expliquer par d'autres raisons (Req. 30 juin 1856, *D. P.* 1857, 1, 93); d'autre part, la présomption de renonciation cesserait également si le créancier du mari était simplement chirographaire; il aurait deux débiteurs au lieu d'un, mais rien de plus; la femme conserverait tout le bénéfice de son hypothèque légale (Civ. 14 mars 1865, *D. P.* 1865, 1, 129).

Il est rappelé que la renonciation au profit d'un créancier est présumée translative, investitive, conformément à l'intention probable des parties et sauf clause contraire (*sup.* n^{os} 1983, 1986, 1989).

2000. B. **Subrogation tacite au profit d'un acquéreur.** — Tandis que, sous l'empire du Code civil et, plus tard, sous celui de la loi de 1855, la question de savoir si la femme, en concourrant à l'acte d'aliénation, avait eu l'intention de renoncer à utiliser son hypothèque à l'encontre de l'acquéreur, était une *question de fait*, abandonnée aux lumières du juge, le législateur de 1889, en vue d'éviter des incertitudes, dangereuses pour la femme, en a fait, dans une large mesure, une *question de droit* : il a précisé les conditions dans lesquelles la participation de la femme à l'acte devait se présenter pour qu'elle entraînât renonciation à son hypothèque : « *En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution du mari* ».

Deux cas de renonciation tacite sont prévus par ce texte :

1° La femme stipule comme *covenderesse*, d'une façon plus générale — car il ne s'agit pas toujours d'une vente — comme *coaliénateur* (V. pour le cas de donation, Req. 9 fév. 1859, *D. P.* 1859, 1, 460). Sur la forme que peut revêtir le concours de la femme à l'acte de vente, voy. Nancy, 26 fév. 1910 (*S.* 1912, 2, 313, note L. Hugueney) ;

2° La femme s'est portée *garante* ou *caution* du mari.

En dehors de ces deux éventualités, il n'y a pas de place pour une renonciation présumée qui ne s'induirait donc pas d'une simple signature apposée par la femme au bas de l'acte.

De plus, et même dans les deux cas prévus par la loi de 1889, la renonciation de la femme ne s'induit pas fatalement des circonstances prévues; la formule laisse au juge une liberté d'appréciation; tout ce qu'on lui interdit, c'est d'admettre la renonciation tacite en l'absence de ces circonstances; lorsqu'elles existent, il apprécie.

2001. Rappel. — Lorsqu'il y a renonciation, expresse ou tacite, au profit de l'acquéreur, on sait que la femme s'engage simplement à ne pas inquiéter celui-ci qui est mis à l'abri du droit de suite; mais elle conserve son droit de préférence; sauf clause contraire, la renonciation est simplement extinctive (*sup.* n° 1989).

2002. III. **Formalités de publicité.** — Le public est intéressé à avoir connaissance des subrogations ou des cessions consenties par la femme; les subrogés eux-mêmes

veulent être renseignés à ce sujet, car la femme peut consentir plusieurs subrogations successives, et le second subrogé sera alors primé par le premier.

Code civil. — Or, la loi ne fournissait aux tiers, jusqu'en 1856, aucun moyen d'être renseignés : en l'absence de disposition spéciale, on considérait que l'hypothèque légale bénéficiait, sur la tête du subrogé, de la dispense de publicité établie en faveur de la femme, ce qui semblait rationnel puisque la subrogation se ramène à une substitution de titulaire de cette hypothèque, mais ce qui l'était moins si l'on songe que la dispense d'inscription dont bénéficie la femme et qui se justifiait par l'incapacité de celle-ci, qui s'explique, aujourd'hui encore, par son état de dépendance (*sup.* n° 1841), ne repose plus, pour ce qui est du subrogé, majeur et capable, sur aucun fondement sérieux. Les résultats pratiques de ce régime de clandestinité étaient d'ailleurs fâcheux, la femme pouvant tromper les subrogés en multipliant, à leur insu, les subrogations; elle subissait elle-même le contrecoup de cette inorganisation; son crédit était entamé à raison de l'incertitude quant à l'efficacité des sûretés par elle offertes aux créanciers.

Loi du 23 mars 1855. — Aussi fut-ce dans son intérêt comme dans celui des subrogés que le législateur de 1855 soumit les subrogations à un régime de publicité; aux termes de l'article 9, § 1, de la loi du 23 mars 1855, les cessionnaires ne sont saisis de l'hypothèque « *à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante* »; à quoi le même texte ajoute, dans un deuxième alinéa, que « *les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme* ». La subrogation à l'hypothèque est donc traitée, quant à la publicité, ainsi que l'acte constitutif d'une hypothèque.

2003. Loi du 13 février 1889. — La loi de 1855 laissait une question dans l'obscurité : on se demandait quel régime de publicité était applicable à la renonciation consentie par la femme au profit d'un acquéreur; la loi du 13 février 1889 est venue combler cette lacune, en soulevant d'ailleurs d'autres difficultés; mais, désormais, le système était complet et cohérent; pour en exposer le mécanisme,

il faut distinguer selon que le bénéficiaire de la convention est un créancier ou un acquéreur.

A. **Subrogation consentie au profit d'un créancier, du mari ou de la femme.** — L'éventualité se subdivise suivant que l'hypothèque de la femme était ou non inscrite antérieurement à la cession.

1° Si l'hypothèque de la femme *était précédemment inscrite, le subrogé* peut bien requérir l'inscription à son profit, mais il n'y est pas obligé; il lui suffit de révéler la subrogation au moyen d'une mention en marge de l'inscription préexistante (art. 9, § 1, l. du 23 mars 1855). Cette mention marginale n'est que l'accessoire de l'inscription de l'hypothèque et elle en suit les destinées; elle est donc nulle ou elle tombe si l'inscription à laquelle elle se rattache est elle-même nulle ou se périme; elle n'a pas la valeur d'une inscription de renouvellement, mais elle a ceci de commun avec une telle inscription qu'elle n'est pas astreinte à toutes les mentions exigées pour l'inscription initiale; il suffit qu'on y trouve les indications nécessaires pour aviser les tiers de la subrogation : nom, prénoms, domicile du subrogé; date et nature de la subrogation, montant de la créance en garantie de laquelle l'opération est intervenue;

2° *L'hypothèque de la femme n'était pas inscrite antérieurement à la subrogation.* — Le subrogé doit alors requérir l'inscription à son profit (L. 23 mars 1855, art. 9, § 1). Cette inscription obéit aux deux principes suivants qui en fixent le statut :

a) C'est l'hypothèque même de la femme qui est inscrite. En conséquence, et à raison de la généralité de cette sûreté, il n'est pas nécessaire d'indiquer les immeubles grevés, à moins cependant que la subrogation n'ait été limitée à certains biens déterminés; et on n'a pas davantage à prévoir le montant des créances de la femme qui demeurent indéterminées pendant la durée du mariage et jusqu'à la séparation de biens (*sup.* n° 1986);

b) C'est au profit du subrogé que l'inscription est prise; en conséquence :

1° Le bordereau d'inscription doit faire mention de la subrogation;

2° On doit y trouver également le montant de la créance du subrogé; si ce montant est indéterminé, il faudra procéder à une évaluation;

3° L'inscription garantit les *intérêts de la créance du*

subrogé dans les termes de l'article 2151 (Civ. 27 janv. 1885, *D. P.* 1885, 1, 373);

4° L'inscription prise par le subrogé ne profite pas à la femme; si un événement survient qui fasse cesser la dispense de publicité (décès, divorce, purge), la femme ne peut pas alléguer que son hypothèque était déjà inscrite par les soins du subrogé; elle ne l'a été par celui-ci qu'en son nom personnel et à son profit (Civ. 21 juill. 1863, *D. P.* 1863, 1, 339) : il n'en serait autrement que si le subrogé avait pris l'inscription au nom de la femme en même temps qu'en son nom personnel : elle profiterait alors à tous deux (Req. 9 déc. 1872, *D. P.* 1873, 1, 339);

5° L'inscription est sujette à *renouvellement*; elle se *périme* par dix ans (Caen, 18 déc. 1878, *D. P.* 1879, 2, 241).

Tel est le système de la loi de 1855 pour la publicité des subrogations consenties à des créanciers : ces opérations sont opposables aux tiers au jour de l'inscription ou de la mention en marge; s'il y a plusieurs subrogés, le rang est déterminé par les dates auxquelles ces formalités ont été accomplies.

2004. B. **Subrogation consentie au profit d'un acquéreur.** — La publicité en est réglée par la loi du 13 février 1889 : de deux choses l'une, ou bien la renonciation à l'hypothèque figure dans l'acte d'aliénation, et alors la *transcription* de cet acte suffit à rendre la subrogation opposable aux tiers; ou bien elle est consentie par acte distinct et postérieur, et en ce cas une *mention* doit figurer en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. On le voit, en toute occurrence, c'est la transcription qui constitue le pivot du système : elle vaut inscription; l'acquéreur n'a pas besoin de prendre une inscription véritable.

2005. Difficultés. — Ce système a suscité des difficultés, deux notamment :

1° Est-il applicable à toutes les renonciations? Il l'est certainement aux renonciations simplement extinctives; l'est-il également aux renonciations translatives? Est-il admissible que l'acquéreur soit investi de l'hypothèque de la femme et qu'il puisse s'en prévaloir à l'encontre des tiers, notamment des créanciers ayant hypothèque sur le même immeuble, indépendamment de toute inscription et du moment qu'il a transcrit? On résout ordinairement cette question dans le sens de l'affirmative; le législateur de 1889 ne distingue pas entre deux sortes de renonciations, extinctive ou translative;

à cet égard, son système est un. Les créanciers hypothécaires ne peuvent pas se plaindre; ils sont informés par la transcription; déjà cette transcription vaut inscription pour le privilège du vendeur d'immeuble (*sup.* n° 1793); il n'est pas surprenant qu'elle ait la même vertu pour la renonciation à l'hypothèque de la femme;

2° Une autre difficulté est provoquée par la disposition finale du texte qui prévoit et veut résoudre un conflit entre l'acquéreur de l'immeuble et les subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles que celui-là; ce conflit semble bien irréalisable; pour le réaliser, on a fait beaucoup de suppositions et on s'est mis en frais d'imagination; aucune des explications proposées n'est satisfaisante; la plus plausible est celle qui voit dans cette disposition une erreur ou une distraction du législateur.

ADDENDUM

Loi du 28 juin 1938 relative aux immeubles divisés par appartements ; privilèges ; indemnités représentatives de l'immeuble détruit ; droit collectif. — Une loi du 28 juin 1938, *tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, a institué un privilège spécial au profit du syndicat des copropriétaires, pour la garantie des avances consenties par ce groupement pour le compte du copropriétaire qui aurait négligé d'acquitter sa part contributive et proportionnelle dans les charges de l'immeuble.

Ce privilège a été étudié *supra* n° 1760*bis*.

Mais la loi nouvelle, qui est intéressante, contient d'autres innovations dont certaines seront fécondes.

1° Elle crée un autre privilège, pour le cas exceptionnel de destruction de l'immeuble, *par incendie ou autrement;* l'article 12 décide qu'en pareille éventualité et si le syndicat des copropriétaires décide la reconstruction, « ... *les indemnités représentatives de l'immeuble détruit seraient, sous réserve des droits des créanciers inscrits, affectés par privilège à la reconstruction* ».

2° On notera qu'à cette occasion, la loi de 1938 considère que les indemnités dues à la suite de la destruction de l'immeuble, sont *représentatives de ce dernier;* cette formule, qui est générale, vaut évidemment pour toutes les indemnités, qu'elles soient d'assurance ou de responsabilité. Du coup, le concept de la *subrogation réelle* marque un point, tandis que la thèse dominante — et fausse — d'après laquelle l'indemnité d'assurance serait représentative, non de l'immeuble, mais des primes versées par le souscripteur, subit un recul bien mérité (*sup.* n^{os} 1380*n* et 1969).

3° La situation juridique aménagée par la loi nouvelle, pour les immeubles divisés par appartements, est essentiellement collective, et, de plus, c'est une situation vraiment organisée.

En l'absence de règlements contraires, les copropriétai-

res se trouvent, *obligatoirement et de plein droit*, groupés en un syndicat, représentant légal de la collectivité et pourvu, dans la personne du syndic, d'un agent officiel (art. 7).

De plus — et toujours en l'absence d'un règlement contraire, car cette loi a le grand mérite d'être respectueuse de la liberté et de l'autonomie contractuelles — ce syndicat rend des décisions qui sont obligatoires, pourvu qu'elles aient été prises à la majorité des voix de tous les intéressés dûment convoqués, chacun d'eux disposant d'un nombre de voix proportionnel à l'importance de ses droits dans l'immeuble; notamment, et comme on l'a vu, ce groupement a qualité, lorsque l'immeuble vient à être détruit, pour décider s'il y a lieu de le reconstruire.

En outre, il est qualifié pour établir un règlement de copropriété, lequel sera obligatoire, à la condition d'avoir été adopté par une double majorité comprenant plus de la moitié des copropriétaires et les trois quarts au moins des voix (art. 9).

L'esprit de la réforme est donc nettement collectif : la majorité des copropriétaires est à même d'imposer sa loi à la minorité; et il faut bien convenir que c'est à ce seul prix que pouvait être organisée une situation qui, abandonnée aux fantaisies de chacun, deviendrait inévitablement anarchique : la loi de 1938 porte la condamnation du déplorable régime d'indivision du droit romain et fournit une contribution importante à l'œuvre d'organisation rationnelle de la copropriété.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage; les chiffres en caractères gras se réfèrent aux parties du livre dans lesquelles le sujet est traité avec quelque étendue.

Abus des droits, 405, 417, **428**; voies d'exécution, 658; clauses de non-responsabilité, 624; action paulienne, 687; cession de créance, 821; paiement, 845; imputation des paiements, 875; renouvellement des baux, 1234; contrat de travail, 1284; mandat 1424, 1425; hypothèques, 1883*bis*; — de jouissance : du preneur, 1196; du gagiste, 1541.

Acceptation, dans les contrats, **42**; dans la cession de créance, **819**.

Accidents du travail, 557, 637, **1276**; hypothèque judiciaire, 1704; privilège, 1277, 1557.

Acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, hypothèque de la femme, 1988.

Actes d'administration, 261; vente à réméré, 1163; — conservatoires, 675, 740; — d'exécution, 656; — illicites, **406**; — juridiques, 13; à titre gratuit et à titre onéreux, **27**; cause, 147*bis*; action paulienne, 691; — à formation unilatérale, 304, **395**; — instrumentaires, **161**; authentiques, **165**, **180**, 197; privés, **165**, **170**; notariés, **165**; confirmatifs, 163; primordiaux, 163; récognitifs, 163, 986; signés, 162; — de juridiction gracieuse, hypothèque judiciaire, 1702.

Action, directe, 303, 308, 579; du bailleur, 1226; des ouvriers, 1294; par opposition à action indirecte, **673**, 1601;— indirecte ou oblique, **660**; — en responsabilité délictuelle, **466**; — en répétition, **840**, 1386; — *de in rem verso*, **559**; — paulienne, **675**, promesse de vente, 672; — en déclaration de simulation, **706**; — en garantie d'éviction dans la vente, 1095; — estimatoire, 1120; — rédhibitoire, 1120; — en résolution de la vente, **1137**, 1148, 1151, 1152.

Action, en nullité ou en rescision, **335**.

Adhésion, contrats d' —, 32; 241; 400.

Adjudication, sur saisie immobilière, 1819, 1914, 1976; — des biens du failli, 1914; — sur surenchère, 1914.

Aéronefs, 454, 457; hypothèque, 1664, 1885, 1911, 1971.

Affectio societatis, 1323.

Agence matrimoniale, 122, 135.

Aliénations qui valent purge, **1913**.

Aliénés, capacité délictuelle, 457.

Améliorations, hypothèque, 1857, 1945.

Aménagement des dettes hypothécaires, 1855*bis*.

Amendes, 641, 1258, 1265, 1274.

Anatocisme, 646*bis*.

Animaux, responsabilité du fait des —, **515**.

Annulation, des contrats, **335**; — d'une inscription, 1800; — d'une

radiation d'inscription, 1821; obligation naturelle, 713.
Antichrèse, **1624**; — et gage, 1630; — et hypothèque, 1627.
Apparence, propriété, 261, 1047; paiement, 850; prête-nom, 1437; hypothèque, 1690; préposé, 512.
Appauvrissement, enrichissement sans cause, 571.
Approuvé, 177.
Architecte, responsabilité, 1297*bis*; privilège, **1761**.
Arrêt du cours des inscriptions, **1826**, 1889.
Arrhes, 1067.
Artisans, responsabilité, 506.
Ascenseur, responsabilité, 536.
Associations syndicales, 35.
Assurances, 274, 292, 294, 295, **1380***a* et suiv., 1969; — de choses, **1380***m*; — de personnes, **1380***p*; — sur la vie, **1380***q*; — de responsabilité, **1380***l*, 481; — sociales, 1273, 1555; — du risque locatif, 1211; privilège, 1604; action directe, 673, **1380***u*.
Astreintes, **594**.
Attribution du gage au créancier gagiste, 1538.
Aubergistes, responsabilité, 636*bis*, 1371.
Automobiles, accident, responsabilité, 541; privilège, 1609*bis*.
Autonomie de la volonté, 149, 238, 402.
Autorité de la chose jugée, **227**, solidarité, 768.
Avant-contrats, 20.
Avis de parents, 1729.

Bail — de longue durée, 1863; — de chasse, 1242; — à colonat partiaire, 1245; — à cheptel, 1251; — à ferme, 1180, 1188, 1217, 1233; — à loyer, 1180, 1188, 1216; — commercial, 1224, 1234, 1575; — à nourriture, 1394; — rural; 1577, 1667; — de locaux affectés à des hôtels, 1576, 1669; réméré, 1163. V. *Louage de choses*.
Bateaux de navigation intérieure, hypothèque, 1664, 1885, 1911.
Bénéfice d'inventaire, action en résolution, 1150; prescription, 989; purge, 1919; subrogation, 886; — de cession d'actions, 1490, 1499, 1500, 1900; — de discussion, caution, 1486, 1487; hypothèques, **1896**; privilèges généraux, 1633; — de division, 1486; arrêt du cours des inscriptions, 1829 .
Bicyclettes, accident, responsabilité, 543.
Bien de famille, réméré, 1157.
Biens insaisissables, 658, 942; gage, 1517; — inaliénables : vente, 1017; gage, 1517; — susceptibles d'hypothèques, **1650**.
Blanc seing, 171.
Bon pour, **177**.
Bonne foi, enrichissement sans cause, 578; paiement de l'indû, 840.
Bordereaux d'inscription, 1798.
Brevet, acte notarié, 169, 195, 955.

Camion-bazar, vente, 1010*bis*.
Capacité, contractuelle, 111; délictuelle, 455; enrichissement sans cause, 578; obligations légales, 580; actes conservatoires, 655; paiement, 843; novation, 911; vente, 1028; louage de choses, 1184; contrat de travail, 1267, mandat, 1408; transaction, 1453; contrat hypothécaire, 1691; délaissement, 1905; réquisition de mise aux enchères, 1932; subrogation à l'hypothèque légale de la femme, 1992.
Cas de force majeure, V. *Force majeure*.
Cas fortuit, 451, 614, 1203, 1372.
Casinos, jeu, 1382.
Cause, 126; — du Code civil, **128**; — impulsive et déterminante, **142**; absence de —, 132; fausse —, 133; — putative, 133; — simulée, 133; — illicite, 134; preuve de la —, 137; — étrangère libératoire, 612; enrichissement sans —, **559**, 572.

Caution, **1479**; — et porte-fort, 268; compensation, 936; remise de dette, 958; — conventionnelle, 1482, 1484; — légale, 1482; — judiciaire, 1482, 1488; solvabilité, 1483; — solidaire, 1499; — réelle, 1519, 1697, 1887, 1898, 1905, 1918, 1950, 1951; — tacite reconduction, 1235. — V. *Bénéfices*.
Cautionnement, **1479**; — solidaire, 1499; — en numéraire, 1517.
Cercles, jeu, 1382.
Certificateur de caution, 1478, 1488.
Cession, de créance, **805**; effets, 807; conditions requises, 817; abus du droit, 821; — et subrogation, 899; — de dettes, **827**; — de droits successifs, 1165, 1757; — de bail, 1221, **1222**, 1249; — de loyers, 823, 1864; — de clientèle médicale, 122; — de priorité, hypothèque de la femme, 1983.
Charge, 743*bis*.
Cheptel, **1251**; — simple, 1253; — à moitié, 1254; — de fer, 1256; contrat improprement appelé —, 1257.
Chèque, 852, 910
Chirurgien, responsabilité, 427, 490, 512*bis*.
Chose jugée, présomption de vérité, **227**; solidarité, 768.
Choses futures, 117, 1015; — hors du commerce, 119; — susceptibles d'être vendues, 1017; d'être louées, 1185; d'être hypothéquées, **1650**; — dangereuses, 538; — fongibles, compensation, 940; — d'autrui, 124; vente, **1040**; hypothèque, **1685**; responsabilité du fait des —, **514**; du fait des — inanimées, **535**.
Circonstances exonératoires, bail, 1203.
Classement des privilèges mobiliers, 1610.
Clause à ordre, 825.
Clauses en matière de garantie, 1117; — restrictives de la liberté de sous-louer, 1230; — dans le contrat de travail, 1268; — de voie parée, 1540; —-or et valeur-or, 858; — de style, 16, 433; — restrictives de la liberté du travail, 122; — d'accroissement entre coacquéreurs, 30; — en matière de prescription, 990.
Clauses pénales, en général, **641**; — et stipulation par autrui, 286, 748.
Clauses de non-responsabilité délictuelle, **474**, 520, 546; — contractuelle, **622**, 1305.
Clientèle médicale, cession, 122.
Codébiteur. V. *Solidarité, Indivisibilité*. — non intéressé à la dette, 1500.
Coffres-forts, location, 1179, 1378*bis*.
Collisions entre véhicules, 550.
Commencement de preuve par écrit, 214.
Commodat, 1343.
Commune renommée, 198.
Compensation, 930, 1466; — conventionnelle, 944; — judiciaire, 944; renonciation à la —, 936.
Compétence, délits, 463; fournitures, etc., 1007*bis*; assurances, 1380*k*.
Compte-courant, anatocisme, 646*quater*; hypothèque, art. 2151, 1808.
Concordat, obligation naturelle, 713.
Concubine, 424, 1196.
Condition, suspensive, **738**; — et cause, 739; — impossible, illicite, 739; novation, 908.
Confirmation, des contrats, **343**; — — expresse, 347; — tacite, 348; — présumée, 349.
Confusion, 945.
Congé, contrat de travail, 1280.
Consentement, dans les contrats, **41**; vices du —, **55**.
Conservateur des hypothèques, 1785, 1801, 1855*bis*.
Consilium fraudis, 687.
Constitution de rente, perpétuelle, 1353; viagère, 1387; — du gage, **1515**; des hypothèques, **1670**.
Constructions élevées par le preneur, 1213.
Contenance de la chose vendue, 1086.
Contrainte, **79**; — par corps, **587**;

— administrative, hypothèque judiciaire, 1706.
Contra non valentem agere..., 1005.
Contrat pignoratif, 1156; — de travail, **1258**; sa nature, 1260; responsabilité, 486; formation, 1263; clauses, 1268; preuve, 1270; exécution, 1273; cessation, **1278**; résiliation, **1279**; — d'entreprise, V. *Entreprise*; — hypothécaire, **1671**.
Contrats : généralités, 9; classification, **18**; avant —, 20; — synallagmatiques et unilatéraux, **21**; à titre onéreux et à titre gratuit, **27**, 147*bis*, 1346, 1362; de gré à gré, 32; — d'adhésion, 32, 241; — individuels, collectifs, 34, 267, 279; — commutatifs, 30; — aléatoires, 30, **1379**; — successifs, 391, 33*bis*, 242, 1181; — consensuels, 37; — formels, 37, 151; — solennels, 38, 151; — réels, 38, 153, 1291, 1344, 1361, 1521, 1523; — entre présents, 50; — entre absents, 51; — par correspondance, 51; — judiciaires, 155; consentement dans les —, **41**; forme des —, **149**; preuve des —, **156**; interprétation **258**; dénaturation, 242; effets des —, **243**; relativité des —, **252**; — simulés, **319**; — annulables, **335**; — rescindables, **335**; dissolution des —, **333**; résolution, **365**; résiliation, 394.
Contre-lettres, 319.
Contribution à la dette, solidarité, 776.
Convention, en général, **13**; — collective de travail, 34, 36, 261, 264, 274, 279, **1259**.
Conventions sur l'hypothèque légale de la femme, **1979**.
Copropriétaires, hypothèque de la chose d'autrui, 1688; immeubles divisés par appartements, 1760*bis*, *addendum*.
Corps certains, 115.
Cours des inscriptions; arrêt du —, **1826**, 1889.
Cours forcé, 857.
Courtage matrimonial, 122, 135.
Crainte révérentielle, 85.
Créanciers, chirographaires en général, **722**; effets des contrats, 255; action en responsabilité délictuelle, 466; — à terme, 669, 695; — conditionnels, 669 695; — apparents, 850.
Crédit foncier, opérations, 1641; inscription des hypothèques, 1816; purge, 1915.
Cumul de responsabilité, 444; — de responsabilité délictuelle et de responsabilité contractuelle, 486.

Damnum emergens, 626.
Date, certaine, actes authentiques, 182, actes privés, 186; action paulienne, 696; loyers, 1574; subrogation, 890.
Dation en paiement, 925; privilège du vendeur d'immeuble, 1748; extinction des hypothèques, 1955.
Décès du mari ou de la femme, hypothèque légale, 1849; — d'un contractant, 393, 740, 1339, 1426; — du débiteur, arrêt des inscriptions, **1829**.
Déchéance du terme, **730**.
Déclaration de command, 1060.
Déconfiture, terme, 732; rente perpétuelle, 1357; mandat, 1427; caution, 1495; privilège du vendeur de meubles, 1595; subrogation à l'hypothèque de la femme, 1986.
Défaut d'entretien, 525.
Délai de grâce, 382, 389, 722; — du réméré, 1157; — congé, 1280.
Délais préfix, **1002**, 1157.
Délaissement, 1903.
Délégation, **917**.
Délits, 406; civils et pénaux, 410; nommés ou innommés, 410*bis*; capacité, 455; sanctions, 473; solidarité, 785.
Délivrance de la chose vendue, 1084.
Demeure, **618**, 646, 670. V. aussi *Mise en demeure*.
Dénaturation des contrats, 242.
Denrées, compensation, 941, résolution de la vente, 1128.

Dépens, distraction des —, 673.
Dépôt, 943, **1359**; ordinaire, **1360**; nécessaire, 1369, hôtelier, 1371; irrégulier, 1378; nécessaire, preuve, 212.
Dessaisissement dans le gage, 1520.
Détériorations, hypothèques, 1944.
Dette de genre, 115.
Dette foncière, 1644.
Devoir de rétention, 1211, 1606.
Diminution des sûretés, terme, 734.
Dirigisme contractuel, 15*bis*, **402**.
Dissolution des contrats, **333**.
Distraction des dépens, 673.
Divorce, inscription de l'hypothèque de la femme, 1849.
Dol, **92**; déterminant, 95; interne, 96; preuve du —, 97; — négatif, 98; sanction du —, 99; dol délictuel, 427; — contractuel, 632; clause pénale, 643.
Dommage, responsabilité délictuelle, **439**; — actuel ou futur, 439, 631; — direct ou indirect, 440, **630**; — matériel ou moral, 441, 628; — tenant au dol ou à la faute simple, 427, 632; — prévu ou imprévu, 633; — dans la responsabilité en général, **608**.
Dommages de guerre, 1972.
Dommages-intérêts, **602**; — satisfactoires, 443; — compensatoires, 603; — moratoires, 603; évaluation des —, **625**; obligations de sommes d'argent, **638**; solidarité passive, 767; vices cachés, 1120, 1121; cession de créance, 811; vente de la chose d'autrui, 1046*bis*, 1115; éviction de l'acheteur, 1112, 1113.
Donation, cause, 129; —— avec charges, cause, 130; stipulation pour autrui, 274, 294; privilège du vendeur d'immeuble, 1749.
Dons rémunératoires, 718.
Double, formalité du —, **173**.
Droit, *direct*, dans la stipulation pour autrui, 303, 308; — de révocation, 311; — réel de gage, **1532**; — de gage général, **647**; — *de suite*, du bailleur d'immeuble, 1581; des créanciers hypothécaires, **1884**; des séparatistes, 1767; — de préférence des créanciers hypothécaires, 1868; — de disposition des marchandises transportées, 1310; — de reprise, 1224, 1234*bis*; — de rétention, en général, **1465**; dans la vente, 1090, 1134, 1472; dans le réméré, 1158, 1472; dans le transport, 1306; dans le commodat, 1347, 1474; dans le mandat, 1416, 1474; dans la gestion d'affaires, 147, 447; dans le louage d'immeuble, 1191*bis*, 1472; dans le dépôt, 1472; dans le rapport, 1472; possesseur d'un meuble, 1472; tiers détenteur, 1475; possesseur, 1475; gage, 1539; antichrèse, 1628; hypothèque, 1946; — de revendication du bailleur d'immeuble, 1581; du vendeur de meubles, 1597; — moral d'un auteur sur son œuvre, 433.
Droits exclusivement attachés à la personne, 313, 667; — relatifs, 428, 433; — absolus, 435; — fiscaux, vente, 1131; vente à réméré, 1163; — délaissement, 1904; — réels ou personnels, droit du preneur, 1219; droit de rétention, 1470; privilèges, 1544; antichrèse, 1628; hypothèque, 1635.

Echange, 1170; avec soulte, 1174, 1748.
Echéance du terme, 729.
Ecrit, formation des contrats, 152*bis*.
Effet légal de l'hypothèque, **1818**.
Effets des hypothèques en général, **1856**; — des contrats, *inter partes*, **246**; à l'égard de tiers, **250**.
Enfants, capacité délictuelle, 457; émancipés, 504.
Enregistrement, actes notariés, 167; date certaine, 186; sociétés, 1332.
Enrichissement sans cause, **559**; — et responsabilité délictuelle, 565; — et gestion d'affaires, 1450.
Entiercement, 1519.
Entreprise, **1287**; formation, 1290; effets, 1292; dissolution, 1307;

— de construction, 1293; — de transport, 1287, 1303; différenciation avec des opérations voisines, 1311.

Entretien : défaut d'—, 525.

Erreur dans les contrats en général, **57**; — obstacle, 61; — nullité, 63; — indifférente, 65; — sur la substance, 68; — sur la personne, **74**; dans la vente, 1040; — partagée, 72; paiement de l'indû, 839.

Etablissement d'un enfant, obligation naturelle, 714.

Etablissements de prévoyance, privilège, 1555.

Eviction, dans la vente, **1093**, 1102; partielle, 1103, 1113.

Evaluation, de l'enrichissement sans cause, 577; — des dommages-intérêts; évaluation judiciaire, **626**; légale, **637**; conventionnelle, **641**.

Eventus damni, 685.

Exception de chose jugée, **230**; — de cession d'actions, 1490, 1499, 1500, 1900; — *non adimpleti contractus*, 23, 1090, 1134, 1191*bis*, 1237, **1465**; — de garantie, 1095, 1895; — de jeu, 1383; — dilatoire, 798.

Exécuteur testamentaire, solidarité, 782.

Exécution des obligations de donner, 586; — des obligations de faire ou de ne pas faire, 589; — en nature, **584**; — sous forme d'équivalent, **602**.

Expropriation pour cause d'utilité publique, 1052, 1140, 1147; droit de rétention, 1472; inscription hypothécaire, 1819, 1846, 1891; privilège, 1744, 1881; purge, 1914; perte du bien hypothéqué, 1966; survie du droit de préférence au droit de suite, 1978.

Extinction des obligations, **832**; — des hypothèques, **1952**.

Faillite, terme, 731; action en résolution du vendeur, 1150; rente perpétuelle, 1357; mandat, 1427; caution, 1495; privilège du vendeur de meubles, 1595; hypothèque de la femme, 1725, 1728 arrêt du cours des inscriptions, 1827; purge, 1914; subrogation à l'hypothèque de la femme, 1986.

Fait, d'autrui, 123; — propre de l'animal, 518; — de la chose inanimée, 540; — de l'homme, 540; — d'un tiers, 451.

Faits fautifs, 468, 531.

Faute, contractuelle, **610**; théorie des trois fautes, 612; — dolosive ou simple, 633; — commune, 636; — délictuelle, **422**; degré de gravité, 427; — lourde, 476, **612*bis***, 624, 633, 643, 1276; — dans l'exercice d'un droit, **428**; — de la victime, 450, **521**; 526, 547; — *in eligendo*, 510, absence de —, 502, 546; solidarité passive, 767; contrôle de la Cour de Cassation, 438.

Femme, hypothèque légale; V. *Hypothèque* — dotale, hypothèque, 1993.

Fondation, 274, 292, 294.

Fonds de commerce, privilège du vendeur de meubles, 1595.

Force probante, des actes instrumentaires, **180**; — des actes authentiques, **180**; — des actes privés, **183**.

Force majeure, 366, **451**, 521, 547, 614, 615, 961, 1203, 1281, 1372.

Force publique, 593.

Formation du contrat, **42**; époque de la —, 50.

Forme notariée, hypothèque, **1674**, 1996.

Formes des contrats, 149; stipulation pour autrui, 287; — de la confirmation, 347; de la subrogation, 889, 893; — de la licitation, 1169; — de l'exercice du réméré, 1159; du bail d'immeuble, 1183; — du gage, 1520, 1524; — du contrat hypothécaire, **1672**; — des conventions sur l'hypothèque de la femme, 1995.

Fournitures de subsistances, privilège, 1556.

Frais, du paiement, 863; de la procédure des offres réelles, 869; de la purge, 1083, 1131; de la vente, 1130; de l'échange, 1173; de justice, privilège, 1550, 1618; funéraires, privilège, 1551; de dernière maladie, privilège, 1552; des inscriptions hypothécaires, 1804.

Fraude, à la loi, 860; preuve de la —, 216; — paulienne, 675, **687**.

Gage, **1512**; et hypothèque, 1506; constitution du —, **1515**; éléments du —, 1516; formes du —, 1520; publicité du —, 1526; effets, 1528; droit réel de —, 1532; extinction du —, 1541.

Gage général des créanciers. V. *Droit de gage général*.

Garantie, dans la cession de créance, 809; — dans la vente, pour la contenance, **1087**; pour l'éviction, **1093**; pour les vices cachés, **1128**; — de fait, 1117; — dans la vente d'hérédité, 1165; — dans l'échange, 1172; — dans le partage, privilège, 1758, 1760.

Garde, de l'enfant, responsabilité, 504; — des choses inanimées, 540; — des animaux, 517.

Gardien, choses inanimées, 544.

Généalogiste, 114, 135.

Gérant d'affaires, **1439**; de sociétés, 1336.

Gestion d'affaires, **1439**; — et stipulation pour autrui, 280, 300, 399; — et certaines opérations voisines, 1449.

Gibier, dommages causés aux récoltes, 466, 478, 516, 624.

Grève : abus du droit de —, 433, 1285; force libératoire, 614; rupture du contrat de travail, 1285.

Héritier, effets des contrats, 253; — apparent, 261; responsabilité délictuelle, 468; — bénéficiaire, subrogation, 886; prescription, 939; action de résolution du vendeur, 1150; purge, 1919; — partiaire, 1887, 1918; exercice du réméré, 1160.

Hôtelier, responsabilité, 636*bis*, 1371.

Hypothèques, 1502, **1634**; — et gage, 1506; — et antichrèse, 1627; — mobilières, 1508, **1662**, 1678; publicité, 1792; — privilégiées, **1743**; — sur soi-même, 1642; caractères des —, **1634**; biens susceptibles d'—, **1650**; — maritime, 1664, 1863, 1885, 1911, 1971; — fluviale, 1664, 1885, 1911, 1971; aérienne, 1664, 1885, 1911, 1971; constitution des —, **1670**; effets des —, **1856**; publicité des —, **1776**; extinction des —, **1952**; prescription des —, **1957**; conservateur des —, 1785; — dispensées de publicité, **1838**; — conventionnelles, **1671**; — judiciaires, 1697*bis*; — légales, **1713**; légales ordinaires, **1715**; de la femme mariée, **1719**; des personne en tutelle, **1732**, 1876; — de l'Etat, des communes et des établissements publics, 1740, 1742*bis*; réduction des —, **1771**; assiette de l'—, **1857**; de l'hypothèque judiciaire, 1707, 1858; de l'hypothèque de la femme, 1726, 1986; de l'hypothèque des personnes en tutelle, 1738; de l'hypothèque de l'Etat, 1742; purge des —, **1907**; promesse d'—, 1677, 1862; spécialité des —, **1680**; — de la chose d'autrui, 1685; — consenties pendant l'indivision, 1688; — des biens à venir, **1694**; capacité, 1691; — et novation, 913; — démembrement de la propriété, 1867; transfert des — sur d'autres biens, **1966**.

Immeubles : responsabilité du fait des —, **537**; — susceptibles d'hypothèque, **1654**; — de la communauté, hypothèque de la femme, 1727; — par destination, hypothèque, 1666, 1857, 1860; — divisés par appartements, 1760*bis*, *addendum*.

Immobilisation des fruits, 1862, 1864.
Impenses, hypothèque, 1945.
Impossibilité d'exécution, 366, 745, 747, **959**.
Imprévision, 404, 452.
Imputation des paiements, 874, 938.
Incapacité, de contracter, 1111; — de vendre, 1029; d'acheter, 1030; de vendre et d'acheter, 1032.
Incendie, 549; des locaux loués, **1199**, 1229, 1249, 1967.
Indemnité délictuelle, **604**; — d'expropriation pour cause d'utilité publique, 1966; — de responsabilité, hypothèque, 1967; — d'assurance, hypothèque, 1969.
Indivisibilité, **792**; nécessaire, 795; — obligatoire, 795; — *solutione tantum*, 795; sources, 795; effets, 796; — du paiement, 853; — des privilèges, 1544; — de l'obligation de garantie, 1096; — de l'hypothèque, 1647.
Inexécution partielle, 384.
Insaisissabilité, 658, 666.
Inscription hypothécaire, **1791**; en elle-même, **1795**; — de renouvellement, 1814, 1834; efficacité de l'—, 1805; péremption, **1811**; renouvellement, **1811**; annulation, 1800, radiation 1820; à quel moment l'— peut ou doit être effectuée, **1822**, 1889; arrêt du cours des —, **1826**, 1889; — des intérêts, 1806, 1834; — des hypothèques déposées de publicité, 1853; — des privilèges immobiliers, 1879.
Insolvabilité d'un codébiteur solidaire, 780; — du débiteur cédé, 811.
Instituteurs, responsabilité, 461, 495, 980; — privés, 495, 980.
Intention de nover, 909.
Interdits, prescription, 989.
Intérêt légitime, V. *Motifs légitimes*.
Intérêts moratoires, 603, 638; solidarité, 767; — du prix de vente, 1135; — des avances, mandat, gestion d'affaires, 1447; garantis par l'inscription hypothécaire, 1806, 1834; — V. *Taux* de l'intérêt.
Internés, hypothèque légale, 1735.
Interprétation des contrats, **238**.
Interruption de la prescription, 751; solidarité active, **757**; solidarité passive, 766; indivisibilité, 797, 798, 1005.
Intervention des pouvoirs publics dans la formation et dans la vie des actes juridiques, 15*bis*, **402**.
Intuitus personæ, 74, 1181, 1328, 1346.

Jeu, 714, **1381**.
Jeux forains, responsabilité, 490.
Jugements, convenus, 155, 1703; — de condamnation, hypothèque judiciaire, 1698, 1710; — de reconnaissance ou de vérification d'écriture, 1698, 1709, 1710; — d'homologation d'un partage, hypothèque judiciaire, 1705.
Juridictions spéciales pour les loyers, 1257*quinquies*.
Juste titre, prescription de l'hypothèque, 1959.

Lapins sauvages, 478, 516, 624.
Légalisation des actes notariés, 168*bis*.
Legs avec charge, stipulation pour autrui, 274.
Lésion, dans les contrats en général, **101**; subie par un mineur, 104; — par un majeur, 105; sanction de la —, 107; — dans la vente d'immeuble, **1049**; dans la vente d'engrais, 1058; dans la promesse de vente, 1075; dans l'échange, 1173; dans le jeu et le pari, 1384.
Lettres missives, 126, 618; — de ratification, purge, 1909; — recommandée, mise en demeure, 618.
Lex commissoria, **374**.
Liberté de pensée, abus, 433.
Licitation, 1167; privilège, 1758, 1760.
Lieu du paiement, 862; dans la vente, 1133.
Limitation de responsabilité, hôtelier, 1373.

Liquidation judiciaire, termes, 732.
Livres des commerçants, 162.
Locataire, incendie, **1199**, 1967.
Location de coffre-fort, 1185, 1378*bis*.
Loi Failliot, 404.
Loterie, 1382.
Lotissement, 1069, 1073.
Louage des choses, **1175**.
Louage de services, responsabilité contractuelle, 486. — V. *Contrat de travail*.
Lucrum cessans, 626.

Magasin général, 1519; hypothèque, responsabilité, 1970.
Magasins à prix unique, 1010*bis*.
Maisons divisées par appartements, 1760*bis*, *addendum*.
Mandat, **1395**; représentatif, **1396**; gratuit ou salarié, 1401; formation du —, 1403; preuve, 1409; — domestique, 1406; exprès, tacite, 1405; objet du mandat, 1407; — général ou spécial, 1407; capacité des parties, 1408; effets du —, 1410; fin du —, 1421; — sans représentation, 1432.
Manège, responsabilité, 490.
Marché, à forfait, 1288, 1298, 1300, 1309; — sur devis, 1288, 1298, 1300, 1309; — à terme, 1385.
Mari commerçant, hypothèque, 1728.
Mauvaise foi, dans l'enrichissement sans cause, 578; — du débiteur d'une somme d'argent, 635; paiement de l'indu, 840; — de l'acheteur, 1108; — du bailleur d'immeuble, 1569.
Médecin, responsabilité, 427, 490, 512*bis*, 1007*bis*.
Mercuriales, compensation, 941.
Mesures conservatoires, 652; — d'exécution, 656; — intermédiaires, **659**.
Métayage, 1204, **1245**.
Meubles garnissant les lieux loués, 1567, 1599.
Mineurs, prescription, 989; hypothèque légale, 1732.
Ministère public, inscription hypothécaire, 1844.
Minutes, 169, 195, 955.
Mise en demeure, 389, 618, 646, 670, 751; solidarité, 757, 767. — V. aussi *Demeure*.
Mobiles, simulation dans les contrats, 322, **431**; action paulienne, 692; retrait litigieux; 815; tuteur, achat des biens d'un pupille, 1030; vente entre époux, 1036; vente, résolution, 1137; bail, sous-location, 1231; propriété commerciale, 1234; abus des droits, 1266; contrat de travail, 1283, 1285; cause, **142**.
Mobilisation du crédit foncier, 1641.
Modalités, 720.
Modes d'extinction des obligations, **832**; — des hypothèques, **1952**.
Mois de nourrice, privilège, 1553.
Monnaie, paiement, 852, 856.
Moyens de défense, action indirecte, 672; solidarité, **772**.
Motifs légitimes, 431, 815, 821, 845, 1030, 1036, 1231, 1234*ter*; contrat de travail, 1283; mandat, 1424, 1425; — illégitimes, 432.
Nantissement, mobilier, **1512**; — immobilier, **1624**.
Nature du droit du preneur, 1218; bail de chasse, 1243.
Navigation aérienne, 454, 557, 783, 1664.
Navires, responsabilité du propriétaire, 636*bis*; hypothèque, 1664.
Nemo contra se subrogasse censetur, 901, **1380***o*, 1494.
Non-rétroactivité, 740.
Notification, des offres à fin de purge, 1924.
Notoriété, preuve, 198.
Nourrice, privilège, 1553.
Novation, 904; — par changement de créancier, 908; — de débiteur, 908; — d'objet, 908; — de cause, 908, apposition ou suppression d'une condition, 908; effets de la —, 912; privilège du vendeur d'immeuble, 1752.
Nullité des contrats, **335**; effets de

la nullité prononcée, 361; — de la vente de la chose d'autrui, 1046; — de l'hypothèque, de la chose d'autrui, 1686.

Objet, dans les contrats, 112; absence d'un —, 114; — déterminé ou indéterminé, 115; — possible, 118; — licite ou illicite, 119; — immoral, 122.

Obligation alimentaire, 714, 1724; — de sécurité, **490**; 579; — de

Obligation alimentaire, 714, 1724, 1994; — de sécurité, **490**; 579; — de transférer la propriété dans la vente, **1092**; dans le louage de choses, 1191; — d'éviction, **1093**; — des vices cachés, **1118**; — de prendre livraison de la chose vendue, 1126; — de payer le prix de vente, **1132**; — de payer les loyers ou fermages, 1194; d'user de la chose en bon père de famille, 1196.

Obligations, généralités, **1**; sources, **9**; — nées de l'enrichissement sans cause, **559**; — *lege*, 579; — de voisinage, 579; — conjonctives, 744; alternatives, 745; facultatives, 747, 1055; conjointes, 750; solidaires, **754**; indivisibles, **792**; de moyens et de résultat, 113*bis*, 491, 613, 617; effets des—, **581**; exécution en nature, **584**; exécution par équivalent, dommages-intérêts, **602**; transmission des —, **802**; extinction, **832**; — de donner, 586; de faire ou de ne pas faire, **589**; — naturelles, **709**, 1386, 1389; — à objets multiples, **744**; — à terme **722**; conditionnelles, **738**; — du vendeur, **1081**; de l'acheteur, **1125**; du bailleur, **1190**; du preneur, **1192**; du mandataire, 1411; du mandant, 1413; du gérant, 1445; du maître, 1446.

Office ministériel, 1123, 1140, 1331, 1592.

Offre, **42**, 399; théorie de l'—, 298; — du tiers acquéreur à fin de purge, **1923**.

Offres réelles et consignation 866, 1127.

Opposition au paiement, 870.

Option, promesse de vente, 1071, 1073, 1076.

Options légales, action paulienne, 684.

Pacte commissoire tacite, **374**, 1237; exprès, 388; — de préférence, 1071; — sur succession future, 120, 307; — commissoire (gage), 1540.

Paiement, en général, **834**; conditions requises, **836**; — de l'indû, **838**; lieu du —, 862; époque, 861; frais, 863; preuve, 871; effets, **873**; imputation des —, 874; — par chèque, 852; — par virement, 852, 862; — avec subrogation **876**; — des créanciers hypothécaires, par le tiers acquéreur, 1906; action paulienne, 684; obligation naturelle, 716.

Pari, 714, 1381; aux courses, 1382; mutuel, 1382.

Partage, action paulienne, 683.

Partage de responsabilité, 450, 547, 636.

Parties contractantes, détermination, 249; contre-lettres, 326.

Pension alimentaire, hypothèque de la femme, 1994.

Percepteur, hypothèque légale, 1741.

Père et mère, responsabilité, **503**.

Personnalité morale, des sociétés, 1325.

Personne, erreur sur la —, **74**.

Personnes indéterminées, 291; — futures, 293.

Perte d'un titre, 213; — de la chose louée, 1239; — de la chose vendue, 1594; — du bien hypothéqué, **1962**, 1380*n*.

Pilotes, responsabilité, 636*bis*.

Plantations, affermées par le fermier, 1213.

Police d'assurance, 1380*e*, 1380*r*.

Porte-fort, **266**, 1477.

Possession d'état de créancier, 850.

Pourboire, 1269.

Pouvoirs des gérants d'une société, 1336; du mandataire, 1417.

Préposé, **507**; — apparent, 512.
Préposition, responsabilité, **507**.
Prêt, **1341**; — à usage, **1343**; — de consommation, **1348**; — usuraire, 1156; — d'argent, 1350; — à intérêt, 1352.
Prescription, extinctive en général, **966**; délai, **975**; interruption et suppression, **984**; effets, **993**; — décennale de l'art. 1304, **349**, 359; — de l'action paulienne, 705; — quiquennale, 978; triennale, 980; biennale, 980; annale, 980; — en matière d'assurance, 1380*i*; — de l'hypothèque, **1957**; obligation naturelle, 713.
Présomptions, de l'homme, 217, 531; — légales, **219**; — fondées sur l'autorité de la chose jugée, **227**; — de fraude, action paulienne, 689; — de remise de dette, 954; prescription extinctive, 994.
Prête-nom, 1434.
Preuve, de la cause, 137; du dol, 97, 100; de l'erreur, 72; des contrats, **156**; — littérale, **161**; par tailles, p. 79, note 1; par descente sur les lieux, 198; par expertise, 198; par interrogatoire sur faits et articles, 198; par la notoriété, 198; par la commune renommée, 198; par témoins, **199**; — de la faute délictuelle, 415, 417, 472; — dans le procès en responsabilité délictuelle, 471; dans le procès en responsabilité contractuelle, 616, 1284; — de l'impossibilité d'exécution, 962; du dépôt, 1363; du dépôt nécessaire, 1370; du dépôt hôtelier, 1371; de l'absence de faute, 520; du dommage, 609; de la fraude paulienne, 689; du paiement, 871; du louage d'immeuble, 1183; du métayage, 1250; du contrat de travail, 1270; du mandat, 1407; commencement de — par écrit, 214.
Prime d'assurance, 1380*e*, 1380*h*.
Privilèges, 1509; mobiliers, **1542**; généraux, **1548**; mobiliers spéciaux, **1560**; immobiliers spéciaux, **1743**; fiscaux, 1559; pour frais de justice, 1550, 1618; pour frais funéraires, 1551; pour frais de dernière maladie, 1552; pour mois de nourrice, 1553; salaires des ouvriers, employés, gens de service, etc., 1554, 1618; fournitures de subsistances, 1556; accidents du travail, 1557; — du bailleur d'immeuble, **1563**; de l'aubergiste, 1584; du voiturier, 1587; pour faits de charge, 1589; du vendeur de meubles, **1591**; conflit avec les hypothèques, 1860; — du vendeur d'automobiles à crédit, 1545, 1609*bis*, 1615, 1617, 1885; du bailleur d'un fonds rural, 1599; vendeur de semences, 1600; — sur certaines créances, 1601; — pour frais de conservation, 1608; classement des — mobiliers, 1610, 1874; rang des — immobiliers spéciaux, **1879**, 1881; — du vendeur d'immeuble, **1745**; son rang, 1879; droit de suite, 1891; son assiette, 1753; sa publicité, 1793, 1817, 1835; — du copartageant, **1754**; son assiette, 1759; sa publicité, 1836; droit de suite, 1891; — du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements, 1760*bis*, 1797, 1879, 1880, 1883, *addendum*; — des architectes et des entrepreneurs, 1761; son assiette, 1765; sa publicité, 1834; — de la séparation des patrimoines, 1766, 1834; novation, 913.
Prix, dans la vente, **1020**, **1132**; dans le louage des choses, 1186; dans le transport, 1306; — déterminable, 1024; sérieux, 1025; fictif, 1025, vil, 1025; juste 1026, 1186; — de licitation, 1578, 1760; dissimulation du —, 321, 331, 1025.
Procédure de la purge, **1921**, **1936**; surenchère du dixième, 1930.
Procès-verbal de conciliation, 1404, 1409.
Procuration, 1404, 1409.
Promesse de porte-fort, 266; — de

vente, 823, **1069**; — d'hypothèque, 1677, 1682.
Propriétaire apparent, 261; — hypothèque, 1690, **1862**.
Propriété, abus du droit de —, 433; — commerciale, 1224, 1234.
Prorogations, 1257*ter*.
Publicité de la cession de créance, **818**; de l'action en résolution du vendeur, 1148, 1151; du jugement de résolution, 1152; réméré, 1163; — du gage, 1526; — des privilèges et hypothèques, **1936**; — des conventions sur l'hypothèque de la femme, **2002**.
Puissances familiales, abus, 433.
Purge des hypothèques, **1907**; avantages, 1908; procédure, **1921**; — des hypothèques inscrites, **1923**; — des hypothèques non inscrites, **1935**.

Quæ temporalia sunt ad agendum..., 360, 995, 1005.
Quasi-contrats, 5.
Quasi-délits, 406, 408.
Quittance, date certaine, 190; timbre, 863; — subrogation, 890.

Rachat de la rente, 1356.
Radiation des inscriptions, 1820.
Rang des hypothèques, **1868**; des des privilèges, 1610, 1874, 1879, 1881.
Rapport de causalité entre la faute et le dommage, **448**.
Ratification de la gestion d'affaires, 1446.
Réception anticipée de loyers ou fermages, 1865.
Recours, en garantie de l'acheteur, V. *Garantie*; hypothèque de la femme, 1984; — de l'assureur ou de l'Etat, 446; — du codébiteur solidaire, 778; — du tiers détenteur, **1947**; — du voisin, 1201, 1970.
Réduction, de l'hypothèque de la femme, 1728; de l'hypothèque des personnes en tutelle, 1739; de l'hypothèque de l'Etat, etc., 1742*bis*; des hypothèques en général, **1771**.
Refus légitime d'exécution, **1465**.
Registre des inscriptions hypothécaires, 1801; — des dépôts, 1801.
Registres et papiers domestiques, 162.
Réglement de compte, hypothèque, **1914**, 1944; — d'atelier, 641, **1258**. 1265, 1274.
Relativité des contrats, **252**; — des droits. V. *Abus des droits*.
Remboursement anticipé des dettes, 1725*bis*.
Remembrement, 1170, 1966.
Réméré, **1154**.
Remise, de dette, **950**; — de solidarité, 787.
Renonciation, action paulienne, 688; compensation, 936; prescription, 992, 995; rescision pour cause de lésion, 1052; hypothèque, 1956; hypothèque de la femme, 1983, 1989; — extinctive, 1989, 2005; translative, 1990, 2005.
Renouvellement des inscriptions hypothécaires, 1814, 1834.
Rente, perpétuelle, 1141, 1353; — viagère, 385, 1142, **1387**; réversible, 1390.
Réparations locatives, 1197.
Représentation, autorité de la chose jugée, 236; effets des contrats, 249; mandat 1399; — réciproque, solidarité, 766.
Reprise, 1224, 1234*bis*.
Réquisition de mise aux enchères, 1930.
Rescision des contrats, **335**; effets de la loi —, 361, V. *Lésion*.
Résiliation des contrats, **391**; — du bail, 1238; — du contrat de travail, **1279**; de l'entreprise, 1309; du mandat, 1422.
Résolution des contrats, **365**; pour inexécution des obligations, **374**; — de la vente, 1113, 1128, **1137**; réméré, 1163; rente perpétuelle, 1357; rente viagère, 1392.
Responsabilité, délictuelle, 406; objective, 412, 414, 418, 492, 523, 528, 553, **556**; subjective, 413;

sans faute, 418, 556; — de droit commun, **419**; — partagée, 450, 547, 636; collectivisation de la —, 418*bis*; procès en —, 463; preuve, 471; assurance de —, 481, **1380***t*; — contractuelle (théorie dite de la), **490**, 531; — délictuelle et — contractuelle, **482**, 519, 552; — du preneur en cas d'incendie, **1199**, 1249; des colocataires, **1207**; — en matière hypothécaire, 1855; — du notaire, 1855; — du conservateur, 1855*bis*; — du fait d'autrui, **493**; des père et mère, **503**; des instituteurs, 461, 495; des artisans, 506; des commettants, **507**; du fait des choses, **514**; du fait des animaux, **515**; du fait des choses inanimées, 512*bis*, **529**; du fait d'un bâtiment, **524**; — des architectes et entrepreneurs, 1297*bis*; du voiturier, 1304; de l'hôtelier, 1371; du médecin, 427, 490, 512*bis*, 1007*bis*; — *juris et de jure*, 507; *juris tantum*, **493**.

Restitution, dépôt, 1365; commodat. 1347.

Rétention, 1211, **1465**, 1306, 1367, 1628, V. *Droit de rétention*.

Retirement de la chose vendue, 1126.

Retrait de droit litigieux, **813**.

Rétroactivité, de la résolution des contrats, 387; — de la condition, 742.

Revendication du bailleur d'immeuble, 1581; du vendeur de meubles, 1597.

Réversibilité, 1390.

Revision des contrats, 404, 1414; — des baux, 1257*quater*.

Révocation, de la stipulation pour autrui, 311; des actes frauduleux, **675**, 699; du mandat, 1422.

Risque, 418, 513, 523, 528, 553, 556; — judiciaire, 557; — universitaire, 557; — locatif, 1211, 1970; — professionnel, 1377; — accepté, 551.

Risques, **366**; dans les contrats conditionnels, **372**, 741; dans le contrats à terme, 372; dans les promesse de vente, 1072 dans l'entreprise, 1317; dans le prêt d'argent, 1350; dans le délaissement, 1904.

Ruine d'un bâtiment, 525.

Saisies, 657; — des immeubles d'un mineur, 658; — gagerie, 1580; — de l'immeuble hypothéqué, 1819, 1846, 1892.

Salaire, contrat de travail, 1269, 1275; mandat, 1414; — des gens de service et des ouvriers, privilège, 1554.

Sanctions des délits, 473.

Sentences arbitrales, hypothèque judiciaire, 1705.

Sparation de corps, inscription de l'hypothèque de la femme, 1849.

Séparation des patrimoines, 1766, 1834.

Séquestre, 1376.

Serment de crédulité, 996.

Servitudes, 1108, 1109.

Signature, actes sous seing privé, 171.

Signification de la cession de créance, 819.

Silence, 45, 392.

Simulation, dans les contrats, **319**, 706; preuve, 216.

Sociétés, caractéristiques, 1320; différents types de —, 1324; personnalité des —, 1325; — civiles ou commerciales, 1327; — de personnes et de capitaux, 1328; — léonines, 1323, 1333; — minières, 1327; — universelles ou à titre particulier, 1329; constitution des —, 1330; objet des —, 1331; forme et preuve des —, 1332; fonctionnement des —, 1335; gestion des —, 1336; dissolution, 1339.

Solidarité, **754**; active, **755**; passive, **760**; légale, 782; imparfaite, 771; effets de la —, 763; sources, 781; fin de la —, 787; — entre commodataires, 1346; entre mandataires, 1412; entre mandants, **1415**; compensation, 936.

Solvabilité de la caution, 1483.
Soulte, échange, 1174; privilèges, 1748, 1758, 1760.
Sous-entrepreneur, 1288, 1295.
Sous-location, 1222, 1570.
Spécialité, hypothèque, 1680, 1799.
Stipulation pour autrui, **270**.
Subrogation, action indirecte, 680; en général, **878**; légale, **870**, 1380*o*; — consentie par le créancier, 888; par le débiteur, 891; caution, 1490; tiers détenteur, 1948; — et cession de créance, 899; — à l'hypothèque de la femme, **1979**, 1983; — réelle, 1380*n*, **1966**, *addendum*.
Substance, erreur sur la —, **68**.
Substitution de mandat, 1419.
Successeurs à titre universel, 253.
Succession, pactes sur — future, 120; — vacante, arrêt du cours des inscriptions, 1832.
Suicide de l'assuré, 1380*r*.
Surenchère du dixième, 1929.
Sûretés, **1458**; personnelles et réelles, 1460; personnelles, **1476**; réelles, **1502**; réelles mobilières, **1511**; immobilières, **1621**.
Survie du droit de préférence sur droit de suite, 1939, 1973.
Suspension de la prescription, 751; indivisibilité, 797, 1005.

Tacite reconduction, 1235, 1244.
Taux de l'intérêt, légal, 639; conventionnel, 642.
Témoins, actes notariés, 167.
Terme, extinctif, bail, 1233; — suspensif, **722**, 939; conventionnel, 722; légal, 722; judiciaire, 722, 855; — de grâce, 72, 855, 930; novation, 908.
Tiers, effets des contrats, 250, 259; — bénéficiaire de la stipulation pour autrui, 290; contre-lettres, 327; confirmation, 358, 359; — détenteur et caution, 1949; — détenteur et caution réelle, 1950.
Timbres, actes notariés, 167; quittances, 863.
Titre, exécutoire, 670; — à ordre, cession de créance, 824, 825; — au porteur, cession de créance, 824, 825; — nominatif, 824.
Tracteur, privilège, 1609*bis*.
Transaction, 1452.
Transcription, retrait litigieux, 816; promesse de vente, 1072; vente, 1078, 1079, 1109; action en résolution du vendeur d'immeuble, 1152; vente à réméré, 1162; privilège du vendeur d'immeuble, 1793, 1817; bail, 1183*bis*; prescription de l'hypothèque, 1959.
Transfert des privilèges et hypothèques sur des choses, des sommes ou des indemnités, **1966**.
Transport de marchandises, **1303**; stipulation pour autrui, 274; clauses de non-responsabilité, 624; formation du —, 1291; — de personnes, 274, 490; — bénévole, 551.
Trouble de droit, 1079, 1191.

Usufruit, responsabilité, 1525*bis*.
Usure, 105, 642.

Vacance d'une succession, arrêt du cours des inscriptions, 1832.
Valeurs à lot, vente, 1023.
Vente, **1008**; — à tempérament, 1022; entre époux, 1033; — de la chose d'autrui, **1040**; — par autorité de justice, 1052, 1123, 1139; — aléatoire, 1052; avec déclaration de commande, 1060; à l'essai, 1064; à goûter, 1065; de marchandises qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, 1066; avec remise d'arrhes, 1067; sur saisie, 1115, 1147; — d'un navire, 1078; d'animaux domestiques, 1124; de denrées, 1128; — à réméré, **1154**, 1749; — d'hérédité, 1165; du gage, 1535; — volontaire de l'immeuble hypothéqué, 1819, 1846, 1889; — sur surenchère du dixième, 1934.
Vice de construction, 525; — de la chose inanimée, 537.
Vices du consentement, **55**; dans la

vente, **1038**; promesse de vente, 1074.
Violence, dans les contrats, en général, **79**.
Virement, 852, 862.
Voie parée, 1540.
Voies de droit, violence, 86; abus des —, 433.
Voisin, incendie, 1967.
Vol d'une automobile, 547.
Voleur, 963.

Warrant, gage, 1519.
Warrantage, agricole, 1666, 1792, 1863; — hôtelier, 1668, 1792, 1863; — pétrolier, 1669*bis*, 1792, 1863.

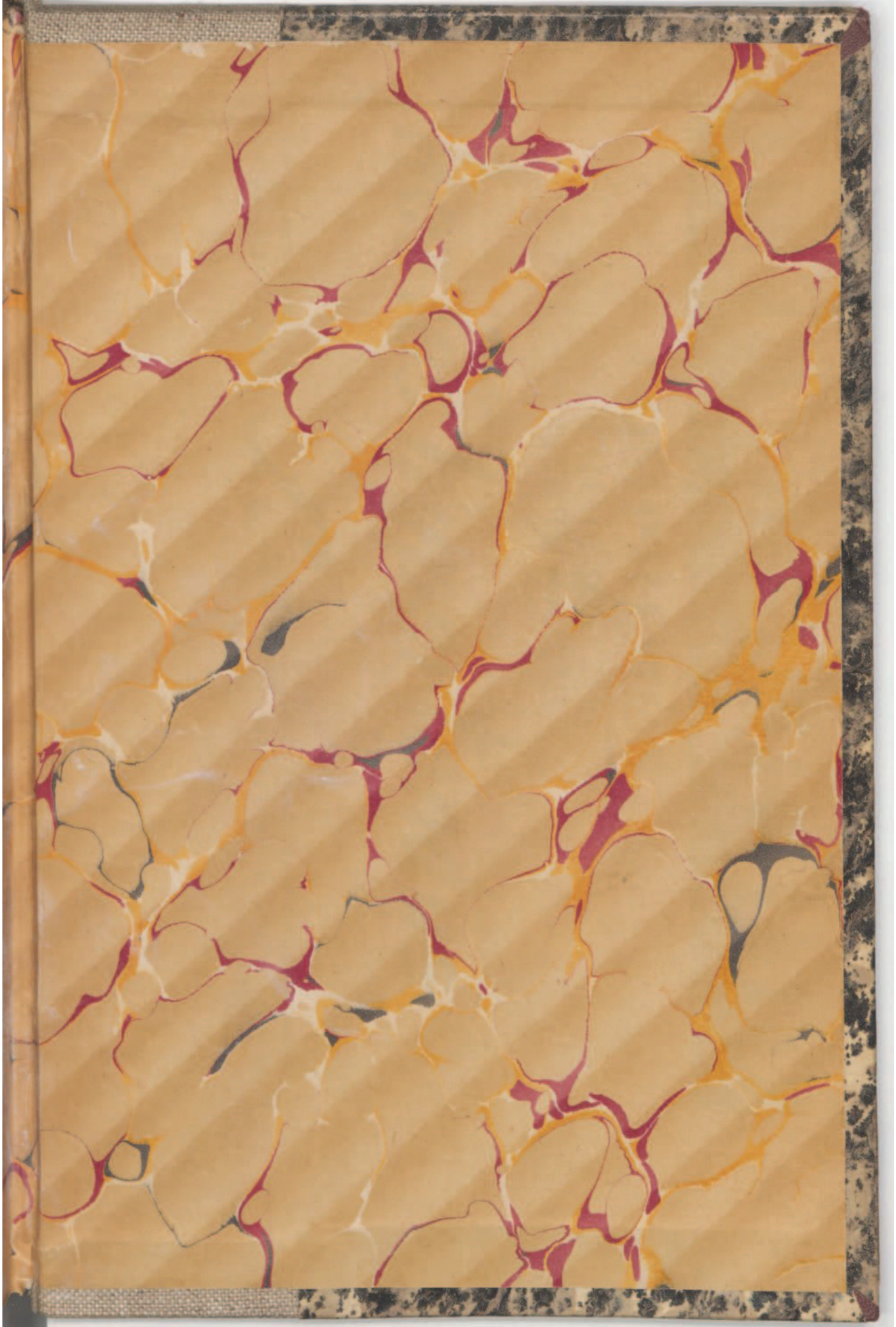
BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Imp. G. Thone, Liège (Belgique)

Imp. G. Thone,
Liège (Belgique)

DESACIDIFIÉ
A SABLÉ : 2001







BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01067288 1