Traité des obligations en général, par René Demogue...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Demogue, René (1872-1938). Traité des obligations en général, par René Demogue.... 1923.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

12004

TRAITÉ

DES OBLIGATIONS

EN GÉNÉRAL

BIBLIOTHÈQUE R.F.

PAR

René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

I

Sources des Obligations *(Suite)*

TOME II

— PARIS —

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & Cie, Éditeurs

14, Rue Soufflot, 14

—

— 1923 —

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays

Des Obligations en général

LES SOURCES

II

Ch. E
30 § 16 (I-2)

DON
199960

TRAITÉ

DES OBLIGATIONS
EN GÉNÉRAL

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F

PAR

René DEMOGUE

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris

I

Sources des Obligations *(Suite)*

TOME II

— PARIS —
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU ET Cie
14, Rue Soufflot, 14
— 1923 —

C.

Tous droits de reproauction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays

SECONDE PARTIE

CHAPITRE IX

Des avant actes et spécialement des avant contrats (1)

463. — Les contrats ou les actes juridiques peuvent se conclure en un trait de temps, ou du moins dans un intervalle relativement bref[2]. Ce mode de formation de l'acte juridique est le seul qui corresponde à cette idée surannée que le contrat se forme par un mystérieux « concours de volontés », et tout l'effort ingénieux des juristes a porté dans les contrats qui se forment assez lentement à rechercher l'instant où se produit ce merveilleux phénomène.

La réalité des faits est autre. Les actes juridiques ne se

---

1 Pandectes belges, v[is] *Promessés d'achat, promesse de mariage, promesse de société.* — Rép. gén. du droit français, v° *Mariage*, n° 40 e *Vente*, n° 145. — Pandectes franç., v° *Mariage*, n° 339, *Vente*, n° 228.— *Obligations passives*, Dalloz Rép., v° *Vente*, n° 285 et *Mariage*, n° 79. Suppl., v° *Vente*, n° 124 et *Mariage*, n° 46. — Etienne Leduc, *Des avants contrats*, thèse Paris, 1909. — Enoyclopedia giuridica italiana, v° *Contratti preliminare*, par M. L. Coviello, *Promessa di matrimonia*, par M. Ciccaglione. — L. Coviello, *Contratti preliminare*. — Valverde, y Valverde, *Derecho civil espanol*, III, p. 337. — Cf. Deschamps, *Promesses de contrats*, th. Paris, 1914.

2 Cf. sur l'unité des actes juridiques Jhering, *Esprit du droit romain*, IV, p. 148, trad. Meulenaere.

forment pas en un trait de temps, par un phénomène inexpliqué[1].

L'acte juridique existe lorsque des volontés se sont manifestées dans des conditions telles que la loi présume que le contenu de ces volontés s'accorde avec l'intérêt général.

Quand une personne veut renoncer à une succession et qu'elle l'exprime dans un acte au greffe, on présume cette solution conforme à l'utilité générale. De même, si une personne a dit vouloir vendre sa maison et qu'une autre a déclaré vouloir l'acheter, et si l'une d'elles étant incapable a reçu les autorisations voulues. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que les éléments d'un acte juridique : consentement, capacité, solennité, et même objet, cause (comme nous le verrons plus loin pour ces deux éléments) au lieu de se trouver réunis en un trait de temps ou dans un intervalle assez court, ne s'échelonnent dans le temps à des espaces plus ou moins éloignés. Un propriétaire signe une promesse de vente, le bénéficiaire qui l'a accepté il y a un an ne l'utilise qu'aujourd'hui ; l'agent d'une personne morale signe un contrat, mais il ne deviendra définitif qu'après l'approbation à donner par l'assemblée générale de la personne morale, un emprunteur promet une hypothèque, mais l'acte notarié constitutif d'hypothèque ne sera dressé que plus tard, etc.[2].

L'échelonnement des conditions indispensables pour qu'un contrat entre en exécution peut s'appliquer aussi à des éléments spéciaux : le testament acquiert sa pleine force seulement à la mort du testateur, le contrat de mariage lors du mariage, le cautionnement, à la naissance de la dette principale[3].

---

1 Demogue, *Droits éventuels*, *Revue de dr. civil*, 1906, p. 231. — Contrà Chausse, *Retroactivité des conditions*, *Rev. critique*, 1901, p. 530.

2 Rapp. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., p. 143.

3 Coviello a même cru nécessaire (*Dir. civ. ital.*, I, p. 330) de distinguer les éléments nécessaires pour la perfection de l'acte de ceux qui

Cet échelonnement, s'il dure trop longtemps peut, sans doute, avoir des inconvénients, car il prolonge des situations incertaines, il est cependant trop commode pour ne pas s'imposer dans certaines limites.

La simultanéité des éléments pour la formation des actes et spécialement la simultanéité des consentements n'est exigée qu'exceptionnellement. Ainsi l'art. 1396 civ., veut que les consentements pour modifier un contrat de mariage soient « simultanés ». Parfois la loi en exigeant une délibération, une assemblée, exige par cela même des consentements simultanés. Elle veut que ceux-ci aient été éclairés par une discussion.

Hors de ces cas exceptionnels, rien n'empêche les éléments de l'acte juridique complet de se réaliser peu à peu par ce que M. Hauriou nomme une opération à procédure[1].

464. — A quelles nécessités pratiques répond cette formation successive des actes juridiques.

Celles-ci sont diverses suivant les cas[2].

En faisant un acte juridique où manque encore le consentement d'une partie (promesse de contrat) ou son habilitation (acte subordonné à une approbation) on entend laisser le bénéficiaire de la promesse ou la personne à habiliter maîtresse des événements et cela de façon large, bien plus que s'il y acte conditionnel[3].

En faisant un acte juridique où manque encore la solennité prescrite, la remise de la res, l'écrit exigé pour la preuve, on veut s'entendre de suite alors que ces éléments de forme : acte notarié, écrit, remise matérielle ne pourront commodément exister que plus tard.

---

le sont pour la formation. C'est assez inutile, même si on remarque que ces éléments sont exigés seulement pour que le contrat puisse s'exécuter. N'empêche que jusqu'à leur arrivée on peut toujours penser que l'évènement ne se réalisera pas.

1 *Principes de droit public*, p. 137, 2e éd.

2 Cf. Etienne Leduc, *Les avants contrats*, thèse Paris, 1909, pp. 7-8.

3 Cf. Huc, X, n° 26.

En établissant une promesse d'égalité, en rédigeant un cahier des charges générales de telle administration, en établissant dans les statuts de société les conditions générales où l'on contractera, ou même en passant un contrat collectif, on veut dès maintenant orienter les activités dans une certaine direction, on veut aussi faciliter la conclusion des actes juridiques en la rendant plus rapide, puisque l'on pourra traiter par simple référence à des conditions antérieurement publiées.

En établissant des procédures comme celles suivies pour les lois, les décrets rendus avec collaboration du Conseil d'Etat, arrêtés ministériels ou préfectoraux rendus après avis, on tient compte tantôt du désir de ralentir les décisions pour faire mûrir la réflexion, tantôt des impossibilités pour le Ministre, le préfet, d'être présent aux délibérations des corps consultés.

En organisant les procédures judiciaires, avec leurs actes séparés, leurs délais de recours, on veut faciliter les procédures, obtenir des décisions qui aient chance d'être bien rendues.

Ainsi ce phénomène de la formation successive des actes juridiques vu en lui-même[1], répond à des nécessités multiples et diverses[2].

465. — Pratiquement, l'admission de la formation successive des actes juridiques fait que chaque élément de l'acte déjà manifesté a une valeur par lui-même, il est définitif, il n'est pas fragile comme l'est encore l'offre dans les conceptions courantes (v. *infrà*, chap. x), peu importe que celui qui a manifesté sa volonté meure, que le corps qui a

---

1 Voyez en l'excellente description dans Hauriou, *Principes de droit public*, pp. 145 et suiv.

2 Elles ont été reconnues de tout temps, même à Rome, v. Et. Leduc, thèse citée, pp. 13 à 27 (pacta de contrahendo). — Degenkolb, *Archiv. für Civ. Praxis*, tome 71, p. 58. — Schlossmann, *Jher. Jahrbücher*, tomes 44 et 45.

émis sa volonté (promesse, habilitation, vote, etc.) soit démissionnaire, soit renouvelé en totalité ou en partie. L'élément réalisé est comme une pierre posée pour un monument qui reste ferme jusqu'à ce que la suivante s'y ajoute. Cela établit une solidarité entre les générations successives, chose excellente si on n'en abuse pas[1].

466. — Déjà cette formation successive des actes juridiques a dans une certaine mesure frappé les jurisconsultes allemands à propos des pactes *in contrahendo*. Ils ont alors construit la théorie du Vorvertrag[2]. Celle-ci a récemment pénétré en France sous l'influence de M. Saleilles[3]. Mais des idées plus générales sur la formation successive des contrats et actes juridiques commencent à se faire jour[4]. Spécialement M. Hauriou en parlant des « opérations à procédure » a bien montré le caractère successif que présentent certains actes juridiques dans leur formation.

Nous remarquerons combien la formule d'avant-contrat, empruntée aux Allemands (Vorvertrag), est trop étroite et serait mieux remplacée par celle d'*avant-acte*, analogue et peut-être plus large que celle de Vorverhandlungen qu'emploient quelques auteurs.

Il peut y avoir une convention préparatoire d'un acte unilatéral.

---

1 Car il ne faut pas oublier la profonde, mais individualiste pensée de Goethe (Faust). Il est toujours question d'un droit fait pour nos grands pères, mais d'un droit fait pour nous-mêmes, jamais.

2 V. note Windscheid, *Pandekten*, II, § 310, nº 1. — Degenkolb. *Das Begriff des Vorvertrag*, *Archiv. fur Civil praxis*, t. 71, pp. 1 et 52. — Schlosmann, *Uber der Vorvertrag*, *Jherings Jahrbücher*, t. 45, p. 1. — Gottschalk, *Vorvertrag*, thèse Erlangen, 1896. — Schmidt, *Vorvertrag*. Erlangen, 1895. — Cf. les commentateurs du Code civil allemand, not. Kohler, II, p. 234. — Crome, II, par. 167. — Saleilles, *Déclar. de volonté*, pp. 80 et 84.

3 Etienne Leduc, *Des avants contrats*, thèse Paris, 1909.

4 V. Hauriou, *loc. cit.* — Demogue, *Des droits éventuels*, *Revue de dr. civil.*, 1905, p. 723 et 1906, p. 231.

Un héritier pauvre promet à un créancier héréditaire de renoncer à une succession, pour faire arriver un parent plus éloigné qui est riche et acceptera la succession purement et simplement par honneur de famille. Un amant promet de reconnaître l'enfant dont il se croit le père.

Inversement, un acte unilatéral peut préparer une convention ou un autre acte unilatéral.

Un testateur impose à son héritier de vendre sa maison à telle personne[1]. En droit public et en procédure, les actes de ce genre sont constants. La Chambre des députés vote un projet de loi, acte unilatéral préparatoire de la loi, autre acte unilatéral. Le Conseil d'Etat prépare un projet de décret règlement d'administration publique, un plaideur cite son adversaire devant le tribunal, etc. Citons encore le cas de nomination d'un officier ministériel. Par une convention, le titulaire de l'office promet moyennant argent à une personne de la présenter à la Chancellerie. Sur cette présentation, le Garde des sceaux fait signer un décret de nomination. Ce décret seul est un acte définitif. La convention n'est qu'un avant-acte et le présenté ne devrait rien au titulaire s'il n'était pas agréé par le Gouvernement.

L'application la plus importante se trouve en droit privé dans le testament que nous pouvons alors construire sur une donnée nouvelle.

Le testament n'est pas cet acte isolé, inexplicable au point de vue technique que l'on présente d'ordinaire. C'est un avant-acte consistant en une offre de convention faite au bénéficiaire, offre qui deviendra complète par l'acceptation

---

1 V. trib. Lyon, 17 fév. 1887, *Rev. Notoriat et Enreg.*, 1887, p. 460 (Promesse de bail faite dans un testament). — Cass. req., 15 avril 1861, S. 1862, 1, 201, désignation d'un expert par testament, ce qui était pour l'héritier une obligation de choisir l'expert désigné s'il acceptait. — Rappr. Gand, 28 fév. 1912, Pas., 1912, 2, 142. — Cf. Cass. civ., 31 mars 1868, S. 1868, 1, 282. — Cf. sur la question à Rome, Et. Leduc, thèse citée, p. 14 et les textes cités par Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 189.

du légataire, mais cette convention rétro-agit au jour du décès. La loi l'admet expressément.

Ainsi le testament est techniquement une sorte d'offre révocable jusqu'au décès, mais irrévocable à ce moment et susceptible d'être acceptée seulement après décès, pour prendre date du jour de la mort. C'est donc une simple variété de convention.

Le testament n'est plus alors l'acte par lequel on *dispose* de ses biens. Cette conception individualiste a fait son temps. C'est l'acte ayant déjà une valeur par lui-même dès le décès par lequel on offre (irrévocablement après le décès) une chose au légataire ou à un tiers.

Ainsi s'éclairent certains legs qui ne sont que des offres irrévocables à des tiers, offre déjà cristallisée dans cet acte appelé testament : legs désignant un notaire pour liquider la succession[1], legs chargeant l'héritier de vendre, de louer tel immeuble à telle personne, legs obligeant le légataire en usufruit à payer à un héritier une somme proportionnelle au nombre d'années de son usufruit[2]. Un legs peut consister en une proposition d'échange[3].

Ainsi s'expliquent plus nettement les legs de faits : tel le legs d'un rôle à créer fait par un compositeur à une artiste[4], s'éclaire la question de la clause arbitrale dans les testaments[5].

De même s'éclairent certains legs qui ne sont que des mandats à une personne de faire tel acte au nom de la succession, c'est-à-dire du défunt et de l'héritier : au premier

---

1 Trib. Havre, 20 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 8 oct. 1908.

2 Cass., civ., 31 mai 1868, D. 1868, 1, 247. — V. Contre la conception des legs à titre onéreux, Bordeaux, 10 mars 1852, S. 1853, 1, 172.

3 Nancy, 22 fév. 1908, S. 1909, 2, 26, *Rev. de dr. civil* 1909, p. 189.

4 Trib. Seine, 12 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 232, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 425. — Rappr. Angers, 19 mai 1853, D. 1853, 2, 204. — Baudry et Colin, II, n° 2512. — Demolombe, XXI, n° 667.

5 Cf. *Le clausole arbitrale nel testamento* par Cugusi, *Filangieri*, 1905, pp. 422 et 514.

rang, la désignation d'un exécuteur testamentaire. Il faut citer aussi les clauses de testament disant que tous les biens seront vendus aux enchères après décès[1].

On peut même citer des legs plus curieux qui se ramènent à imposer des offres ou à poser les éléments d'un contrat. Ainsi le testateur lègue un bien à un mineur qui devra vendre un autre immeuble[2]. C'est bien une offre d'un contrat que le légataire s'oblige à faire. Le mineur s'engage à se défaire de tel immeuble. Il lui faudra pour cela les autorisations ordinaires. Ou encore un testateur peut obliger le légataire à passer contrat avec des prêtres de son choix qui diront des messes pour le défunt[3].

Le *de cujus*, auteur de ses divers héritiers peut de même poser les bases des contrats qu'il passeront entre eux : dire que les héritiers devront partager en nature[4], former entre eux une société[5].

Le caractère de convention des legs éclaire aussi les clauses pénales des testaments qui sont reconnues valables si elles ne poursuivent pas un but illicite : permettre une atteinte à la réserve, un legs à un incapable, etc.[6].

Le testament se présente toutefois comme un avant-acte ayant des caractères spéciaux. La loi veut que cet acte soit fait de façon assez indépendante. Aussi l'art. 968 civ prohibe le testament conjonctif. Dans le même esprit la jurisprudence annule un testament qui se trouve lié à une promesse qui vient d'être faite[7]. Cela n'empêche pas la cons-

---

1 Req., 17 avril 1855, D. 1855, 1, 201.

2 Dijon, 16 juillet 1879, D. 1880, 2, 129.

3 V. Cass. civ., 13 juill. 1859, S. 1859, 1, 653. — Cass. civ., 7 juillet 1834, S. 1834, 1, 700. — Cf. Guyot, *L'exécution testamentaire*, p. 110.

4 Cass., 28 mars 1906, S. 1906, 1, 328.

5 *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 100.

6 V. aff. de la fondation de Finestret. Cass. civ., 12 mai 1902, D. 1902, 1, 425.

7 Req., 25 janv. 1853, S. 1853, 1, 172 ; D. 1853, 1, 43. — Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., I, n° 137, conclut de là à ce que le testament, acte essentiellement individuel, ne peut être qualifié offre. Nous pensons cependant que c'est la construction technique la mieux appropriée.

truction technique du testament de pouvoir se ramener à un avant-acte.

Allons plus loin dans cette conception. La succession ab intestat ne peut-elle rentrer dans notre cadre élargi, assoupli des conventions.

La loi se faisant elle-même le représentant du *de cujus* et se fondant d'ailleurs tant sur sa volonté probable que sur l'intérêt social, ne fait-elle pas une sorte d'offre à l'héritier au nom du défunt. Cet offre est cristallisée dans la loi, solidifiée même de façon spéciale lorsqu'il s'agit de l'offre de la réserve. L'héritier accepte cette offre de la succession ou la repousse. Mais son aceptation rétroagit au décès.

Cette construction technique éclaire le champ des actes juridiques, leur donne plus d'unité et nous paraît acceptable, sauf, comme c'est le devoir de cette humble servante, la technique, à céder toujours devant l'utilité sociale.

Cette conception d'une sorte d'offre faite par la loi ne doit pas nous étonner. Nous en trouvons d'autres cas dans le droit civil. D'après l'art. 1778, quand un fermier sortant n'ayant pas reçu les pailles et engrais de l'année n'est pas tenu de les restituer « , le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation ». Il y a bien une offre de contrat que fait la loi. L'acte passé sera bien considéré comme vente. Il y a plus que l'obligation de contracter dans certains cas où la loi impose à une personne de vendre certaines choses aux enchères (v. art. 452 civ. pour le meuble du mineur, art. 534 Comm. pour les biens du failli).

467. — Quand il peut y avoir un avant-acte ayant une force juridique ? Actuellement, il y a avant-acte quand les éléments déjà réunis d'un acte juridique se sont trouvés coulés dans un des moules juridiques admis : un contrat (promesse de vente), un testament, un arrêté ministériel (cahier des charges général), des statuts sociaux (conditions auxquelles les agents pourront traiter). La volonté coulée dans ce moule a force juridique suffisante pour

qu'il y avait avant-acte. C'est ce que M. Hauriou exprime autrement en disant que la volonté doit être exécutoire[1].

Il y a au fonds, là, une idée assez formaliste. On concevrait très bien que la volonté nettement exprimée de sorte que les tiers ont pu compter sur elle fut déjà un avant-acte, comme la déclaration générale : j'offre tel marché à telles conditions. Du coup ce serait l'admission de la volonté unilatérale source d'obligation, en ce sens qu'il suffirait que plus tard une autre volonté se manifestât pour qu'il y eut acte complet. Déjà le droit public tend à ces idées et il accepte comme avant-acte le projet de loi voté par une chambre et transmis à l'autre[2], l'inscription d'un officier au tableau d'avancement[3]. C'est un pas dans cette voie et on pourrait généraliser cette idée que toute volonté manifestée nettement est un avant-acte[4].

Mais ceci n'est pas encore admis : ainsi la promesse d'autorisation faite à une personne qui a besoin d'être autorisée est révocable.

Pour qu'il y ait avant-acte, inutile d'insister sur ce point que l'entente doit déjà être précise, il ne suffit pas qu'une chose ait été promise, le prix doit avoir été fixé[5]. Il ne suffit pas de la promesse vague d'assurer une personne, il faut avoir déterminé à quelles conditions on l'assurera, etc. Il ne suffit pas d'avoir promis de louer. Il faut avoir dit à quel prix, pour quelle durée[6]. Par là l'avant-acte est plus impor-

---

1 *Principes de droit public*, p. 148, 1re édition, v. 2e éd., p. 138.

2 V. sur ce point Hauriou, op. 150 et suiv., 2e éd., p. 137 et règl. du Sénat, art. 127.

3 Cons. d'Etat, 15 déc. 1905, v. *Revue de droit public*, 1906, p. 59, les observations de M. Jèze.

4 Cependant on a déclaré susceptible de simple retrait un acte d'une Commission d'hospices non approuvé par le préfet, Cons. d'Etat, 18 nov. 1910, *Revue de droit public*, 1911, p. 61.

5 Orléans, 15 janv. 1896, D. 1898, 2, 68. — Cf. sur le principe, Leduc, thèse citée, p. 42.

6 Trib. Seine, 23 oct. 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 1re ann., 2, 37.

tant que la punctation, qui est un simple accord sur certains points et qui n'a de valeur que si ceux-ci sont les points essentiels[1].

Il faut de même que la promesse ait été faite consciemment[2], sans que la volonté soit entachée d'erreur, dol, violence.

Il faut, et par là elle se sépare de l'offre, que la promesse de contrat ait été acceptée par le bénéficiaire. Ainsi adressée à un représentant sans pouvoir, elle n'est pas irrévocable[3].

467 bis. — L'avant-acte doit être rapproché de ce qu'en droit public on appelle acte condition[4]. Mais le sens donné à cette expression ne semble pas très net : tantôt, on vise par là un acte nécessaire pour qu'un autre puisse être accompli : la présentation par un officier ministériel de son successeur à la nomination du Gouvernement, la délibération d'un conseil municipal autorisant le maire à vendre un immeuble. En visant ces actes, et plus généralement les opérations juridiques complexes que l'on peut appeler les opérations à procédure, comme une saisie immobilière, une action en justice, une expropriation, on se trouve en réalité en présence d'avant-acte, ou du moins dans le second cas de chaînes d'actes intimement liés l'un à l'autre.

Tantôt on entend par acte condition l'acte condition d'application à un individu d'un statut légal : l'acte qui confère une nationalité, une capacité, un état. Cet acte est beaucoup plus indépendant des actes qui vont suivre. Il a une sorte de nature réglementaire. C'est un règlement individuel pris en vertu d'un autre règlement plus général. Il n'a rien de commun avec l'avant-acte.

---

1 V. Krainz, *System*, II, p. 59.

2 Cass. civ., 17 nov. 1903, D. 1904, 1, 109.

3 Req., 29 avril 1903, D. 1904, 1, 135.

4 Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2e éd., pp. 28-31.

468. — Ce qui peut manquer, lorsqu'on est en face d'un contrat formé par bonds successifs, c'est tantôt :

Le consentement d'une des parties ;

Son habilitation ;

Une explication normale de l'acte (cause ou objet) ;

La solennité de l'acte dans les actes solennels ;

La remise de la chose dans les contrats réels ;

La passation d'un contrat accessoire ;

La preuve, dans les actes qui ne se prouvent que d'une certaine façon ;

Le consentement des intéressés dans les promesses d'égalité ou dans les cahiers des charges généraux ;

D'autres consentements et formalités dans les actes complexes (confections des lois, des décrets et arrêtés soumis à des avis préalables) ou dans les procédures (procédures judiciaires ou administratives).

Nous nous bornons à indiquer ces derniers cas qui se rattachent au droit public ou à la procédure. Nous allons, au contraire, étudier les premiers.

468 bis. — Ces avant-actes ne sont pas les seuls cas de formations successives de contrats. Il peut y avoir ce système d'étapes dans des cas plus complexes. Nous citerons la fondation des sociétés.

Il peut se former d'abord un contrat entre des fondateurs, puis des rapports juridiques entre ces fondateurs et les souscripteurs, enfin on suit les étapes pour la constitution de la société en effectuant une opération à procédure[1]. Indiquons ce point sans pouvoir entrer dans l'analyse de l'opération juridique qui peut varier suivant les cas.

Promesses unilatérales de contrats

469. — Deux personnes peuvent échanger des promesses de passer un contrat ordinaire (c'est-à-dire qui n'est soumis

---

[1] V. sur ces points : Thaller et Pic, *Société*, II, nos 846 et suiv.

ni à des formalités solennelles, ni à la remise d'une chose comme les contrats réels). Il y a alors promesse bilatérale[1]. Tout le monde est d'accord pour dire que cette promesse bi-latérale équivaut au contrat. On estime d'abord que l'art. 1589 civ.: « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix », vise cette hypothèse[2]. Mais on doit généraliser cette solution et admettre que toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat même[3]. Ilsuffit que toutes les modalités du contrat soient arrêtées[4].

Par suite, la promesse bilatérale de vente transférera la propriété[5].

---

1 V. Krainz, *System*, II, p. 58.

2 V. Baudry et Saignat, n° 58.— Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, II.— Laurent, XXIV, n° 21.— Huc, X, n° 24.— Aubry et Rau, V, § 349, p. 4. — Beudant, n°s 26 et 41-46 — Guillouard, *Vente*, n° 76 — Colin et Capitant, II, p. 416. — V. cep. Planiol, II, n° 1400, qui admet que la promesse de vente est toujours unilatérale.

3 V. pour la société : Baudry et Wahl, n° 33 *in fine*. — L'échange : Baudry et Saignat, n° 997. — Le bail : Req., 8 mai 1907, *Pand. fr.*, 1907, 1, 229. — Cf. trib. Bruxelles, 15 juin 1867, *Belgique judic.*, 1867, 950.

4 Agen, 20 nov. 1899, *Pand. fr.*, 1901, 2, 16.

5 Cass. req., 26 mai 1908, S. 1909, 1, 327. — Chambery, 31 janv. 1894, S. 1896, 2, 102 ; D. 1895, 2, 347. — Bastia, 28 juin 1849, S. 1850, 2, 257 ; D. 1849, 2, 124. — Cass. req., 26 mars 1884, S. 1886, 1, 341 ; D. 1884, 1, 403. — Alger, 26 mars 1896, D. 1898, 2, 259. — Bordeaux, 12 mars 1913, *Rec. Bordeaux*, 1913, 1, 128. — Cf. Lyon, 28 fév. 1902, *Mon. de Lyon*, 25 mars 1902 (exception pour le cas de promesse à dire d'experts si ceux-ci ne sont pas désignés). — Cass. req., 20 oct. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 1, 14 (promesse sous condition). — Req 26 janv. 1842, S. 1842, 1, 950. — Trib. Castelnaudary, 23 juin 1897, le *Droit*, 8 août. —Trib. Compiègne, 16 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 171. — Trib. Lyon, 9 avril 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 2, 458 (la promesse tombe si elle ne donne pas lieu à la rédaction d'un acte dans le délai fixé). — Trib. Seine, 3 mai 1913, *Gaz Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 171. — Cep. il peut être décidé qu'en cas de refus de passer acte de la vente il y aura simple application d'une clause pénale, Aix, 21 janv 1887, *Rec. Aix*, 1887, 281.

Les risques passeront de suite à l'acheteur, l'ancien propriétaire ne pourra grever l'objet de droits réels, il y aura lieu à transcription[1]. L'acte sera fait en double[2]. En un mot, toutes les règles du contrat de vente s'appliqueront, même si la promesse est à terme[3]. Toutes les chances de la promesse s'appliqueront à la vente elle-même et cela-même si elle se réalise par une adjudication[4].

La promesse de bail aura tous les effets du bail[5]. Elle pourra s'exécuter *manu militari*, elle sera opposable à l'acquéreur (art. 1743 civ.).

Il faut en dire autant de la promesse bilatérale de mandat, de contrat de travail, de cautionnement, d'association, lorsque ces promesses sont précises et ne laissent pas de doute sur ce point qu'il y a plus qu'un simple projet[6].

470. — Mais on peut retarder le point de départ des effets d'une promesse bilatérale[7] : convenir que la promesse de

---

1 Guillouard, I, n° 76. — Laurent, XXIV, n° 21. — Baudry et Saignat, n° 61. — Aubry et Rau, V, § 349, p. 4.

2 Guillouard, *Vente*, I, n° 90.

3 V. Baudry et Saignat, n° 62. — Larombière, art. 1138, n° 12. — Aubry et Rau, IV, § 349, note 8. — Guillouard, *Vente*, I, n° 78. — Huc, X, n° 25. — *Contrà :* Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, III. — Mais en ce cas, il a été jugé que le contrat tombe si lors du terme personne n'en demande l'exécution, trib. Lyon, 9 avril 1900, *Pand. fr.*, 1901, 2, 204.

4 Req., 2 déc. 1901, *Pand. fr.*, 1903, 1, 113.

5 Besançon, 16 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 232. — Trib. de Cambrai, 21 janv. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 339. — Cass. civ., 3 avril 1838, S. 1838, 1, 299. — Caen, 5 janv. 1868, *Rec. Caen*, 1859, 330. — Nancy, 3 nov. 1888, S. 1891, 1, 445. — Paris, 7 nov., an X, S. chr. — Cf. Req., 26 juin 1901, S. 1904, 1, 283. — Trib. Charleroi, 3 fév. 1866, *Journ. trib.* 1re *instance*, XVII, 476. — Laurent, XXV, n° 40. — Huc, X, n° 277. — Guillouard, I, n° 41. — Baudry et Wahl, I, n° 42. — Aubry et Rau, V, § 363, note 6.

6 Cf. Cass. req., 12 nov. 1889, S. 1891, 1, 445 (promesse de bail ambiguë).

7 Cf. Ascoli, *Riserva di proprieta nelle vendita*, *Studii senei*, Moriani II, p. 191. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 165, qui interprète l'art. 1589

bail ou de vente ne conférera la jouissance et la propriété de l'immeuble qu'à telle date[1], ou convenir que la société que l'on a promis de faire ne datera que d'une époque postérieure[2]. La société ne devra, en principe, fonctionner que de cette date. Elle devra être promise en la forme voulue (art. 1834 civ. et 39 comm.) et publiée dans les délais à dater de ce jour (art. 55, loi 24 juill. 1867). S'il y a eu un fonctionnement à l'essai auparavant, il devra être traité comme société en participation[3].

Si, à la date convenue, il n'y a pas exécution du contrat, on en demandera la résolution en vertu des articles 1184 et 1871 Civ[4].

En outre, on peut soumettre la promesse bilatérale à condition[5].

La clause d'attribution dans les cahiers des charges d'adjudication sur licitation est un cas pratique intéressant de promesse bilatérale lorsque l'un des héritiers est adjudicataire. Par cette clause imposée par des raisons fiscales, il est convenu que si l'un des héritiers est dernier enchérisseur, l'adjudication comportera seulement obligation pour celui-ci d'avoir l'immeuble dans son lot, lors du partage et

---

comme signifiant que la promesse ne vaut vente que si les parties par mégarde ont employé le mot promesse.

1 En conséquence une promesse unilatérale de vente ayant été faite pour la date d'expiration d'un bail et le bénéficiaire l'ayant utilisée, si l'immeuble est exproprié pendant le bail, l'indemnité revient au vendeur encore propriétaire à ce moment. Req., 15 février 1870, D. 1872, 1, 372. — V. Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, III. — Beudant, n° 45. — Larombière, art. 1138, n° 12,*contra :* Aubry et Rau, V, 349, p. 5. — Guillouard, I, n° 78, Cf. — Laurent, XXIV, n° 22.

2 Paris, 18 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 6 juin 1908.

3 Cf. sur ces points, Lyon, 22 fév. 1899, D. 1900, 2, 369, avec note de M. Lacour et Labbé, note dans S. 1873, 2, 169. — Paris, 2 déc. 1887, D. 1888, 5, 332.

4 V. Paris, 2 déc. 1887, D. 1888, 5, 332.

5 Laurent, YXIV, n° 25.— Beudant, *Vente*, n° 45.— V. Baudry et Saignat, n° 62 ; v° Gand, 6 nov. 1896. Pas., 1897, 2, 120

cela au prix convenu. S'il est dernier enchérisseur il est bénéficiaire d'une promesse bilatérale de contrat qui se réalisera lors du partage[1]. Mais cette promesse ne vise qu'une partie d'un contrat à effectuer, le partage. A ce point de vue elle se rapproche donc de la simple punctation[2].

La Cour de cassation, cependant, comprend autrement la clause et y voit au point de vue civil un partage partiel produisant de suite ses effets, de sorte que le délai pour inscrire le privilège du co-partageant court de suite[3]. Mais c'est séparer le côté civil et le côté fiscal de l'acte sans aucun motif. C'est, en outre, affirmer que dans l'adjudication comme dans le mariage, l'essentiel est le prononcé par l'officier public[4].

Ces idées font leur part légitime au système soutenu en France par Marcadé et en Allemagne par Degenkolb[5] qui distinguent la promesse synallagmatique de contrat et le contrat même : le premier auteur voyant là deux promesses unilatérales juxtaposées, le second un avant-contrat où les volontés existent et où il n'y aura contrat que plus tard. En réalité, il y a, dès maintenant, contrat, mais les parties peuvent en retarder tel ou tel effet, soit le transfert de pro-

---

1 V. Palmade, *De la clause d'attribution*, *Revue critique* 1912, p. 273 et surtout p. 286 et p. 359.

2 Ainsi s'explique qu'en droit fiscal, le droit de mutation ne soit pas exigible, Cass. civ., 12 juill. 1870, D. 1871, 1, 17, S. 1870, 1, 405.

3 Cass. civ., 19 oct. 1903, D. 1906, 1, 273 avec note de M. de Loynes, S. 1905, 1, 457 avec note de M. Wahl et sur renvoi, Caen, 24 janv. 1906. — Planiol, II, nº 3153, note 1 et III, 2407, note 2. — Pilon, *Revue de Droit civil*, 1906, p. 422 et Emm. Lévy, *id.*, 1908, p. 373.— Milliot, *De la clause d'attribution*, *Revue de Droit civil* 1912, p. 331 ; Cf trib. de Rennes, 10 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 522, qui exclut la possibilité de surenchère. — *Contrà :* Palmade, *loc. cit.* — Moissac-Mayer-Dalmbert, *Clause d'attribution*, th. Paris, 1912, p. 42 (obligation de faire).

4 V. *infra*, chap. XI, sect. I.

5 Marcadé, 3e éd., VI, p. 168. — Degenkolb, *Archiv. für civ. Praxis*, t. 71, p. 22.

priété, soit les risques[1]. C'est là la conception technique, qui est le mieux d'accord avec l'art. 1589 et avec les besoins pratiques qui tendent à donner sécurité le plus tôt possible, sauf limitation résultant de la volonté des parties.

471. — De la promesse bilatérale, il faut distinguer la promesse unilatérale[2]. C'est un acte qui est déjà plus que l'offre, laquelle a dans notre droit actuel un caractère assez fragile et ne constitue que la manifestation d'une volonté non suivie d'acceptation quelconque[3]. La promesse unilatérale suppose qu'une personne a proposé une convention et que le destinataire a, non pas accepté définitivement l'offre, mais accepté de pouvoir l'utiliser pendant un certain temps[4].

Ainsi il a été convenu entre deux personnes que, l'une pourrait acquérir à telles conditions et pendant tel délai l'immeuble de l'autre. Elle a donc le choix pendant le délai de se porter ou non acheteur. Le cas le plus fréquent est précisément cette hypothèse de la promesse unilatérale de vente, celle-ci est très usitée, en matière financière, sous le nom d'option[5], mais il peut y avoir des promesses unilatérales d'achat[6], de bail, etc.

472. — Le code civil lui-même prévoit un cas spécial de

1 Cf. sur ce dernier point, Huc, X, n° 25 *in fine*.— Baudry et Saignat, n° 62. — Beudant, *Vente*, n° 45.

2 V. sur les différences d'effets, Baudry et Saignat, n° 75.

3 V. Trib. Anvers, 3 déc. 1874, Pas., 1875, 3, 25.

4 V. trib. Anvers, 3 sept. 1874. Pas. 1875, 3, 25. — Ainsi une offre suivie du silence du destinataire n'équivaut pas à promesse de vente, Cass. Req., 13 août 1872, S. 1873, - 1, 56. — Cf. Req. 5 avril, 1875. S. 1875, 1, 151. — V. la distinction très nette entre l'offre et la promesse unilatérale acceptée dans Req., 23 avril 1903, S. 1908, 1, 404 et Douai, 2 nov. 1898, *Rec. Douai*, 1898, 257. — V. Colin et Capitant, II, p. 414.

5 V. sur les options dans les syndicats d'émission, Le Roy, *Syndicats d'émission*, th, Paris, 1914, p. 253.

6 V. Baudry et Saignat, n° 76. Spécialement un tiers peut promettre d'enchérir dans une vente jusqu'à un certain prix, id., n° 78.

promesse de contrat[1]. L'art. 1587 dit qu' « à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées[2] ». En vertu de ce texte, à la différence de la vente à l'essai qui est sous condition suspensive (art. 1588 civ.), la vente *ad gustum* est une vente où la volonté d'acheter n'est définitive que lorsqu'elle a été exprimée après la dégustation.

Le contrat se forme seulement au moment de cette manifestation spéciale de volonté qui s'appelle l'agréage.

Il en est ainsi même s'il s'agit d'une vente de corps certain. Le texte ne distingue pas[3].

Jusqu'à l'agréage, le vendeur est donc tenu seulement de permettre à l'acheteur de goûter[4] et s'il y a refus il est totalement libéré, il ne doit ni indemnité, ni autres marchandises[5].

L'agréage comme l'utilisation définitive de la promesse de vente est à la libre volonté de l'acheteur, qui peut refuser la marchandise, même si des experts la déclarent de bonne qualité[6].

---

1 D'après M. Planiol l'art. 1589 viserait également une promesse unilatérale et non la promesse bilatérale comme on le dit généralement (v. II, n° 1400). Il se fonde sur ce que les anciens auteurs ne parlaient que de promesses unilatérales, et sur ce que c'est pour les régler que cet article aurait été écrit. Mais cette opinion est critiquée.

En tous cas, pratiquement la valeur de ces promesses est réglée.

2 V. sur ce sujet Mercier. *Les marchés de vins*. *Revue générale de droit*, 1907, p. 240.

3 Guillouard, I, n° 37 — Laurent, XXIV, n° 340.— *Contrà:* Colmet de Santerre, VII, n° 8 *bis*, II, qui voit là une vente conditionnelle.

4 Aubry et Rau, IV, § 349, texte et note 17. — Guillouard, *Vente*, I, n° 40. — Baudry et Saignat, n° 157.

5 Bordeaux, 26 juin 1854, S. 1855. 2. 25. § 1355. I. 464. — Metz. 20 août 1828, S. chr. C. Baudry et Saignat, n° 163. — Huc, X, n° 21. — Guillouard, n° 41. — Aubry et Rau, V, S. 349, note 13 nonies.

6 Baudry et Saignat, n° 159. — Huc, X, n° 21.— Guillouard, I, n° 37. — Colmet de Santerre, VII, n° 8 bis, IV. — Aubry et Rau, V, § 349.

Ce système s'applique dans toutes les choses qu'il est d'usage de goûter : spécialement les vins, bières, liqueurs, etc.[1], l'huile[2], même dans les ventes entre commerçants[3]. Le juge apprécie si l'usage d'agréer existe pour telle marchandise[4].

Il est observé à moins de renonciation expresse ou tacite de l'acheteur, résultant d'un ordre d'expédition, du fait de goûter un échantillon, du fait d'agréer le vignoble[5]. Les juges du fait déterminent si cette renonciation existe[6].

473. — La promesse unilatérale suppose que les divers

---

note 16 *bis*. — Planiol, II, n° 1361. — V. cep. Angers, 21 janv. 1835, S. 1835, 2, 228. — Cass. Req., 29 mars 1836, S. 1836, 1, 566, lorsqu'il en a été convenu autrement. — Aubry et Rau, V, § 349, texte et note 15.

1 Pour la bière, Dijon, 21 avril 1865, D. 1865, 2, 115. — *Contrà* pour les beurres, Paris 29 nov. 1898, D. 1899, 2, 460, S. 1899, 2. 126, l'avoine. Cass. Req., 7 avril 1908, S. 1910, 1, 67, D. 1908, 1, 397. L'acheteur peut toujours se réserver pour une marchandise le droit de goûter, v° Baudry et Saignat, n° 168. — Aubry et Rau, V, § 349, note 13 octies.

2 Trib. comm. Seine, 14 déc. 1904, D. 1905, 2, 475.

3 Guillouard, I, n° 39. — Colmet de Santerre, VII, n° 8 *bis*. — V. Angers, 21 janv. 1835, S. 1835, 2, 228, sol. implic. et sur pourvoi ; Cass. Req., 29 mars 1836, S. 1836, 1, 1836, 1, 566. — Limoges, 8 mars 1837 et 13 mars 1838, S. 1838, 2, 474. — *Contrà* Aubry et Rau, V, § 349, texte et note 15. — Cf. Laurent, XXIV, n° 145.

4 V. Planiol. II, n° 1362.

5 V. Bordeaux, 23 mai 1894, D. 1895, 2, 76. — Nîmes, 13 nov. 1900. D. 1903, 1, 174. — Angers 21 janv. 1835, S. 35, 2228 et sur pourvoi Req. 29 mars 1836, S. 1836, 1, 566, civ., 5 déc. 1842, S. 1843, 189. — Limoges, 8 mars 1837, S. 1838, 2, 474. — Limoges 13 mars 1838, cod. loc. — Aix, 11 juin, 1908, D. 1910, 2, 305. — Montpellier, 31 mai 1900, D. 1906, 1, 470. — Trib. comm. Nantes, 2 mai 1904. *Rec. Nantes*, 1905, 1, 53. — Orléans, 15 juill. 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 341. — Trib. comm. Nantes, 31 juill. 1897, *Rec. Nantes*, 1897, 407 et 29 oct. 1898, *id.*, 1899, 1, 259. — Cass. civ., 25 mars 1902, D. 1903, 1, 174, *Pand. fr.*, 1902, 1, 316. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1904, p. 449. — Guillouard, I, n° 38. — Huc, X, n° 20. — Colmet de Santerre, VII, n° 8 *bis*, III. — Aubry et Rau, V, § 349, texte et note 15.

6 Cass. req., 20 nov. 1894, D. 1894, 1, 568; S. 1897, 1, 70. — Cass. civ., 29 mai 1905, S. 1907, 1, 494; D. 1905, 1, 426.

éléments essentiels du contrat sont déjà fixés, notamment le prix[1], la chose vendue, la chose louée, etc.[2], de sorte qu'un simple oui suffise à former le contrat. Pour les points accessoires cela est inutile : la loi ou l'usage les ayant réglés.

Elle peut se présenter sous différentes formes : promesse d'achat ferme à tel prix, promesse d'enchérir jusqu'à telle somme[3], etc.. De façon générale, la promesse peut être accompagnée des diverses modalités : termes, conditions, qui peuvent être ajoutées à des conventions ordinaires[4].

En fait, la promesse unilatérale de vente d'immeuble est souvent contenue dans un bail. Elle se complique, aussi, souvent de clauses sur des constructions à élever par le locataire[5].

Elle intervient parfois sous forme de promesse d'achat de marchandises au porteur, ce qui est pour l'acheteur un moyen de crédit[6].

---

1 Laurent, XXIV, n° 14. — Guillouard, 1, n° 8. — Baudry et Saignat, n° 68. — Turin, 6 mars 1906, *Giur. ital.*, 1906, 2, 269. Et d'après M. Planiol, II, n° 1407, l'art. 1589 aurait été écrit uniquement pour la promesse unilatérale et pour dire que le prix doit être fixé. La cour de Lyon a refusé de voir une fixation suffisante du prix dans une fixation à dire d'experts ou autrement, 28 fév. 1902, Pas. 1902, 4, 118.

2 V. sur les éléments essentiels dans chaque contrat sur lesquels l'accord doit se produire, *infrà*. — V. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 45. Avec cet auteur nous pensons que les éléments essentiels sont les éléments essentiels objectifs seuls. Les éléments essentiels subjectifs ne seront considérés que si les parties ont déclaré avant la promesse que tel point était pour elles essentiel. — Cf. Trib. comm. Namur, 24 juin 1909, *Belgique judic.*, 1909, 970 (société).— Bruxelles, 9 mars 1908, *id.*, 1908, p. 481 (promesse de société anonyme.)

3 Rouen, 6 nov. 1907, *Rec. Rouen*, 1907, 2, 231. Mais les ventes à l'essai ou avec arrhes ne sont pas des promesses de vente. Ce sont des contrats sous conditions résolutoire.

4 V. Guillouard. *Vente*, I, n° 89. — Aubry et Rau, V., 5e éd., p. 8

5 V. M. Benoist, *Constructions élevées par le preneur avec promesses de vente*, thèse de Paris, 1911.

6 V. Ripert, *Promesse d'achat au porteur*, *Ann. de dr. commercial*, 1904, p. 441. — Cf. Cass., 3 nov. 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 26 novembre.

Elle peut se présenter sous la forme atténuée du droit de préférence, spécialement de préemption, que nous étudierons plus loin avec les contrats de réglementations.

Dans la vente sur saisie immobilière, la mise à prix fixée par le saisissant est une promesse d'achat à terme, sous condition de non-enchère, promesse qui devient définitive le jour où le cahier des charges ayant été lu à l'audience, elle se moule dans un jugement.

Est-il nécessaire que la promesse contienne un terme dans lequel on doit l'utiliser ? On l'a admis en droit autrichien. Ceci nous semble inutile. La promesse vaut pendant trente ans. Mais il peut résulter de l'intention des parties qu'elle doit être utilisée dans un temps moindre. Le juge fixera ce délai en cas de doute[1].

474. — Les juges apprécient en fait quand il y a promesse unilatérale de contrat[2]. C'est ainsi qu'ils déterminent s'il y a vente avec délai de paiement ou au contraire bail avec promesse unilatérale de vente dans le contrat par lequel un fabricant remet des objets à une personne qui paie des annuités et en devient propriétaire après un certain délai soit en payant une certaine somme, soit gratuitement[3]. La question est importante, car s'il y a promesse

---

1 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 46.

2 Douai, 2 nov. 1898, *Pand. fr.*, 1899, 2, 268.

3 Cass. req., 29 janv. 1902, D. 1902, 1, 96 ; S. 1902, 1, 168.— Colin et Capitant, II, p. 417. — Ont admis un bail avec promesse de vente dans le cas où le locataire devait payer un supplément pour acquérir : Paris, 6 mars 1901, Pand. fr. 1902, 2, 250, Lyon, 15 janv. 1900, le *Droit*, 31 mai.— Trib. Anvers, 16 déc. 1897, *Journ. Trib.*, 1898, 99. Paris, 9 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 539, Paris, 17 janv. 1941, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 299. — V. en ce sens, Guillouard, I, n° 87.— *Contrà :* Cass. civ., 22 déc. 1909, S. 1910, 1, 191.— Nancy, 21 nov. 1911, *Gaz. Trib.*, 23 déc. 1911.— Trib. comm. Nancy, 3 avril 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 11. — Trib. Liége, 9 mars 1901, Pas., 1901, 3, 333. — Orléans, 12 mars 1907, *Gaz. Trib.*, 28 avril, 1907. — Trib. Seine, 4 sept., 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 598. Ont admis une promesse de vente, au cas où le locataire n'avait pas à faire de versement supplémentaire. Cass. crim., 19 juin 1903, D. 1905,

de vente, le vendeur resté propriétaire peut revendiquer les objets en cas de faillite de l'autre partie et celle-ci ne peut les hypothéquer avec l'immeuble où elle les a placés, enfin, il y a abus de confiance si cette personne revend les objets qu'on lui a remis.

Les juges apprécient de même si une personne promettant de céder à un tiers ce qui lui conviendra dans les biens qu'elle achètera à une adjudication, s'il y a là mandat ou promesse de vente[1].

De même, ils déterminent s'il y a promesse unilatérale de reprendre un contrat suspendu ou simple promesse de rentrer en pourparlers avec possibilité de refuser l'offre faite[2].

475. — Il est incontesté aujourd'hui que la promesse unilatérale d'un contrat est valable. On ne peut dire que

---

1, 483 ; S. 1910, 1, 192, en sous note (à propos d'un abus de confiance) et sur renvoi, Orléans, 26 janv. 1904, D. 1905, 2, 414.— Trib. Toulouse, 27 déc. 1904, *Gaz. Trib.*, *Midi* 19 fév. 1905. — Trib. Marseille, 20 juin 1900, *Rec. Marseille*, 1900, 1, 300. — Pau, 9 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 539. — Lyon, 25 fév. 1904, *Mon. Lyon*, 17 juin 1904. — Trib. Seine, 28 avril 1904, *Gaz Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 329. — Bourges, 17 fév., 1902, D. 1902, 2, 448, S. 1902, 2, 247. — Caen, 22 nov. 1894, S. 1895, 2, 210. — Bordeaux, 26 juill. 1899, D. 1901, 2, 152. —Bourges, 7 mars 1895, Pand. fr., 1895, 2, 222, le *Droit*, 20 mars. — Lyon, 10 avril 1888, S. 1890, 2, 113, avec note de M. C. Appleton. — Trib. Verviers, 5 juillet 1894, *Jurisprudence des cours*, XLII, 1076. — Bruxelles, 25 nov. 1896, *Journ. trib.*, 1896, 1278. — Trib. Bruxelles, 4 janv. 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 423.— Guillouard, I, n° 87.— *Contrà :* Paris, 3 avril 1903, D. 1903, 5, 778 (à propos d'abus de confiance). — Trib. Verviers, 5 juill. 1894, *Journ. Trib.*, XLII, 1076. — Trib. Périgueux, 16 déc. 1913, S. 1914, 1, 123. — Trib. comm. Seine, 4 sept. 1913, *Gaz Pal.*, 1913, 2, 598. — Trib. Bruges, 31 oct., 1895, Pas., 1896, 3, 89. — Cf. Huc, X.; n° 6. — V. aussi Chauveau, *Vente à tempérament d'objets mobiliers*, thèse de Paris, 1909, pp. 120 et suiv. — Albert, *Distinction de la vente et du louage*, etc., thèse de Poitiers 1906. — Cf. Cass. crim., 13 juillet 1911 et 15 mars 1912, D. 1913, 1, 97.

1 Req., 6 janv. 1858, D. 1858, 1, 457.

2 Cass. civ., 23 janv. 1917, D. 1917, 1, 164.

c'est une promesse nulle comme faite sous condition potestative. Car la condition potestative n'est illicite que lorsqu'elle est potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174). Cet article peut difficilement viser le bénéficiaire de la promesse qui n'est pas tenu, mais envers qui le promettant est tenu. Ensuite l'article 1174 vise une obligation sous condition potestative. Il ne vise pas un contrat tout entier fait sous condition potestative, car alors le contrat n'a pas le caractère dérisoire de la promesse isolée sous la condition si je veux[1]. Quelques arrêts très anciens ont bien condamné la promesse unilatérale[2]. Mais le contraire est depuis longtemps incontestable tant en jurisprudence qu'en doctrine[3] (A).

---

1 V. Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. de dr. civil*, 1905, pp. 756 et suiv. — Demolombe, XXV, nos 323 et suiv. — Larombière, art. 1174, n° 11. — Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, IV.— Laurent, XXIV, n° 9.— Guillouard, *Louage*, I, n° 41. — Beudant, *Vente*, nos 31-33. — Huc, X, nos 27 et 277. — Etienne Leduc, *Avant contrats*, thèse Paris, 1909, pp. 31 et suiv. — Cf. Baudry et Barde, II, n° 781. — Aubry et Rau, IV § 302, notes 23 et 24. — Baudry et Saignat, I, n° 63, qui sont plus vagues.

2 Angers, 27 août 1829, D. 1830, 2, 74.— Lyon, 27 juin 1832, D. 1832, 2, 95, S. 1833, 2, 285 (dans ce dernier cas le ptix n'était pas fixé. — Riom, 27 mai 1820, D. 1846, 4, 508.

3 Paris, 10 mai 1826, S. chr. — Amiens, 25 avril 1826, S. chr. — Paris, 26 août 1847, S. 1848, 2, 161 avec note Devilleneuve. — Bordeaux, 17 août 1848, S. 1848, 2, 641. — Cass. req., 9 août 1848, S. 1848, 1, 615. — Trib. Seine, 9 fév. 1847, D. 1847, 2, 322. — Trib. Seine, 26 août 1847, D. 1848, 2, 43. — Cass. req., 18 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 609. — Trib. Rodez, 15 oct. 1912, *Gaz. Trib.*, 23 nov. 1912. — Toulouse, 21 mai 1885, D. 1886, 2, 187. — Req., 10 déc. 1883, D. 1884, 1, 134: S. 1884, 1, 390. — Bourges, 15 juin 1841, S. 1848, 1, 181. — Amiens, 16 juin 1841, S. 1844, 2, 263. — Paris, 28 mai 1895: *Pand. fr.*, 1896, 2, 87. — Guillouard, I, n° 81. — Demolombe, XXV, nos 325-327. — Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, IV. — Laurent, XXIV, n° 9. — Aubry et Rau, V, § 349, texte et note 9. — Huc, X, n° 96, — Baudry et Saignat, n° 63.

(A) V. p. suivante.

Et la même solution est admise pour le cas spécial de pacte de préférence où le vendeur n'est pas obligé de vendre, ni l'acheteur d'acheter, mais où le vendeur promet de donner la préférence au bénéficiaire du pacte s'il offre le même prix qu'un autre amateur[1]. Mais ce contrat se rapproche déjà beaucoup des contrats de réglementation que nous étudierons plus loin.

Il en est de même pour le pacte de rachat qui est distinct du réméré, lequel est une condition résolutoire de la vente[2] ou la promesse d'acheter[3].

A. — *Promesse de vente dans un bail* [4]

Pendant tout le cours du présent bail et des prolongations successives dont il pourrait être l'objet, le preneur, ses cessionnaires auront la faculté de se rendre acquéreurs de l'immeuble loué aux conditions ci-après.

Pour cela la déclaration du preneur ou de ses ayants droit devra parvenir à M. bailleur le au plus tard. Celui-ci s'engage à passer l'acte de ladite vente devant notaire dans le délai d'un mois après ladite déclaration.

La vente se fera aux conditions suivantes :

Prix.

Date de paiement du prix.

Entrée en jouissance. Le bail cessera du jour de la déclaration et le loyer cessera de ce jour d'être dû.

Paiement des contributions

Frais de l'acte de vente.

Au cas où la propriété ne pourrait être transférée à M. le vendeur promet à titre de clause pénale une indemnité de . Pour la sûreté de laquelle il déclare constituer hypothèque sur ledit immeuble et ses dépendances.

---

1 V. spéc. Baudry et Saignat, n° 71, I. — Beudant, *Vente*, n° 304.

2 V. Riom, 23 mai 1905, *Rec. Riom*, 1905, p. 193 qui observe que le premier vaut trente ans et le second cinq seulement (art. 1660 Civ). — Baudry et Saignat, n° 71, II.

3 V. Baudry et Saignat, n^{os} 76-77.

4 Rappr. Defrénois, *Rép. du Notariat*, 1910, 3^{e} partie, p. 31 et 1907, 3^{e} partie, p. 105.

Spécialement la promesse de vente par un débiteur à son créancier est valable et on ne peut dire qu'elle tombe sous le coup de l'art 742 proc., prohibant la clause de voie parée[1].

476. — Au point de vue de la capacité nécessaire, si le promettant a besoin de la capacité ou des pouvoirs exigés pour le contrat même[2], le bénéficiaire n'a besoin que de la capacité ou du pouvoir pour les actes d'administration pour accepter la promesse. Par suite, le tuteur peut seul renoncer au bénéfice d'une promesse de vente[3].

Mais la capacité n'est exigée chez le promettant qu'au jour de la promesse. Peu importe qu'au jour de la réalisation il soit représenté par un mineur[4]. C'est la conséquence de ce que la promesse a une valeur juridique par elle-même.

Pour utiliser la promesse, il faut avoir la capacité de vendre s'il s'agit de promesse d'achat, d'acheter s'il s'agit d'une promesse de vente, etc.[5].

477. — Lorsqu'il est fait une promesse d'un acte unilatéral, il suffit de la dresser en un seul exemplaire. Mais un seul exemplaire suffit-il s'il s'agit d'une promesse unilatéral d'un contrat synallagmatique : vente, bail, société, etc.. La jurisprudence est hésitante[6]. Mais un seul exemplaire

---

1 Grenoble, 20 mai 1903, D. 1904, 2, 84. — Req., 28 fév. 1856, D. 1856, 1, 116. — Montpellier, 1er mars 1855, D. 1856, 2, 219. — Trib. Nontron, 27 août 1845, D. 1849, 2, 46.

2 V. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 180. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 260 (avec des réserves). Ainsi pour la promesse de bail, il suffit de pouvoir administrer, trib. Seine, 2 février 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, suppl. 19. — Pour la promesse de vente, il faut pouvoir vendre, Paris, 13 juin 1882, *Gaz. Palais*, 1882, 2, 429 (réquisition d'expropriation totale). — Trib. Seine, 8 nov. 1898, le *Droit*, 8 déc. — Douai, 27 déc. 1848, D. 1849, 3 ,393. — Liège, 12 fév. 1842, Pas. 1842, 2, 169 (commune). — Cf. Req., 2 déc. 1901, S. 1905, 1, 490. — *Contrà* : Göppert, *Krit. Vierteljahr.*, t. 14, p. 416.

3 Cass. req., 20 janv. 1862, S. 1862, 1, 705 ; D. 1862, 1, 364.

4 Trib. Seine, 22 mars 1901, le *Droit*, 30 août 1901.

5 Le failli apres clôture pour insuffisance d'actif peut utiliser une promesse de vente, Req., 26 oct. 1885, S. 1887, 1, 473.

6 Pour l'exigence de deux exemplaires, Guillouard, I, n° 90. —

nous paraît suffire, puisqu'on admet que pour un contrat synallagmatique où une des parties a exécuté son obligation toute entière un seul exemplaire suffit, art. 1325 *in fine*[1].

Il en est de même ici où une seule partie est obligée. On peut dégager de ces deux solutions ce principe qui paraît d'accord sur les nécessités pratiques. Pour savoir si l'acte doit être rédigée en double, il faut se placer non pas *in abstracto*, mais voir en fait s'il y a encore plusieurs obligations à exécuter, car alors seulement chaque partie a un intérêt à détenir un exemplaire. L'art. 1325 *in fine* n'est donc pas une exception. C'est l'application d'un principe rationnel plus général : on dresse autant d'exemplaires qu'il y a de personnes ayant un intérêt à en posséder.

Mais il faudra rédiger deux exemplaires le jour où il y aura acceptation.

477 bis. — Si une promesse, par exemple une promesse de vente de titres de Bourse est faite au nom d'un mineur, faut-il qu'elle soit munie des formes exigées pour la vente même ? La négative a été jugée[2]. Cela est, en effet, séduisant si le contrat ne devient définitif qu'en majorité, car le contrat, nous le verrons, ne date que de cette époque. Nous croyons cependant cette solution inexacte.

477 ter. — La promesse de contrat peut être faite non au profit du contractant, mais au profit d'un tiers. Ainsi une personne se fait faire une promesse de vente d'une concession de mines, de chemins de fer au profit d'une Société par actions qu'elle s'engage à constituer dans un délai d'un

---

Rennes, 26 mai 1820, S. chr. (promesse bilatérale). — Cass. civ., 21 déc. 1846, S. 1847, 1, 66 (promesse bilatérale). — *Contra:* Bourges, 15 juin 1841, S. 1848, 1, 181. — Dijon, 18 juin 1890, *Gaz. Pal*,. 1890, 2, 323. — Laurent, XXIV, n° 11. — Cf. Cass. Florence, 16 déc. 1913, *Rivista di diritto civile*, 1914, p. 93, qui a admis que les formes civiles exigées pour la vente ne le sont pas pour la promesse unilatérale. — Bruxelles, 23 mars 1831, Pas. 1831, 60.

1 Baudry et Barde, IV, n° 2277. — Demolombe, XXIX, n° 399.

2 Cass. belge, 21 fév. 1901, Pas. 1901, 1, 155.

an[1]. Le point délicat est de savoir quelle sera la situation respective du contractant et de la Société qu'il crée.

Pas de doute : celle-ci peut utiliser la promesse, mais elle devra en même temps en payer le prix. Mais le contractant est-il responsable de ce prix si la société ne le paie pas. Il semble naturel de l'admettre. Le concessionnaire n'a pas entendu s'engager n'ayant pour garant qu'une société qu'il ne connaît pas, qu'un tiers à trouver. On peut juridiquement arriver à ces solutions en considérant le contractant comme ayant tacitement cautionné le tiers qu'il présentera. L'opération juridique peut s'analyser en une cession de l'option à la société à créer, cession emportant obligation de payer le concessionnaire, c'est-à-dire cession de la dette éventuelle.

Promesse d'acte soumis à autorisation

478. — Une personne peut, pour passer un acte, avoir besoin d'une habilitation, soit parce que c'est un incapable qui a besoin de certaines autorisations, soit parce que c'est un représentant d'autrui ou un agent d'une personne morale qui a besoin de remplir certaines formalités, n'ayant pas les pouvoirs pour passer l'acte à lui seul. Il y a là encore un acte auquel manque un élément essentiel[2].

Peut-il y avoir, en ce cas, une promesse de passer l'acte.

Il faut distinguer les promesses unilatérales et bilatérales.

Tout incapable, tout administrateur du bien d'autrui a qualité pour recevoir et rendre efficace une promesse unilatérale à son profit.

En effet, le bénéficiaire de la promesse a tout avantage. Son co-contractant est lié et lui n'utilisera la promesse que s'il le juge à propos. L'opération constitue donc un acte

---

1 V. Ossorio, *El contrato de Opcion*, pp. 23 et suiv.

2 V. cependant quelques arrêts qui ont vu ici une condition, n° 705 en note.

qui ne le lèse pas et qui rentre dans les pouvoirs d'un administrateur à titre d'acte conservatoire en quelque sorte. La promesse unilatérale sera donc acceptée valablement par tout administrateur du bien d'autrui : tuteur, syndic de faillite, maire, administrateur délégué, etc., et par le mineur qui est incapable seulement de se léser. Il en sera de même de la femme mariée qui n'est incapable que pour les actes énumérés en l'art. 217 civ., du mineur émancipé, du prodigue, qui peuvent administrer. Il n'en serait autrement que pour l'interdit donc les actes sont nuls de droit. La promesse acceptée par lui pourrait être attaquée par lui ou son tuteur. Mais il y faudrait un intérêt qui en fait n'existera pas.

479. — L'incapable ou l'administrateur du bien d'autrui pourrait-il passer une promesse bilatérale ou une promesse unilatérale où il aurait le rôle de promettant ? Autrement dit, peut-il y avoir un contrat où le co-contractant soit ou non obligé, suivant que la promesse est bilatérale ou non, mais où, en tous cas, l'incapable ou l'administrateur l'est définitivement sous réserve de se faire autoriser.

La solution que nous allons donner à cette question générale se rattache à la conception générale du contrat. Dans la conception individualiste du contrat concours de volontés, normalement en face du consentement du tiers, il faut un consentement complet, c'est-à-dire que la contre-partie doit être autorisée au moment même où elle consent, ou par avance. Encore cette dernière solution ne s'impose que par nécessité pratique, car le consentement ne se forme que par la volonté simultanée de l'incapable et de celui qui autorise.

Au contraire, dans la conception sociale du contrat, la volonté de l'homme étant irrévocable quand une autre volonté représentant des intérêts opposés en a pris acte et a pu agir en conséquence, peu importe que la première ait besoin de se compléter par une autorisation tenant à une certaine inhabilité en affaires, ou à la nécessité de l'assenti-

ment d'autres intéressés. Celui qui autorisera sera le juge final de l'utilité de l'affaire. Mais ce n'est pas une raison pour que la promesse du contrat n'ait pas déjà par elle-même une valeur, liant le tiers, liant l'incapable dans la mesure où il peut l'être[1]. Un contrat entre un incapable et un tiers est un acte soumis à l'approbation de qui autorisera, c'est une sorte d'offre à son égard, mais une offre qui a déjà une force juridique spéciale, car elle s'est coulée dans le moule contractuel : elle est déjà une transaction entre des intérêts opposés.

Ces conceptions techniques ne sont que la formule où se cristallisent les besoins pratiques. Quand un incapable doit traiter en fait, des pourparlers commencent avec le tiers. S'ils aboutissent il serait déplorable, tandis que l'incapable sollicite l'autorisation, que le tiers put retirer sa parole. Inversement, il serait mauvais que l'incapable étant sur le point d'être autorisé, il put dire au dernier moment : mon consentement ne vaut qu'après autorisation, je ne veux plus consentir.

Il résulte de là que les incapables soumis au régime de l'autorisation (mineur émancipé, prodigue, femme mariée, liquidé judiciaire) ayant consenti une promesse d'acte soumise à leur habilitation, il y a une promesse d'acte valable. On pourrait objecter qu'il n'est pas possible qu'une habilitation survienne après l'acte, que c'est alors une ratification. Cela a été soutenu[2]. Mais il faut distinguer l'acte fait par l'incapable purement et simplement qui est nul, sauf ratification, et le fait de faire une promesse d'acte avec la pensée de la compléter par une autorisation. Il y a entre

---

1 V. en ce sens : Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 181, qui y voit une promesse bilatérale, mais qui fait toutefois exception pour le cas où l'incapable serait libre de ne pas se faire autoriser car alors il y aurait, dit-il, promesse sous condition potestative, ce serait alors une promesse unilatérale.

2 Demolombe, IV, nos 211 et 272. — Huc, II, n° 60. — Planiol, III, n° 280. — Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 765.

les deux situations la différence qui sépare un amant d'un fiancé. Au premier cas, on agit sans s'occuper de la loi. Au second, on en prépare l'observation et l'autorisation devra être obtenue dans un délai au moins tacite. Nous estimons donc que la promesse de contrat soumise à habilitation a déjà une valeur juridique et que l'incapable ni le tiers ne pourront revenir sur leur parole si l'autorisation intervient.

Ces solutions reçoivent-elles application lorsque la loi parle non plus d'une autorisation dont elle ne fixe pas la date, mais d'une assistance, comme pour le liquidé judiciaire, le prodigue.

Cela n'implique-t-il pas que le consentement de l'incapable et de celui qui l'autorise doivent être donnés simultanément.

Cette solution est plus conforme aux textes[1]. Mais n'est-ce pas abuser des textes que de leur faire prévoir une question qu'ils n'ont pas entendu trancher et de tirer de là une solution contraire aux nécessités pratiques. Un mineur émancipé a besoin de contracter. Il s'entend avec un tiers. Est-il admissible que lui ou le tiers puissent se dédire dans le délai nécessaire pour obtenir le consentement du curateur.

La loi n'est-elle pas suffisamment obéie si dans l'acte qui d'ordinaire sera dressé pour constater les consentements définitifs, acte notarié ou sous seing privé, les consentements soient renouvelés simultanément ou qu'à défaut le juge déclare que le jugement tiendra lieu des renouvellements de consentements.

Le mineur et l'interdit sont soumis non au régime de l'autorisation, mais à celui de la représentation par le tuteur.

Pour le mineur, si l'acte ne le lèse pas, il peut contracter valablement.

---

1 V. en ce sens : Demolombé, VIII, n° 759.

Il n'y a d'exception que pour les actes graves, soumis à des formalités : autorisation du conseil de famille, etc.. Pour ces actes, on peut estimer que le mineur a seul qualité, soit pour recevoir une promesse unilatérale, soit pour faire une promesse bilatérale qui lie déjà le tiers, mais qui ne le lie pas complètement lui mineur, puisqu'il n'a pas un rôle officiel dans l'acte qui l'intéresse. Il y aura une sorte de stipulation pour autrui au profit du tuteur ès-qualités. Cela permettra de cristalliser déjà la volonté du tiers.

Quant à l'acte sans formalité spéciale qui lèse le mineur, nous donnerions la même solution. Mais ceci offre peu d'intérêt pratique, car le tuteur ne voudrait guère engager sa responsabilité en signant un acte contenant lésion qui engagerait sa responsabilité.

Pour l'interdit, ses actes étant nuls de droit, et surtout à raison de son état mental, il faut admettre qu'il ne pourra à aucun moment, même dans les intervalles lucides, passer une promesse bilatérale ou unilatérale irrévocable soumise à approbation du tuteur. Il pourrait toujours attaquer cette promesse. Mais n'y a-t-il pas à ce sujet un droit suffisant dans le droit du tuteur de se taire ou de refuser le contrat? Je le croirais volontiers. Cette solution serait mieux d'accord avec les nécessités pratiques et ce que nous venons de dire pour le mineur. Mais cela est contraire à l'article 502.

481. — Pour les représentants du patrimoine d'autrui les mêmes solutions doivent s'appliquer.

Lorsqu'à raison de la limitation de leurs pouvoirs par l'effet de la loi ou des contrats, les représentants d'autrui ne peuvent faire un acte, ils peuvent déjà seuls recevoir une promesse unilatérale ou passer une promesse unilatérale ou bilatérale, subordonnée à l'autorisation des personnes qualifiées. Sans doute si l'on s'en tient là, il n'y aura pas de contrat définitif de formé[1]. Il n'en serait autrement

---

1 Cass. civ., 22 janv. 1867, S. 1867, 1, 124. — Cass. civ., 9 juill. 1872, S. 1873, 1, 256 (promesse de bail par un président de société

que si l'administrateur avait stipulé pour autrui et à défaut pour lui-même[2]. Mais si l'autorisation est donnée, de ce jour le contrat se formera[3].

Ces solutions sont-elles vraies au cas où la loi exige qu'un acte reçoive une autorisation préalable? (art. 458 et 467 *bis*, loi du 27 février 1880, art. 1er). Il semble bien que oui. M. Saleilles fait remarquer[3] que rien ne s'oppose à une confirmation de l'acte. En dehors de cela, on peut parler de la promesse d'acte, laquelle n'a pas été visée par la loi et s'imposepar nécessité pratique, pour que le tiers ne puisse retirer sa parole.

482. — En résumé dans tous les cas où il y a une habilitation, il peut y avoir auparavant une promesse d'acte valable[4].

A. — *Formule d'acte soumis à autorisation.*

Entre les soussignés : M. X.
et M. N. agissant comme [tuteur de] [administrateur délégué de la Société] [maire de la ville de].

Il a été convenu ce qui suit :

M. N. es qualités déclare promettre à M. X. qui accepte dès à présent de façon définitive de lui [vendre] [acheter] [louer] aux conditions suivantes l'immeuble sis à

---

30 nov. 1887, *Rec. Rouen*, 1887, 1, 250. — Cass. civ., 27 juill. 1892, S. 1893, 1, 121. — Cass. civ., 21 juin 1893, S. 1894, 1, 17, avec note de M. Tissier. — Req., 3 déc. 1912, D. 1913, 1, 533.

1 Req., 14 avril 1886, D. 1887, 1, 430. — Cass. civ., 11 avril 1902, D. 1904, 1, 233, note de M. Sarrut. — Le tribunal de commerce de Bruxelles parle ici de ratification, 24 nov. 1903, *Jurisp. comm.*, Bruxelles, 1904, 141. Ce n'est exact que si l'acte n'a pas été fait dans la pensée d'être ensuite approuvé.

2 *Aliénations des valeurs mobilières par les administrateurs du bien d'autrui*, p. 357. — Cf. Demogue, *Droits éventuels*, *Revue de dr. civil*, 1905, p. 766.

3 Cf. Pacifici Mazzioni, *Vendita*, I, n° 30. — Rappr. Req., 12 déc. 1881, D. 1882, 1, 131 qui a jugé que le fait de ne pas solliciter l'autorisation pouvait entraîner certaines conséquences juridiques.

Mais les tribunaux auront en fait à déterminer si l'intention des parties a été de faire une promesse, de façon qu'il y ait obligation de solliciter dans un délai exprès ou tacite l'habitation, ou au contraire un acte sans se préoccuper de sa régularité. En ce cas il y aura un acte nul. avec ratification possible. L'intérêt est le suivant: c'est qu'au premier cas l'acte date de l'habilitation, au second, il date de l'échange primitif de consentements, la ratification ayant un effet rétroactif.

483. — Il y a également promesse d'acte liant déjà provisoirement les signataires si un acte a été fait avec cette condition qu'un tiers intéressé devra la ratifier : comme un partage d'ascendant où certains descendants se portent forts pour un autre, ou un acte auquel doit adhérer un tiers qui surveillera son exécution[1].

Il en est de même si un acte passé par un représentant doit ensuite être approuvé par le représenté. Cependant on a jugé qu'un voyageur ayant passé un contrat avec un tiers, celui-ci pouvait le révoquer par un acte arrivant au patron avant qu'il ne connut le contrat passé en son nom[2].

Les actes à passer au nom [du mineur] [de la société] [de la ville] ne pouvant être faits définitivement qu'à la suite de diverses formalités légales, M. N. s'engage à faire les diligences nécessaires pour les faire accomplir le plus rapidement possible. Faute par lui d'avoir obtenu les autorisations voulues dans le délai de trois mois à dater de ce jour, la présente promesse de contrat tombera.

Sitôt les autorisations obtenues, les soussignés se rendront devant un notaire pour passer acte notarié.

Fait double à le

---

1 Cass. civ., 27 juill. 1892, S. 1893, 1, 121. — Cass. civ., 21 juin 1893, S. 1894, 1, 17, avec note de M. Tissier. — Cf. Paris, 7 août 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 318, 2e partie (où en fait le consentement d'un tiers n'a pas été jugé nécessaire).

2 Trib. comm. Liège, 6 janv. 1887, Pas. 1887, 3, 93. — V. aussi Dijon, 19 juin 1911, D. 1913, 2, 270. — V. une tendance analogue dans Cons. d'Etat, 18 nov. 1910, *Revue de droit public*, 1911, p. 61.

484. — Lorsqu'il y a une promesse soumise à une autorisation. Si celle-ci est refusée, la promesse tombe sans que personne soit responsable. Il n'en est autrement que si la personne capable qui avait besoin d'une autorisation a garanti de la rapporter[1]. En ce cas, elle encourt la responsabilité qu'encourt tout portefort, responsabilité que nous préciserons plus loin en faisant la théorie de ce personnage. L'incapable ne peut pas actuellement signer une promesse qui vaudrait complètement le jour où il deviendrait capable. Ce serait permettre de tourner les lois d'ordre public[2].

485. — Il convient de signaler à part, dans les actes soumis à autorisation, les dons et legs à des établissements publics ou d'utilité publique, pour lesquels la loi du 4 février 1901, article 8, a établi (généralisant de nombreuses solutions antérieures) le système de l'acceptation provisoire[3]. Dérogeant aux articles 910 et 937 Civ., qui exigent une acceptation antérieure, la loi de 1901 permet au représentant de la personne morale d'accepter immédiatement. Il résulte de là une situation juridique suffisante pour lier définitivement le donateur, peu importe le décès postérieur de celui-ci, son incapacité, ses regrets. Cette situation juridique est celle résultant des promesses d'actes juridiques en général. Elle permet les actes conservatoires.

Mais elle présente quelque chose de spécial. Certains textes[4] disent que l'autorisation qui intervient ultérieure-

---

1 Req., 4 janv. 1858, D. 1858, 1, 134.

2 V. cep. Pacifici Mazzoni, *Instit.*, 5e éd., IV, p. 260.

3 V. à ce sujet : Hauriou, *Précis de dr. administratif*, 7e éd., p. 926.— Rép. de Béquet, v° *Dons et legs*, nos 315-334. — Hue, VI, nos 198 et suiv. — Baudry et Colin, I, nos 1330 et suiv. — Planiol, III, n° 2939. — Cf. sur le régime antérieur à 1901, Aubry et Rau, VII, p. 40. — Forti, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, *Riv. diritto civile*, 1913, p. 53.

4 Loi du 10 août 1871, art. 55, loi du 5 avril 1884, art. 113, loi du 7 août 1851, art. 11 ; loi du 15 juillet 1893, art. 11. Mais la loi du 4 février 1901 ne le dit pas.

ment a effet du jour de cette acceptation. Certains même disent que l'auteur de l'acceptation provisoire peut former une demande en délivrance[1].

Cela a créé un droit jurisprudentiel en vertu duquel l'établissement peut par acceptation provisoire suivie de demande en délivrance faire courir le droit aux fruits en cas de legs (art. 1005 et 1014 Civ.)[2] ou par demande d'envoi en possession obtenir un envoi en possession conservatoire. Il faudrait étendre cela aux donations entre vifs. La première de ces mesures est une dérogation au droit commun des effets des promesses soumises à autorisation tel que nous l'exposerons plus loin. Car le droit aux fruits ne devrait commencer qu'après que le contrat est parfait. Mais cette dérogation est d'accord avec le désir du testateur ou donateur de faire jouir de la libéralité peu après son décès[3] ou son acte de donation.

Si l'autorisation n'est pas donnée, la libéralité ne devient pas définitive et ne peut produire aucun effet[4].

486. — Le tiers qui veut traiter avec un incapable peut s'entendre avec ceux qui ont qualité pour l'autoriser : avec le mari, le conseil judiciaire, etc. Peut-il y avoir une promesse bilatérale subordonnée à l'acceptation par l'intéressé?

Il nous semble d'abord qu'il faut écarter le cas où l'autorisation doit émaner d'une assemblée. On ne peut pas en fait réunir d'avance l'assemblée.Mais si cela avait lieu et que son avis fût donné dans un sens favorable, il serait

---

1 Loi du 5 avril 1884, art. 113 et loi du 15 juillet 1893, art. 11.

2 Cass. civ., 5 mars 1900, S. 1900, 1, 213. — Cass. civ., 2 mai 1864, S. 1864, 1, 235. — Orléans, 8 janv. 1867, S. 1867, 2, 111. — Paris, 19 mai 1851, S. 1851, 2, 368. — Agen, 29 mars 1860, S. 1860, 2, 339 (motifs).

3 Cet effet a fait dire à la Cour de cassation (Ch. civ., 12 nov. 1866, S. 1866, 1, 443; D. 1866, 1, 348) que l'acceptation provisoire à effet rétroactif. — V. de même Baudry et Colin, I, n° 1330. — Demolombe, XVIII, n° 601 et XX, n° 201.

4 Cass. civ., 26 oct. 1915, S. 1920, 1, 6.

déjà irrévocable. De plus, on ne peut considérer comme obligatoire, la promesse d'un des membres de l'assemblée, car son vote ne peut être lié d'avance. Il doit y avoir auparavant délibération et le vote ne sera suffisamment éclairé qu'après elle. Donc des votants isolément ne pourraient avant un conseil, une assemblée promettre valablement de voter dans tel sens.

Mais si l'autorisation émane d'un seul en est-il de même? Le mari peut-il s'entendre avec un tiers et dire : vous promettez d'acheter et si ma femme veut vendre, je promets de l'autoriser. La question est délicate. Car il ne s'agit plus d'une promesse de contrat entre les deux intéressés, mais d'un échange de consentements entre celui qui autorise et le tiers. Y a-t-il promesse obligatoire ? Le mari, le tiers pourront-ils ensuite changer d'avis ?

Pratiquement, il peut être utile de lier déjà le tiers et le mari, pour les empêcher de se dédire si la femme accepte. Il est donc préférable d'admettre la validité de cette promesse. Techniquement, cette solution s'accorde avec notre conception du contrat. Le contrat existe lorsque la concordance de plusieurs volontés opposées fait croire à une décision utile à l'intérêt général. Il existe déjà sous la forme embryonnaire lorsqu'une partie des volontés qui vont se croiser existe : le tiers s'étant entendu soit avec l'incapable, soit avec celui qui autorise[1].

Ainsi du côté de l'incapable chaque parcelle d'autorisation qui a été acceptée par le tiers devient irrévocable. Quand un acte est soumis à une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal, la délibération acceptée par le tiers devient irrévocable. Le Conseil ne pourrait se réunir à nouveau pour voter différemment.

---

1 V. cep. Nattini, *Negozio autorizativo*, *Riv. di dir. comm.*, 1912 I, 485, qui conçoit l'autorisation comme un acte unilatéral. — Ce que nous disons au texte ne contredit pas la nature technique de l'autorisation. V. à ce sujet *infra*, n° 704.

Ces principes recevraient toutefois exception pour les consentements des parents à mariage. On admet que le consentement donné par avance peut toujours être révoqué, quelque soit la personne à qui on l'a promis[1]. Mais la jurisprudence estime qu'il peut y avoir là un abus du droit entraînant responsabilité si l'autre fiancé a été amené à certaines dépenses[2].

A plus forte raison est nulle en cette matière la convention entre deux familles de marier plus tard leurs enfants[3].

487. — Pourrait-il y avoir une promesse d'autorisation ? Une femme va traiter une affaire. D'avance le mari lui remet le consentement écrit, exigé par l'article 217 Civ. Le conseil judiciaire promet d'assister le prodigue. Ce consentement est-il irrévocable ? Ici il ne s'agit plus d'intérêts opposés qui se sont accordés. Ce sont des intérêts de même ordre. Il n'y a pas contrat.

La doctrine admet que l'autorisation est toujours révocable. Cela a été dit pour l'autorisation du mari[4] mais doit

---

1 Aubry et Rau, V, 4e éd., § 462, p. 74, n° 41. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 1494. — Demolombe, III, n° 56. — Laurent, II, n° 321. — Planiol, I, n° 770. — Huc, II, n° 39. — Cf. Demolombe, III, n° 32, qui avec raison déclare nulle la convention entre deux pères de marier leurs enfants.

2 Paris, 16 déc. 1874, S. 1875, 2, 113. — Paris, 26 juin 1894, S. 1894, 2, 264. — Alger, 9 avril 1895, S. 1896, 2, 79. — Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — Perreau, *Ex. doctrinal*, *Rev. crit.*, 1908, p. 589. — Ripert, *ibid.*, *Revue crit.*, 1909, p. 144.

3 Demolombe, III, n° 32.

4 Baudry et Houques-Fourcade, III, n°s 2334 et suiv. — Demolombe, IV, n° 322. — Planiol, I, n° 960. — Aubry et Rau, V, 4e éd., p. 158, n° 86 et VII, 5e éd., p. 255. — Cf. pour l'autorisation à mariage, Demolombe, III, n° 56. — Planiol, I, n° 770. — Laurent, II, n° 321. — Huc, II, n° 39. — Aubry et Rau, V, p. 74, n° 41. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 1494. — Il serait difficile d'admettre la solution contraire en invoquant l'art. 1121. Cependant cela ne serait pas impossible. On le fait bien pour la promesse de cautionnement faite au débiteur, Cf. Req., 14 déc. 1840, S. 1840, 1, 954.

être étendu à toutes les autres autorisations. Celles-ci peuvent être révoquées tant qu'il n'y a pas de contrat de passé[1]. Jusque-là, en effet, elles n'ont pas d'existence extérieure, dont on ait pris acte, qui les rende irrévocable, car la promesse ne s'adresse pas à un véritable tiers. Celui qui autorise, mieux informé peut changer d'avis ; il serait seulement responsable si par son autorisation il avait provoqué des dépenses, frais de voyage, etc., et que la révocation fût sans motif sérieux.

Conformément à ces principes, il est admis que la promesse d'autorisation de se marier donnée par les parents est toujours révocable[2]. Si des raisons pratiques peuvent faire rejeter la valeur de la promesse d'autorisation, cependant on peut techniquement en admettre la possibilité. Ce serait alors une fraction d'un acte complexe, pour ceux qui admettent cette catégorie spéciale d'actes[3].

488. — Nous admettrions volontiers que les principes précédents recevront application en droit public. Si un maire passe avec un tiers un contrat qui doit être approuvé par le conseil municipal, le tiers ne peut entre temps retirer son consentement[4]. L'administrateur est du moins tenu de présenter l'acte à l'autorité qui doit l'approuver[5]. Si

---

1 V. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., p. 532. — Cf. Nattini, *Negozio autorizzativo*, *Riv. di dir. comm.*, 1912, I, p. 485.

2 Planiol, I, n° 770. — Huc, II, n° 39. — Laurent, II, n° 321. — Aubry et Rau, VII, § 462, n° 41. — Demolombe, III, n° 56. — Baudry et Hougue-Fourcade, III, n° 1494. — Il a d'ailleurs été jugé que cette révocation abusive pouvait donner lieu à responsabilité; Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — Cf. Bartin, dans Aubry et Rau, VII, p. 110.

3 Donato-Donati, *Atto complessivo autorizzativo*, *Archivio Giuridico*, 1903, II, pp. 1 et suiv.

4 Liège, 13 fév. 1840, Pas. 1840, 63. — Trib. Mons, 31 oct. 1889, *Journ. Trib.*, 1889, 1371. — Req., 7 avril 1829, S. chr. (Décès de l'offrant avant autorisation). — Civ., 26 juin 1811, S. chr.

5 Rappr. Req., 12 déc. 1881, D. 1882, 1, 131.

l'acte n'est pas approuvé, le tiers ne peut réclamer d'indemnité[1].

Je donnerai la même solution si un gouvernement signe une convention avec l'envoyé d'un Etat étranger. Jusqu'à l'approbation de cet Etat, il nous semble que le consentement du premier gouvernement est déjà définitif. Mais la négociation entre un tiers et celui qui doit autoriser, par exemple entre un particulier et le préfet qui doit autoriser l'acte du maire est-elle déjà définitive ? Cela est plus douteux[2].

Cependant on a considéré comme révocable par simple retrait un acte d'une commission d'hospice non encore approuvé par le préfet[3].

Enfin signalons que dans quelque cas, le droit public peut prévoir que l'approbation donnée à l'acte ne le sera qu'après qu'il sera passé, par exemple pour une adjudication[4].

Le droit public, comme le droit privé paraît répugner à la promesse d'autorisation, bien que cependant les actes types fait par les administrations tendent à se multiplier. Mais les uns n'ont qu'un caractère officieux bien que connus du public, tantôt, ils n'émanent même pas des autorités qui doivent intervenir à l'acte[6].

---

1 Cf. Cons. d'Etat, 25 mars 1887, D. 1888, 5, 159. Mais si le tiers avait laissé croire que l'acte était valable sans approbation, victime d'une erreur de droit, il peut au cas où celle-ci est excusable (ignorance d'une loi étrangère) demander indemnité, Sentence arbitrale, 26 juin 1905, *Rev. dr. public*, 1905, p. 568.

2 Cf. sur la question, Jèze, *Revue de droit public*, 1914, pp. 326-331.

3 Cons. d'Etat, 18 nov. 1910, *Revue de droit public*, 1911, p. 61.

4 V. en droit italien, Ingresso, *Il consenso nel contratti dèlle publica amministrazione*, *Melanges Chironi*, II, p. 117.

5 Statuts types des associations sollicitant la reconnaissance d'utilité publique (v. Grumbach, *Association*, p. 126, annexe V). — Statuts types de sociétés de secours mutuels, v. arrêté ministériel du 16 mai 1899, *Bull. Min. de l'Int.*, 1899, p. 126.

6 V. le cahier des charges types de tramways et des chemins de fer d'intérêt local, décret du 6 août 1881, qu'a prévu la loi du 11 juin 1880, art. 2 et 30.

Promesse ayant un objet ou une cause future

489. — Une promesse faite peut avoir un objet qui n'existe pas encore actuellement, mais qui existera plus tard. On peut vendre une chose future (art. 1130 Civ.). On peut de même passer certains contrats valables sur la chose d'autrui (v. *infrà*, n° 769)[1]. On peut rapprocher cette autre solution qu'on peut reconnaître un enfant à naître, pourvu toutefois qu'il soit conçu[2], promettre une chose hors du commerce pour le jour où elle n'y serait plus (une route à déclasser)[3]. Une promesse peut n'avoir une cause que plus tard. La loi le suppose pour la provision de la lettre de change. D'après l'acticle 116 Comm., il suffit que cette provision existe à l'échéance[4]. De même on peut vendre une pharmacie à un non diplômé pour le jour où il sera diplômé, un hospice peut promettre à un étudiant de le prendre comme médecin, le jour où il pourra exercer la médecine. On peut de même acheter les actions, sous forme de participation à un syndicat de garantie, éventuellement pour le jour où elles seront souscrites[5].

De même de proches parents peuvent passer un contrat de mariage pour le jour où ils auront obtenu l'autorisation de se marier[6]. On peut passer un contrat pour le jour où une nouvelle réglementation le déclarera licite[7]. C'est aussi par l'idée d'un avant-acte que peut s'analyser le

---

1 V. sur ces divers cas, Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, pp. 156-162. — Cf. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, 2e éd., p. 479.

2 Baudry et Chéneaux, IV, n° 637. — Cass. req., 2 janv. 1895, S 1895, 1, 115; D. 1895, 1, 367.

3 V. eep. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 472, 2e éd.

4 V. Le Roy, *Syndicats d'émission*, thèse Paris, 1914, p. 215.

5 Cass. civ., 16 mars 1863, S. 1863, 1, 232 (2 arr.).

6 Paris, 9 fév. 1860, S. 1860, 2, 65. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 202.

7 V. Req., 7 juillet 1891, S. 1894, 1, 458; D. 1892, 1, 185. — Req., 8 nov. 1886, D. 1887, 1, 395; S. 1887, 1, 61. — Cass. civ., 14 mai 1879, S. 1880, 1, 17; D. 1879, 1, 420. — Req., 5 déc. 1854, S. 1855,

remploi anticipé d'une somme à provenir d'un propre. Ce remploi admis par la jurisprudence[1] trouve ici sa construction technique naturelle[2]. Toutes ces opérations sont licites. Nous les étudierons plus loin en détail à propos de la théorie de l'objet et de la cause.

Indiquons seulement que des nécessités sociales interdisent certains de ces actes en droit public. Le gouvernement ne peut pas donner comme dans l'Ancien droit, des fonctions publiques en survivance, pour le jour où le titulaire quittera sa fonction. C'est qu'en effet on veut que le jour où la fonction est vacante, il choisisse le candidat le meilleur. Ensuite il ne faut pas que le Gouvernement du jour puisse empiéter sur les pouvoirs de celui de demain et se faire de cela un moyen d'accroître sa puissance.

En droit privé où l'on admet des contrats sur la chose d'autrui et sur les choses futures, nous aurons ici encore un avant-contrat[3].

Promesses d'actes solennels

490. — Lorsqu'un acte est soumis par la loi à certaines solennités, fréquemment il arrive qu'une entente se fait d'abord entre les intéressés sans forme spéciale, puis quelques jours plus tard l'acte solennel est passé. Quelle est la valeur de cette entente préalable ? On peut se demander de même quelle serait la valeur de la promesse unilatérale de l'acte solennel ? Est-on obligé si l'on est convenu amiablement de se faire une donation, ou si l'on a promis en

---

1, 353; D. 1855, 1, 74. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 381. — Aubry et Rau, V, § 507. — Guillouard, *Contrat de mar.*, II, n° 473. — Huc, IX, n° 200. — Colin et Capitant, III, p. 90.

[1] Ainsi s'explique l'opinion de Zachariae, § 511, note 4 et d'Arntz, III, n° 595, qui admettent que ce remploi anticipé ne rétroagit pas contre les tiers bénéficiaires d'hypothèques judiciaires ou légales. — *Contra :* Baudry, Lecourtois et Surville, *loc. cit.*

[2] V. Gabba, *loc. cit.*, qui y voit une promesse bilatérale de contrat.

vertu d'une promesse acceptée, de faire tel acte solennel le jour où l'autre partie le voudra ?

La réponse à cette question ne peut être unique et tout dépend de la raison d'être de la solennité[1] (v. *suprà*, n° 197, la même distinction pour les procurations en vue d'actes solennels).

Dans les cas où la solennité est prescrite uniquement pour assurer les tiers de l'existence de l'acte, ou éviter les fraudes, la promesse est pleinement obligatoire. Au contraire, elle ne produira que des effets excessivement limités lorsque la solennité aura pour but de sauvegarder la liberté des contractants. Le contractant ne pourra pas réclamer si l'on se refuse à l'accomplissement de la solennité. Il aura seulement droit à des dommages-intérêts s'il a subi un préjudice par des dépenses faites en vue de l'acte. Il ne peut en principe que réclamer les dommages-intérêts correspondant à l'intérêt qu'il avait à ne pas entrer en pourparlers : il y a en effet une faute à faire luire les espérances d'un contrat solennel et à encourager ainsi à certaines dépenses, on devra donc répondre de toutes les dépenses autorisées expressément ou tacitement. C'est un de ces cas exceptionnels où il nous semble qu'il suffit de tenir compte du *negative Vertragsinteresse* dont parle Jhering. Aller plus loin serait en effet méconnaître la raison d'être de la solennité.

Une autre solution serait donnée au cas de solennité volontaire. La promesse d'un acte avec clause qu'il sera ensuite passé acte en une certaine forme constitue, s'il y a solennité volontaire, un avant-contrat valable[2].

491. — Lorsqu'il y a une promesse d'un acte qui est

---

[1] Cf. Leduc, thèse citée, pp. 57-59. — Rappr. sur la raison d'être des solennités, *suprà*, n^os^ 194 et suiv.— V. cep. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 183, qui exige toujours la solennité pour les promesses. — V. de même, Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, 5^e^ éd., p. 261.

[2] V. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 184.

solennel pour des raisons de publicité ou par crainte de fraudes, cette promesse est obligatoire. Ainsi une personne promet à un tiers intéressé ou non, à un créancier, un cohéritier, de renoncer à une succession, à une communauté, ou d'accepter bénéficiairement, le tribunal devra déclarer l'acte obligatoire et dire que, s'il n'est pas fait, la transcription du jugement sur les registres du greffe en tiendra lieu (pourvu toutefois que la convention n'ait pas porté sur une succession future, article 1130 Civ.).

De même un tiers a promis à un débiteur de payer pour lui à condition d'être subrogé conformément à l'article 1250-2°. Le débiteur qui a accepté ne pourra pas se refuser à passer l'acte notarié qui subroge le tiers contre lui. Le juge pourra le lui ordonner et dire qu'à défaut le jugement vaudra subrogation[1]. Ou une personne copropriétaire avec un mineur d'un immeuble pour en faciliter l'acquisition au bénéficiaire[2] de cette promesse a promis à un tiers de le faire vendre. Il y a là une promesse obligatoire.

De même dans un contrat, si un des contractants promet à l'autre de faire la publicité imposée (laquelle est une solennité, v. *suprà*, n° 203) il est obligé de la faire.

De même si dans une procédure, un des plaideurs promet de faire un certain acte de procédure, cela est obligatoire. Si un plaideur promet à un autre ayant même intérêt, ou même à un tiers qui a intérêt à ce que la question soit ou ne soit pas jugée : de faire appel, de se pourvoir en cassation, de se désister, il y a une promesse valable qui doit être exécutée à peine de dommages-intérêts.

Si un acte est solennel pour une raison de publicité, il

---

1 Cass. civ., 11 janv. 1893, S. 1894, 1, 12; D. 1895, 1, 179. Cet arrêt dit même que l'acte vaut déjà entre les parties dès la promesse mutuelle. C'est excessif. Il n'existe que du jour de la solennité. — Cf. Baudry et Barde, II, n° 1538.

2 Trib. Seine, 3 nov. 1908, le *Droit*, 8 déc. 1908

se peut cependant qu'il ne soit pas possible d'en faire la promesse avant un certain moment, pour que l'intéressé puisse apprécier la situation. On ne peut accepter ou promettre d'accepter une communauté non dissoute ou une succession non ouverte. On peut simplement promettre à un créancier déterminé de le payer quoiqu'on fasse. Cette promesse toute relative qui n'a pas l'étendue et l'imprécision d'une promesse générale d'accepter ou de renoncer, est valable comme une promesse quelconque de garantie[1].

492. — Les actes solennels de la seconde catégorie sont plus nombreux. Ici en principe la promesse non solennelle est sans effet[2]. Par suite serait nulle également la clause pénale ayant pour but de forcer le débiteur à passer l'acte. C'est ce qui a été jugé pour les promesses de mariage[3]

---

1 Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 1006. — Guillouard, III, n° 1241. — *Contrà:* Laurent, XXII, n° 364.

2 Le contraire a été admis seulement pour les promesses de mariage antérieures au Code civil, Nîmes, 6 août 1806, S. chr. et Cass. req., 17 août 1814, S. chr., et dans les premiers temps après le Code, Trèves, 5 fév. 1808, S. chr., — Colmar, 29 juill. 1806, S. chr. — Rouen, 28 fév. 1815, S. chr. — Colmar, 24 mars 1813. — Cf. Alger, 2 juin 1911, *Mon. Lyon*, 13 juill. 1911.

3 Dijon, 10 fév. et 27 mai 1892, S. 1892, 2, 197. — Douai, 3 déc. 1853, S. 1854, 2, 193; D. 1855, 2, 132. — Caen, 6 mai 1850, D. 1855, 5, 364. — Lyon, 10 juill. 1867, D. 1870, 5, 290. — Cass. civ., 21 déc. 1814, S. chr. — Cass. req., 6 juin 1821, S. chr. — Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838, 1, 492. — Liège, 18 juill. 1822, S. chr. — Cass. Ch. réunies, 7 mai 1836, S. 1836, 1, 574. — Civ., 11 juin 1838, S. 1838, 1, 492. — Riom, 6 juill. 1898, *Loi*, 19 sept. 1898. — Toulouse, 26 fév. 1903, la *Loi*, 9 avril. — Beudant, *Personnes*, I, n° 222. — Laurent, II, n° 308. — Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 323 et VIII, p. 351. — Demolombe, III, n° 31. — Mais on ne peut assimiler à une clause pénale la promesse d'une rente à une femme avec qui on s'est marié, alors que le mariage a été annulé, Req., 5 mars 1838, S. 1838, 1, 287. — En vertu du même principe, la fiancée abandonnée ne peut faire opposition à un autre mariage projeté, Turin, 14 floréal an XIII, S. chr. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 1554. — Aubry et Rau, V, 4e éd., par. 454, texte et note 26.

Il résulte de ce que nous venons de dire que pour les actes de cette catégorie les promesses unilatérales produisant leur effet ordinaire sont seulement celles faites en la forme solennelle. Ainsi en serait-il de la promesse unilatérale de contrat de mariage. Elle devrait être notariée. On a cependant soutenu[1] que la forme solennelle n'était pas obligatoire : la solennité étant l'exception et les promesses d'actes étant distinctes des actes définitifs. Mais nous n'admettons pas cette construction technique. On a dit aussi que la promesse était moins importante que l'acte même : il faut voir quel effet elle produit. Si elle donne lieu à un contrat dès que la volonté de l'autre partie existe, elle est assez importante pour être soumise à des solennités.

493. — Les promesses de mariage[2] avaient dans l'Ancien droit un caractère obligatoire. On était tenu sous certaines sanctions de contracter mariage. Mais à partir du XVII^e^ siècle la jurisprudence atténua ces sanctions. Le Code ayant passé les fiançailles sous silence[3], la promesse de mariage n'a plus aujourd'hui aucune valeur juridique par elle-même[4], et sa rupture ne peut en principe donner lieu

---

[1] Carraca, *Formazione dei contratti*, p. 383.

[2] V. Colin, *Des fiançailles et des promesses de mariage*, thèse Paris, 1887. — Beudant, *Personnes*, I, n° 222. — Baudry et Houques-Fourcade, III, 1554, en note. — Laurent, II, n° 304. — Aubry et Rau, V, 4^e^ éd., § 454, note 26. — Demolombe, III, n° 27. — Thaller, *Vie juridique du français*, II, p. 348. — Huc, II, n° 28. — Planiol, I, n° 788. — Cf. Angelesco, *Promesses de mariage*, thèse de Paris, 1911. — Guilhet, *Rupture des promesses de mariage*, thèse de Paris, 1904. — V. au point de vue historique, Lafourcade, *Les fiançailles*, thèse de Bordeaux, 1962.

[3] V. sur la séance du Conseil d'Etat du 17 nov. 1801, Giraud, *Promesses de mariage*, *Revue critique*, 1888, p. 684.

[4] Trib. Seine, 11 fév. 1897, *Pand. fr.*, 1897, 2, 216. — Trib. Bruxelles, 26 nov. 1901, *Journ. trib. belge*, 1902, 533. — Ainsi un tribunal n'a pas à donner acte de ce qu'un fiancé est prêt à contracter mariage, Pau, 30 mai 1894, S. 1895, 2, 39. — Aubry et Rau, VII, 5^e^ éd., p. 14, note 5 *bis*. — Cf. Toulouse, 8 mars 1827, S. chr. — Cependant la Cour de cassation admet qu'il faut la prouver comme un acte juridique,

à indemnité[1]. On ne peut la sanctionner par une clause pénale[2].

La jurisprudence applique toutefois l'idée de faute en cas de rupture de promesse d'acte solennel. Elle en a fait l'application fréquente à la promesse de mariage.

Celui qui, par une promesse de mariage, est parvenu à séduire une personne de sorte que la promesse a été la cause déterminante de la séduction, sera condamné à des dommages-intérêts pour la faute commise et ses suites, grossesses, etc.[3].

---

c'est-à-dire en en rapportant la preuve écrite, Civ., 2 déc. 1907, D. 1908, 1, 201. — Gand, 25 nov. 1882, D. 1884, 2, 136. — Rennes, 11 avril 1866, D. 1866, 2, 184. — Perreau, *Ex. doctr.*, *Rev. crit.*, 1908, p. 585. — V. *infra*, n° 494.

1 Sur cette règle que s'il n'y a pas certains dommages, il n'est dû aucune réparation, Riom, 11 août 1846, D. 1846, 2, 179. — Trib. Seine, 8 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 643 et 7 mars 1919, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 344. — Laurent, II, nos 305-307. — Huc, II, n° 5. — *Contrà* Merlin, *Rép.*, v° *Peine contractuelle*, § 1. — Toullier, VI, nos 293-303.

2 V. Marcadé, *Rev. critique*, 1853, p. 193. — Planiol, II, n° 788. — Colin et Capitant, I, p. 125. — Demolombe, III, n° 31. — Gand, 11 mai 1898, *Pand. pér.*, 1900, 28 et Pas. 1898, 2, 367. — Bruxelles, 13 mars 1895, Pas. 1895, 2, 239. — Guilhet, thèse citée, p. 35. — On a toutefois jugé que la promesse d'une poena par un tiers était valable, Cass Naples, 18 déc. 1915, *Riv. dir. civile*, 1916, p. 253.

3 Chambéry, 17 mars 1908, S. 1909, 2, 309. — Lyon, 23 janv. 1907, S. 1909, 2, 310. — Nîmes, 18 mars 1901, S. 1902, 2, 206. — Dijon, 10 fév. et 27 mai 1892, S. 1892, 2, 197. — Orléans, 12 janv. 1893, D. 1893, 2, 487; S. 1893, 2, 267. — Req., 25 fév. 1890, *Pand. fr.*, 1890, 1, 507, S. 1893, 1, 423. — Dijon, 20 déc. 1867, D. 1868, 2, 48; S. 1868, 2, 167. — Riom, 29 déc. 1909, *Gaz. Trib.*, 1910, 1er sem., 2, 355. — Paris, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 584. — Trib. de Perpignan, 6 nov. 1911, le *Droit*, 16 janv. 1912. — Trib. de Bourg, 23 avril 1912, la *Loi*, 30 avril. — Cass. req., 17 juill. 1911, S. 1911, 1, 440. — Rennes, 20 avril 1910, *Rec. Rennes*, 1910, 192. — Alger, 13 fév. 1908, D. 1909, 2, 5. — Lyon, 3 juin 1908, la *Loi*, 11 novembre. — Aix, 7 juin 1869, D. 1871, 1, 52. — Trib. Vendôme, 7 mai 1887, *Pand. fr.*, 1887, 2, 274. — Trib. Carcassonne, 15 fév. 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 195. — Aix, 21 mai 1876, D. 1876, 2, 85. —

Quelques arrêts au début du XIX^e^ siècle avaient consacré cette solution en disant que les fiançailles étaient implicitement maintenues par le Code[1]. Mais de 1816 à 1845, on ne trouve pas d'arrêts pour protéger la fiancée devenue enceinte. C'est seulement à cette époque que la jurisprudence actuelle basée sur la faute apparut[2].

Paris, 14 fév. 1877, D. 1877, 2, 96. — Trib. de Lille, 10 mars 1882, D. 1885, 5, 414. — Toulouse, 5 mars 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 182. — Trib. Gand, 28 déc. 1887, *Pand. fr.*, 1885, 5, 22. — Orléans, 9 nov. 1890 et 12 janv. 1893, D. 1893, 2, 487. — Paris, 14 fév. 1890, D. 1891, 2, 309. — Colmar, 1^er^ avril 1892, D. 1893, 2, 578. — Bordeaux, 23 nov. 1852, D. 1856, 2, 23. — Trib. Bruxelles, 24 déc. 1902, Pas. 1903, 3, 173. — Trib. Bruxelles, 20 juin 1900, Pas. 1901, 3, 283. — Nîmes, 29 juin 1887, S. 1887, 2, 216. — Rouen, 24 févr. 1865, S. 1865, 2, 5. — Trib. Bruxelles 20 juin 1900, Pas. 1901, 3, 283. — Gand, 18 juill. 1906, Pas. 1908, 2, 80. — Trib. Tenremonde, 28 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 1, 468.— Trib. Huy, 16 mars 1904, *Pand. pér.*, 1904, 824.— Colmar, 31 déc. 1863, S. 1865, 2, 169.— Grenoble, 18 mars 1864, et Rouen, 15 janv. 1865, *ibid.* — Toulouse, 28 nov. 1864, S. 1865, 2, 5. — Bordeaux, 23 nov. 1852, S. 1853, 2, 245. — Liège, 18 juill. 1822, S. chr. — Liège, 16 mai 1904, Pas. 1904, 2, 208. — Rouen, 4 nov. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 639. — Trib. Bar-sur-Aube, 10 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1^er^ fév. 1906. — Trib. Saint-Sever, 12 janv. 1906, *Pand. fr.*, 1906, 2, 161. — Trib. Perpignan, 26 déc. 1905, *Mon. Lyon*, 4 mai 1906. — Trib. Lisieux, 14 fév. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906, 1, 493. — Paris, 20 nov. 1902, *Gaz. Trib.*, 1903, 1^er^ sem., 2, 267. — Trib. Mayenne, 30 déc. 1898, *Pand. fr.*, 1899, 2, 254. — Trib. Corbeil, 25 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, suppl. 14. — Toulouse, 30 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 307. — Toulouse, 25 mars 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2^e^ sem., 2, 107. — Encore faut-il que la promesse de mariage ait pu être jugée sérieuse, Trib. du Puy, 29 janv. 1869, D. 1870, 3, 12. — Cass. Turin, 26 mai 1905 et Naples, 6 fév. 1905, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 745. — Chironi, *Questioni*, III, p. 375. — *Contrà :* Aix, 23 fév. 1865, S. 1866, 2, 28. — Huc, II, n° 8. — Cf. Bastia, 3 fév. 1834, S. 1834, 2, 555.— En conséquence, on a déclaré valable la promesse d'indemnité après séduction pour le cas où l'on n'épouserait pas, Dijon, 27 mai 1892, S. 1892, 2, 197.

1 Trèves, 5 fév. 1808, S. chr. et Nîmes, 6 août 1816.

2 V. Giraud, *Promesses de mariage*, *Revue critique*, 1888, p. 733. — Cf. sur cette jurisprudence, Bertauld, *Revue critique*, 1862, 2, 4.

L'idée de faute nous paraît une base exacte de la jurisprudence actuelle. Gabba a cependant soutenu que l'entente résultant de la séduction par promesse ayant un caractère illicite était nulle et que sa violation ne pouvait produire aucun effet[1]. Si cette argumentation est exacte en se plaçant sur le terrain contractuel, il faut ajouter que le contrat étant nul, il reste à examiner le fait sur le terrain délictuel. Or, la séduction par promesse de mariage est une faute.

Mais la jurisprudence s'est montrée beaucoup plus hésitante pour accorder des dommages-intérêts lorsqu'après séduction il y a eu une promesse de mariage qui n'a pas été tenue (Ici à la différence du cas précédent la séduction a précédé la promesse au lieu de l'avoir suivi). Nombre d'arrêts ont en ce cas refusé toute indemnité[2] en disant que la promesse doit avoir été la cause des relations[3]. Mais d'au-

---

[1] Lyon, 4 juill. 1857, D. 1858, 2, 3. — Chambéry, 17 mars 1908, S. 1909, 2, 309. — Trib. Versailles, 3 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 226.— Angers, 2 déc. 1868, D. 1869, 2, 271. — Dijon, 20 déc. 1867, D. 1868, 2, 48; S. 1868, 2, 167. — Orléans, 2 mars 1881, D. 1882, 2, 241. — Bourges, 6 juin 1881, D. 1882, 2, 117; S. 1882, 2, 149. — Trib. Marseille, 20 oct. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 322. — Amiens, 23 avril 1909, *Gaz. Trib.*, 22 juin 1909. — Trib. Limoges, 21 fév. 1908, la *Loi*, 3 avril. — Trib. Seine, 26 déc. 1907, la *Loi*, 30 déc. — Trib. Seine, 13 janv. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 138. — Douai, 20 juin 1887, *Pand. fr.*, 1887, 2, 362. — Nîmes, 20 janv. 1891, *Pand. fr.*, 1891, 2, 231. — Req., 17 juill. 1911, S. 1911, 1, 440. — Trib. Quimper, 15 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 670. — Cf. Dijon, 9 juin 1869, D. 1871, 5, 313 (grossesse qui s'est produite pour vaincre la résistance des parents de la jeune fille). — Trib. Versailles, 3 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 226. — Trib. Bruxelles, 31 oct. 1899, Pas. 1900, 3, 70. — Namur, 17 juill. 1889, Pas. 1890, 3, 11. — Liège, 13 mai 1896, Pas. 1896, 2, 372.

[2] En cas de promesse postérieure aux relations quelques arrêts ont indemnisé pour rupture capricieuse des fiançailles, Bourges, 23 fév. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2, 138. — Trib. Quimper, 15 mars 1905, précité. —

[3] Gabba, *Questioni*, 2e éd., II, p. 273. Consequenze civile della seduzione.

tres arrêts n'ont pas semblé faire cette distinction d'après l'époque de la promesse[1]. Ils sont peu nombreux : car ici, la faute est beaucoup plus faible.

Enfin, une certaine jurisprudence a tenu compte des promesses de mariage postérieures à la grossesse, en voyant dans ces promesses la confirmation d'obligations naturelles nées envers la mère et l'enfant[2] ou en accordant seulement le remboursement de dépenses faites en vue du mariage[3] ou même en parlant de dommages à des intérêts matériels et moraux[4]. C'est évidemment se placer sur un terrain inattaquable que de faire appel à l'idée de confirmation d'une obligation naturelle, alors qu'on admet si facilement cette confirmation dans des cas voisins.

En dehors de toute complication tenant à la séduction, la rupture des fiançailles ne donne lieu d'après la jurisprudence à aucune indemnité si elle a des raisons sérieuses tenant à des questions d'honorabilité[5], ou à un refus de dot

---

1 Rouen, 6 mai 1905, S. 1906, 2, 263. — Caen, 5 juill. 1875, S. 1875, 2, 331. — Riom, 11 juill. 1818, S. chr. — Dijon, 10 mai 1892, S. 1892, 2, 197. — Trib. Seine, 8 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 643. — Montpellier, 2 déc. 1907, *Mon. Trib. du Midi*, 5 avril 1908. — Trib. Charleroi, 31 juill. 1901, *Pand. pér.*, 1902, 28. — Trib. Liège, 2 nov. 1895 Pas. 1896, 3, 35. — Metz, 20 avril 1866, S. 1866, 2, 176. — Cf. Nîmes, 2 janv. 1867, S. 1867, 2, 39. — Cass. req., 17 mai 1870, S. 1870, 1, 364 (collaboration à un commerce obtenue par promesse de mariage). — Liège, 4 nov. 1899, Pas. 1900, 2, 251.

2 Bourges, 23 fév. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 138. — Trib. Quimper, 15 mars 1905, D. 1905, 5, 36. — Trib. Quimper, 30 nov. 1904, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 343. — Trib. Rocroi, 16 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 1899, 1, 94. — Trib. Mamers, 26 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 1899, 1, 659. — Cf. Req., 24 mars 1845, D. 1845, 1, 177; S. 1845, 1, 539. — Trib. Brignoles, 15 juill. 1909, *Gaz. Trib.*, 26 septembre. — Nîmes, 3 juin 1903 *Gaz. Trib.*, 8 octobre 1908.

3 Nîmes, 17 mai 1882, S. 1883, 2, 95.

4 Trib. Seine, 19 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 10 sept. 1911. — Trib. d'Evreux, 22 juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 313.

5 Paris, 16 déc. 1874, S. 1875, 2, 112. — Rouen, 20 mars 1813, S. ch. et 7 déc. 1825, S. chr. (grossesse de la fiancée des œuvres d'un

par le père qui l'avait d'abord promise[1] ou au défaut de consentement des parents[2], à la conduite de la femme[3], au refus de se marier à l'église[4], à celui de faire un contrat de mariage[5], dès qu'il n'y a aucune faute[6].

---

autre que le fiancé). — Trib. Seine, 26 oct. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, supp. 3. — Paris, 20 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 671. — Bordeaux, 8 fév. 1907, *Rec. Bordeaux*, 1908, 1, 57 (cas où la jeune fille dit être enceinte des œuvres de son fiancé). — Aix, 26 nov. 1903, le *Droit*, 17 déc. — Laurent, II, n° 309. — Demolombe, III, n° 29. — Cf. Alger, 9 avril 1895, D. 1895, 2, 320; S. 1896, 2, 79 (qui semble reconnaître le droit au remboursement des dépenses au cas de rupture justifiée, ce qui serait une responsabilité sans faute): — Cf. Alger, 2 juin 1911, *Mon. Lyon*, 13 juill. 1911, qui déclare inadmissible la preuve de l'inconduite et condamne à indemnité celui qui a rompu, et trib. Avignon, 14 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 175. — Trib. Bruxelles, 13 juin 1902, Pas. 1903, 3, 107.

1 Alger, 16 nov. 1894, S. 1895, 2, 230. — Cf. Orléans, 17 déc. 1898, *Gaz. Pal.*, 1899, 1, 306, qui n'admet pas comme motif légitime présenté au dernier moment la crainte de perdre un emploi et trib. St-Affrique, 2 mars 1898, *Loi*, 21 juin, qui rejette celui de la situation obérée du fiancé qui était connue dès le début.

2 Limoges, 20 déc. 1859, D. 1860, 5, 304. — Trib. Aurillac, 21 fév. 1912, le *Droit*, 23 avril (défaut de consentement des parents alors que le fiancé avait d'abord dit qu'il passerait outre). — Nîmes, 4 juill. 1906, *Gaz. Trib.*, 12 déc. — Trib. Lyon, 5 janv. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, supp. 20. — Cf. Req., 7 mars 1904, *Pand. fr.*, 1905, 1, 155. — Alger, 9 avril 1895, S. 1896, 2, 79, D. 1895, 2, 320. — Trib. Gand, 1er avril 1896, *Journ. Trib.*, 1896, 614. — *Contrà:* Trib. Dijon, 2 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 104. — Lyon, 25 juill. 1905, *Mon. Lyon*, 20 sept. 1905. — Trib. Dunkerque, 14 fév. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 470. — Lyon, 5 fév. 1913, S. 1914, 2, 47. — Rennes, 18 juill. 1906, *Droit*, 21 octobre.

3 Trib. Bruxelles, 5 juill. 1899, *Pand. pér.*, 1900, 402. — Trib. Bruxelles, 13 juin 1902, Pas. 1903, 3, 107.

4 Bruxelles, 7 nov. 1906, *Pand. pér.*, 1907, 1282.

5 Trib. Gand, 20 mars 1907, Pas. 1908, 3, 57.

6 Trib. Seine, 1er mai 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 425, 2e partie. — Trib. de paix de Monguyon, 5 nov. 1908, *Journ. des juges de paix*, 1909, 465. — Trib. Bruxelles, 17 janv. 1903, Pas. 1903, 3, 174. — Beudant, *Personnes*, I, n° 222. — Namur, 23 juill. 1901, Pas. 1902, 3, 233. —

Au contraire dès que la rupture a eu lieu sans motif, ou pour des motifs futiles, la jurisprudence par de nombreux arrêts a admis la responsabilité pour rupture[1]. Toutefois elle refuse toute indemnité s'il n'y a eu aucun préjudice matériel ou moral[2].

La conséquence de cette responsabilité est assez limitée. La personne abandonnée ne peut se faire indemniser de la

---

Trib. Tenremonde, 4 avril 1891, *Belgique judic.*, 1891, 637. — Liège, 23 avril 1894, Pas. 1895, 2, 207. — Cf. Trib. Seine, 8 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 643. — A. Colin et Capitant, I, p. 126. — V. aussi trib. d'Avignon, 14 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 19 sept. 1913. — Trib. Nivelles, 15 fév. 1899, *Pand. pér.*, 1900, 302 (indemnité en cas de rupture pour différence de situation sociale). — Trib. Verviers, 4 avril 1900, *Pand. pér.*, 1900, 449 (indemnité après rupture pour différence d'âge).

[1] Trib. paix Paris, 22 janv. 1913, *Rev. pénit.*, 1913, p. 368. — Paris, 16 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 504. — Bourges, 29 nov. 1895, *Pand. fr.*, 1896, 2, 327. — Trib. Bruxelles, 17 janv. 1903, Pas. 1903, 3, 174. — Paris, 20 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 621. — V. Cass. req., 12 nov. 1901, S. 1902, 1, 237, *Pand. fr.*, 1903, 1, 152.— Req., 16 janv. 1877, D. 1877, 1, 85; S. 1877, 1, 165. — V. cep. Trib. Seine, 12 janv. 1904, *Pand. fr.*, 1905, 2, 1, avec note Charmont. — Aubry et Rau, IV, 4e éd., par. 454, note 26. — Demolombe, III, n° 29. — A. Colin et Capitant, I, p. 126. — Planiol, I, n° 789. — Saleilles, *Obligations*, 2e éd., p. 375, note 2. — Lyon, 5 fév. 1913, S. 1914, 2, 47. — Trib. Alger, 7 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 32. — Trib. Seine, 25 mars 1920, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 359. — *Contrà:* Huc, II, n° 6, qui admet cependant le remboursement des dépenses. — Trib. Huy, 1er avril 1904, *Pand. pér.*, 1904, 823. — Trib. Liège, 16 fév. 1907, Pas. 1907, 3, 146. — Trib. Evreux, 22 juill. 1902, *Journ. Trib.*, 1902, 1045. — Gand, 7 nov. 1891, Pas. 1892, 2, 128. — Trib. Liège, 1er mars 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 487. — Tournai, 9 avril 1897, Pas. 1897, 3, 277. — Tournai, 2 juin 1897, Pas. 1897, 3, 277. — Paris, 12 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 514 (à vérifier). — La jurisprudence tient compte volontiers de ce que les fiançailles ont déjà duré longtemps, Trib. Alger, 7 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 32. — *Contrà:* Tongres, 25 janv. 1905, *Pand. pér.*, 1905, 274.

[2] Trib. Seine, 8 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 643.

situation que le mariage pouvait lui faire espérer[1]. Les tribunaux lui accordent simplement l'indemnité nécessaire pour la remettre dans la situation où elle serait si le mariage n'avait pas été projeté. Ils appliquent donc ici le *Negative Vertrags interesse*[2],

Par suite il y aura lieu à indemnité pour le commerce ou la place que la fiancée a abandonné après les fiançailles[3] ou pour un capital qu'elle a dépensé[4]. Surtout il y a lieu à indemnité pour le tort matériel qui a été causé : le fiancé ayant fait certaines dépenses, certains cadeaux, assumé des obligations en faisant passer le contrat de mariage[5]. Toutes ces dépenses devront être remboursées[6]. Mais il n'en est

---

1 V. Lyon, 18 déc. 1810 et Agen, 2 avril 1810, S. chr. — Beudant, *Personnes*, I, n° 222. — Laurent, II, n° 308. — Demolombe, III, n° 30. — Aubry et Rau, VII, 5e éd., p. 41, note 26. — *Contrà:* Toulouse, 16 fév. 1813, S. chr. — Cf. Colmar, 29 juillet 1806, S. chr.

2 Cf. sur la question, Jacomet, *Fiançailles et promesses de mariage*, thèse de Montpellier, 1907, pp. 133 et suiv., 155 et suiv.

3 Lyon, 27 janv. 1907, S. 1909, 2, 310. — Trib. paix Signy-le-Petit, 23 janv. 1868, D. 1869, 3, 20. — Trib. Lyon, 5 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, 204. — Lyon, 5 fév. 1913, S. 1914, 2, 47, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 473. — Cf. Trib. Lyon, 10 juill. 1869, D. 1870, 5, 290. — Dijon, 10 fév. 1892, S. 1892, 2, 197.

4 Metz, 20 avril 1866, S. 1866, 2, 176.

5 Sur la restitution des cadeaux, v. Jacomet, thèse précitée, p. 159.

6 Paris, 26 juin 1894, D. 1895, 2, 86; S. 1894, 2, 264. — Trib. Toulouse, 2 janv. 1915, *Gaz. Trib.*, 1915, 2, 445. — Paris, 19 oct. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 409. — Alger, 9 avril 1895, S. 1896, 2, 78. — Paris, 16 déc. 1874, S. 1875, 2, 112. — Req., 16 janv. 1877, S. 1877, 1, 165; D. 1877, 1, 85. — Cass. civ., 27 juin 1833, S. 1833, 1, 548. — Metz, 18 juin 1818, S. chr. — Nîmes, 17 mai 1882, S. 1883, 2, 95. — Trib. Lyon, 28 fév. 1897, *Mon. Lyon*, 7 avril. — Bordeaux, 17 oct. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 428. — Trib. paix Paris, 24 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 11 juin 1910. — Trib. paix Montguyon, 5 nov. 1908, la *Loi*, 16 mars 1909. — Toulouse, 8 mars 1827, S. chr. — Besançon, 8 mai 1811, S. chr. — Trib. Seine, 30 avril 1909, *Gaz Trib.*, 25 août 1909. — Toulouse, 12 mai 1817, S. chr. — Trib. de Remiremont, 15 fév. 1901, *Mon. Lyon*, 15 avril 1901. — Trib. Dunkerque, 14 fév.

pas de même des dépenses supplémentaires que le fiancé a pu faire de son propre chef avec une certaine largeur : dépenses de fleurs, etc.[1] ou de façon trop hâtive[2].

En outre de cela, la personne abandonnée aura droit à une indemnité pour le préjudice moral, résultant de ce que son établissement peut être plus difficile, de ce que son honorabilité peut désormais être suspectée[3]. Et à ce point de vue les motifs des arrêts paraissent tenir un grand compte de ce que les publications avaient été faites, le contrat de mariage rédigé[4], circonstances qui rendent le scandale plus grand et par suite augmentent le préjudice.

1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 470. — Trib. Bruxelles, 5 fév. 1905, Pas. 1905, 3, 161. — Laurent, II, n° 308 et XX, n° 397. — Huc, II, n° 7. — Demolombe, III, n° 30. — Thaller, *Vie jurid. du français*, II, p. 349. — Trib. Bruxelles, 24 déc. 1902, Pas. 1903, 3, 173. — Trib. Gand, 1er juill. 1903, *Flandre judic.*, 1903, 627. — Trib. Bruxelles, 12 nov. 1896, Pas. 1897, 3, 5. — Trib. Gand, 27 janv. 1897, *Journ. Trib.*, 1897, 294. — Cf. Cass. crim., 30 janv. 1829, S. chr. — Naples, 13 août 1881, S. 1882, 4, 28. — Bruxelles, 16 janv. 1889, D. 1895, 2, 86; S. 1889, 4, 24. — Trib. Châteaudun, 6 août 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2, 273.

1 Alger, 9 avril 1895, précité. — Trib. Nantes, 11 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, suppl. 20 (cadeaux minimes).

2 Trib. Lyon, 6 janv. 1866, D. 1869, 3, 20. — Trib. Liège, 31 oct. 1911, la *Loi*, 29 janv. 1912. — Trib. Remiremont, 15 fév. 1901, *Mon. Lyon*, 15 avril 1901.

3 Req., 16 janv. 1877, S. 1877, 1, 165. — Paris, 19 oct. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 309. — Lyon, 5 fév. 1913, S. 1914, 2, 47. — Trib. Toulouse, 2 janv. 1915, précité. — Nîmes, 22 janv. 1855, S. 1855, 2, 38; D. 1855, 2, 161. — Caen, 24 avril 1850, D. 1855, 2, 177. — Toulouse, 8 mars 1827, S. chr. — Cass. civ., 30 mai 1838, S. 1838, 1, 492 et sur renvoi, Nîmes, 25 janv. 1839, S. 1839, 2, 177. — Colmar, 23 janv. 1833, S. 1834, 2, 40. — Colmar, 13 mai 1818, S. chr. — Trib. Evreux, 22 juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 313. — Riom, 27 juin 1900, *Rec. Riom*, 1900, 321. — Riom, 28 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 15 oct. 1897. — Laurent, II, n° 308. — Trib. Alger, 7 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 32. — Cf. Poitiers, 29 mai 1834; S. 1834; 2, 354. — Liège, 16 mars 1904, Pas. 1904, 2, 209. — *Contrà:* Huc, II, n° 7.

4 V. Rennes, 18 juill. 1906, S. 1909, 3, 82. — Trib. de Saint-Calais, 2 juin 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 184. — Trib. Aurillac, 21 fév. 1912,

Et cette responsabilité pour le tort matériel causé, étant fondée sur l'article 1382, existe envers tous ceux ayant subi un dommage ; elle existe même vis-à-vis des témoins qui ont fait inutilement des frais de voyage[1] ou du futur beau-père, amené à des dépenses inutiles[2].

De même elle existe de la part de ceux qui ont causé préjudice, notamment de la part du père qui a retiré arbitrairement sa promesse de consentement, envers le fiancé de son enfant[3]

Et ces obligations pèsent sur un fiancé même mineur[4], car le mineur peut commettre des délits dont il est responsable.

Enfin le tribunal n'a pas à donner acte de ce que le fiancé est prêt à tenir sa promesse d'épouser[5], chacun conservant en principe sa liberté jusqu'au moment même de la célébration.

Quelle est la construction technique qui résume le mieux ces solutions jurisprudentielles sur la rupture des fiançailles et l'étendue de la responsabilité qu'elle entraîne ?

le *Droit*, 23 avril 1912. — Dijon, 7 déc. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem. 2, 254. — Trib. Seine, 26 mars 1904, le *Droit* du 3 juin. — Cass. req., 12 nov. 1901, S. 1902, 1, 237 ; D. 1902, 1, 46. — Trib. Dunkerque, 14 fév. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 470. — Lyon, 5 fév. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 473. — Anvers, 7 mars 1891, Pas. 1891, 3, 267. — Nivelles, 15 fév. 1899, Pas. 1899, 3, 169.

1 Trib. paix de Redon, 11 août 1862, D. 1869, 3, 20.

2 Riom, 27 juin 1900, *Rec. Riom*, 1899-1900, 321. — Trib. Bruxelles, 18 janv. 1902, *Journ. Trib.*, 1902, 279.

3 Paris, 16 déc. 1874, D. 1876, 2, 236 ; S. 1875, 2, 112.

4 Besançon, 8 mai 1811, S. chr. — Colmar 1er mars 1825, S. chr. — Gand, 25 fév. 1892, Pas. 1892, 2, 226 (séduction). — *Contrà :* Poitiers, 29 mai 1834, S. 1834, 2, 354.

5 Paris, 20 nov. 1902, *Gaz. Trib.*, 1903, 1, 2e sem., 2, 267. — V. cep. Trib. Mayenne, 30 déc. 1898, *Pand. fr.*, 1899, 2, 254 (cas où le fiancé est toujours prêt à épouser, refus d'indemnité).

On a parlé simplement de responsabilité délictuelle[1], on a parlé aussi d'abus du droit : celui qui rompt les fiançailles abusant de son droit s'il le fait méchamment, avec une souveraine imprudence.

La première solution explique bien le principe de la responsabilité si on entend par faute tout acte contraire aux usages établis, plutôt que le seul acte illicite. Mais elle explique moins bien la mesure de la responsabilité qui est celle de l'intérêt négatif.

La seconde explique bien la responsabilité de la rupture faite pour nuire, mais non celle d'une rupture imprudente. Elle n'éclaire pas davantage la mesure de la responsabilité. On peut parler avec plus de raison de responsabilité précontractuelle[2]. Celle-ci repose bien sur l'idée d'une faute. Mais d'une faute dont les conséquences sont moins lourdes que celle de la faute consistant à créer une apparence de contrat. Ainsi s'expliquent les cas où il y aura responsabilité et l'étendue de la responsabilité. Ainsi s'élève peu à peu une situation intermédiaire entre le contrat et l'absence de contrat. Et cette remarque, loin d'être une critique contre la responsabilité précontractuelle, en est l'éloge[3]. Le droit est une science nuancée. Il doit s'adapter convenablement à chaque situation.

494. — La jurisprudence atténue beaucoup la portée des principes précédents par les solutions qu'elle proclame sur le mode de preuve, en admettant que l'articulation d'une promesse de mariage porte tout à la fois sur un fait pur et simple et sur un fait juridique, et qu'en raison de cette complexité elle ne peut, vu l'importance du litige, être

---

1 V. not. Desvouges, *Des fiançailles et promesses de mariage*, th. Paris, 1914, p. 61.

2 V. Etienne Leduc, *Des avant contrats*, pp. 114 et 220. — V. *infra*, n° 554.

3 *Contrà :* Angelesco, *Rupture des promesses de mariage*, thèse Paris, 1914, pp. 100-104.

déclaré recevable qu'autant qu'il a existé un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité de se procurer un document de cette nature[1].

---

1 Cass. civ., 2 déc. 1907, S. 1909, 1, 553, avec note de M. Hemard, D. 1908, 1, 201, avec note P. B., *Rev. de dr. civ.*, 1908, p. 110 et 1909, p. 376. — Cass. req., 10 fév. 1909, S. *ibid.*, D. 1909, 1, 157, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 376. — Paris, 19 janv. 1865, S. 1865, 2, 5. — Aix, 23 fév. 1865, S. 1866, 2, 28. — Douai, 20 juin 1887, *Pand. fr.*, 1887, 2, 362. — Toulouse, 5 mars 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 182. — Toulouse, 29 mars 1889, la *Loi*, 2 août. — Riom, 26 déc. 1887, *Pand. fr.*, 1888, 2, 134. — Rennes, 21 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 388.— Grenoble, 2 fév. 1897, D. 1898, 2, 57, avec note Poncet. — Trib. de Nice, 14 fév. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 140. — Trib. Seine, 14 mars 1899, le *Droit*, 26 oct. 1899. — Trib. Pau, 1er août 1902, la *Loi*, 15 mars 1903. — Rouen, 28 fév. 1815, S. chr. (sol. implic. refus de serment supplétoire). — Trib. Lourdes, 31 déc. 1896, le *Droit*, 21 janv. 1897. — Gand, 25 nov. 1882, D. 1884, 2, 136. — Alger, 20 juill. 1911, *Mon. Lyon*, 22 oct. 1912. — Trib. Toulouse, 1er fév. 1912, *Gaz. Trib.*, 7 août. — Trib. Toulouse, 5 août 1909, *Mon. du Midi*, 7 nov. — Trib. Pau, 4 juill. 1901, la *Loi*, 12 nov. 1901. — Lyon, 6 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, suppl. 37. — Trib. Lille, 10 mars 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 577. — Trib. Troyes, 26 avril 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 61, 2e partie. — Trib. Rodez, 15 oct. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 385. — Laurent, II, n° 310. — Huc, II, n° 9. — Trib. Lons-le-Saunier, 31 juill. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 372. — Trib. Brioude, 11 juill. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 320. — Trib. Tenremonde, 28 mars 1891, *Belgique judic.*, 1891, 655. — Trib. Bruxelles, 31 juill. 1893, Pas. 1894, 3, 16. — Trib. Gand, 8 mai 1895, Pas. 1896, 3, 11. — *Contrà:* Trib. Loudun, 7 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 740. — Trib. de Carcassonne, 15 fév. 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 195; *Gaz. Pal.*, 1888, 2, suppl. 30. — Riom, 22 fév. 1888, *Pand. fr.*, 1888, 2, 134. — Trib. Seine, 17 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 707. — Trib. de Ruffec, 8 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 1, 824. — Trib. Seine, 6 fév. 1905, *Pand. fr.*, 1905, 2, 337. — Caen, 4 fév. 1895; *Rec. Rouen*, 1895, 44. — Rouen, 12 avril 1906, *Pand. fr.*, 1906, 2, 251. — Alger, 13 fév. 1908, S. 1909, 2, 215. — Trib. Boulogne-sur-Mer, 9 déc. 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1er sem., 2, 364. — Demolombe, III, n° 33. — Planiol, II, n° 1109.— Sourdat, *Responsabilité*, I, n° 334, 607 et 741. — Vidal, *Moyens pour protéger les époux contre leurs fraudes*, p. 59. — Jacomet, *Fiançailles et promesses de mariage*, thèse de Montpellier, 1907, p. 168.

On a défendu ce système en disant qu'il y a acte juridique dans la promesse de mariage, bien qu'elle soit nulle simplement parce que les parties ont poursuivi un but juridique[1]. Mais ce qui distingue l'acte juridique, c'est qu'ayant un objet licite, il produit des effets juridiques. L'acte juridique est la combinaison de volontés privées et d'intérêts sociaux, bien que la volonté privée seule le constitue, c'est exagérer l'autonomie de la volonté. Si on admet que l'acte de fiançailles est nul, c'est plus qu'une nullité absolue qui le frappe. Il est inexistant. Serait-il en effet valable après plus de trente ans ? Dès lors c'est un simple fait. Il peut se prouver par témoins.

M. Hemard ne peut défendre l'arrêt de 1907 qu'en critiquant la jurisprudence sur l'article 340 ancien, qui rendait le père naturel responsable de la paternité non établie, en se fondant sur l'article 1382. Pour nous, cette jurisprudence et la solution que nous critiquons forment un tout harmonique. A côté des actes juridiques, il y a, l'entourant, la pénétrant, la zone des faits juridiques où tout fait, même élément d'un contrat, tentative sans succès d'une convention projetée peut être prise en considération de l'article 1382 : ainsi s'explique la jurisprudence sur l'article 340, la responsabilité précontractuelle, la responsabilité pour erreur fautive dans les contrats, etc.

On objecte qu'il est possible de se ménager la preuve écrite de la promesse de mariage. Cela est exact. Mais pour être logique, il faudrait exiger la preuve écrite de ce que l'on est entré en possession d'un immeuble, de ce que l'on a fait connaître tel fait à telle personne. On peut se ménager la preuve préalable de ces faits par des constats, des actes notariés, etc. Oserait-on aller jusque-là ?

D'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation changera moins qu'elle ne paraît. Elle tient compte du commen-

---

1 Gaudemet, *Revue de droit civil*, 1908, p. 378. — Hemard, note citée. — *Contrà :* Perreau, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1908, p. 585.

cement de preuve écrit et aussi de l'impossibilité où l'on s'est trouvé de se procurer une preuve écrite. Or, la Cour de cassation entend largement cette impossibilité. Elle l'admet pour le médecin qui réclame des honoraires à son malade, pour le maître qui prétend avoir payé des gages à ses domestiques. Exigera-t-on facilement que la fille illettrée produise des lettres de son amant, que les amants vivant ensemble produisent une correspondance ?

495. — De même que la promesse de mariage, la promesse de reconnaître un enfant naturel est sans valeur[1]. Elle doit être l'expression de la volonté libre du père ou de la mère lors de la reconnaissance. Elle peut tout au plus établir les rapports avec la mère et faciliter à celle-ci l'obtention d'une indemnité pour séduction.

Il en serait de même d'une promesse d'adoption.

De même serait nulle la promesse de testament[2] ou la promesse de faire un contrat de mariage rédigé d'une certaine façon, ou encore celle d'une constitution de dot, ou celle d'une donation, celle de subrogation à l'hypothèque légale par la femme mariée.

Mais si par la perspective d'une donation on avait amené le donataire à certaines dépenses : frais de voyages, exécution anticipée de charges de la donation, etc., on en serait responsable[3].

Faudrait-il considérer comme obligatoire la promesse de

---

[1] Douai, 3 déc. 1853, D. 1855, 2, 132. — Trib. Clermont, 19 nov. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 299. — A plus forte raison la reconnaissance privée est sans effet, v. not. Bordeaux, 23 nov. 1852, S. 1853, 2, 245 et les renvois Douai, 3 déc. 1853 précité ; Cass. req., 4 oct. 1812, S. chr.

[2] Lyon, 26 juin 1903, *Mon. Lyon*, 11 août 1903. — Rennes, 19 mai 1891 (promesse de legs par lettre missive), D. 1892, 2, 438. — Cf. Cass. civ., 18 janv. 1813 (entente verbale entre le futur *de cujus* et ses héritiers qui promettent de payer certains legs). — Aubry et Rau, VII, par. 647, p. 11. — Req., 4 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 541, S. 1914, 1, 430.

[3] V. cep. trib. Bruxelles, 23 avril 1898, Pas. 1898, 3, 202.

don manuel, de donation déguisée ou indirecte ? Sans doute ici on ne pourrait dire qu'il n'y a aucun acte juridique valable avant la solennité. Mais non, ici dominerait la même nécessité d'assurer la liberté du contractant. Les solutions données dépassent donc les actes solennels et visent tous ceux où on veut conserver jusqu'à la fin la liberté du contractant[1].

La promesse par un père d'autoriser le mariage de son enfant est un acte voisin des précédents. Elle est sans valeur tant qu'elle n'a pas été authentiquement constatée. Mais après le consentement authentique, elle reste révocable jusqu'au mariage.

Toutefois, il faut dire que l'abus du droit de revenir sur sa promesse d'autorisation, s'il a entraîné des dépenses pour le futur peut donner lieu à indemnité[2].

496. — Peut-on valablement promettre une hypothèque par acte privé ou par correspondance ? L'authenticité de la constitution d'hypothèque a, dit-on souvent, pour but d'instruire le débiteur sur les conséquences de son acte. il serait donc logique de dire que la promesse fut sans valeur. Il faudrait seulement admettre que si elle est faite dans un autre contrat, prêt ou vente, on pourra demander la résolution du contrat si l'hypothèque n'est pas fournie. C'est ainsi qu'a raisonné la cour de la Réunion[3].

Mais d'autres décisions ont dit plus nettement : l'hypothèque peut être promise par acte privé ou par lettre, par

---

[1] *Contrà :* Jacques Deschamps, *Promesses de contrat*, thèse Paris, 1914, pp. 53, 117 et 58.

[2] Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — Cf. Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 110, note 41.

[3] 2 janv. 1858 et sur pourvoi, Req., 5 nov. 1860, D. 1861, 1, 301, S. 1861, 1, 858. — Cf. Laurent, XXX, n° 453, qui semble incliner en ce sens. — Cf. Bruges, 16 juill. 1901, *Journ. Trib., belges*, 1901, 1494 (dommages-intérêts pour refus de constituer l'hypothèque). — *Contrà :* Agen, 12 fév. 1906, *Pand. fr.*, 1907, 2, 212.

conséquent soit qu'on la promette au moment de la naissance de la dette ou à tout autre moment, même sans avantage correspondant[1]. Cela aboutit à dire que la solennité a ici pour but moins la liberté du promettant que la sécurité des tiers ? Et pratiquement cela pourrait être vrai. On doit savoir quel inconvénient il y a à hypothéquer.

En tout cas pour le moment le créancier n'a pas hypothèque, il peut voter à un concordat[2].

Si la promesse reste inexécutée, il a été jugé avec raison que la promesse ne donnerait lieu qu'à une indemnité garantie par l'hypothèque judiciaire[3]. Il y a une simple obligation de faire non susceptible d'exécution directe sans atteinte à une liberté qu'on a voulu garder intacte pour le débiteur. Toutefois pratiquement si le créancier a un moins bon rang, il aura l'avantage d'une hypothèque générale.

497. — Il faut rapprocher de la promesse d'acte solennel la promesse d'un office par son titulaire. Celui-ci ayant signé un traité où il promet de présenter telle personne, ne peut être contraint de se démettre en vertu de ce principe que la liberté du titulaire doit pour raison d'ordre public

---

1 Pau, 16 juill. 1852, D. 1854, 2, 205; S. 1852, 2, 417. — Baudry et de Loynes, II, n° 1407. — Laurent, XXX, n° 453. — Aubry et Rau, III, § 266, texte et notes 53 et 54. — Leduc, *op. cit.*, p. 60. — Huc, XIII, n° 211. — Guillouard, *Hyp.*, II, n° 1008. — Jacques Deschamps, *Promesses de contrat*, th. Paris, 1914, p. 51. — Cf. Laurent, XXX, n° 453. — V. aussi Civ., 27 août 1844, S. 1844, 1, 740, qui annule l'hypothèque constituée par acte privé.

2 Paris, 17 avril 1894, S. 1895, 2, 121, avec note de M. Wahl. — Cf. Valette, *Revue de dr. français et étranger*, 1849, VI, p. 981.

3 Paris, 14 déc. 1893, *Gaz. Trib.*, 23 déc. 1893. — Baudry et de Loynes, II, n° 1407, I. — Huc, XIII, n° 211. — Laurent, XXX, n° 454. — La mainlevée d'hypothèque n'exigeant la solennité qu'envers les tiers (v° Aubry et Rau, III, p. 636, 5e éd.) à plus forte raison la promesse sous seing privé de mainlevée est valable (v. Baudry et de Loynes, III, n° 1852.

rester intacte jusqu'à la remise de sa démission[1]. Il sera seulement condamné à une indemnité. Mais on admet que cette indemnité peut être fixée d'avance par une clause pénale[2] Et la jurisprudence semble dire que l'indemnité sera de tout le préjudice positif et négatif causé. Donc, sous réserve de l'ordre public, la promesse de démission d'office doit être considérée comme ayant les effets d'une promesse obligatoire.

498. — En droit public, lorsqu'il s'agit d'actes solennels, comme des règlements, ou encore comme des nominations ou révocation de fonctionnaires, des autorisations ou des refus d'autorisations, des démissions de fonctionnaires, il ne peut être question de promesse juridiquement obligatoire. Le magistrat municipal, le préfet qui ont promis une autorisation à donner par arrêté, une nomination, la rédaction d'un règlement ne sont pas tenus de s'exécuter. Ils peuvent revenir sur leurs décisions tant que les solennités de rédaction, de publication, etc., n'ont pas eu lieu. Mais si sur une promesse verbale, un tiers avait commencé des travaux : si le maire avait dit je vais signer un arrêté vous autorisant, commencez les travaux, il faudrait examiner s'il n'a pas engagé par là sa responsabilité personnelle.

499. — Si l'on ne peut pas obtenir de promesse valable de certains actes solennels, on peut cependant peser sur la validité d'un contractant en lui imposant comme condition ou comme charge un acte solennel. Ainsi un tiers peut faire

---

[1] Civ., 11 nov. 1857, D. 1857, 1, 417; S. 1858, 1, 55. — Agen, 6 janv. 1836, S. 1836, 2, 65. — Trib. Cambrai, 26 janv. 1838, S. 1839, 2, 77. — Montpellier, 20 juill. 1832, S. 1837, 1, 445. — Agen, 18 avril 1836, S. 1837, 1, 445. — Aix, 3 janv. 1830, *cod. loc.* — Trib. Amiens, 12 août 1844, S. 1845, 2, 37; D. 1845, 3, 99. — Trib. Saint-Gaudens, 30 mars 1846, D. 1847, 3, 110. — *Contrà:* Bordeaux, 7 mai 1834, S. 1835, 1, 177.

[2] Civ., 4 janv. 1837, S. 1837, 1, 445. — Riom, 9 juillet 1892, S. 1894, 2, 289, avec note de M. Wahl. — Agen, 18 avril 1836, précité. — Bordeaux, 16 mai 1867, S. 1867, 2, 260. — *Contrà:* Orléans, 25 janv. 1855, S. 1855, 2, 103.

une donation à condition que le donataire se mariera sous le régime dotal. On peut prêter de l'argent à charge par l'emprunteur de constituer hypothèque sur tel domaine dans le mois suivant, etc.

Nous aurons à voir à propos de la cause et de l'objet si toutes ces charges ou conditions sont valables : si par exemple on peut imposer la condition d'épouser telle personne, de l'adopter, etc. En tout cas, dans les cas où la charge et la condition sont admises, si le débiteur ne les exécute pas, on peut faire résoudre le contrat, exiger le remboursement immédiat du prêt, la révocation de la donation, etc.

Promesse d'acte soumis à un mode spécial depreuve

500. — Lorsque la loi astreint un contrat à certains modes de preuve, le plu ssouvent un écrit, quelle est la valeur de la promesse de ce contrat lorsqu'elle n'a pas été constatée par écrit ?

Si on dispense la promesse de la règle de la preuve par écrit, c'est permettre de tourner la loi. Au lieu de dire j'ai passé un bail, on dira j'ai passé une promesse de bail. Il faut donc admettre en principe que la promesse est soumise aux modes de preuve du contrat si elle est synallagmatique[1].

Faut-il mettre à part la promesse unilatérale ? M. Wahl le prétend[2]. Mais il y a le même danger. Le plaideur qui invoque un bail adressera une lettre d'acceptation et il établira ensuite par témoins qu'il y a eu promesse unilatérale de bail à lui faite.

Il faut donc admettre que : *toute promesse de contrat sou-*

---

1 V. Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 183. — Pour le bail : Guillouard, I, n° 43 et Huc, X, n° 277. — Baudry et Wahl, I, n° 203. — Laurent, XXV, n° 40. — Just. paix Paris, 9 oct. 1891, inédit. — Trib. Seine, 25 juin 1875, S. 1878, 1, 317.

2 Baudry et Wahl, I, n° 203 (bail). — Cf. Baudry et Wahl, *Société*, n° 33.

mis à un mode de preuve special est soumise au même mode de preuve.

Ce que nous venons de dire du bail doit s'étendre à la transaction, à la convention d'intérêts dans un prêt, et aux autres contrats soumis à un mode de preuve spécial (v. la liste *suprà*, n° 211).

501. — La question doit être résolue d'après les principes ci-dessous pour les sociétés civiles où l'on admet que l'article 1384 Civ. n'exige un écrit que pour la preuve.

Pour les sociétés commerciales, la jurisprudence et la majorité des auteurs admettent également que l'article 39 Comm. n'exige d'écrit que pour la preuve[1]. Il faut donc étendre notre solution à la promesse de société commerciale[2]. Mais pratiquement si la jurisprudence est en ce sens et exige bien en principe un écrit et rejette la preuve par témoins[3], elle est indulgente et admet la preuve résultant de correspondance[4] ou commencement de preuve par écrit[5].

De plus, la Cour de cassation admettant par tous moyens la preuve d'une société de fait, lorsqu'il s'agit simplement

1 Paris, 26 janv. 1883, S. 1888, 1, 365; D. 1886, 1, 302. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 171.— Rousseau, *Sociétés*, I, n° 165.— *Contrà*: Paris, 22 janv. 1841, P. 1841, 2, 194. — Cf. Colmar, 23 juin 1857, S. 1858, 2, 198. — Cf. sur la jurisprudence belge, Beltjens, *Code de commerce*, II, p. 43.

2 V. cep. *contrà*: Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n° 442. — Arthuys, I, n° 9.

3 Toulouse, 22 juin 1872, S. 1873, 2, 169, avec note de Labbé. D. 1872, 2, 156. — V. cep. trib. comm. Seine, 27 juill. 1904, la *Loi*, 28 sept. 1904, Paris.

4 Paris, 11 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 283. — Bordeaux, 28 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 74.

5 Sur cette délicate question il faut écarter les arrêts déclarant nulles des promesses d'associations vagues: trib. Marseille, 21 fév. 1900, *Rec. Marseille*, 1900, 1, 170. — Lyon, 24 avril 1870, S. 1871, 2, 70; D. 1872, 2, 198. — Paris, 24 fév. 1860, D. 1860, 2, 84.

Sur le principe que le commencement de preuve écrit autorise ici la preuve testimoniale, v. Laurent, XXVI, n° 176.

de la liquider[1] il faut dire qu'elle sera amenée à tenir compte de la promesse de société non constatée par écrit, si la société a en fait fonctionné un certain temps et qu'on veuille la liquider.

Faite en la forme voulue, la promesse de société est incontestablement valable[2]. Mais étant donné l'impossibilité de faire créer une société entre personnes qui ne s'entendent pas, l'obligation se résoudra en dommages-intérêts[3]. Mais il n'en sera pas ainsi pour les sociétés de personnes. Pour les sociétés par actions, nous estimons que le souscripteur peut être tenu de réaliser sa souscription (Cf. sur les raisons de refuser les acceptations, *infrà*).

Promesse de contrat réel

502. — Dans le droit français, à l'exemple du droit romain, on admet que certains contrats sont réels, c'est-à-dire se forment au moment de la remise d'une chose. Ce sont, comme à Rome, le prêt de consommation, le commodat, le dépôt et le gage. On y ajoute même parfois le contrat de rente viagère[4].

Il y a là de véritables contrats et non comme on l'a prétendu de simples applications du principe qu'on ne peut s'enrichir

---

1 Cass. civ., 28 fév. 1899, S. 1900, 1, 22. — Cass. req., 7 avril 1909, S. 1909, 1, 388. — V. Arthuys, *Ex. doctr.*, *Rev. crit.*, 1910, p. 257. — Cf. Lyon-Caen et Renault, II, n° 172. — Rousseau, I, n° 165. — Cf. Cass. crim., 24 nov. 1905, D. 1906, 1, 221, *Pand. fr.*, 1906, 1, 115.

2 Cf. sur la promesse de société, Jacques Deschamps, *Promesse de contrat*, thèse Paris, 1914, p. 32.

3 Paris, 2 déc. 1887, D. 1888, 5, 332. — Bordeaux, 18 mars 1895, *Rec. Bordeaux*, 1895, 1, 272. — Lyon, 28 mai 1898, *Mon. Lyon*, 25 oct. 1898. — Guillouard, *Société*, n° 33. — Arthuys, I, n° 9. — Houpin, I, n° 30. — Huc, XI, n° 9. — *Contrà:* Baudry et Wahl, *Société*, n° 33, qui admet qu'on pourrait obliger à réaliser les apports. — Cf. Gouillouard, I, n° 33.

4 V. Guillouard, *Cont aléat.*, n° 137. — Cf. Coviello, *Contratto aestimatorio*, *Rivista per le scienze giuridiche*, 1893, I, p. 372.

aux dépens d'autrui[1]. En effet, ces contrats peuvent contenir des clauses visant la rémunération, le délai de restitution.

Il est bien certain que ces contrats peuvent être l'objet de promesses antérieures, soit synallagmatiques, soit unilatérales.

Il peut y avoir promesse synallagmatique. Je promets de prêter de l'argent et la personne à qui je l'ai promis s'engage à m'en payer les intérêts. Il y a obligation définitive des deux côtés. Il peut y avoir promesse unilatérale : je promets de vous prêter un cheval si vous le désirez[2], je promets de recevoir des valeurs en dépôt si cela vous convient[3], je vous ouvre un crédit que vous utiliserez si cela vous semble utile. Je puis promettre un gage[4].

Mais la question est de savoir si la promesse synallagmatique ne se confond pas avec le contrat même .Pour certains auteurs[5] en cas de promesse synallagmatique de contrat

---

1 V. cep. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 238.

2 Colmar, 8 mai 1845, S. 1847, 2, 117; D. 1846, 2, 219. promesse de prêt à usage.

3 V. Baudry et Wahl, *Dépôt*, n° 1016. — Larombière, art. 1107, n° 6. — Demolombe, XXIV, n° 31. — Laurent, XXVII, n° 69. — Colmet de Santerre, VIII, n° 130. — Guillouard, n° 12. — Colmet de Santerre, VIII, n° 130. — Baudry et de Loynes, I, n° 6. — Aubry et Rau, IV, § 340, note 6. — Deschamps, thèse citée, p. 48.

4 Trib. Anvers, 20 janv. 1896, *Jurispr. d'Anvers*, 1896, 1, 167.

5 Planiol, II, n°s 995 et 996 et II, n°s 2205 et 2401. — Baudry et Barde, I, n° 23. — Colmet de Santerre, V, n° 9 *bis*, II. — Aubry et Rau, IV, p. 284, note 6. — Demolombe, XXIV, n° 31. — Laurent, XV, n° 445. — Bufnoir, p. 462. — Larombière, art. 1107, n° 6. — Colin et Capitant, II, p. 279. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 172. — Cf. sur le dépôt, Guillouard, n° 11. — Laurent, XXVII, n° 69. — Colmet de Santerre, VIII, n° 130 *bis*, I. — Baudry et Wahl, 1016. — Sur le gage : Guillouard, n° 20. — Baudry et de Loynes, I, n° 6. — Laurent, XXVIII, n° 435. — Colmet de Santerre, VIII, n° 295 *bis*, II. — Guillouard, *Prêt*, n°s 8 et 9, 68 et 69. — Laurent, XXVI, n° 586. — Baudry et Wahl, *Prêt*, n°s 701, 703, 596, 613, 68 et 69.

réel, il y a d'abord un avant contrat, puis au moment de la remise de la chose il naît un contrat réel. Ce système respecte la conception romaine du contrat réel. Mais on l'a présenté à tort comme nécessaire. On a dit l'obligation de rendre suppose une chose prêtée. C'est exact. Mais dit-on que le bail est un contrat réel parce que le locataire ne doit rendre l'immeuble que si on le lui a remis[1]. On a été trop hypnotisé par l'obligation de restituer qui peut s'accompagner de bien d'autres : promesse d'intérêts, etc.

On a proposé au contraire de dire qu'en cas de promesse bilatérale, il y a déjà contrat, mais jusqu'à la remise de la chose, l'obligation de l'emprunteur ne peut être ramenée à exécution, car elle n'a qu'une cause future. Elle n'aura donc toute sa valeur qu'après la remise de la chose[2]. Pour apprécier ces deux conceptions, il faut voir pratiquement quelle est la meilleure.

Si une promesse bilatérale de prêt est déjà un prêt, avant toute remise des deniers, la dette du capitaliste envers l'emprunteur se compensera déjà avec une créance qu'il pourrait à ce moment acquérir contre lui. C'est assez raisonnable. De même, si le bénéficiaire du prêt est tenu en vertu d'un contrat synallagmatique, en cas de non constitution de l'hypothèque promise, on pourra agir contre lui en résolution en vertu de l'article 1184, ce qui est satisfaisant[3].

---

1 V. Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 596. — Rappr. Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 273. — Maury, *Notion d'équivalence*, I, p. 120.

2 V. Et. Leduc, thèse citée, pp. 175-207. — Vigié, *Droit civil*, II, n° 1061. — Combescure, *Existe-t-il des contrats réels en dr. français*, *Revue critique*, 1903, p. 477. — V. surtout Plesnila, *Théorie des contrats réels*, thèse de Paris, 1910, pp. 117 et suiv. — Cf. le compte rendu *Revue générale de droit*, 1911, p. 152. — Cf. Huc, XI, n° 168. — Bianchedi, *Unilateralita del mutuo ad interesse*, *Archivio giuridico*, 1908, I, p. 383. — Butera, *Interno all indole unilaterale a bilaterale del mutuo*, *Filangieri*, 1903, p. 801. — Maury, *op. cit.*, pp. 127 et suiv.

3 V. sur l'inapplicabilité de cet art. 1184 aux contrats unilatéraux : Baudry et Barde, II, n° 905. — Planiol, II, n° 969, 3°. — Aubry et

On peut prétendre aussi que si la promesse bilatérale équivaut au prêt, si l'emprunteur ayant refusé l'argent (par ce qu'il en a trouvé ailleurs par exemple) celui-ci est volé les risques seront pour lui, ce qui serait difficilement acceptable s'il y avait une promesse distincte du contrat, car il faudrait établir que la perte est un dommage résultant directement du contrat.

Mais quelque soit le système adopté, il faudra dire de même que le contrat de gage existant dès la promesse synallagmatique, l'emprunteur devra remettre au créancier la chose qui lui a été promise en gage[1], car il est tenu d'exécuter sa promesse de gage.

Egalement quel que soit le système adopté, si le bénéficiaire de la promesse de prêt la cède, il restera débiteur de la somme prêtée[2], car il n'a pas été dans l'intention du créancier d'avoir comme débiteur celui à qui il plairait au bénéficiaire de la promesse de céder celle-ci. Cette règle s'applique même à la promesse unilatérale (v. plus loin).

Il résulte de là que pratiquement l'idée d'un contrat synallagmatique de prêt, de gage est dans plusieurs cas d'une technique mieux adaptée aux nécessités pratiques que celle d'une promesse suivie d'un autre contrat[3].

Elle conduit toutefois à cette conséquence que la promesse de prêt étant un contrat bilatéral, il faudra le dresser en double exemplaire[4]. Or, si c'est un avant contrat la ques-

---

Rau, IV, § 302, note 79. — Revue de droit civil, 1905, p. 380. — Agen, 12 fév. 1906, *Pand. fr.*, 1907, 2, 212. — La doctrine contraire a cependant été soutenue en représentant le prêt comme contrat synallagmatique imparfait, André, *Droit au remboursement d'un prêt en cas d'intérêts non payés*, *Revue de dr. belge*, IV, p. 271.

1 V. cep. en sens contraire: Cass. civ., 18 mai 1898, S. 1898, 1, 433 et la note de M. Lyon-Caen qui critique cette décision. — Cf. Combescure, art. précité, p. 489. — Charmont, *Revue critique*, 1899, p. 77.

2 *Contrà:* Et. Leduc, thèse citée, p. 198.

3 V. Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 596.

4 V. Combescure, art. précité, p. 487.

tion discutable pour la promesse de contrat bilatéral[1] ne peut guère l'être pour la promesse de contrat unilatéral. De même si la promesse de gage est un contrat, faite avant la période suspecte et réalisée après, elle sera valable[2].

Mais le Code paraît bien refléter les conceptions anciennes: d'abord l'article 1103 qui définit les contrats unilatéraux. lesquels sauf la donation, le cautionnement et la constitution d'hypothèque sont tous des contrats réels, ensuite les articles 1875, 1892, 1915, 2071 Civ. qui définissent le prêt à usage, le prêt de consommation, le dépôt, le nantissement « un contrat par lequel une des parties livre à l'autre », « un acte par lequel on reçoit », « un contrat par lequel un débiteur remet » et paraissent en faire un contrat unilatéral[3].

Ce sont là des reflets directs des théories romaines. Mais outre que les conceptions techniques des Codes en sont la partie la plus discutable[4], on a fait observer que le système de la réalité dérivé du formalisme, fondé sur une prétendue utilité que les Romains eux-mêmes ont discuté, n'était guère conforme à l'esprit général du Code civil qui rejette presque totalement la tradition comme mode d'acquérir et déclare que la propriété se transfère par consentement. De plus pour ceux qui s'attachent à la lettre du texte, les articles 1875, 1892, 1915 et 2071 en disant que les contrats de prêt, dépôt, gage sont ceux « par lesquels, etc. » peuvent fort bien s'entendre comme visant non pas une condition

---

1 V. *suprà*, pour la promesse de vente.

2 Cass. civ., 20 janv. 1886, *Ann. dr. comm.* Ici la promesse avait eu lieu au moment d'un prêt, ceci a dû influer sur la décision, v. Thaller, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1887, p. 224.

3 Cf. sur le caractère du prêt, Baudry et Wahl, *Société et prêt*, pp. 605 et 709. — Aubry et Rau, IV, § 394, note 1. — Larombière, art. 1102-1106, n° 2. — Huc, XI, n° 167. — Guillouard, n° 72. — Sur celui du dépôt, Larombière, art. 1107, n° 6. — Guillouard, n° 12. — Demolombe, XXIV, n° 31. — Laurent, XXVII, n° 69. — Baudry et Wahl, n° 1016.

4 Cf. Maury, *op. cit.*, p. 137.

essentielle, mais un effet du contrat. L'article 1921 parle d'ailleurs pour le dépôt de consentement réciproque et de cela seulement[1], ce qui montre qu'il ne faut pas donner trop de valeur à ces textes.

En tous cas, les textes un peu vagues, du jour où ils sont inadaptés aux idées nouvelles sont lentement corrodés. Déjà le travail a commencé chez les auteurs en étendant l'article 1184 Civ. aux contrats unilatéraux[2]. Il se poursuivra naturellement. L'ouverture de crédit avec clause qu'elle devra être utilisée dans un certain délai y aidera.

Il faut donc pencher pour ce principe qu'il y a des contrats synallagmatiques de prêt, de gage, etc. et à côté il y a seulement des promesses unilatérales de ces contrats assimilables à toutes les autres[3].

Malgré le caractère de contrat définitif de la promesse synallagmatique de prêt, il faut dire, comme nous le déciderons pour la promesse unilatérale que cette promesse tombe en cas de faillite du débiteur. Cela a été admis pour les versements à faire sur des obligations d'une société qui tombe en faillite[4]. On a invoqué à l'article 1188 qui emporte déchéance du terme et amène la compensation. On peut ajouter que cela est conforme à la volonté des parties. Par suite le système que nous exposons n'empêche pas d'adopter ici une solution utile[5]. Il résulte de nos explications que la théorie des contrats réels peut disparaître sans incon-

---

1 V. Combescure, art. cité.

2 Demolombe, XXV, nos 292-293. — Huc, VII, nos 266-267.

3 V. cep. Civ., 18 mai 1898, S. 1898, 1, 433, avec note de M. Lyon-Caen; D. 1901, 1, 481, avec note de M. Sarrut. — En sens différent, Paris, 11 avril 1899, D. 1902, 2, 373.

4 Trib. Seine, 26 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 278. — Trib. Seine, 6 déc. 1889, *Ann. de dr. comm.*, 1890, p. 62. — Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 740.

5 Cf. sur cette conception technique, Schlossmann, *Uber der Vorvertrag und di rechtliche Natur der Realcontrat.*, *Jherings Jahrbucher*, tome 45, p. 1.

vénient[1]. Il ne resterait plus qu'un contrat réel, qui d'ailleurs n'a pas été visé par le Code : c'est le don manuel. D'ailleurs il ne peut être l'objet d'une promesse valable, c'est pour cela qu'il garde son caractère réel.

Acte soumis à approbation

Un acte peut être volontairement ou obligatoirement soumis à une approbation de l'autorité. Provisoirement il ne peut être exécuté. Une fois approuvé, il ne vaut que du jour de l'approbation et les actes d'exécution faits entre temps ne sont pas pour cela validés[2].

Passation d'un contrat accessoire ou d'un acte subordonné à un autre

503. — Un contrat se présente encore dans une situation spéciale si c'est un contrat accessoire et que le contrat principal ne soit pas encore passé : soit qu'il doive être conclu entre les mêmes personnes, comme au cas de contrat de mariage et de mariage, ou qu'il doive ou puisse être conclu entre d'autres, comme pour le cautionnement, le gage, l'hypothèque, etc.

Il est bien certain que le contrat accessoire lie déjà irrévocablement les parties ayant la passation du contrat principal. L'article 1396 le dit pour le contrat de mariage auquel nul changement n'est « valable avant mariage sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. » Mais il faut noter qu'il dépend des parties ou du moins de l'une d'elles en ne passant pas le contrat principal de rendre vain le contrat accessoire[3].

503 bis. — Un acte juridique est valable, quand même

---

1 V. en ce sens : Carrara, *Formazione dei contratti*, pp. 350 et suiv.

2 V. Civ., 11 nov. 1919, D. 1919, 1, 92 (à propos des statuts d'une société de secours mutuels approuvée), *Revue de dr. civil*, 1920, p. 353.

3 Nous reviendrons plus loin sur la situation qui se présente, en cas de contrat accessoire par rapport au contrat principal. Ce sera l'objet d'un chapitre spécial.

pour sa réalisation, il supposerait un autre acte ou fait juridique qui n'est pas encore accompli. Ainsi est valable la saisie arrêt entre les mains d'un patron sur le salaire d'un ouvrier qu'il n'a pas encore embauché. Mais le patron ne sera obligé que du jour où il sera débiteur de salaire.

503 ter. — Quand un acte doit être accompli dans un certain délai, peut-il éventuellement être fait auparavant ? Non dans certains cas. Ainsi le divorce ne peut être signifié à l'officier d'état civil pour être transcrit, tant que le jugement n'est pas définitif[1]. Le privilège du copartageant ne peut être inscrit avant que le partage ne soit devenu définitif[2]. Toutefois, il faut que l'intention bien marquée du législateur soit de faire des séries d'actes une procédure se déroulant dans un certain ordre, en quelque sorte cadencé par des délais. Ainsi le désaveu peut être fait par les héritiers avant que l'enfant trouble leur possession[3]. On peut réclamer au voiturier avant d'avoir reçu les colis[4].

Acte juridique incomplet à raison de la non existence d'une personne

504. — On peut encore rencontrer des situations juridiques spéciales lorsqu'une personne voulant un acte celui-ci doit bénéficier à une personne qui n'existe pas encore, mais qu'on croit devoir exister bientôt. C'est le cas d'un legs fait à un établissement qui n'a pas encore la personnalité juridique ou qui n'est pas encore créé. Nous signalons seulement ce cas dont l'étude se rapporte plus spécialement au problème de la personnalité[5].

---

1 Cass. civ., 5 août 1896, S. 1897, 1, 129, avec note de M. Tissier. — Aix, 23 janv. 1895, S. 1895, 2, 217. — Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 318.

2 Baudry et de Loynes, I, n° 827. — Req., 1er mai 1860, S. 1861. 1, 267.

3 Demolombe, V, n° 146 *bis*. — Labbé, S. 1888, 1, 97. — Aubry et Rau, VI, § 545 *bis*. — *Contrà:* Baudry et Cheneaux, IV, n° 561.

4 V. *Revue de droit civil*, 1911, p. 161 et 1921, nos 3-4. — Cass. civ., 9 mai 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, 2, 80.

5 V. à ce sujet : Demogue, *Des droits éventuels*, *Revue de droit civil* 1905, pp. 778 et suiv. — V. *infrà*, n° 594. — Cf. Lescot, *Les personnes*

Il en est un autre voisin. Un acte juridique doit profiter directement à une personne actuellement existante, mais indéterminée. Je promets une somme au premier soldat actuellement inconnu qui a fait tel acte d'héroïsme. Une ville stipule de compagnies concessionnaires au profit des usines installées dans certaines conditions une réduction du prix de l'eau, de l'électricité. On peut voir là non seulement une stipulation valable, mais une stipulation créant un droit actuel même avant que les intéressés soient connus. Mais l'analyse technique la plus utile nous semble être celle qui voit ici un droit éventuel. C'est ainsi que l'on ramènera à une construction simple cette solution que dans le titre au porteur les exceptions opposables aux porteurs intermédiaires ne le sont pas au dernier.

Nous verrons encore un droit éventuel au cas où une personne s'engage envers des tiers indéterminés non seulement en ce sens qu'ils peuvent être inconnus, mais encore qu'ils peuvent être futurs. C'est le cas si une ville stipule un prix pour l'électricité, le gaz, etc. au profit des habitants pour une période de 25, 50 ans. Des personnes non connues actuellement vont profiter des conditions imposées. Il en est de même si on s'assure au profit d'enfants nés ou à naître, lesquels sont en nombre indéterminé. La même solution s'appliquerait si un engagement unilatéral valable existait au profit de personnes présentes et futures, ou même de personnes futures exclusivement.

505. — Nous avons supposé successivement des promesses auxquelles pour former un contrat parfait il manquait un consentement, une solennité, une habilitation, etc. Un seul de ces éléments peut faire défaut. Mais plusieurs peuvent manquer à la fois. On peut faire une promesse unilatérale de contrat réel (ouverture de crédit), une promesse soumise à une solennité et à une habilitation, etc..

---

morales pendant la période constitutive, thèse Dijon, 1913. — Baudry et Colin, I, nos 333-341.

Cela soulève quelquefois des difficultés spéciales. Pour les contrats solennels, on admet qu'ils se font en un trait de temps. Par suite il faut qu'au moment de la solennité les habilitations nécessaires soient obtenues, que les deux volontés existent déjà. Le contrat solennel présente donc encore des caractères du formalisme antique. On accepte simplement que les habilitations soient antérieures (art. 73 Civ.).

Lorsqu'il y a contrat accessoire une complication peut se présenter. Une personne promet à une seconde de la cautionner si elle emprunte à une troisième déterminée ou non.

Y a-t-il déjà une promesse obligatoire. La même question se présenterait avec une complication de plus si une personne promettait à un futur débiteur d'être sa caution réelle, ou de fournir pour lui un gage. La promesse est-elle valable ?

La Chambre des requêtes l'a admis[1]. Il faut donc dire qu'il y a là une promesse valable. Mais l'arrêt faisant allusion aux conclusions de l'avocat général semble dire que la promesse n'est valable que si le créancier est désigné. Sans cela en effet on arriverait à peu près à la promesse unilatérale obligatoire que la jurisprudence semble repousser.

Au total quand même il manquerait plusieurs éléments. Il y a déjà une situation qui a une valeur juridique. Mais jusqu'où peut-on entrer dans cette voie ? Où est le germe sans lequel il n'y a plus de situation juridique reconnue ? Ce germe, c'est à notre avis une volonté déjà exprimée. Il n'y a rien juridiquement tant qu'une volonté n'a pas existé pour produire un certain effet de droit. Mais si cette volonté existe, si des tiers ont compté sur son maintien, il y a des raisons de sécurité sociale qui imposent de lui donner une certaine stabilité. C'est ainsi que la théorie que nous expo-

---

1 Req., 9 nov. 1875, D. 1876, 1, 117, avec conclusions de l'avocat général Reverchon. — V. de même Guillouard, *Cautionnement*, n° 28. — Baudry et Wahl, n° 928, qui voit là une application de la stipulation pour autrui.

sons a en somme la même base que celle de la force obligatoire de la volonté unilatérale.

Effets du droit né de l'avant acte

506. — Quand un droit résulte d'une promesse soumise à la nécessité d'une acceptation, d'une habilitation, d'une solennité, d'un contrat principal, il ressemble à un droit conditionnel en ce que son existence dépend d'un événement futur et incertain. Cependant ce n'en est pas un[1] ; il y a entre les deux situations une différence. La condition est un événement qu'il a plu aux parties de rattacher au contrat : une vente a été faite à condition que l'acheteur soit nommé fonctionnaire dans telle ville. Ici on est en face d'un événement essentiel pour l'existence du contrat, sans lequel il ne peut exister. Il est préférable d'employer une autre expression et de parler ici de *droit éventuel*[2]. Il y a intérêt à faire cette distinction, car la situation étant différente, malgré des ressemblances, il y aura une réglementation pratique qui ne sera pas la même.

507. — Le titulaire du droit imparfait que nous étudions ne peut évidemment être obligé d'exécuter le contrat[3]. Mais il peut avant que son droit ne soit complet accomplir des actes conservataires de son droit[4] : inscrire une hypothèque, son droit de gage sur un fonds de commerce, signifier une cession de créance au débiteur[5], même agir en justice pour établir l'existence de son droit, dont la preuve

---

1 V. en ce sens : Baudry et Saignat, *Vente*, n° 64.

2 Cf. E. Leduc, *Avants contrats*, pp. 30-39. — Demogue, *Des droits éventuels*, *Revue de droit civil*, 1905, p. 723. — *Contrà :* Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, VI.

3 Bruxelles, 1er juill. 1904, Pas. 1905, 2, 19.

4 V. Demogue, *Droits éventuels*, *Revue de dr. civil*, 1906, pp. 282-291.

5 Cf. Cass. civ., 26 mai 1886, S. 1886, 1, 256. — Orléans, 1er mars 1873, S. 1873, 2, 300. — Paris, 16 avril 1821, S. chr.

lui serait peut être difficile plus tard[1]. Mais il ne pourra inscrire son hypothèque qu'après que son droit sera devenu pur et simple, par *a fortiori* de la solution admise par la loi du 3 septembre 1807 pour le créancier à terme.

Le créancier au droit imparfait pourra produire à un ordre ou à une contribution s'il a un privilège ou une hypothèque et sa collocation sera déposée à la Caisse des dépôts et consignations. Mais il ne pourra produire s'il est simple chirographaire, son droit étant trop incertain.

Il pourra faire une saisie arrêt[2], acte conservatoire, sauf à la faire valider que lorsque son droit sera pur et simple.

Le bénéficiaire de la promesse pourra s'opposer à ce que le promettant transforme ou détériore la chose qu'il a promise et agir au besoin contre lui par voie de référé. Il lui interdira de démolir des bâtiments[3]. Mais il est plus douteux qu'il puisse le forcer à les réparer.

Mais il ne pourra exercer ni action oblique, ni action paulienne[4], ces actions excédant la portée des actes conservatoires, ni en général faire annuler avant acceptation la vente consentie à un tiers par le promettant[5]. Pourrait-il demander une enquête ou une expertise à futur[6] ? Bien

---

1 La justice reconnaît parfois des droits éventuels, v. un cas de subrogation éventuelle à un saisissant, Paris 23 mars 1911, D. 1914, 2, 28.

2 Cass. civ., 29 oct. 1890, S. 1891, 1, 305, avec note de M. Balleydier. — Cass. civ., 27 nov. 1894, S. 1896, 1, 489. — Garsonnet, *Traité de procédure*, III, n° 600, 2e éd. — Riom, 10 déc. 1884, S. 1886, 2, 215. — Cass. civ., 2 fév. 1820, S. chr.

3 *Contrà :* Et. Leduc, *op. cit.*, p. 100.

4 V. cep. Paris, 19 déc. 1866, S. 1867, 2, 180, où en réalité il n'y avait pas contrat éventuel, mais contrat déjà formé, mais d'une importance simplement déterminable.

5 La Cour de Nancy, 4 avril 1906, S. 1906, 2, 241, avec note de M. Bourcart, a cependant admis le contraire dans un cas où cette vente faisait partie d'un ensemble de fraudes contre le bénéficiaire de la promesse.

6 V. pour l'affirmative, Paris, 20 mars 1835 et 27 déc. 1836. — Besançon, 31 août 1844, S. 1845, 2, 625 ; D. 1846, 2, 28, avec note de

que la jurisprudence soit peu favorable à ces institutions, il nous semble qu'il faut les admettre dès qu'il y a un intérêt sérieux à protéger.

Si le débiteur du droit né de l'avant contrat est une société qui vient à se dissoudre, le créancier pourra exiger que le liquidateur mette de côté ce qui est nécessaire pour assurer son droit ; la somme promise éventuellement. Mais il ne pourra s'opposer à la mise en vente du bien promis, celui-ci n'étant pas inaliénable. Il pourra seulement exiger la mise en réserve d'une somme suffisante pour ses dommages-intérêts. En un mot la société doit subsister dans la mesure nécessaire pour que le droit contre elle ne soit pas purement théorique.

508. — Le droit né d'une promesse dont on est bénéficiaire peut s'éteindre par une renonciation[1] qui n'exige pas la capacité pour aliéner un droit réel, la promesse n'engendrant pas de droit réel, d'après la jurisprudence, mais seulement la capacité de renoncer à une créance[2].

Le bénéficiaire de la promesse pourra en connaissance de cause payer d'avance ce qu'il pourra devoir, et il ne pourra le répéter, car son acte déjà a une cause juridique suffisante. Il ne pourra répéter qu'en cas d'erreur, car à ce point de vue on peut dire qu'il y a une erreur assez grave pour revenir sur l'acte accompli, ce qu'on nomme une erreur substantielle.

On pourrait agir en nullité de la promesse faite si, par exemple elle était entachée de dol, d'erreur ou de violence.

Devilleneuve (expertise). — Glasson et Tissier, I, p. 570. — Garsonnet. II, p. 552, 2e éd. — *Contrà:* Valabrègue, *Revue critique*, 1888, p. 486 — Req., 25 oct. 1886, S. 1887, 1, 471. — Cass. req., 6 fév. 1900, D. 1900, 1, 167 ; S. 1902, 1, 270 (enquête). — Cf. Req., 17 juill. 1899, S. 1899, 1, 512.

1 Bruxelles, 13 déc. 1907, Pas. 1908, 2, 72.

2 On a jugé que la demande d'acheter à un prix moindre de la part du bénéficiaire de la promesse n'était pas une renonciation à la promesse, trib. Louvain, 30 avril 1898, Pas. 1901, 3, 253.

Mais il est délicat de dire si la prescription court déjà avant formation du contrat. Il semblerait bien que non. On étendrait ici par analogie ce que la loi a dit pour la condition. Cependant il y a un doute en cas de lésion. La lésion ne se consolide pour ainsi dire qu'au jour où le contrat devient parfait. Le dol, la violence existent déjà définitivement avant. Je croirais donc plus volontiers que la prescription en cas de lésion court de suite. Le droit né d'une promesse pourrait également s'éteindre par novation[1]. On ne voit pas pourquoi les parties ne seraient pas libres de remplacer ce droit incertain par un autre droit plus certain. Nous en verrons ailleurs l'application au cas où une personne transige sur les conséquences futures d'un accident dont elle a été victime.

Le droit éventuel au sens précis du mot a aussi assez d'importance pour pouvoir être l'objet d'une saisie arrêt, à raison du caractère conservatoire de cette mesure[2]. On peut ainsi saisir des loyers futurs[3].

Si le droit éventuel ne peut pour une raison quelconque se transformer en droit définitif, l'acte juridique est non pas simplement exposé à une action en nullité, mais inexistant. Les biens livrés peuvent être revendiqués[4].

509. — Si une loi nouvelle modifie l'effet d'un contrat entre le moment de sa promesse et de sa réalisation, il faut décider que si la loi agit de façon interprétative ou dispositive, elle ne s'appliquera pas à la promesse faite antérieurement. En effet, cela serait contraire à la volonté des parties

---

1 Cf. Demogue, *op. cit.*, p. 315. — Cass. civ., 22 déc. 1885, S. 1887, 1, 163, sol. implic.

2 Cf. Japiot, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 487. Ici il ne s'agissait pas d'une dette éventuelle, mais d'une simple dette future.

3 Caen, 25 juill. 1916, S. 1918-1919, 2, 52.

4 V. Cass. civ., 26 oct. 1915, *Gaz. Trib.*, 1915, 1, 49. La Cour a admis qu'en cas d'acceptation provisoire d'une libéralité à une personne morale, il y avait lieu si l'acceptation définitive ne se produisait pas à une action en revendication et non à une action en nullité.

qui ont entendu soumettre leur acte à la réglementation ancienne.

Il en serait autrement si une loi nouvelle avait un caractère d'ordre public. Ici on peut se demander si l'acceptation de la promesse de contrat ne pourrait pas être refusée, car la situation en vue de laquelle les parties ont traité est différente. Il faudrait admettre cette solution dès que la modification apportée serait assez importante[1].

510. — Dès qu'il y a une promesse de contrat ou d'acte juridique, serait-elle soumise à un autre consentement, à une habilitation, etc., elle a déjà une valeur juridique, en ce sens que celui qui a formulé sa volonté ne peut plus revenir sur elle[2] surtout lorsqu'elle a été acceptée[3]. Ses héritiers ne pourraient revenir sur sa volonté. Celle-ci survit donc à son auteur[4]. De même peu importe qu'une des parties en cause fasse faillite avant la réalisation de la promesse[5]. Il suffira qu'elle propose d'exécuter le contrat immédiatement. Et le délai pour accepter subsiste malgré la faillite. La déchéance du terme ne s'applique pas ici[6]. Bien plus, le débiteur de l'obligation éventuelle ne peut pas par son activité entraver l'achèvement de l'obligation : empêcher la chose future de venir à existence, intervenir pour que

---

1 Cf. Rouen, 30 nov. 1887, *Rec. Rouen*, 1887, 1, 250.

2 Nancy, 15 mai 1869, S. 1869, 2, 179 et les auteurs cités, n° 475. — V. aussi Planiol, II, n° 1401. — V. aussi Lyon, 26 août 1874, D. 1876, 2, 18. — Cass. Rome, 6 mai 1916, *Guir. ital.*, 1916, 1, 682.

3 Req., 12 juill. 1847, D. 1847, 1, 346. — Douai, 2 nov. 1898, *Pand. fr.*, 1899, 2, 268.

4 Cass. civ., 1er août 1912, S. 1915, 1, 85. — Cf. cep. Bourges, 2 avril 1821, S. chr.

5 Riom, 21 mai 1884, D. 1885, 2, 86. — Req., 10 mars 1885, D. 1885, 1, 441, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, 468. — Cass., 2 mars 1885, *Gaz. Pal.*, *eod. loc.* (Ces arrêts visent des statuts de sociétés disant que la société continuera malgré faillite d'un associé). — Req., 26 oct. 1885, S. 1887, 1, 473, avec rapport de Demangeat et note de M. Esmein, D. 1886, 1, 51. — Douai, 30 juill. 1883, D. suppl., v° *Faillite*, n° 426.

6 Trib. Seine, 18 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 99.

l'incapable ne soit pas autorisé, etc. S'il intervenait par dol ou violence il faudrait appliquer les principes sur le dol et la violence à effet négatif. Parfois même le débiteur doit déjà travailler à ce que la chose future se réalise. Il doit solliciter une autorisation[1]. Il peut donc y avoir dans la situation créée une obligation ayant déjà un certain contenu passif et même actif.

511. — Lorsqu'un droit est encore éventuel, il peut déjà être garanti par des sûretés.

Ainsi l'ouverture de crédit n'est qu'une promesse unilatérale de prêt, dont le client du banquier peut user ou non. Cela n'empêche pas que l'hypothèque qui la garantit ne prenne rang au jour de l'inscription, avant le versement des deniers[2].

De même si une ouverture de crédit est constatée par titre notarié revêtu de la formule exécutoire, celle-ci pourra être utilisée dès que l'avance d'argent aura été faite[3].

512. — La promesse de contrat peut normalement être utilisée de suite et même elle le devra le plus souvent s'il s'agit d'obtenir une habilitation, de dresser un acte solennel. Mais il peut être décidé qu'elle ne sera utilisée qu'après un certain délai : que le locataire pourra acheter mais dans cinq ans seulement. En outre la promesse peut être subor-

---

1 Ainsi il serait responsable s'il avait négligé de l'obtenir et fait croire qu'elle était accordée, Req., 12 déc. 1881, D. 1882, 1, 131.

2 Rouen, 3 août 1864, S. 1866, 2, 127. — Cass. req., 8 mars 1853, S. 1855, 1, 214; D. 1854, 1, 241. — Cass. civ., 21 nov. 1849, S. 1850, 1, 91; D. 1849, 1, 275. — Req., 11 déc. 1848, S. 1849, 1, 115; D. 1848, 1, 234. — Req., 10 août 1831, S. 1831, 1, 371. — Req., 26 janv. 1814, S. chr. — Gand, 29 juill. 1848, D. 1848, 2, 149. — Planiol, II, n° 2652. — Aubry et Rau, III, § 266, note 66. — Laurent, XXX, n° 528. — Huc, XIII, n° 228. — Baudry et de Loynes, II, n° 1281. — Guillouard, *Hyp.*, II, n° 1031.

3 Cass. req., 12 mars 1901, S. 1905, 1, 439. — Paris, 2 mai 1872, S. 1873, 2, 246. — Cf. Civ., 25 janv. 1905, D. 1905, 1, 167.

donnée à une condition : si le vendeur se retire des affaires, démissionne, etc.[1].

Mais il ne faudrait pas qu'il y eut là un moyen pour tourner une loi d'ordre public. Un mineur ne peut promettre de vendre pour le jour où il sera majeur. Un mari ne peut plus de trois ans avant la fin du bail d'un bien de la femme promettre de le renouveler (si on admet que cette promesse est opposable à la femme) et tourner ainsi la règle de l'article 1430 Civ.[2]. Au contraire serait valable la promesse à un saisi de lui rétrocéder les immeubles qu'on achètera à l'adjudication sur saisie, le jour où il en offrira le prix auxquels ils ont été adjugés, car on ne cherche pas à tourner le principe que le saisi ne peut être adjudicataire[3].

Quand il y a une promesse unilatérale de contrat, combien de temps est-elle valable ? Il faut sur ce point voir l'intention des parties. Si un délai a été fixé, il sera naturellement observé, et à l'expiration, la promesse tombera[4]. S'il n'y a pas de délai on recherchera l'intention des parties quant à la durée de la promesse[5]. Mais à ses risques

---

1 Aubry et Rau, V, § 349, note 13 *bis*. — Laurent, XXIV, n° 25. — Guillouard, I, n° 89. — Baudry et Saignat, n° 69. — Civ., 2 mai 1877 S. 1878, 1, 116; D. 1877, 1, 478. — Req., 10 déc. 1883, S. 1884, 1, 390; D. 1884, 1, 134.

2 V. Caen, 29 août 1861, *Rec. Rouen*, 1861, 1, 295. — Cf. Leduc, *op. cit.*, p. 53.

3 Alger, 21 mars 1871, D. 1872, 2, 170. — Lyon, 7 mars 1832, D. v° *Vente publ. d'immeubles*, n° 1637.

4 Cass. req., 25 mai 1892, S. 1894, 1, 259. — Toulouse, 26 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 153. — Il a été jugé que le dernier jour tout entier compte dans le délai, Louvain, 30 avril 1898, Pas. 1901, 3, 253. — Cf. Defaye, *Promesses unilatérales de vente*, thèse de Paris, 1908, p. 85.

5 Nîmes, 6 juin 1871, D. 1871, 2, 21; S. 1872, 2, 67. — Paris, 28 mai 1895, *Pand. fr.*, 1896, 2, 87. — Nîmes, 27 déc. 1870, *ibid.*, D. 1871, 1, 221. — Trib. Seine, 12 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, suppl. 6. — Cf. Leduc, *op. cit.*, pp. 45-49. — Planiol, II, n° 1408. — Gand, 28 déc. 1907, Pas. 1909, 2, 167.

et périls le promettant pourra sommer le bénéficiaire de se prononcer dans un certain délai, faute de quoi il se jugera libéré[1]. Ou les tribunaux pourront fixer le délai voulu implicitement[2]. Généralement si une promesse de vente est faite dans un bail, on estime qu'elle dure autant que celui-ci[3]. Elle tombera donc s'il est résolu[4]. Mais si le bail est prorogé par tacite reconduction, on admet plutôt que la promesse de vente ne l'est pas[5].

Il faudra de même dans tout avant contrat rechercher dans quel délai d'après la volonté des parties, leurs besoins dans l'espèce, la preuve devait être dressée, l'habilitation obtenue, la cause réalisée, le contrat principal passé. A l'expiration de ce délai exprès ou tacite l'avant contrat tombera de lui-même. Il en sera ainsi notamment pour le cas de vente *ad gustum*, si l'acheteur n'a pas goûté et ne s'est pas prononcé pour l'agréage dans le délai fixé par la convention ou l'usage[6].

513. — S'il apparaissait qu'aucun délai n'a été établi pour réaliser la promesse, il faudrait cependant admettre qu'elle tombera par suite de la prescription de trente ans. Ces situations incertaines ne doivent pas s'éterniser. La

---

1 V. Labbé, note, sous Cass., 6 janv. 1858, S. 1859, 1, 561. — Cf Bourges, 15 juin 1841, D. 1847, 1, 347, qui semble donner droit absolu de mise en demeure. — Trib. Seine, 12 mai 1888, précité. — *Contrà:* Laurent, XXIV, n° 18. — Baudry et Saignat, n°s 70 et 77.

2 Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, XI. — Laurent, XXIV, n° 18. — Guillouard, I, n° 86. — Baudry et Saignat, n° 70. — Aubry et Rau, V, § 349, note 13, *septies*. — Beudant, *Vente*, n° 34, Nîmes, 27 déc. 1870, S. 1872, 2, 67.

3 Cf. Amiens, 5 juin 1905, *Rec. Amiens*, 1905, p. 203.

4 Cass. req., 22 janv. 1868, S. 1868, 1, 293; D. 1868, 1, 170.

5 Trib. Seine, 9 mars 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 37, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 993. — Trib. Lille, 24 fév. 1898, *Nord judic.*, 1898, 257.

6 Cf. Besançon, 13 janv. 1863, S. 1863, 2, 42; D. 1863, 2, 10, et sur l'usage en Vendée de goûter les vins le 11 novembre, trib. comm. Nantes, 3 mars 1906, D. 1907, 5, 7. — Aubry et Rau, V, § 349, note 18. — Guillouard, *Vente*, I, n° 40. — Baudry et Saignat, n° 162.

sécurité l'exige. C'est l'application de ce principe qu'on ne peut par convention créer des facultés imprescriptibles[1]. On ne crée en effet que des droits dont l'usage est facultatif et non pas des droits analogues à ceux nés de la loi dont le titre se renouvelle sans cesse et dont l'usage importe beaucoup plus[2]. Mais lorsque la promesse est accessoire à un autre contrat, elle dure autant que celui-ci, même si celui-ci dure plus de trente ans. Ainsi en est-il d'une promesse de vente contenue dans un bail[3].

C'est l'application de ce principe, que sauf règle contraire, comme pour les intérêts d'un capital, un acte se prescrit en entier à la fois et non par fractions, ce qui serait aboutir à des inégalités choquante entre les parties[4].

514. — Faut-il que dans le délai pour transformer l'avant acte en acte complet, la promesse soit simplement acceptée ou faut-il qu'avant l'expiration du délai l'acceptation parvienne à la connaissance du promettant ? La première

---

1 Besançon, 12 déc. 1906, S. 1907, 2, 298 (implic.). — Cass. req., 28 oct. 1889, S. 1891, 1, 293. — Cass. civ., 14 déc. 1863, D. 1864, 1, 126; S. 1864, 1, 77. — Cass. civ., 30 mars 1870, D. 1870, 1, 345; S. 1871, 1, 95. — Cass. req., 2 juill. 1862, S. 1862, 1, 1041. — Cass. req., 24 avril 1860, D. 1861, 1, 179; S. 1861, 1, 362. — Agen, 23 janv. 1860, S. 1860, 2, 317. — Baudry et Tissier, nos 163 et suiv. — Bufnoir, p. 244. — Planiol, II, n° 635. — Aubry et Rau, VIII, § 772, note 2. — Laurent, XXXII, n° 233. — Guillouard, *Prescription*, n° 616. — Demogue, *op. cit.*, pp. 311 et suiv. — Gautier, *Sens juridique du mot faculté dans l'art. 2232 civ.*, *Revue critique*, 1877, p. 49. — De Loynes, *Prescriptions des actes de pure faculté*, *Revue critique*, 1889, p. 398. — Cf. Riom, 23 mai 1905, *Rec. Riom*, 1905, 193. — Poncet, *Actes de pure faculté*, *Revue critique*, 1880, p. 458. — Rappr. en droit italien, Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 190. — V. cep. Montpellier, 10 août 1865, S. 1866, 2, 19.

2 Cf. Huc, XIV, n° 361.

3 Req., 9 juill. 1883, S. 1885, 1, 415.

4 V. pour un jugement, Cass. civ., 17 août 1864, S. 1864, 1, 490; pour un partage, Cass. civ., 18 déc. 1900, S. 1902, 1, 139 et pour un contrat, Req., 9 juillet 1883, S. 1885, 1, 415.

solution a été admise[1]. Mais elle est contraire à ce qui a été jugé pour le cas de l'acceptation d'une offre[2]. Il semble plus naturel de dire que le délai d'acceptation, qui d'ordinaire est assez long, comprend le temps pour notifier l'acceptation, et que le délai expiré le promettant doit savoir définitivement s'il y a contrat ou non.

Sur une question voisine il a été jugé de façon plus conforme à notre opinion que si l'acceptant déclare accepter dans le délai, mais que les autorisations dont il a besoin ne se produisent qu'après l'expiration du temps fixé, la promesse tombe[3]. Nous généraliserons cette solution et nous dirons que dans le délai fixé l'acte solennel même doit être complètement dressé, que l'acte principal doit être définitif et non pas seulement préparé, etc.

En un mot, quand un délai est accordé, il faut que tout soit irrévocablement fixé à la fin du dernier jour du délai[4].

Même s'il a été stipulé un paiement d'acompte en levant l'option, ce fait doit avoir lieu dans le délai[5].

515. — Nous avons vu qu'en principe la faillite ne résout pas la promesse du contrat. Cependant en pratique on admet une solution différente pour le cas d'ouverture de crédit, celle-ci étant faite en considération de l'état des affaires du crédité[6].

Pour savoir si une modification des circonstances emporte

---

1 Cass. civ., 6 fév. 1906, S. 1906, 1, 235; D. 1910, 1, 234. — Trib. Grenoble, 15 nov. 1909, *Rec. Grenoble*, 1910, p. 68.

2 Lyon, 27 juin 1867. — Bruxelles, 25 fév. 1867, S. 1868, 2, 182. — V. surtout *infrà*, à propos de la formation des contrats.

3 Req., 8 mai 1882, S. 1882, 1, 317, avec rapp. de M. Rivière, D. 1882, 1, 316.

4 Aussi dans ce cas, si un prétendu mandataire se présente, il devra prouver sa qualité dans le délai. Nous serons donc un peu plus sévère ici qu'au cas général prévu, n° 13 *bis*.

5 Grenoble, 8 juill. 1910, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 183.

6 V. Bonnichou, *Effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs*, thèse Paris, 1900, p. 39.

résolution de l'avant contrat ,il faut surtout voir l'intention des parties. On ne peut donc admettre en principe la *clausula sic rebus stantibus*[1] qu'ont admis certains codes étrangers, spécialement le code autrichien (article 936), qui vise le cas où les circonstances ont changé, de manière que le but expressément déterminé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou que la confiance d'une des parties dans l'autre ait été détruite[2].

Sans doute à l'étranger certains auteurs ont construit une théorie de la résolubilité des contrats dans lesquels il y a un intervalle de temps entre la conclusion et l'exécution[3]. Windscheid avait développé la théorie de la présupposition, qui confondant celle-ci avec le motif, tenait compte de l'état de choses actuel en vertu d'une volonté non déclarée[4]. D'autres ont parlé de but et dit que le contrat avait un équivalent intrinsèque ou économique sans lequel il ne pouvait exister. D'autres ont parlé de bonne foi. Enfin Osti[5] groupant l'idée de volonté et celle de but a admis la clause. Les parties, selon lui, veulent un certain résultat concret, qu'elles poursuivent par le contrat. Si le moyen fait défaut et si le résultat ne peut être atteint, le contrat doit être éliminé.

Sans nous prononcer sur la valeur de ces théories, sur lesquelles nous reviendrons, nous refusons à en faire application à la promesse de contrat, où les raisons d'ordre

---

1 V. sur cette clause : Ferrara, *Formazione dei contratti*, p. 49. — Osti, *Clausola sic rebus stantibus*, *Rivista, di diritto civile*, 1912, p. 1 et 1913, p. 471. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 197 et les renvois. — Cf. Cass. Florence, 11 déc. 1905, *Guir. ital.*, 1906, 1, 2.

2 V. Krainz, *System*, II, p. 57, 4e éd. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 48. — Cf. sur les autres lois étrangères, Et. Leduc, *op. cit*, pp. 136-142.

3 Barsanti, *Risolibiliti dei contratti a lungo termine*, *Arch. giuridicho*, 1899, p. 3. — Brugi, *Instituzioni*, 2e éd., p. 445. — *Contrà* : Carrara, *Formazione dei contratti*, pp. 49 et suiv.

4 *Die Lehre des romischen Rechtes von der Verrausselzung.*

5 Osti, art. cité.

social peuvent être moins puissantes qu'ailleurs et ne doivent peut être pas toujours avoir un effet résolutoire, mais seulement modificatif, ou même aucun effet.

Il faut plutôt se placer simplement sur le terrain de l'intention concrète et en tirer les conséquences suivantes :

Dans le délai qui lui est accordé, le bénéficiaire ne peut plus utiliser la promesse.

1° s'il résulte des circonstances qu'il y a renoncé[1].

2° s'il s'est produit un événement tel que la promesse ne puisse être réalisé dans des conditions prévues : le tiers qui devait bénéficier d'un usufruit ou d'une rente viagère d'après la promesse étant mort[2]. De même la chose étant détériorée, on ne pourra imposer à l'acheteur d'exécuter la promesse d'achat[3]. A plus forte raison en sera-t-il ainsi si la chose promise a péri totalement. Si elle a péri par la faute du promettant, il devra une indemnité s'il est prouvé que le stipulant avait sérieusement l'intention d'utiliser la promesse et s'il éprouve un dommage.

---

1 Nîmes, 27 déc. 1870, S. 1872, 2, 67 ; D. 1871, 2, 21. — Toulouse, 17 mai 1880, D. 1881, 2, 220. — Mais l'offre d'un prix inférieure n'est pas une renonciation, Louvain, 30 avril 1898, Pas. 1901, 3, 253. — Ceci sous réserves de respecter l'art. 1341 sur la preuve, Alger, 27 oct. 1907, *Journ. Trib. Algériens*, 28 avril 1908.

2 Nîmes, 27 déc. 1870 précité. — Cass. civ., 10 mars 1903, *Gaz. Trib.*, 12 mars 1903. — Dijon, 7 mars 1910, S. 1913, 2, 97, avec note de M. Wahl (donation à charge d'avoir une école congréganiste faite avant 1886). — Cf. Rouen, 30 nov. 1887, *Rec. Rouen*, 1887, 1, 250 (promesse par une commune alors que ses ressources et que la législation ont changé). — Trib. Seine, 13 oct. 1886, *Loi*, 24 oct. 1886 (promesse de bail, alors que l'autorité refuse de laisser subsister la maison de tolérance exploitée dans l'immeuble). — Amiens, 20 avril 1901, *Rec. Amiens*, 1901, 42, promesse de travaux jugés ensuite très coûteux.

3 Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 302. — Cf. Osti, *La cosi detta clausola sic rebus stantibus nel diritto contrattuale odierno*, *Rivista di diritto civile*, 1913, pp. 471 et 647.

3° S'il n'a pas réalisé les conditions auxquelles le contrat est soumis[1] ou si elle ne se sont pas produites.

Le promettant ne peut en principe refuser l'acceptation[2]. Il le peut toutefois lorsqu'au moment de celle-ci il invoque un fait qui lui permettrait de demander immédiatement la résolution du contrat, ou à plus forte raison un fait qui résout ce contrat, de droit. Inutile de passer un acte pour le faire résoudre aussitôt en vertu de l'article 1184. On évite ainsi un procès[3]. Ainsi on peut refuser d'exécuter une promesse de prolongation de bail si le locataire a abusé des lieux loués, ou une promesse d'achat si des services de voirie ignorés pèsent sur l'immeuble, ou s'il y a d'autres vices cachés, ou une promesse de société si le promettant est décédé ou si une incompatibilité d'humeur s'est révélée entre les futurs associés.

On pourra donc faire résilier une promesse de société en invoquant des dissentiments graves qui auraient suffi à faire dissoudre la société elle-même[4].

Il résulte de ces idées que pour le mandat, le louage à durée indéterminée, etc. la promesse offre fort peu d'utilité.

On va même plus loin dans le cas de société : si une

---

1 Cass. req., 6 janv. 1858, S. 1859, 1, 561, avec note de Labbé. — Req., 13 mars 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e sem., 1, 146. — Paris, 6 mars 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 123. — Req., 10 déc. 1883, S. 1884, 1, 390.

2 Spécialement pour ce fait que le mandant de la personne à qui il a fait la promesse n'est pas qui il croyait, Cass. req., 20 juin 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 1, 185. — Trib. Seine, 29 mars 1901, le *Droit*, 24 oct. 1901.

3 Lyon, 11 mai 1900, *Mon. Lyon*, 8 nov. 1900. — Trib. Seine, 10 janv. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 253. — Rennes, 6 janv. 1893, D. 1894, 2, 148. — Cass. req., 1er mars 1892, S. 1892, 1, 487; D. 1892, 1, 412. — Paris, 24 fév. 1860, D. 1860, 2, 84. — Limoges, 15 juin 1896, *Rev. Soc.*, 1896, 369. — Guillouard, *Société*, n° 295. — Et. Leduc, thèse citée, p. 131. — *Contrà :* Göppert, *op. cit.*, p. 426.

4 Limoges, 15 juin 1895, D. 1897, 2, 276.

société stipule qu'un associé sera remplacé par son héritier, celui-ci est libre de ne pas accepter : car l'adhésion suppose que l'héritier ne se juge pas d'une humeur incompatible avec les autres associés[1].

516. — Si la chose a diminué de valeur ou a été partiellement détruite, il résulte des principes précédents que le bénéficiaire ne pourra réclamer une diminution de prix. Il ne peut que refuser si l'opération ne lui convient plus[2], sauf à agir en indemnité si la perte partielle vient de la faute du promettant[3]. Cette solution s'appliquera encore, *mutatis mutandis* en cas de promesse de contrat dont le prix sera fixé à dire d'experts. Ceux-ci estimeront la valeur au jour de l'acceptation : de sorte que le jeu des mêmes principes fera ici supporter la perte par le promettant.

Inversement la plus-value ne donne pas lieu à indemnité au profit du promettant. Elle pourra seulement entrer en ligne de compte pour la promesse de vente d'immeubles pour savoir s'il y a lésion. Si des améliorations ont été faites par le promettant, il ne pourrait pas en réclamer la totalité s'il les avait faites pour entraver l'utilisation de la promesse, car il y aurait abus du droit. Sous cette réserve, il semble naturel de le traiter comme le propriétaire sous condition en lui restituant les impenses nécessaires et à concurrence de la plus value les impenses utiles[4].

Si le bénéficiaire de la promesse de vente est un locataire, et qu'il n'utilise pas la promesse, il sera pour les améliorations et détériorations de l'immeuble traité conformément

---

1 Caen, 10 nov. 1857, S. 1857, 2, 31. — Amiens, 16 janv. 1906, *Rec. Amiens*, 1906, 167.

2 V. Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, VIII.

3 Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, XII. — Guillouard, I, n° 85. — Cf. Guillouard, *Promesses de vente*, *Revue critique*, 1875, p. 17.

4 Demolombe, XXV, n° 402 *bis*. — Larombière, art. 1181, n° 13. — Cf. Et. Leduc, *op. cit.*, pp. 117-121.

au droit commun. Il peut d'ailleurs avoir promis dans le bail de ne réclamer aucune indemnité pour les améliorations, même pour les constructions[1].

517. — Le droit résultant d'une promesse de contrat n'est pas en principe attaché à la personne du promettant. Il passe à ses héritiers[2]. Il n'est pas non plus attaché à la personne du bénéficiaire. Il est transmissible à ses héritiers ou légataires. Il est en principe cessible[3]. Il peut être au porteur[4], un syndic de faillite peut le mettre en vente[5]. Il peut être apporté en société[6]. Il peut être mis en gage[7].

Mais comme le bénéficiaire n'a pu céder sa dette avec sa

---

1 Trib. Seine, 6 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 320.

2 Bruges, 29 juill. 1895, Pas. 1896, 3, 21 (faculté de prendre un bien à dire d'experts). — *Contrà:* Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 204.

3 Limoges, 5 juin 1899, S. 1901, 2, 113 (droit de préférence contenu dans un bail). — Gand, 25 nov. 1899, Pas. 1900, 2, 176. — Cass. civ., 31 janv. 1866, S. 1866, 1, 152; D. 1866, 1, 69. — Cass. req., 24 mars 1830, S. chr. — Douai, 30 juillet 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 345, 2e partie. — *Contrà:* Aix, 21 déc. 1863, S. 1864, 2, 253; D. 1865, 2, 129. — Paris, 2 juill. 1847, *ibid.*, en note, D. 1847, 2, 127. — Trib. Seine, 9 fév. 1847, D. 1847, 3, 22. — Cass., 17 juin 1839, S. 1839, 1, 765. — Il en est autrement si telle est l'intention des parties, trib. Limoges, 28 juill. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 532. — Cf. Demogue, *Dr. éventuels*, *Revue de droit civil*, 1906, pp. 239 et 304. — Huc, *Cession de créance*, I, p. 247 et *Traité*, X, n° 32. — Guillouard, I, n° 82. — Baudry et Saignat, n° 69. — Aubry et Rau, V, § 349, note 11 *bis*. — Guillouard, *Promesses de vente*, *Revue critique*, 1875, p. 13. — Huc, X, n° 32. — Defage, *Promesse de vente*, thèse de Paris, 1908, p. 111. — Laurent, XXIV, n° 12.

4 V. Ripert, *Promesse d'achat au porteur*, *Ann. de dr. comm.*, 1904, p. 44.

5 Douai, 30 juill. 1883, S. 1884, 2, 16. — La cession du bail contenant promesse de vente emporte cession de la promesse, trib. Seine, 18 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 99.

6 Req., 24 janv. 1911, *Gaz. Trib.*, 31 janv. 1911 (*sol. implic.* — promesse de bail). — Lyon, 16 nov. 1900, *Mon. Lyon*, 4 mai 1901. (En ce cas, la société doit payer la commission à l'intermédiaire qui a préparé la promesse).

7 Trib. comm. Gand, 24 août 1907, Pas. 1908, 3, 333.

créance, il reste tenu des obligations dérivant du contrat[1]. Ces principes sont un peu atteints pour les actions par l'article 2 de la loi du 24 juillet 1867 qui ne les rend négociables qu'après versement du quart. Celui qui a souscrit des actions qu'on est libre de lui refuser ne peut que céder son droit d'après les modes du droit civil[2].

518. — L'acceptation de la promesse unilatérale est une question de fait[3]. Elle peut naturellement être expresse ou tacite[4]. Elle résulte nécessairement de la revente des objets promis, par le bénéficiaire[5]. Cela a été jugé dans les rapports entre le bénéficiaire et le tiers acquéreur qui ne peut se plaindre d'avoir acheté la chose d'autrui. Cela doit être admis dans les rapports entre le bénéficiaire et le promettant. Au contraire le seul fait que le locataire est resté en possession de l'immeuble après la fin du bail n'est pas assez caractéristique pour valoir acceptation[6]. De même la réception de vins ne peut équivaloir à leur agréage[7].

519. — Quand le contrat se complète par une acceptation, habilitation, etc. celle-ci ne peut être que pure et simple.

---

1 Civ., 31 janv. 1866 précité. — Cass., 17 juin 1839 précité. — Riom, 21 mai 1884, *sol. implic.*, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 529. — Baudry et Saignat, n° 69.

2 V. sur cette disposition, Lyon-Caen et Renault, II, n^{os} 729-730. — Cf. pour le droit belge, Loi 18 mai 1873, art. 33 et 40 et Gand, 28 janv. 1891, Pas. 1891, 2, 216, qui annule une promesse de souscription.

3 Cf. Cass. civ., 21 déc. 1846, S. 1847, 1, 66.

4 Req., 10 déc. 1883, S. 1884, 1, 390. — Trib. Seine, 16 juill. 1906, D. 1907, 2, 231 (sommation de passer l'acte). — Baudry et Saignat, n° 70, I. — Cf. Cass. civ., 2 mai 1877, S. 1878, 1, 116.

5 Cass. req., 12 déc. 1898, S. 1899, 1, 88; D. 1899, 1, 276, *Pand. fr.*, 1899, 1, 467. — Trib. Seine, 23 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2^{e} sem., 2, 260. — Baudry et Saignat, 70, I. — Mais il n'en est pas ainsi de la revente partielle, Cass., 17 mars 1907, D. 1912, 1, 315, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 993.

6 Trib. Seine, 9 mars 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2^{e} sem., 2, 37.

7 Alger, 15 déc. 1891, S. 1897, 1, 67. — Bordeaux, 5 août 1897, *Pand. fr.*, 1898, 2, 167.

Ainsi le bénéficiaire d'une promesse unilatérale ne peut accepter sous réserve de la mainlevée des hypothèques inscrites sur l'immeuble[1]. Il pourra seulement réclamer après l'acceptation la mainlevée des hypothèques[2]. De même on ne peut accepter le contrat pour partie[3] ou on ne peut l'autoriser pour partie à moins d'intention contraire des contractants[4].

S'il y a acceptation avec des modalités, il y a alors un contrat indépendant, par suite si la promesse a été transcrite un second droit de transcription serait dû[5].

Le contrat devant être accepté ou autorisé en bloc et sans modification, par là la promesse de contrat se distingue de la punctation, dont parlent les lois étrangères, c'est-à-dire de l'écrit où des contractants fixent les points principaux acceptés dans la convention en préparation[6]. L'article 154 Civ. allemand admet qu'en principe la punctation ne lie pas, même rédigée par écrit. Les Codes plus anciens (Autriche, art. 885 ; Saxe, art. 783 et 827 ; Prusse, §. 120) inclinaient au contraire à y voir un contrat dès que les points essentiels étaient réglés.

En tous cas, la punctation du code allemand diffère de la promesse en ce que celle-ci ne laisse pas la porte ouverte à de nouveaux débats. La punctation n'est qu'une phase de pourparlers. Elle servira tout au plus à fixer les clauses du contrat s'il y a entente définitive[7].

---

1 Trib. Seine, 24 avril 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 329.

2 Cass. req., 11 mai 1898, S. 1902, 1, 494. — Cf. Req., 12 fév. 1894, S. 1894, 1, 485.

3 Cf. en cas de vente de vins par livraisons successives, Req., 10 avril 1872, D. 1873, 1, 344.

4 V. un cas, Rouen, 13 nov. 1901, *Rec. Rouen*, 1901, 174.

5 Paris, 26 juin 1907, S. 1908, 2, 97.

6 V. sur la Punctation, Etienne Leduc, *Avants contrats*, thèse Paris, 1909, pp. 64-78.

7 Cf. Cass. req., 2 déc. 1901, S. 1905, 1, 490. — V. un exemple de punctation avec délai pour s'entendre, Trib. comm. Seine, 5 déc. 1912, *Gaz. Trib.*, 18 janv. 1913.

520. — Quand une promesse de contrat s'est complétée par les éléments qui lui manquaient : acceptation, habilitation, etc., le contrat est formé[1]. Par suite il existe de façon complète. Il devient contrat bilatéral[2]. Les cocontractrants devront se prêter à ce qu'on en dresse une preuve écrite : acte notarié, etc. et s'ils s'y refusent, un jugement le leur ordonnera et décidera en tant que de besoin que le jugement tiendra lieu de titre : par suite les contractants sont tenus à l'exécution du contrat par tous les moyens légaux ordinaires[3].

Par un moyen indirect, Chironi[4] est arrivé au même résultat. Si un acte juridique tend à la formation d'un autre en ce sens qu'il contient la promesse de le constituer, la promesse utilisée est déjà un engagement, mais d'une efficacité immédiate plus faible. Le fait de celui qui est obligé, mais n'exécute pas son obligation, détermine une responsabilité qui se résout dans l'obligation de donner l'équivalent juridique et de tenir la promesse de donner pour utilisée bien que non réalisée en tant que déterminant le fait de donner. Ainsi par une obligation née d'une faute on se trouve tenu comme si on avait signé le contrat définitif. L'argumentation est admissible dès qu'on n'admet pas que

---

1 Au point de vue droit de mutation, on a même jugé qu'il ne se forme que de la rédaction de l'écrit, Trib. Liège, 13 juill. 1858, *Jurispr. des Trib. de 1re instance*, VII, 661.

2 Req., 18 mars 1912, D. 1913, 1, 198. — Cf. Bruxelles, 2 déc. 1901, Pas. 1903, 2, 241.

3 Caen, 9 mars 1866, S. 1866, ½, 279. — Colmar, 8 mai 1845, S. 1847, 2, 117. — Amiens, 16 juin 1841, S. 1844, 2, 263. — Trib. Compiègne, 16 mars 1898, la *Loi*, 16 août 1898. — Cass. req., 12 déc. 1898, S. 1899; 1, 88. — Paris, 7 nivose an X, D. v° *Louage*, n° 43. — Req., 18 mars 1912, D. 1913, 1, 198; S. 1914, 1, 11. — Laurent, XXV, n° 40. — Guillouard, *Promesses de vente*, *Revue critique*, 1875, p. 16. — Demolombe, XXV, n° 326. — Planiol, II, n° 1406. — Aubry et Rau, V, 5e éd., p. 7, note 10. — Cf. Carl Schneider, *Das Urtell als Ersatz des Willems Erklärungs*, Tubingen, 1903.

4 *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p. 635.

l'obligation de faire non exécutée ne peut que se résoudre dans le paiement d'une somme d'argent.

On a cependant prétendu autrefois que l'acceptation se produisant, il y avait pour l'autre partie une simple obligation de faire[1]. On a argumenté du principe *nemo potest præcise cogi ad factum* et de l'article 1142 qui le consacre ; en disant que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Mais cette règle admise pour sauvegarder la liberté individuelle n'a rien à faire lorsqu'il suffit au juge de dire que le jugement vaudra le contrat qui devait être dressé, ou lorsqu'on dit que l'acceptation avec la promesse antérieure forment déjà un ensemble contractuel produisant des effets du jour de cette acceptation[2]. Néanmoins les auteurs admettent avec la jurisprudence que le droit du bénéficiaire n'est qu'un droit personnel[3].

---

1 Amiens, 24 août 1839, S. 1843, 2, 403. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 45 (promesse de bail). — Paris, 7 niv. an X, Dall., v° *Louage*, n° 80. — Baudry et Wahl, *Société*, n° 33. — Guillouard, *Société*, n° 33. — Houpin, I, n° 30. — Huc, XI, n° 9. — Cass. Florence, 16 déc. 1913 et observ., *Riv. diritto civile*, 1914, p. 93. — *Contrà :* Cass., 3 avril 1838, D. v° *Louage*, n° 80 (promesse de bail). — Cf. Gabba, *Nuove questioni*, I, pp. 201 et suiv., d'après lequel pour les promesses de choses futures ou de chose d'autrui, le juge ordonnera de passer contrat et en cas de refus prononcera une condamnation à indemnité. — Fagella, *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, p. 851.

2 V. Baudry et Saignat, n°s 65-66. — Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, V. — Laurent, XXIV, n° 13. — Guillouard, I, n° 85. — Pothier, *Vente*, n° 479. — Aubry et Rau, V, § 349, note 10. — Beudant, *Vente*, n° 36. — Génicou, *La Règle, Nemo potest cogi ad factum*, thèse Bordeaux, 1911, pp. 147 et 171. — Et. Leduc, *op. cit.*, pp. 146-152. — Deschamps, thèse citée, p. 100. — Toutefois on a jugé avec raison qu'il y avait simple indemnité en cas de promesse unilatérale de société. C'est une solution de bon sens, étant donné l'harmonie nécessaire dans la société, Req., 19 fév., 1907, *Gaz. Pal.*, 27 avril 1907, *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 423.

3 Laurent, XXIV, n° 12. — Aubry et Rau, V, § 349, note 11 *bis*. Deschamps, thèse citée, p. 95 — V. surtout n° suivant.

M. Chiovenda a encore proposé un autre système[1]. Les parties s'étant obligées à prester un acte de volonté, le juge ne peut à leur place vouloir et contribuer à constituer le contrat définitif. Mais rien ne l'empêche de constituer le droit auquel tend directement la promesse: la propriété. Cette théorie a le défaut de ne viser que le cas où le contrat doit transférer la propriété. Pourrait-on admettre la même solution pour une promesse de bail, etc. Ensuite elle suppose admis de très larges pouvoirs du juge, que nous ne serions pas pour lui refuser, mais qui sont très discutés, car ils ne sont pas affirmés par les textes français comme dans certains textes étrangers[2].

521. — En face de ces théories, qu'admet la jurisprudence ?

Un premier cas doit être mis à part, car il est fort simple.

Si le bénéficiaire n'utilise pas la promesse, il ne peut rien réclamer : notamment il n'a pas droit à indemnité[3] .

Si au contraire la promesse est utilisée,

D'après la jurisprudence, qui est ici remarquablement cohérente, de la promesse de contrat découlent des conséquences soit avant, soit après l'acceptation, qui se ramènent à l'idée suivante : le contrat ne se forme qu'au jour de l'utilisation de la promesse unilatérale par le bénéficiaire ; le consentement du promettant est déjà définitif

---

1 *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 96. — V. *contrà :* Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 62.

2 Art. 94 Proc. allem., et 387 règlem. autrichien, en vertu desquels si une déclaration doit être faite, elle est considérée comme ayant eu lieu dès que le jugement est définitif.

3 Bruxelles, 2 déc. 1901, Pas. 1903, 2, 241.

4 V. de même : Laurent, XXIV, n° 15. — Guillouard, I, n° 84. — Baudry et Saignat, n° 67. — Aubry et Rau, V, § 349, notes 11 et 18 *bis*. — Beudant, n^{os} 37-38. — Colin et Capitant, II, p. 414. — *Contrà :* Huc, X, n^{os} 27-31. — Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, VI. — Larombière, art. 1138, n° 13. — Cf. Mourlon, *Transcription*, I, p. 92, qui admet cette dernière solution pour la seule promesse de

auparavant, mais le contrat prend date au jour de l'acceptation[1].

Par suite le bénéficiaire n'a qu'un droit personnel qu'il ne peut opposer à l'acquéreur qui a acheté du vendeur avant l'acceptation, car jusque-là le promettant était propriétaire et a pu transférer la propriété[2]. Il ne peut même

---

vendre et non pour celle d'acheter. — Une solution identique à celle généralement admise en droit civil est donnée en droit administratif aux promesses de vente faites par les membres d'un syndicat de propriétaires, à ce syndicat, v. Trib. des conflits, 8 juill. 1893, D. 1894, 3, 70. — Cf. Brémond, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1896, p. 363. — Mais il y a controverse et des distinctions paraissent s'imposer pour le droit de préemption de terrains de voies publiques déclassées au profit des riverains (et des terrains expropriés si le travail public n'a pas lieu, v. Brémond, *Revue critique*, 1888, p. 584).

1 V. cep. Cass. req., 24 juill. 1860, S. 1860, 1, 849, qui confond promesse synallagmatique et promesse unilatérale et Riom, 30 juin 1843, D. 1845, 2, 58, qui donne au bénéficiaire d'un pacte de préférence une action réelle. — Cf. Cass. civ., 1er août 1912, S. 1915, 1, 85.

2 Cass. req., 21 fév. 1910, S. 1910, 1, 288; D. 1911, 1, 389. — Cass. req., 26 mai 1908, S. 1909, 1, 327. — Cas. req., 14 mars 1860, D. 1860, 1, 163; S. 1860, 1, 740. — Cass. civ., 9 juillet 1834, S. 1834, 1, 741. — Cass. req., 10 mars 1886, S. 1887, 1, 83. — Req., 20 janv. 1862, D. 1862, 1, 364. — Trib. Toulouse, 4 juin 1891, *Pand. fr.*, 1892, 2, 144. — Le bénéficiaire de la promesse de bail ne peut profiter de l'art. 1743 Civ., v. Fubini, *Locazione di cose*, I, n° 279. — Trib. Tours, 14 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 5 janv. 1907. — Nancy, 4 avril 1906, S. 1906, 2, 241, note de M. Bourcart, D. 1908, 2, 148. — Limoges, 5 juin 1899, S. 1901, 2, 113 (pacte de préférence); D. 1903, 2, 41 et sur pourvoi, Req., 15 avril 1902, D. 1903, 1, 38. — Alger, 4 avril 1894, S. 1896, 2, 301. — Trib. Boulogne, 15 avril 1897, S. 1898, 2, 20. — Toulouse, 20 nov. 1892, S. 1894, 2, 29. — Caen, 9 mars 1866, S. 1866, 2, 276. — Grenoble, 23 mai 1829, S. chr. — Agen, 1er fév. 1869, S. 1869, 2, 141. — Nancy, 2 mars 1889, S. 1890, 2, 127. — Trib. Bruxelles, 13 mars 1877, *Jurispr. des trib. de 1re instance*, 1878, 1213. — Trib. Charleroi, 17 juin 1871, Pas. 1872, 2, 308. — Toulouse, 17 mai 1880, D. 1881, 2, 220 (droit de préférence). — Aubry et Rau, V, § 349, note 12. — Cf. Trib. Hasselt, 7 avril 1909, *Belgique judic.*, 1909, 1229. — Baudry et Saignat, n° 67. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 48. — Pascaud, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1883, p. 177. —

l'opposer à un légataire tirant son droit d'un testament antérieur ou non à la promesse[1].

Aussi il est recommandable en pratique de constituer une hypothèque sur l'immeuble objet de la promesse pour garantir les indemnités auxquelles le promettant sera condamné pour inexécution de la promesse[2].

Mais bien entendu le bénéficiaire qui ne peut expulser le tiers acheteur, peut agir contre le promettant en indemnité[3] et celui-ci n'est pas libéré par cela qu'il a chargé le tiers de s'entendre avec le bénéficiaire[4].

Mais on a jugé que le promettant pouvait stipuler que le tiers acheteur le garantirait de ces indemnités[5]. Nous discuterons et nous critiquerons cette solution en étudiant les clauses de non-responsabilité.

Les principes précédents reçoivent cependant une limitation conforme au droit commun pour le cas où il y a fraude.

La vente peut être annulée non seulement si le tiers acheteur a agi par fraude[6], mais encore dès que le tiers a connu le contrat de promesse unilatérale[7]. En ce cas on

---

Labbé, *Revue critique*, 1881, p. 353. — Guillouard, *Promesses de vente*, *Revue critique*, 1875, p. 16. — *Contrà:* Bastia, 28 juin 1849, S. 1850, 2, 257. — Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*, VI. — Huc, X, n° 27.

1 Req., 25 juill. 1849, S. 1850, 1, 520.

2 V. en ce sens : Planiol, II, n° 1403.

3 Cass. civ., 9 juill. 1834, S. 1834, 1, 741.— Toulouse, 4 mai 1911, *Rev. Not.*, 1911, 1, 722. — Colmar, 3 déc. 1838, S. 1839, 2, 207 (pacte de préférence). — Toulouse, 15 juill. 1818, S. chr. (pacte de préférence). — Toulouse, 6 nov. 1825, S. chr. — Grenoble, 23 mai 1829, S. chr. — Colmar, 5 fruct. an XIII, S. chr. — Aubry et Rau, V, § 349, p. 8.

4 Nancy, 4 avril 1906 précité.

5 Cass. req., 6 mars 1905, S. 1906, 1, 441, avec note de M. Tissier, D. 1910, 1, 362.

6 Nancy, 4 avril 1906 précité, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 678. — Bordeaux, 17 août 1848, S. 1848, 2, 641 ; D. 1849, 2, 46.

7 Limoges, 5 juin 1899, S. 1901, 2, 113 (pacte de préférence). — Cass. req., 15 avril 1902, S. 1902, 1, 316, *Pand. fr.*, 1904, 1, 305, avec

pourra reprendre l'immeuble aux mains du tiers, sauf à le prendre dans l'état où il se trouve, grevé d'hypothèques, etc.

Les mêmes principes s'appliquent à la promesse de bail. Le bénéficiaire de la promesse ne peut le jour où il l'utilise faire annuler le bail consenti entre temps à un tiers[1].

521 bis. — Si un avant contrat se transforme en contrat, une promesse de vente étant utilisée par exemple, si on dresse un acte pour constater la situation, il n'y a pas de forme spéciale à observer si celui qui a antérieurement consenti est incapable. Ainsi une promesse de vente a été faite par un *de cujus* qui a laissé un héritier mineur. Le tiers utilise la promesse. Le tuteur pourra seul signer l'acte. Il en serait de même si ce jour-là le promettant était un prodigue pourvu d'un conseil, une femme mariée, etc. En effet il ne s'agit plus pour le promettant de vouloir, il a voulu définitivement, mais de constater que l'avant contrat est devenu contrat.

522. — Il résulte encore de là, d'après la jurisprudence, que le bénéficiaire de la promesse ne peut exiger que celle-ci soit inscrite au cahier des charges de la vente sur saisie, puisque vis-à-vis de l'adjudicataire, elle est en principe sans effet[2]. Il faudrait même dire que peu importe que le bénéficiaire de la promesse ait, avant la vente, prévenu le saisissant pour le rendre de mauvaise foi, bien que cela soit très dur pour le bénéficiaire. Et il faudrait donner la même solution s'il avait notifié la promesse aux amateurs de l'immeuble. Bien que tout cela arrive à ne plus tenir compte de la mauvaise foi, ces solutions semblent bien impliquées par la décision précitée de la cour de Nancy.

---

note de M. Charmont (pacte de préférence). — Trib. Bourgoin, 1er juin 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 335. — Si le tiers est une personne morale; il faudra que l'organe tout entier, conseil d'administration, etc., soit de mauvaise foi. La mauvaise foi d'un seul membre ne suffira pas: Il faudra celle de la majorité qui a voté.

1 Paris, 30 avril 1918, *Journ. Notaires*, 1918, 500.

2 Nancy, 2 mars 1889, S. 1890, 2, 127.

Au total, on peut hésiter à approuver ce groupe de solution. Il s'agit de savoir qui sera préféré du bénéficiaire de la promesse ou du tiers. Le tiers est de mauvaise foi, donc peu digne d'intérêt. Sans doute en ne le protégeant pas on rend la vente sur saisie impossible, personne ne voudra être adjudicataire. Mais les créanciers auront le prix payé par le bénéficiaire s'il réalise la promesse. Ils l'auront plus tard, ils ne l'auront peut être même pas si le bénéficiaire n'utilise pas la promesse. Mais la situation est la même si un immeuble du débiteur est vendu à terme ou sous condition. On aura le prix plus tard, on ne l'aura même pas si la vente est résolue, ou si la condition suspensive ne se produit pas. La solution contraire à celle de la cour de Nancy est donc préférable.

523. — La promesse de vente ne peut par suite être utilement transcrite[1] (sinon avec l'acceptation de l'acheteur). Mais si on la présente à la transcription, cette formalité aura lieu et le droit de transcription sera dû[2]. Mais on ne peut pas considérer même que cette transcription constitue nécessairement le tiers acheteur de mauvaise foi : il faudrait par exception prouver qu'il a connu le registre de transcriptions. Cette présomption de bonne foi peut être admise par exception en présence d'une publicité de promesse non organisée obligatoirement par la loi.

La Cour de cassation applique ces idées jusqu'à dire

---

1 Cass. req., 26 mai 1908, S. 1909, 1, 327; D. 1909, 1, 425, avec note de M. Percerou, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 267. — Cass. civ., 6 fév. 1906, S. 1906, 1, 235; D. 1910, 1, 234. — Trib. Seine, 17 déc. 1886, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, supp. 64. — Lyon, 6 juin 1883, D. 1885, 2, 259. — Trib. Seine, 28 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 318. — Baudry et Saignat, n° 67, I. — Beudant, *Vente*, n° 38. — V. Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1910, p. 198. — Cf. Cass. belge, 10 juin 1909, Pas. 1909, 1, 309 (loi 16 déc. 1851, art. 1er).

2 Cass. civ., 18 juill. 1882, S. 1883, 1, 377. — Cass. req., 21 janv. 1896, S. 1897, 1, 245.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R F

qu'après l'acceptation, si l'acheteur ne transcrit que la promesse, cette transcription est irrégulière[1].

524. — Au point de vue fiscal, la promesse de vente ne donne pas lieu à la perception du droit de mutation[2]. Ainsi une promesse de vente étant faite à une personne au profit d'une société en formation, on ne percevra qu'un droit de mutation après la création de la société et la réalisation de la promesse[3].

Il en est de même de la cession d'une promesse de vente[4], de la renonciation à une promesse de vente[5].

De même le droit de transcription n'est pas en principe exigible à moins *que* les parties ne jugent à propos de faire transcrire[6].

De même la renonciation acquitte le droit de quittance et non celui de mutation[7].

Mais le jugement constatant la promesse de vente et l'acceptation sera soumis au droit de mutation[8]. Et le droit sur une acceptation de promesse de vente se liquide sur la valeur de l'immeuble à ce moment[9].

---

1 Req., 26 mai 1908, S. 1909, 1, 327; D. 1909, 1, 425, avec note de M. Percerou, *Pand. fr.*, 1909, 1, 327. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1910, p. 199.

2 Sol. Régie, 13 mai 1869, S. 1870, 2, 59; D. 1870, 5, 153. — Trib. Seine, 17 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 8. — Beudant, *Vente*, n° 38. — V. Defaye, *Promesse unilatérale de vente*, thèse de Paris, 1908, pp. 155 et suiv.

3 Trib. Rouen, 27 fév. 1902, *Rev. Enregistrem.*, 62, 817.

4 Trib. de Nice, 29 mai 1890 et Sol. Régie, 13 sept. 1890, S. 1891, 2, 231. — Cass. civ., 13 janv. 1869, S. 1869, 1, 181. — Cass. civ., 13 avril 1869, D. 1869, 1, 295; S. 1869, 1, 325. — Cass. civ., 5 fév. 1889, D. 1889, 1, 200; S. 1889, 1, 337, avec note de M. Demante. — Trib. Seine, 2 mai 1884, D. 1885, 3, 79. — Beudant, *Vente*, n° 38. — *Contrà:* Trib. Grasse, 28 fév. 1883, D. 1885, 3, 79.

5 Cass. civ., 5 fév. 1873, S. 1873, 1, 178; D. 1874, 1, 121.

6 Cass. req., 21 janv. 1896, S. 1897, 1, 245.

7 Cass. civ., 7 nov. 1859, S. 1860, 1, 809.

8 Cass. civ., 25 mars 1872, S. 1872, 1, 193. — Cass. civ., 12 juin 1854, S. 1855, 1, 60.

9 Trib. Seine, 30 nov. 1883, D. 1885, 3, 23. — Req., 20 mars 1886,

525. — De même l'immeuble qui a été promis avant le mariage, mais pour lequel la promesse n'a été acceptée qu'après tombe en communauté[1].

Le locataire bénéficiaire d'une promesse de vente reste débiteur du prix de location jusqu'à réalisation de la promesse[2].

La promesse de vente d'une pharmacie faite à une personne non diplômée est valable si lors de la réalisation l'acheteur est diplômé[3]. Il en est de même pour la promesse de vente d'un office à une personne trop jeune, pour le jour où elle aura l'âge requis[4].

La promesse de vente n'emportant pas transfert de propriété, le copropriétaire indivis qui a signé une promesse de vente devra l'exécuter si le jour de la réalisation le partage lui a conféré la propriété de tout l'immeuble[5]. Et la théorie de la nullité de la vente de la chose d'autrui n'a ici aucune place avant l'acceptation[6].

De même si le vendeur lègue la chose qu'il a promis de-

S. 1887, 1, 83; D. 1887, 1, 261. — Trib. Seine, 28 déc. 1901, D. 1902, 5, 317, et 2 avril 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 255; S. 1915, 2, 16.

1 Trib. Boulogne-sur-Mer, 15 avril 1897, S. 1898, 2, 20. — *Contrà:* Mérignhac, *Communauté*, I, n° 370. — Vigié, III, n° 81. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 335.

2 Paris, 19 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 162.

3 Cf. Trib. comm. Seine, 15 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 302.

4 Riom, 9 juill. 1894, S. 1894, 2, 289, avec note de M. Wahl. — Colmar, 3 janv. 1826, P. chr. — Aix, 4 déc. 1840, P. 1842, 2, 55. — Orléans, 31 janv. 1846, S. 1847, 2, 470. — Besançon, 25 mars 1828, S. chr. — Bordeaux, 16 mai 1867, S. 1867, 2, 260. — *Contrà:* Orléans, 25 janv. 1855, S. 1855, 2, 103.

5 Dijon, 18 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 2, 323. — Cf. Alger, 22 mai 1886 *Rev. Alger*, 1886, 345.

6 Cf. Paris, 25 août 1845, S. 1846, 2, 161; D. 1845, 2, 133 et Civ., 8 janv. 1866, D. 1866, 161, qui valident la promesse de vente de la chose d'autrui faite pour le cas d'acquisition, v. cep. Trib. Bruxelles, 13 janv. 1897, *Journ. Trib.*, 1897, 281. — Cf. Defaye, *Promesse unilatérale de vente*, thèse de Paris, 1908, pp. 103 et suiv.

vendre, le légataire sera préféré au promettant s'il n'a pas encore accepté lors du décès de celui-ci[1].

L'hypothèque constituée par celui qui a fait la promesse de vente est valable pour les mêmes raisons à l'égard du bénéficiaire[2].

De même pour savoir si l'acquéreur peut agir en garantie à raison d'un vice caché de la chose vendue, il faut voir si le vice était caché lors de l'acceptation de la promesse de vente. Peu importe qu'il le fut lors de la promesse[3].

Pour savoir s'il y a lieu à rescision pour lésion, il faut selon la cour de Cassation, se placer au jour de l'acceptation et de là découle une autre conséquence. C'est seulement de ce jour que court le délai pour agir en rescision[4].

Le bénéficiaire d'une promesse de vente n'ayant pas de droit réel, s'il cède le bénéfice de sa promesse, il n'a pas le privilège du vendeur d'immeuble[5], même si c'est un locataire qui a élevé des constructions.

En vertu des mêmes principes, celui qui a une promesse unilatérale de bail non acceptée ne peut l'opposer

1 Cass. req., 25 juill. 1849, S. 1850, 1, 520.

2 Trib. Tours, 14 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2, 188.

3 Cass. req., 21 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 1, 73; D. 1911. 389, S. 1910, 1, 288, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 412. — Paris, 25 nov. 1908, la *Loi*, 1er avril 1909. — Cf. Trib. Seine, 14 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e sem., 2, 319 (garantie pour éviction). — Et il peut y avoir lieu à garantie même pour des marchandises soumises à dégustation, s'il s'agit de défauts que la dégustation ne suffisait pas à faire découvrir, Bordeaux, 24 juill. 1878, S. 1878, 2, 324; D. 1879, 2, 214.

4 Paris, 26 août 1847, S. 1848, 2, 161; D. 1848, 2, 43. — Req., 9 août 1848, D. 1848, 1, 185. — Chausse, *De la rétroactivité, Revue critique*, 1900, p. 531. — *Contrà:* Amiens, 16 juin 1841, S. 1844, 2, 263. — Trib. Seine, 27 fév. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 578, qui fait admettre l'action contre la promesse et fait courir de suite le délai. — Req., 7 janv. 1827, S. chr. — Rappr. Conseil d'Etat, 15 déc. 1905, qui admet le recours pour excès de pouvoir contre une inscription irrégulière au tableau d'avancement, ce qui est aussi un avant acte. (V. *Revue de droit public*, 1906, p. 59). — Civ. 14 nov. 1916, S. 1920, 1, 365.

5 Trib. Seine, 28 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 318.

à l'acquéreur de l'immeuble en se prévalant de l'article 1743 Civ.[1] ou faire résilier un bail définitif du même immeuble consenti avant son acceptation[2].

De même le locataire bénéficiaire d'une promesse de vente n'ayant pas de droit réel, ne peut réclamer l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique qui revient au propriétaire[3] ou l'indemnité d'assurance[4] en cas d'incendie.

Si une chose a été louée avec promesse de vente, le propriétaire n'a aucune déclaration à faire à l'assureur, car il reste propriétaire de l'immeuble et le contrat continue comme auparavant.

Dans le même esprit, interprétant restrictivement la prohibition de la clause de voie parée, on déclare valable la promesse de vente de l'immeuble hypothéqué faite dans l'acte constitutif d'hypothèque. Mais il y a plutôt là une conséquence de la différence entre la vente et la promesse de vente[5].

Dans le même esprit on a qualifié de droit mobilier le droit né d'une promesse de vente d'une mine, droit acquis du demandeur en concession qui n'a pas encore reçu satisfaction[6].

Mais par interprétation de la volonté des parties, le bénéfi-

---

[1] Trib. Seine, 7 fév. 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 1er sem., 2, 398. — Baudry et Wahl, *Louage*, I. nº 1279. — Trib. Seine, 25 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 418. Ici en fait, il en a été décidé autrement, la promesse ayant figuré à un cahier de charges d'adjudication et le futur locataire ayant été déclaré subrogé au droit du vendeur.

[2] Trib. Seine, 4 mai 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 443.

[3] Trib. Seine, 26 mai 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 336. — Montpellier, 29 juin 1869, D. 1, 872, 1, 372. — Cf. Cass. Req., 25 juill., 1849, D. 1850, 1, 91. — Et. Leduc, thèse citée, p. 129.

[4] Trib. Cambrai, 4 fév. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 538.

[5] Grenoble, 20 mai 1903, D. 1904, 2, 89.

[6] Cass. Req., 17 juill. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 320, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 809. Il serait plus exact de parler de droit personnel sur un immeuble futur.

ciaire de la promesse après acceptation aura droit aux actions en indemnité nées depuis la promesse à l'occasion de la chose : action contre le tiers qui a détruit partie de la chose, action contre l'Etat pour dommages de guerre[1].

526. — On admettrait par application de ces idées, que si une promesse de contrat soumise à une acceptation ou habilitation a été passée, si avant la réalisation du contrat, le promettant loue l'immeuble promis, le bail sera opposable au bénéficiaire. On invoquera utilement contre lui l'article 1743 Civ., car le bail est antérieur à l'acquisition du bénéficiaire. Il en sera ainsi à moins de mauvaise foi du locataire[2].

De même, si une libéralité est adressée à une commune et que l'autorisation définitive n'arrive qu'après une loi ayant déclaré telle condition illicite, il faut apprécier les conséquences du caractère illicite en envisageant la libéralité comme faite depuis la loi[3]. Ou si une donation adressée à une personne morale n'est pas autorisée avant décès du donateur, elle tombe[4].

De même si une hypothèque a été promise par un commerçant et qu'elle ne soit réalisée par acte notarié que pendant la période suspecte elle est nulle[5].

Le droit né de l'avant acte étant personnel et non réel, un créancier qui a hypothèque conventionnelle sur biens à venir, ne peut prendre inscription sur l'immeuble sur

---

1 Trib. Vouziers, 6 août 1919, S. 1920, 2, 63.

2 Cf. Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 271.

3 Dijon, 7 mars 1910, S. 1913, 2, 97, avec note de M. Wahl.

4 Caen, 3 mars 1878, S. P., 1881, 1078. Sous réserve de principes de l'acceptation provisoire, v. cep. Cass. Req., 28 juill. 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 1, 218.

5 Paris, 7 juill. 1886, *Journ. Faillites*, 1886, p. 418. — Thaller, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1887, p. 225, qui considère même la promesse comme sans valeur.

lequel le débiteur a un droit éventuel[1]. Il faudrait décider de même que le créancier ne peut faire saisie arrêt aux mains d'un débiteur éventuel.

En vertu des mêmes principes, à propos d'une promesse de société, il a été admis que si avant qu'un contrat de société ait été passé, un des associés a signé sous la signature sociale, il n'oblige pas ses co-associés[2].

527. — De façon générale, nous approuvons ces solutions de la jurisprudence, car il est conforme à l'intention des parties et à la façon dont doivent se dérouler les effets du contrat, que ceux-ci ne se produisent qu'à la date où les éléments de l'acte juridique se rencontrent tous. Comme pour la condition on ne désire pas que ces effets se produisent plus tôt[3].

Mais où la jurisprudence va trop loin, c'est lorsqu'elle admet que la promesse de contrat n'est pas de nature à être transcrite et à être opposée aux tiers. Cette solution d'une question non prévue par les textes est contraire aux besoins pratiques. Quand une personne a obtenu une promesse de contrat, souvent il est très utile que celle-ci soit exécutée en nature contre les tiers et ne donne pas lieu simplement à une indemnité. Si un propriétaire croit qu'il aura besoin du terrain voisin pour s'agrandir, et s'il obtient une promesse de vente, il lui est utile de pouvoir reprendre le terrain à un tiers acheteur, au lieu d'obtenir de son vendeur une indemnité. D'un autre côté, les tiers sont suffisamment protégés si on dit que le droit du bénéficiaire de la promesse ne leur sera opposable qu'après transcription. Si la

---

1 V. pour le cas d'offre de donation, Req., 4 mars 1902, S. 1902, 1. 161 avec note de M. Lyon-Caen, D. 1902, 1, 215.

2 Trib. comm. Seine, 11 mai 1898, la *Loi*, 20 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 402. Dans l'espèce, l'associé n'avait pas cherché à faire croire à un mandat de ses associés.

3 V. sur ce point, Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. dr. civil*, 1906, pp. 247-252.

solution imposée par les besoins pratiques est telle, on devrait l'accepter[1].

On se récrie. La promesse ne confère pas de droit réel, le contrat ne se forme qu'au jour de l'acceptation. Ce raisonnement, c'est l'abus de la construction doctrinale, c'est de la mauvaise « théorie ». Il faut voir d'abord quels sont les besoins pratiques. Ensuite ce sera le rôle de la « théorie » de trouver l'idée générale qui groupe les solutions pratiques en un tout harmonieux. Transposons le mot de Stendhal : la théorie est « grande maîtresse, c'est-à-dire petite servante ». Elle doit dominer pour s'adapter aux solutions, non les soumettre à un principe général sans se soucier des résultats bons ou mauvais. Les systèmes techniques ne feraient pas défaut pour expliquer ces solutions.

On pourrait dire : le promettant est déjà obligé par sa seule volonté, il a pu transférer un certain droit.

Sans aller jusqu'à accepter l'obligation née par volonté unilatérale, que nous avons acceptée, mais qui est discutée et que pour plus de sûreté nous laissons ici de côté, on peut dire : le promettant reste propriétaire pour le délai qui s'écoulera jusqu'à l'acceptation, mais pour la période postérieure il n'a qu'une propriété subordonnée au silence de l'acheteur. Le bénéficiaire acquiert, dès la promesse, un droit réel pour la partie du temps qui s'écoulera après son adhésion. Son droit est né actuellement[2].

M. Labbé, sans d'ailleurs y insister, indique que pour les droits réels, la loi conserve un large pouvoir et n'admet pas toutes les conditions[3]. Mais il ne démontre pas la volonté de la loi qui garde ici le silence. Il s'occupe encore moins des intérêts pratiques.

---

1 V. en notre sens, Colmet de Santerre, VII, n° 10 *bis*. — Huc, X, n^{os} 27 et suiv. — *Contrà*, Laurent, XXIV, n° 15. — Guillouard, *Vente*, I, n° 84. — Planiol, II, n° 1405. — Rappr. Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 186 pour les promesses de vente de chose d'autrui ou de chose future.

2 V. Demogue, *op. cit.*, pp. 257-259.

3 *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1881, pp. 353-356.

Le système que nous adoptons à l'avantage de conduire en outre à une solution raisonnable. Si la même personne fait successivement deux promesses de vente de la même chose à deux bénéficiaires différents, on préférera le bénéficiaire le plus ancien et on résoudra ainsi de façon satisfaisante ce conflit toujours délicat entre deux droits qui ne sont pas des créances d'argent[1].

528. — Lorsqu'un contrat ou acte accessoire est suivi à un certain intervalle d'un contrat principal, la jurisprudence admet plus volontiers que l'acte accessoire produit déjà ses effets avant passation de l'acte principal.

La loi l'admet dans certains cas : l'hypothèque des mineurs et interdits prend rang sur les biens du tuteur au jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 Civ.), l'hypothèque du crédit foncier prend rang du jour de l'inscription avant versement des deniers (loi du 10 juin 1853, art. 4). Les immeubles acquis par un époux entre le contrat de mariage établissant la communauté et le mariage sont communs (art. 1404, al. 2).

La jurisprudence s'inspire de ces solutions et elle admet que l'hypothèque constituée pour une dette future prend rang au jour de l'inscription, avant que le contrat principal ne soit passé[2].

Nous dirions de même : si un gage a été constitué pour une dette future, la remise de la chose fait naître le droit

---

1. V. Demogue, *op. cit.*, p. 265, et *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 421 et suiv.

2. V. pour l'ouverture de crédit, Req., 10 août 1831, S. 1831, 1, 371. — Douai, 17 déc. 1833, S. 1834, 2, 279. — Paris, 20 août 1841, S. 1841, 2, 541. — Paris, 30 mars 1842, S. 1843, 2, 113. — Poitiers, 9 janv. 1844, D., v° Privilège, n° 1323. — Gand, 29 juill., 1848, D. 1848, 2, 149. — Besançon, 30 nov. 1848, S. 1848, 2, 729. — Cass. civ., 21 nov. 1849, S. 1850, 1, 91, Req., 8 mars 1853, S. 1855, 1, 214. — Rouen, 3 août 1864, S. 1866, 2, 127. — Baudry et de Loynes, II, n° 1286. — Guillouard, II. n^{os} 1032 et 1033. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 729. — Aubry et Rau, III, § 266, note 71. — Pont, *Revue critique*, 1858, I, p. 193. — V. cep. Demolombe, XXV, n° 392.

réel de gage ; la chose ne pourra donc plus être reprise par les créanciers chirographaires du propriétaire. De même, s'il y a nantissement d'un fonds de commerce, l'inscription prendra rang même si elle garantit une dette future.

529. — La pratique sait d'ailleurs s'inspirer de ces idées sur un terrain spécial. La jurisprudence, dans toutes les questions qui lui ont été soumises, a toujours considéré que le contrat de mariage produisait effet à sa date, si le mariage était célébré.

Ainsi elle juge non avenue la vente par le donateur d'un bien donné, par contrat de mariage, si elle a lieu entre ce contrat et le mariage[1]. Elle interdit l'action paulienne à un créancier dont le droit est né après le contrat de mariage contre une donation contenue dans ce contrat[2]. Elle déclare dotaux les biens acquis entre le contrat et le mariage par un échange avec des biens déclarés dotaux dans le contrat de mariage[3].

Ainsi, toutes les fois qu'il y aurait déception pour les époux à donner une autre solution, elle fait partir les effets du contrat du jour où il a été passé. Cela est très raisonnable, car cela répond aux besoins pratiques. Elle a même été jusqu'à dire que le contrat produit toujours effet de sa date et que le mariage est une condition qu'une fois réalisée fait rétroagir l'obligation. C'est aller trop loin. Il faut voir la solution que réclame chaque hypothèse et éviter les généralisations trop hâtives.

En tout cas cette opinion paraît mieux fondée sur les besoins pratiques que celle de la doctrine, suivant laquelle les régimes matrimoniaux et le contrat de mariage n'ont

---

1 Cass. Req., 26 janv. 1847, D. 1847, 1, 63, S. 1847, 1, 147.

2 Civ. 7 fév. 1872, D. 1873, 1, 80, S. 1872, 1, 73.

3 Civ., 18 déc. 1878, D. 1879. 1, 441, S. 1881, 1, 353 avec note Lacointa. — Nîmes, 26 mars 1889, *le Droit*, 16-17 sept. 1889. — Cf. Toulouse, 8 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 114. — Trib. Tarbes, 25 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 77.

effet que du mariage[1]. Sans doute, en thèse générale, le contrat accessoire fait en vue d'une vie commune qui ne débute qu'au mariage, n'a d'effet que du jour du contrat principal, mais étant donné le caractère de bonne foi qui doit présider aux relations des époux, les solutions de la jurisprudence sont à approuver: On peut donc dire : le contrat a effet du mariage, à moins que la sécurité des époux n'impose une solution différente.

Aussi nous ne critiquerons pas la jurisprudence bien qu'elle paraisse se contredire sur un autre point. Elle admet que l'hypothèque légale date du jour du mariage et non du jour du contrat de mariage, bien que l'article 2194, opposé en cela à l'article 2135-2° parle de la date du contrat de mariage[2]. Mais c'est que la nécessité impose cette solution. Le contrat de mariage est occulte et en faire le point de départ de l'hypothèque serait un piège pour les tiers.

530. — Quelle est la conception technique qui résume le mieux les nécessités pratiques sur les avant actes ?

---

[1] Lacointa, S. 1881, 1, 353. — Vidal, *Rec. de l'Académie de Toulouse*, XXXII, pp. 187 et suiv. — Guillouard, I. nos 276, 338. — Baudry, Le courtois et Surville, I, nos 193 à 195. — Aubry et Rau, V, 4e éd., p. 281. — Colin et Capitant, III, p. 17 (avec des limitations). — Planiel, III. nos 832 et suiv. (id.). — Timbal, *Point de départ des effets du régime matrimonial*, thèse Toulouse, 1902, pp. 59 et suiv. — V. Huc, IX, n° 60 qui donne effet du mariage pour le régime et les intérêts pécuniaires et effet du contrat pour le surplus (donations). Cette solution se rapproche de la nôtre. — Cf. Viriot, *Caducité des conventions matrimoniales*. th. Paris, 1909, p. 28.

[2] Nîmes, 26 mars 1833, S. 1834, 2, 89. — Caen, 5 juin 1876, S. 1877, 2, 118 et sur pourvoi, Req., 22 janv. 1878, S. 1878, 1, 306, D. 1878, 1, 154. — Grenoble, 19 déc. 1893, D. 1895, 2, 140. — Aubry et Rau, III. § 264 ter, note 64. — Guillouard, II, 835 et 836. — Baudry et de Loynes, II, n° 1479. — Beudant, II, n° 727. — Huc, XIII, n° 260. — Planiol, II. n° 3116. — Surville, II, n° 672. — André, *Date de l'hypothèque légale de la femme*, *Revue pratique*, XVI, p. 491. — *Contrà* trib. Montpellier, 7 janv., 1870, S. 1871, 2, 100, D. 1871, 3, 7. — Grenoble, 8 déc. 1879, D. 1880, 2, 149, S. 1880, 2, 69.

Degenkolb[1], Göppert[2] et Ruggiero voient, dans l'avant acte, non pas une phase de la réalisation d'un contrat, mais un contrat existant par lui-même. Il n'y a pas là une simple étape, dit Göppert. Il y aurait donc un contrat ayant pour but de faire contracter. Cette conception qui veut voir dans l'avant acte un acte juridique complet ne correspond à aucune des solutions pratiques que nous avons données. Elle conduirait à dire que la promesse ne peut être réalisée si le promettant devient incapable avant l'utilisation de la promesse, elle conduirait à dire qu'il résulte de l'avant contrat une obligation de faire : celle de vouloir le contrat, se traduisant en dommages-intérêts.

En réalité, la conception technique qui nous semble préférable consiste à voir dans la promesse de contrat ou d'acte une théorie spéciale.

Des éléments d'un contrat ou d'un acte, volonté, objet, etc., se sont groupés dans un des moules traditionnels d'actes juridiques : contrat, testament, ou en droit public : vote d'une assemblée, d'un conseil, décret, arrêté ministériel, etc. Par cela seul ils sont comme cristallisés et attendent dans cet état que des éléments nouveaux viennent les compléter. L'avant acte est une assise définitive d'un acte à parfaire[4].

---

1 *op. cit.*, p. 51. — V. de même : Endemann, *Burg. gez. Buch*, I, § 106, 2, note 5. — Cf. Fubini, *Locazione di cose*, I, n° 273, tome I, p. 405. — Windscheid, *Pandekten*, II, § 310. — Cass. Florence, 16 déc. 1913, *Rivista diritto civile*, 1914, p. 93. — Planiol, II, n° 1401. — Valverde y Valverde, *Der civ. espagnol*, III, p. 339 (cependant on peut avoir des doutes sur sa pensée). Cf. Oser, *Obligationenrecht*, p. 97.

2 *Krit. Viertelsiahrschrift*, XIV, p. 402. — Ruggiero, *Instituzioni*, II, p. 298. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 258.

3 V. sur la possibilté de détacher ainsi la volonté de la personne, les intéressants développements de M. Fagella, *Il potere della volonta*, *Rev. di dir. comm.*, 1912, I, p. 1013. — Cf. 1910, II, p. 851.

4 Rappr. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 143, qui considère qu'il n'y a acte juridique que si la manifestation de volonté est exécutoire, ce

Ainsi se résument les solutions données pour le moment où il faut être capable, pour la sanction du refus d'acceptation. Ainsi s'expliquent les solutions de la jurisprudence qui dérivent de cette idée que le contrat ne se forme qu'après que le dernier élément du contrat est venu s'y adjoindre.

La conception paraît formaliste. Pourquoi les éléments d'un contrat se perpétuent-ils par cela seul qu'ils se sont glissés dans un moule juridique ? Pourquoi ici le :*forma dat esse rei* ? C'est que la loi présume que ces éléments forment déjà une situation de fait sur laquelle les autres personnes ont compté[1]. La sécurité veut qu'il en soit ainsi et cela est naturel : le moule juridique frappe l'esprit du public, qui voit là une situation stable sur laquelle il fera fonds[2].

Ainsi la forme prend une importance qu'on n'a pas l'habitude de lui donner. Les cadres juridiques admis : conventions, testaments, arrêtés de l'autorité ne sont plus ici le simple vêtement de l'acte, ce sont des moules où l'on

---

qui exclut du domaine de l'acte juridique l'avant acte, qui forcément n'est pas exécutoire. — Cependant le Conseil d'Etat considère comme susceptible de recours l'inscription irrégulière d'un officier au tableau d'avancement, v. Cons. d'Etat, 15 déc. 1905, *Revue de droit public*, 1906, p. 59 ; Observations de M. Jèze. — Cf. Jèze, *Retrait des actes conditions*, *Revue de droit public*, 1914, p. 326.

1 Rappr. Hauriou, *Principes de dr. public*, pp. 147 et suiv. (l'adhésion au fait).

2 Par ces idées, on peut arriver à une pénétration plus complète des théories allemandes sur l'incorporation des créances dans les titres au porteur. Nous apprécierons plus loin la valeur pratique de cette théorie. Au point de vue technique, constatons que le titre au porteur par la force des choses a comme élément essentiel la rédaction du titre qui implique volonté d'être débiteur (et celle-ci peut être considérée comme séparée de sa cause). Le jour où ce titre vient à circuler, il se complète par la volonté d'un porteur d'être créancier.

Selon nous la construction technique de l'avant acte est toute différence de celle de la promesse de traiter avec un tiers d'une certaine manière, dont on trouve quelques exemples, v. Naples, 16 fév. 1915, *Guir ital.* 1916, 2, 156.

peut glisser ce que l'on veut, comme dans l'antique stipulation. Qu'importe. En fait, le public attache grande importance à ces formes. Cela n'est pas négligeable. Le droit fondé en partie sur le sentiment moyen du public doit en tenir compte.

Si ces idées nous expliquent bien à quel moment chaque contractant doit être capable, elles n'éclairent pas encore les effets de l'avant-acte, sinon en expliquant qu'il ne crée pas une obligation de faire. La difficulté est de savoir à quel moment il faut fixer le transfert de propriété, tenir compte de la lésion, etc. La jurisprudence appliquant très strictement le système que nous venons d'exposer se place au jour de l'utilisation de la promesse. Notre construction technique éclaire pleinement la jurisprudence actuelle. Cependant nous avons critiqué cette jurisprudence. C'est que la logique n'est pas tout. Il ne faut pas trop sacrifier aux constructions simples.

Une autre idée encore devrait, selon nous, pénétrer le droit, spécialement en notre matière. Il faut protéger les droits en formation. On le cherche sur divers terrains, en donnant plus de force à l'offre, en s'occupant de responsabilité précontractuelle. Il faudrait le faire ici.

On le pourrait peut être en disant que si une volonté est déjà définitive, cela suffit pour que les tiers doivent la respecter comme doit le faire l'autre contractant, du jour où ils en sont avertis.

Mais alors on serait amené sur le terrain législatif à se poser un autre problème. Ces situations incertaines d'avant contrats ont du bon, mais il ne faut pas les prolonger. La loi pourrait en limiter la durée, à l'exemple du code français qui limite le réméré à cinq ans, à l'exemple du code suisse qui limite à dix ans l'effet des droits de préemption (art. 681-3°). Et il y a là une idée générale qui domine toutes les situations incertaines : résolutions, actes conditionnels, révocations, etc. Surtout en matière immobilière, on a besoin de situations nettes. La sécurité des transactions,

la simplification des affaires, en un mot les besoins du crédit l'exigent ainsi[1].

530 bis. — L'avant acte n'est valable qu'autant que les éléments du contrat qu'il renferme déjà n'ont rien de contraire aux règles légales. Une promesse de contrat serait nulle si le consentement du promettant avait été surpris par violence ou dol. La promesse serait nulle si elle allait à l'encontre d'une règle d'ordre public sur la validité du contrat même.

Nous en conclurons que la clause compromissaire, c'est-à-dire la promesse de soumettre à des arbitres des difficultés pour le cas où elles naîtraient doit comme le compromis répondre aux règles de l'article 1006 Proc., c'est-à-dire désigner les noms des arbitres et l'objet en litige. Toutefois ceci comporte une réserve. On peut faire la désignation des arbitres ou par leurs noms, ou par leurs fonctions. En ce dernier cas, l'éventualité porte sur la nomination des fonctionnaires en question, nomination qui peut ne pas avoir lieu (suppression de la fonction, absence de nomination pour cause quelconque). La jurisprudence adopte ici la manière de voir qu'elle a quant au litige. Pour celui-ci, c'est l'objet de la clause compromissoire. Cet objet peut être futur, on pourrait donc admettre la non-indication du litige dans la clause compromissoire, si la jurisprudence française[2] n'avait compris de façon spéciale l'article 1006. Au lieu d'y voir la répétition des règles sur l'objet, elle y voit une disposition spéciale, de sorte que l'avant-contrat, dit clause compromissoire, est nul faute de satisfaire à cette exigence[3].

---

[1] Cf. sur cette application de l'économie d'activité, Demogue, *Notions fondamentales*, p. 117.

[2] La jurisprudence belge est contraire, v. Cass. belge, 8 juin 1849, Pas. 1850, 1, 81.

[3] V. Cass. civ., 10 juillet 1843, S. 1843, 1, 561; D. 1843, 1, 343. — Cass., 27 janv. 1896, S. 1896, 1, 213. — Req., 21 juin 1904, S. 1906, 1, 22. — Cass., 26 juillet 1893, S. 1894, 1, 215. — *Contrà:* Cass. belge, 8 juin 1849, Pas. 1850, 1, 81. — Cass. belge, 17 fév. 1888, Pas. 1888, 1, 100. — Cass. belge, 4 déc. 1879, Pas. 1879, 1, 418. — V. sur ces

Au point de vue de la lésion, c'est en pure logique au moment où il est certain qu'il y aura contrat que l'on peut apprécier s'il y aura lésion (v. *suprà*, n° 403). Une promesse peut-être lésive au moment où elle est passée et ne plus l'être lorsqu'elle est utilisée ou inversement. Il faut, semble-t-il, apprécier la lésion lorsque le contrat devient parfait. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que l'acte définitif ait été dressé, ce qui n'est qu'une question de forme. Il suffit que le bénéficiaire ait manifesté sa volonté. Mais cette solution doit être rejetée. La lésion reposant sur l'idée de contrainte présumée, celle-ci doit s'apprécier au moment où le promettant consent. En outre, la solution contraire mettrait le bénéficiaire dans une perpétuelle incertitude[1].

530 ter. — L'avant acte n'étant qu'une phase de l'acte définitif, si l'avant acte est nul, l'acte final le sera aussi.

Il en serait autrement si nous étions en face d'une opération juridique complexe. Ici chaque acte séparé ayant plus d'indépendance, on pourrait admettre par des besoins de sécurité pratique qu'un acte nul n'annulera pas les suivants et même que la régularité des derniers couvrira les actes antérieurs[2].

530 quater. — Un acte juridique peut se compléter par certains actes postérieurs émanant des tiers ou des parties qui en consolident les effets. Ainsi l'aliénation contre une rente viagère à un successible en ligne directe n'est plus considérée comme libéralité si les autres successibles en

---

questions, Godron, *La clause compromissoire*, th. Paris, 1916, pp. 48 et suiv. avec la jurisprudence complète. — Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 911. — Garsonnet, *Procédure*, VIII, par. 3035.

1 V. Caen, 5 janv. 1916, D. 1917, 2, 315, S. 1920, 2, 113, avec note de M. Japiot, *Revue de droit civil*, 1916, p. 562 et 1918, p. 121. — Amiens, 16 juin 1841, S. 1844, 2, 263. — Trib. Seine, 27 fév. 1882, 2, 578. — *Contrà*, Paris, 26 août 1847, S. 1848, 2, 161. Cass. civ., 14 nov. 1916, S., 1920, 1, 365. — Des arrêts ont jugé que le délai pour agir ne courait que de la vente, Req., 9 août 1848, D. 1848. 1, 185. — Paris, 26 août 1847 précité.

2 Rappr. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., p. 73.

ligne directe n'y ont pas consenti (art. 918 Civ.). Ou bien une action en revendication n'est plus possible pour le propriétaire qui a consenti à l'aliénation antérieurement faite de sa chose par un tiers. Une réclamation n'est plus possible de la part du mandant qui a ratifié les actes du mandataire dépassant ses pouvoirs (art. 1198 Civ). Si un contrat a été passé en 1913 et a donné lieu à une transaction en 1916 celle-ci peut être regardée comme après acte du contrat au point de vue de la loi du 21 janvier 1918[1]. Une femme qui a approuvé la donation d'un immeuble commun par le mari ne peut plus ensuite la critiquer.

De même une action en nullité relative n'est plus recevable lorsqu'il y a eu ratification (art. 1311). Ici les actes postérieurs ont bien une valeur par eux-mêmes, ils doivent être faits par une volonté libre, une personne capable. Mais ils font bloc avec l'acte primitif. Ils doivent être notifiés aux signataires de cet acte, à moins que le consentement n'ait été simplement tacite, ce qui exclut la notification:

Un avenant à une police d'assurance qui en étend les risques est aussi un après acte. Il faut le traiter non comme un contrat indépendant, mais comme un accessoire de l'acte d'où certains intérêts[2].

Surtout, étant l'accessoire de l'acte, ils en prennent la date au point de vue des effets. *Ratihabitio mandato acquiparatur*, la confirmation a effet rétroactif. Ainsi ces actes postérieurs agissent à une date antérieure à leur passation, de même que l'avant acte agit à une date postérieure. On pourrait les nommer après actes. Une date principale agit donc comme un centre d'attraction pour des événements qui la précèdent ou la suivent. La nécessité de grouper les effets à partir d'un poteau de départ central et non de les

---

1 Trib. comm. Narbonne, 9 août 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 317.

2 Trib. Epinal, 26 nov. 1915, D. 1916, 2, 166, avec note Lacour, *Rev. dr. civil*, 1917, p. 179. — *Contrà:* Rouen, 20 nov. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 17, *Rev. dr. civil*, 1919, p. 516.

essaimer à dater de chaque petite manifestation de volonté s'impose à raison de la volonté des parties.

Lorsque des tiers complètent ainsi un contrat par leur adhésion, nous avons vu un cas spécial qui n'est pas une autorisation, mais l'adhésion d'un intérêt déjà opposé à celui des contractants.

Cette idée de l'après acte a été indiquée dans le code tunisien des obligations (art. 23, al. 2). « Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention aussitôt après sa conclusion ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censées faire partie de la convention primitive si le contraire n'est exprimé. » (v. de même code marocain, art. 19).

D'autre part, l'article 700 prévoit qu'un délai d'option peut être ajouté après une vente par une clause additionnelle. Or, l'option réalisée a un effet rétroactif (v. code marocain, art. 601).

Dans certains cas, il est difficile de dire si on est en face d'un après acte. C'est lorsqu'un texte parle d'agrément. Ainsi les gérances de bureaux de tabacs peuvent être cédées avec l'agrément de l'Administration. Le personnel des trésoreries générales choisi par le trésorier, l'est seulement avec l'agrément du directeur de la comptabilité. Ici les textes visent la protection d'un intérêt général en dehors de celui des contractants. Il semble plus naturel de dire que ce tiers consentement donné après coup ne détermine ni la date, ni le lieu de l'acte, ni la compétence.

Une question est également délicate, c'est la nature des tacites reconductions et des prorogations conventionnelles de sociétés, louages, etc. Nous pensons que la construction technique consiste en général à dire qu'il y a ici un après acte faisant corps avec l'acte primitif, simplement changé dans sa clause de durée[1]. Il en est ainsi à raison de l'intention probable des parties qui veulent rester dans le *statu*

---

1 V. Demogue, Note, S. 1911, 2, 130.

quo. Il n'en sera autrement que dans des cas exceptionnels à raison du but spécial de la loi[1]. De façon générale, à mesure qu'un acte tend plus à établir un *status*, comme un bail, une société, les actes qui le prolongent tendent à faire corps avec lui. Nous verrons aussi un après acte dans l'avenant de guerre à une police d'assurance qui résulte de la seule déclaration de l'assuré[2].

530 quinquies. — Le tiers consentement donné pour un contrat déterminé peut se présenter sous la forme du silence en cas de droit d'opposition. Dans le warrant agricole (loi du 30 avril 1906, art. 2) et le warrant hôtelier (loi du 8 août 1913, art. 2) le propriétaire dont le fermier ou locataire veut établir un warrant peut s'opposer à l'acte dans le délai de huitaine ou de quinzaine de l'avis qu'il a reçu. On peut rapprocher la loi du 9 avril 1881, article 6, qui permet à la femme mariée, non autorisée, de se faire ouvrir un livret de caisse d'épargne, sauf opposition du mari.

Le tiers consentement se présente aussi sous la forme spéciale du droit du créancier de l'héritier de faire opposition à partage et d'empêcher tout acte de liquidation contraire à la loi (882 Civ.) et enfin de la faculté de renoncer à ces droits.

Techniquement il y a des cas où, outre le consentement des intéressés directs, survient après l'acte un tiers consentement positif ou résultant du silence, laquelle expression de volonté doit, si elle est positive, être notifiée et fait corps avec l'acte.

530 sexties. — Parfois un acte ne commence à produire d'effet que lorsqu'un autre acte entre personnes différentes a été passé. Ainsi les servitudes tant réelles que personnelles étant indivisibles, le contrat entre le propriétaire du

---

[1] Civ., 23 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 1, 26, *Rev. dr. civil*, 1919, p. 528, S. 1918-1919, 1, 153, avec note de M. Huguency. — Civ., 24 déc. 1918 et 19 mars 1919, S. *ibid.*

[2] Trib. Reims, 25 janv. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 72.

fonds dominant et le copropriétaire du fonds servant bien que déjà transcrit utilement ne commence à avoir effet qu'au jour où les autres copropriétaires font un contrat semblable.

Il en est de même pour les votes d'assemblées à la majorité, les décisions à prendre par des cogérants. Chaque volonté n'a d'effet que si d'autres viennent s'y joindre.

Cette hypothèse qui se rapproche des procédures par la suite d'actes tendant au même effet, s'en distingue par l'absence d'ordre imposé pour les actes.

531. — Droit comparé. — Les codes étrangers favorisent peu le développement d'une théorie des avant-contrats. Certains gardent le silence à leur sujet[1]. D'autres n'en parlent que pour la vente à option (Tunisie, Maroc) ou les fiançailles. En Allemagne, où la théorie était déjà construite, on a jugé inutile d'en parler et le Code ne traite que du droit de préemption. Seuls le code autrichien et le code suisse ont un texte général de nature à pousser l'interprétation dans la voie d'une étude coordonnée des questions que soulève l'avant acte. Les solutions que nous avons données en droit français peuvent donc dans une large mesure servir de règles dans les pays étrangers.

531 bis. — Droit autrichien. — Les auteurs ont bien prévu de façon générale les *präparatorische Verträge*. Ils y font même parfois rentrer la punctation que l'article 855 déclare obligatoire si elle est signée des parties. Ils semblent considérer comme valable la promesse sans forme d'un acte solennel.

Pour le surplus ils généralisent la seule solution donnée par le Code[2] et qui est la suivante.

D'après l'article 936 Civ. « la promesse de la réalisation d'un contrat de vente dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a fixé l'époque de cette réalisation et les conditions du

---

1 C'est le cas du code hollandais.

2 V. Kirchstetter, *Commentar*, p. 484. — Krainz, *System*, II, p. 56.

contrat à moins que dans l'intervalle les circonstances n'aient changé de manière à ce que le but proposé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou à moins que la confiance de l'une ou l'autre partie n'existe plus. En général, cette promesse doit être réalisée dans l'année qui suit le terme fixé. Dans le cas contraire, le contrat est éteint. »

Un autre article, l'article 453 prévoit que « si l'inscription hypothécaire par suite de défaut dans la forme du titre ne peut être prise, on peut se faire prénoter. La prénotation donne un droit d'inscription à sa date lorsque le titre est rectifié. » C'est l'inscription provisoire que le code portugais a développée, et que précise l'ordonnance autrichienne du 25 juin 1871[1].

532. — Droit italien. — Le code italien a gardé le silence sur les promesses de contrats et même les promesses de ventes. Il ne prohibe pas pour cela les avant-contrats, car l'article 1452 traite la vente *ad gustum* comme une vente qui n'est pas parfaite et reproduit l'article 1587 du code français.

La doctrine et la jurisprudence admettent en conséquence les promesses unilatérales de bail[2], celles de vente[3]. Mais les cours d'appel ne voient dans cette dernière qu'une obligation sanctionnée par une indemnité[4]. Et même les auteurs ne distinguent pas toujours bien cette promesse de l'offre[5]. Quant à la promesse verbale ou sous seing privé d'hypothèque, les auteurs l'admettent, mais n'acceptent pas qu'en

---

1 Kirchstetter, *op. cit.*, p. 260. — Les textes cités plus haut n'ont pas été modifiés lors de la révision.

2 Pacifici Mazzoni, IV, n° 20.

3 V. Leoni, *Promessa di vendita*, *Archivio guiridicho*, 1876, I, p. 149. — Rapp. Cass., 26 juill. 1912, *Guir. ital.*, 1912, 1, 1155 (*pactum de contrahendo*).

4 V. de même : Cass. Rome, 10 mai 1910, *Rivista di diritto civile*, 1910, p. 841. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 259.

5 Pacifici Mazzoni, *Codice civile italiano*, XI, n° 28.

6 Pacifici Mazzoni, *op. cit.*, n° 29. — Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 298.

cas de refus le juge puisse constituer l'hypothèque. Le créancier pourra seulement refuser l'argent promis ou le réclamer[1]. La promesse verbale de vente d'immeubles visant un contrat solennel (acte écrit) est nulle[2]. Cela est indispensable pour sauvegarder la liberté des parties.

Les promesses de mariage ont été réglementées par les articles 53 et 54[3]. « La promesse réciproque de contracter ultérieurement mariage ne produit pas une obligation légale de le contracter, ni d'exécuter ce qui aurait été convenu pour le cas où ladite promesse ne serait pas accomplie. » « Si la promesse a été faite par acte public ou sous seing privé, par une personne ayant atteint l'âge de la majorité, ou par un mineur autorisé par les personnes dont le concours est nécessaire pour la célébration du mariage, ou si elle résulte de publications faites par l'officier de l'état civil, l'auteur de la promesse qui refuse de l'exécuter sans juste motif est tenu d'indemniser l'autre partie des frais par elle faite en vue du mariage promis. » Cette action se prescrit par un an[4].

533. — **Droit portugais.** — Le code portugais ne parle ni des avant contrats en général, ni même de la promesse unilatérale de vente. L'article 1548 ne vise que la promesse réciproque de vendre et d'acheter dont il proclame la validité. Mais il en fait une simple obligation de faire, de sorte qu'elle peut être passée sans forme, même là où pour la preuve une forme spéciale est exigée, comme pour les

---

1 Pacifici Mazzoni, XIV, n° 163. — Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 298.

2 Cass. Florence, 11 mars 1912, *Guir. ital.*, 1913, 1, 346. — V. cep. Cass. Florence, 19 mai 1913, *id.*, 598.

3 V. Enciclopaedia giuridica italiana, v. *Promessa di matrimonio*. — Rolla, *Interno al risarcimento del damno per inadempienza della promessa matrimoniale*, *Filangieri*, 1912, p. 180. — Nasca, *Dell' intelligenza dell art. 53 Civ.*, *Filangieri*, 1895, p. 17.

4 Sur la responsabilité pour séduction, v. Chironi, *Rivista per le science giuridiche*, 1888, I, p. 148, sur Cass. Turin, 11 oct. 1887 et I, p. 250, sur Bologne, 18 déc. 1885.

immeubles d'une certaine importance[1]. Mais cette obligation de faire oblige déjà directement à passer contrat. S'il y a des arrhes, elles fixeront l'indemnité due pour inexécution.

L'article 1067 s'occupe des fiançailles qu'il déclare sans effet même s'il y a clause pénale. Il ajoute que cette disposition ne s'oppose pas toujours à ce que la personne qui a reçu des présents ou autorisé des dépenses ne soit tenue d'en rembourser la valeur ou le montant à l'autre partie si celle-ci l'exige.

Enfin les articles 967 et suivants établissent la possibilité d'inscrire provisoirement les hypothèques ou d'autres droits réels, à condition de rendre l'inscription définitive dans l'année, en obtenant le titre voulu ou en renouvelant l'inscription (art. 974). Cette inscription devenue définitive conserve le rang qu'elle avait comme provisoire. Il y a là une sorte d'inscription éventuelle, mais à effet rétroactif.

Ce texte spécial fait que l'interprétation admet comme principe général que le juge en cas de promesse de contrat peut seulement accorder indemnité à la partie lésée. Le juge, dit M. Moreira, ne peut se substituer à une des parties, ni considérer la déclaration de volonté, chose personnelle, comme étant fongible[2].

534. — Droit espagnol. — La doctrine espagnole récente s'est préoccupée des promesses de contrats[3]. Mais le code espagnol n'étudie pas de façon générale les avant-contrats. Ils paraissent cependant visés en leur forme dans l'article 1279. Si la loi, dit-il, exige la rédaction d'un acte authentique ou toute autre formalité spéciale pour rendre exigible les obligations d'un contrat, les contractants pour-

---

1 Ferreira, *Codigo civil portuguez*, IV, pp. 12-13.

2 *Direito civil português*, II, p. 596.

3 Valverde y Valverde, *Derecho civil espagnol*, III, pp. 337-345. — Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 474. — Ossorio, *El contracto de Opcion*.

ront réciproquement se forcer à remplir cette formalité, du moment où le consentement s'est produit, ainsi que les autres conditions nécessaires à sa validité. » Et l'article 1280 énonce les contrats soumis à formalité : les contrats sur les droits réels, baux de plus de six ans, conventions matrimoniales, renonciation à successions ou à communauté, les procurations pour certains actes, les conventions où l'intérêt en jeu excède 1.500 pesetas.

Mais il semble, tant d'après la doctrine que d'après la jurisprudence, que ce texte vise les contrats soumis à un mode de preuve spécial et non les contrats solennels. Il donne une action pour forcer à passer l'acte probatoire[1]. Mais l'acte est déjà conclu par le seul accord des parties[2]. « La promesse de vendre ou d'acheter avec accord sur la chose et le prix donnera aux contractants le droit réciproque de réclamer l'exécution du contrat » dit l'art. 1451.

En cas d'impossibilité, on applique les règles ordinaires (art. 1451, al. 2). A côté de cette promesse bilatérale, le droit espagnol connaît la promesse unilatérale de vente qu'il distingue de l'offre, et qui donne lieu à un droit transmissible[3]. Elle paraît très usitée pour les droits sur les mines. Elle peut être faite purement et simplement ou sans condition[4] au profit d'un contractant ou même d'un tiers[5].

La promesse de vente paraît s'il s'agit d'immeubles être susceptible de publicité[6]. Mais si le promettant vend le bien au mépris de la promesse, le tiers acquéreur ne pourra être évincé[7]. Les promesses de mariage sont traitées par les articles 43 et 44 comme dans le code italien, avec cette seule

---

1 Manresa y Navarro, *Codigo civil* espagnol, VIII, pp. 693-697.

2 V. sent. 11 mai 1903, citée par Manresa y Navarro, VIII, p. 696.

3 Manresa y Navarro, X, pp. 65-72.

4 Sent. 7 oct. 1896, citée par Manresa y Navarro, X, p. 72.

5 Ossorio, *op. cit.*, p. 23.

6 Ossorio, *op. cit.*, pp. 93 et suiv.

7 Ossorio, *op. cit.*, pp. 78 et suiv.

différence que l'article 43 ne vise pas la nullité de la clause pénale[1].

Quant au contrat de mariage par rapport au mariage, on le considère comme contrat accessoire n'ayant effet que du jour du mariage[2].

535. — Droit allemand. — En Allemagne, où dès 1871 Degenkolb faisait la théorie du *Vorvertrag*, on a jugé inutile d'en faire une théorie générale dans le code. Les motifs s'en expliquent[3]. On a été influencé par cette idée qu'il y a ici un véritable contrat ordinaire. L'avant contrat est admis pour les contrats tant réels que consensuels. On admet même qu'il n'est pas sans valeur s'il est fait sans forme en vue d'un contrat solennel.

Mais il doit préciser les conditions du contrat[5].

Le droit résultant d'un avant contrat peut être garanti par une prénotation, l'article 883 Civ., disant qu'elle peut avoir lieu même pour sûreté d'un droit réel ou conditionnel. Mais on considère ce droit comme incessible[6]. La promesse de contrat paraît ne valoir que *rebus sic stantibus*. Endemann l'admet par argument de l'article 119[7]. En tous cas, l'article 610 l'applique au prêt, en permettant de révoquer la promesse de prêt « lorsque la situation de fortune

---

1 Manresa y Navarro, I. p. 246, qui précise qu'on n'applique pas ici le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

2 Manresa y Navarro, IX, p. 209, qui voit cependant dans la célébration du mariage une condition.

3 *Motive*, I, p. 178; Cf. p. 184, où on a jugé inutile de s'expliquer sur les promesses d'actes solennels. — V. Kohler, *B. G. B.*, II, p. 235.

4 Endemann, I, § 106, p. 617. — V. cep. Cosack, *Burg. G. B.*, I, par. 83. — Crome, II, p. 167. — Il semble cependant qu'il en est autrement pour la promesse de préemption (v. *Trad. officielle*, I, art. 505, note 1).

5 Endemann, I, § 107, C.

6 Dernburg, *Verhaltnisse*, I, p. 355. — Crome, II, p. 325, note 12.

7 I, § 63, note 19 et § 106, note 16. — Cf. Dernburg, *Burg. G. B.*, II, par. 111, II.

de l'autre partie subit une aggravation essentielle mettant en péril la prétention au remboursement. »

L'avant contrat peut être sanctionné par une clause pénale[1].

L'avant contrat est sanctionné par l'article 779 Proc civ., d'après lequel « lorsque le débiteur aura été condamné à faire une déclaration de volonté, cette déclaration sera censée faite aussitôt que le jugement aura acquis force de chose jugée. Si la déclaration de volonté est soumise à une contre protestation, cet effet se produira aussitôt que... il aura été délivré une expédition exécutoire du jugement ayant force de chose jugée ». Ce texte est devenu l'article 894 du Code de 1898.

Le code allemand a précisé avec soin les effets du pacte de préférence (art. 504 à 514) dont il fait un droit incessible et intransmissible par succession, sauf s'il en a été disposé autrement (art .514) ou si un délai a été fixé. Ce droit disparaît en cas de vente par exécution forcée ou par un syndic de faillite (art. 512). Il est indivisible (art. 513) et le vendeur doit prévenir le bénéficiaire de la vente qu'il passe à un tiers (art. 510). Ce droit doit être, à moins de délai fixé différemment, exercé dans les deux mois ou la semaine qui suit l'avis donné, suivant qu'il s'agit d'immeubles ou d'autres objets[2].

Par contre, le code allemand ne détermine pas nettement dans la vente à l'agréage, s'il y a un avant contrat ou un contrat sous condition, il semble cependant à l'article 494 en faire un acte sous condition suspensive.

L'article 779, al. 2 Proc., indique que la disposition de son alinéa 1[er] ne s'applique pas à la condamnation qui a pour objet la conclusion d'un mariage. Il incline par là à une

---

1 Endemann, I, § 107, note 15.

2 V. sur ces points, Crome, II, p. 493. — Endemann, I. p. 1014.

opinion qu'a développé le code civil[1]. Les articles 1297 à 1302 ont réglementé les fiançailles[2].

Elles ne sont assujetties à aucune forme. Et leurs effets se bornent, en cas de rupture, à des réparations analogues à celles prévues par la jurisprudence française. L'article 1297 n'admet ni l'action en conclusion d'un mariage, ni la validité des clauses pénales.

Il n'y a pas lieu à indemnité en cas de cause grave de dédit (art. 1298, al. 2). Sinon, en cas de rupture, on doit indemniser les proches et le fiancé des dépenses faites en vue du mariage, qui sont proportionnées aux circonstances. On tient compte aussi au fiancé des pertes qu'il subit « dans son patrimoine et ses moyens d'acquérir. » On oblige également à la restitution des cadeaux d'après les principes de l'enrichissement sans cause (art. 1301). Mais le code allemand paraît bien écarter la réparation du dommage moral. Il n'y a d'exception qu'au cas de l'article 1300 : « si une fiancée irréprochable a concédé à son fiancé la cohabitation. » Et encore cette dernière action est incessible et intransmissible aux héritiers, à moins d'avoir été déduite en justice ou reconnue par contrat (art. 1300, al. 2). Ces actions se prescrivent par deux ans (art. 1302).

536. — Droit suisse. — La nouvelle législation suisse n'a pas cru devoir réglementer de façon complète les avants contrats et les promesses de contrats, bien que ces théories soient bien connues des commentateurs des codes suisses[3].

Le code revisé des obligations en a cependant réglé la forme. L'article 22 qui est nouveau, mais consacre la juris-

---

1 V. *Trad. offcielle*, III, pp. 1-12.

2 V. sur ces articles, Planck, IV, p. 8. — Endemann, II, p. 603. — Dernburg, IV, p. 26. — Carnet, *Les fiançailles dans les législations allemande et suisse*, thèse de Lyon, 1904, pp. 39 et suiv.

3 V. Rossel, *Code des obligations*, p. 49. — Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, p. 64. — Oser, *Obligationenrecht*, p. 97. Oser voit dans l'avant contrat plutôt un contrat préparatoire à un autre que les éléments d'un contrat principal.

prudence dit : « L'obligation de passer une convention future peut être assumée contractuellement. Lorsque dans l'intérêt des parties la loi subordonne la validité du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter. » Et cela eut dû être appliqué au *pactum de cambiando*, qu'un arrêt du tribunal fédéral[1] déclarait n'être soumis à aucune condition de forme. Mais l'article 165 y fait exception. Tandis que la cession de créance doit être constatée par écrit, « aucune forme particulière n'est requise pour la promesse de céder une créance. » Pour les ventes d'immeubles, le nouveau code avait songé à se montrer plus indulgent. Finalement on a consacré le droit commun de l'article 22 : les promesses de ventes d'immeubles doivent être authentiques. Mais il y a une réserve pour le pacte de préemption. « La forme écrite suffit pour les pactes de préemption » (art. 216, al. 3).

Le code réglemente aussi la forme des promesses de donner (art. 243). Mais ce qu'il entend par là, c'est l'acte de donation opposé au don manuel. La *clausula sic rebus stantibus* est consacrée en termes généraux par l'article 83 anc. art. 96) d'après lequel « Si dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril, parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite et de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter »[2].

Il semble bien que ce texte s'applique aux promesses de contrat. En tous cas, l'article 316 l'étend à la promesse de prêt[3]. « Le prêteur peut se refuser à livrer la chose promise si l'emprunteur est devenu insolvable depuis la conclusion du contrat. Il a ce droit même si l'insolvabilité est survenue

---

1 11 juin 1909, v. Rossel, *op. cit.*, p. 767. — *Contrà* : Schneider et Fick, art. 22, n° 5.

2 V. sur cet article, Oser, p. 288. — Schneider et Fick, p. 202.

3 V. Schneider et Fick, p. 557, n° 2.

avant la conclusion du contrat et qu'il l'ait connue après s'être engagé. » Ce texte étend même l'article 83 en n'exigeant pas la faillite.

La jurisprudence a toujours admis que la promesse devait être suffisamment précise pour être obligatoire[1]. Si elle n'est pas utilisée, cette promesse peut être retirée[2].

La promesse de contrat donne lieu à la formation du contrat lui-même en cas d'acceptation, dès qu'il ne s'agit pas de ces conventions qu'on ne peut obliger directement à exécuter[3].

Les promesses de contrat, notamment les ventes d'immeubles ne semblent pas en général de nature à être opposées aux tiers, car l'article 217 n'admet pas l'inscription au registre foncier de vente d'immeubles conditionnelles. Il en est ainsi *a fortiori* du droit éventuel, à moins de textes spéciaux. C'est ce que dit l'article 959 du Code civil[4]. Il ne pourra donc être invoqué que contre un tiers de mauvaise foi. Il semble qu'il en est de même pour la promesse de tout autre contrat : notamment celle de cession de créance[5].

Les articles 224 et 225 qui visent la vente à l'essai et la vente à l'examen ne déterminent pas nettement s'il y a vente sans condition ou promesse de vente[6].

Lorsqu'il s'agit d'immeubles,il faut tenir compte de l'ar-

---

1 Arrêts du tribunal fédéral, XX, 1167 et suiv. — Cf. Rossel, p. 28. — Schneider et Fick, art. 22, n° 6. — Oser, p. 98. Ceux-ci admettent même que la promesse de satisfaire toutes les demandes d'une personne sans limite de durée est nulle (Schneider et Fick, n° 10).

2 Schneider et Fick, art. 22, n° 9.

3 Oser, p. 98.

4 Il en est ainsi pour le pacte de préemption (art. 681 et 683 Civ.), qui ont alors un effet réel. Ce droit de préemption ne vaut que 10 ans (art. 681 Civ.). Il en est de même pour les baux à ferme, art. 282, Code obligations. Ces textes permettent une annotation au registre foncier.

5 Schneider et Fick, art. 165, n° 21.

6 V. Rossel, p. 277. — Oser, p. 528. — Pour Schneider et Fick, la vente à examen est sous condition, p. 404, n° 4.

ticle 683 Civ., d'après lequel le droit d'emption, s'il a été l'objet d'une annotation au Registre foncier vaut comme droit réel pour le temps fixé à l'annotation et au maximum pour dix ans[1]. Le code suisse a donc assuré la protection sérieuse des bénéficiaires de promesses de vente.

Les articles 90 à 94 du Code civil suisse réglementent les fiançailles[2] que les auteurs considèrent comme un contrat préparatoire, une convention du droit de famille[3]. Elles n'obligent le mineur et l'interdit que si le représentant légal y consent (art. 90). Elles sont dénuées de formes, mais peuvent être déclarées à l'officier d'état civil (art. 105 et 106) qui les publie. Il n'y a pas d'actions pour contraindre au mariage et la clause pénale est nulle (art. 91). En cas de rupture, le fiancé a une action pendant un an (art. 95). Cette action en indemnité correspond à celle de la jurisprudence française : elle suppose qu'il n'y a pas de justes motifs (art. 92)[4]. Elle permet de réclamer les dépenses faites, et ici l'action appartient même aux parents[5], une réparation morale (art. 93), laquelle est incessible (art. 93, al. 2) et jusqu'à un certain point intransmissible (id.). Elle donne droit à la restitution des présents, sauf pour ceux n'existant plus, pour lesquels on ne doit que l'enrichissement (art. 94). En outre, le code suisse renferme une disposition originale. L'enfant de parents qui se sont

---

1 Cf. art. 959. — V. Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, II, p. 62. — Bordeaux, *Nouvelles législations immobilières*, pp. 56 et 152.

2 V. Motifs, 110 et suiv. — V. sur le droit antérieur, Lindenmeyer, *Les fiançailles*, thèse de Lausanne, 1901. — Carnet, *Les fiançailles dans les législations allemande et suisse*, thèse de Lyon, 1904, pp. 84 et suiv.

3 Curti Forrer, art. 90, note 1, p. 77. — Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*, I, p. 160.

4 V. sur ce point, Curti Forrer, *Dr. civil suisse*, art. 92, n° 3. — Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*, I, p. 162.

5 V. sur le sens de ce mot, Rossel et Mentha, I, p. 162.

promis le mariage doit être légitimé par le juge (art. 260)[1], sans préjudice du droit de la mère à réparation (art. 318).

537. — Droit anglais[2]. — Les auteurs anglais admettent les options de l'acheteur (*option of purchase*) qu'ils regardent comme un contrat conditionnel de vente. Cependant, ils n'admettent pas le caractère réel du contrat.

L'option doit être exercée dans le délai prévu et les conditions de son exercice doivent être strictement remplies.

D'autre part, la promesse de mariage rompue peut donner lieu à indemnité. Mais on ne précise pas s'il y a dans cette promesse un véritable contrat[3].

La théorie des droits éventuels trouve son analogue en droit anglais à propos des *executory interests*. En vertu du *Statute of uses* on peut créer des droits au profit d'un tiers subordonnés à un certain événement. Notamment, celui qui constitue une dot peut la constituer entre les mains d'un *trustee* à son propre profit et au profit de ses héritiers, jusqu'au jour du mariage et à partir de ce jour au profit du nouvel époux. Si le mariage n'a pas lieu, son droit reste intact, en attendant le droit de l'époux est purement futur et éventuel. Mais, si le mariage se réalise, le droit prend fin immédiatement[4].

538. — Droit belge. — A l'exemple du droit français, le droit belge a établi les acceptations provisoires de donations par les établissements publics. La loi communale du 30 juin 1865 le dit pour les communes et cela doit s'étendre aux fabriques d'Eglises[5].

538 bis. — Droit tunisien et marocain. — Le code tunisien des obligations n'a envisagé des avant contrats

---

1 V. sur cet article, Rossel et Mentha, I, p. 339.

2 V. Encyclopaedia of the laws of England, v. *Vendor and Purchaser*.

3 V. Lehr, *Droit civil anglais*, I, p. 51. — Pavitt, *Le droit anglais codifié*, p. 67.

4 V. Lehr, *op. cit.*, I, pp. 348-350.

5 Trib. Bruges, 1er mai 1907, *Rev. adm.*, 1908, 34.

que la vente à option (art. 700 à 711) (art. 601-612 Code marocain). Il peut y avoir clause que l'acheteur ou le vendeur aura le droit de se départir du contrat dans un délai déterminé. La vente est alors « censée faite sous condition suspensive tant que la partie qui s'est réservée le droit d'opter n'a pas déclaré expressément ou tacitement dans le délai convenu si elle entend tenir le contrat ou s'en départir » (art. 701 et 602). Le délai est celui fixé par la convention, à défaut par la loi ou l'usage, sans dépasser trente jours pour les immeubles urbains et les fonds de terre, cinq jours pour les choses mobilières (art. 703 et 604).

Le délai est de rigueur et ne peut être prolongé par le tribunal même si la partie n'a pas opté pour une cause indépendante de sa volonté (art. 704 et 605). Si la partie qui s'est réservée le droit d'option laisse passer le délai sans faire connaître sa décision, elle est présumée avoir accepté (art. 707 et 608). L'acheteur perd le droit de refuser la chose par tout fait impliquant intention de faire acte de propriétaire : notamment s'il dispose de la chose par gage, vente, location ou pour son usage personnel, s'il la dégrade volontairement, la transforme. Le vendeur est présumé avoir opté négativement dans les mêmes cas (art. 708 et 609).

Le code tunisien donne à l'option un effet rétroactif. Si la partie opte affirmativement dans le délai, « la vente devient pure et simple et la chose est réputée avoir appartenu à l'acheteur dès le jour du contrat » art. 706 et 607). Le droit aux fruits, accroissements et accessoires de la chose pendant le délai lui appartient également (art. 706 et 606).

L'acheteur qui, sans son fait ou sa faute, ne peut restituer la chose ou la restitue détériorée, n'est tenu d'aucune responsabilité (art. 711 et 612).

CHAPITRE X

Du consentement et de la formation des actes juridiques en général [1]

539. — Lorsqu'une ou plusieurs personnes ont la volonté de passer un acte juridique, soit un acte juridique unilatéral, soit une convention, à quel moment ces actes juridiques vont-ils prendre naissance et avoir leur caractère irrévocable?

Sur ce terrain encore, l'autonomie de la volonté, sans compter les limitations qu'y apporte la théorie des actes solennels et d'après certains auteurs des contrats réels[2], paraît battue en brèche par les théories modernes d'un caractère plus social et plus solidariste.

Si l'on se place dans le système libéral de l'autonomie de la volonté, qui prétend ne faire reposer la force obligatoire

---

1 V. Pandectes belges, v° *Consentement* (Offre, acceptation, manifestation de consentement). — Pandectes françaises, v° *Obligation*, n^os^ 7017 et suiv. — Dalloz Rép., v° *Obligation*, n° 88 et suppl. n° 16. — Rép. gén. du dr. français, v° *Obligation*, n^os^ 12 et suiv. — Enciclopaedia guiridica italiana, v^is^ *Contratto fra assenti*, par M. Formentana et *Offerta al publico*. — Digesto italiano, v° *Contratto*. — Girault, *Traité des contrats par correspondance*. — Valéry, *Des contrats par correspondance*. — Cohen, *Contrats par correspondance en droit français, anglais et anglo-américain*, th. Paris, 1921.

2 V. *suprà*, n^os^ 191 et suiv. et 502.

des contrats que sur la volonté, il suffit que celle-ci existe pour qu'il y ait acte juridique unilatéral, il suffit qu'il y ait plusieurs volontés concordantes ou comme on dit « concours de volontés » pour qu'il y ait contrat. Cette conception est manifestement inadmissible, car il en résulterait que deux personnes, sans se connaître, voulant l'une vendre et l'autre acheter un immeuble pour un certain prix, il y a déjà contrat.

Aussi la théorie de l'autonomie de la volonté, sans en donner de motifs, a-t-elle lentement glissé vers d'autres idées. Si c'est la volonté qui est prépondérante dans les actes juridiques, rien n'empêche cependant de retarder le moment où elle aura efficacité. Ainsi on a concédé tout d'abord que la volonté, pour être juridiquement efficace, devait être exprimée[1], puisqu'il fallait attendre le moment où se réalise un fait d'où résulte que l'homme n'est plus maître de sa pensée[2] et que cette volonté était censée subsister jusqu'à révocation[3].

Parfois même on a dit à propos des conventions qu'elles résultent non de la coexistence des volontés, mais de leur concours, c'est-à-dire de ce fait qu'elles ont pris mutuellement conscience l'une de l'autre. Ainsi la théorie autonomiste sans abandonner son principe peut s'estomper au point de se confondre avec la conception sociale des actes juridiques.

La raison d'être du respect du rôle de la volonté, c'est que la volition privée peut aussi bien que la volonté de la loi ou des autorités, être une appréciation utile des solutions à donner dans des cas concrets. Surtout si cette volonté concorde avec une autre dont les intérêts sont différents, et à mesure que le nombre de ces autres volontés augmentera.

---

1 Valéry, *Contrats par correspondance*, p. 81, n° 79.

2 Beudant, *Oblig.*, I, n° 92.

3 Valéry, p. 83, n° 81.

la solution la plus utile aura plus de chances d'être prise[1]. Quand une personne veut acheter un objet, si le vendeur accepte de le vendre, c'est que l'opération paraît utile aux deux contractants à la fois.

Mais la volonté, base de l'acte juridique, n'a de motif d'être définitive que parce que d'autres personnes en ont eu connaissance et ont agi en conséquence. Si ayant voulu une chose, je ne puis toujours vouloir le contraire le lendemain, c'est que des tiers ayant connu ma volonté, ont dû agir en conséquence et il n'y aurait plus de sécurité si je pouvais me déjuger sous prétexte de prendre une meilleure décision. Si j'ai accepté une succession, je ne puis ensuite y renoncer, car les intéressés ont compté sur mon acceptation, et on ne peut négliger ce fait sans causer un trouble social.

Les actes juridiques ont donc pour base la volonté qui se présente dans des conditions telles que des tiers en ont pris acte et ont escompté sa stabilité[2].

Ces considérations pratiques servent donc de base aux solutions que nous allons donner, comme elles servent de base à l'obligation morale de respecter la parole donnée.

Est-ce à dire que le principe étant posé, il va suffire d'en tirer des déductions logiques ? Non. Il faut savoir dans quelle mesure les tiers ont pu dans chaque cas et avoir connaissance de la volonté exprimée et compter sur son maintien. Ici tout est question d'usages, de considérations pratiques de temps et de milieu.

La théorie de l'acte juridique, ainsi établie sur l'idée que la sécurité ne doit pas être trompée, a ainsi le même fondement que la responsabilité délictuelle : celle-ci en effet repose sur cette idée qu'il y a faute à s'écarter des usages, des manières de faire sur lesquelles on a pu compter. Mais la théorie

---

1 Ces idées touchent à la base d'institutions publiques comme le premier triumvirat romain (César, Pompée, Crassus), les grands ministères « nationaux » qui reposent sur un accord de partis opposés.

2 Rappr. à propos des contrats par correspondance, Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 151.

de l'acte juridique constitue un mécanisme technique. Au lieu d'apprécier dans chaque cas s'il y a dommage, et s'il est dû une indemnité en nature ou en argent : exécution de la promesse dont on a parlé, ou dommages-intérêts, la théorie de l'acte juridique procède par présomptions. L'acte juridique s'étant produit dans des conditions à déterminer, on présume de façon irréfragable qu'il y aurait dommage et faute à le méconnaître. Le vendeur doit livrer lorsqu'il y a eu vente, quand même l'acheteur trouverait le même article, au même prix, dans le magasin voisin. L'avantage de cette présomption, c'est de simplifier, en évitant des recherches de fait compliquées. Mais cette présomption sera d'autant plus juste qu'elle concordera mieux avec les situations pratiques.

540. — Quelque soit la théorie admise, il faut cependant poser le principe suivant. Toute volonté qu'elle doive servir à constituer un acte unilatéral, une offre, ou une acceptation de contrat, n'a de valeur que tout autant qu'elle s'est manifestée extérieurement[1]. Et en principe, cette manifestation extérieure peut se produire en une forme quelconque écrite ou verbale, expresse ou tacite[2].

Sur ce point, les tribunaux ont un large pouvoir d'appréciation. Ainsi en est-il des sociétés ou contrat de travail entre concubins que la jurisprudence ancienne admettait difficilement et qu'elle accepte plus facilement aujourd'hui[3].

Une difficulté analogue se présente pour les objets que les

---

1 Barassi, *Notificazione necessaria*, p. 269. — V. pour les actes unilatéraux, Larombière, art. 1101, n° 17, *sol .implic.*

2 Barassi, *Notificazione*, p. 63. — V. pour l'offre, Valéry, *op. cit.*, n^{os} 82 et suiv., p. 84. — Beudant, *Oblig.*, I, n° 67. — Bufnoir, *Propr. et contrat*, p. 465. — Larombière, art. 1101, n^{os} 11 et 12. — Demolombe, XXIV, n° 55. — Aubry et Rau, IV, § 343, p. 483, 5^{e} éd. — Baudry et Barde, I, n° 43. — Giorgi, *Obligazioni*, III, n° 159. — Cf. Digesto italiano, v. *Notificazione* (materia civile). — Jenks, *Digest*, I. p. 32.

3 V. Rennes, 19 déc. 1833, S. 1852, 2, 209 *ad notam* (société admise). — *Contrà :* Bourges, 4 janv. 1897. *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 705.

clients déposent dans les cafés, restaurants, les tribunaux ici admettent au contraire qu'il n'y a pas un véritable contrat, le client gardant l'objet sous sa surveillance sans que l'établissement accepte nettement un dépôt[1].

La volonté doit-elle être non seulement extériorisée, mais dirigée dans un certain sens, ou faut-il exiger de plus qu'elle soit notifiée. Il semble bien qu'en principe il suffit qu'elle soit extériorisée avec présomption apparente qu'elle parvienne à un tiers pour avoir effet à cet égard[2]. Ce sera le cas d'acceptation d'un contrat par l'exécution de celui-ci. Mais parfois, il faut la notification.

540 bis. — Si nous examinons cette extériorisation de la volonté, nous pouvons d'abord laisser de côté les cas où la notification de la volonté est purement déclarative, comme lorsqu'on notifie à un tiers un acte juridique déjà valable par lui-même (notification à un créancier d'une acceptation de succession antérieure)[3]. Il faut simplement examiner les extériorisations nécessaires pour l'existence d'un acte juridique, ou constitutives. Quelques-unes n'ont pas besoin d'être dirigées vers celui qui en subit les effets juridiques : telles la ratification, la renonciation à une prescription, le testament, etc.[4]. La plupart doivent être dirigées vers une ou plusieurs personnes : les plus directement intéressées. La déclaration qu'elles contiennent est alors nommée réceptice[5].

Etant donné l'utilité de cette notification, on ne peut

---

1 V. *Ann. de droit comm.*, 1904, p. 52.

2 Jenks, *Digest*, I, p. 33.

3 V. Barassi, *Notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*. p. 40.

4 V. Barassi, *op. cit.*, pp. 174 et suiv.

5 Cependant quelques déclarations sont qualifiées réceptices bien que n'exigeant pas notification, art. 1331-1332 Civ., v. Barassi, p. 33. Ces déclarations pour nous ne sont pas réceptices.

Les actes faits devant les officiers publics sont toujours réceptices dans les rapports du déclarant et de l'officier, pour la validité de l'instrumentum, Cf. Barassi, p. 190.

invoquer une juste cause qui l'aurait empêché, moins par formalisme[1] que par désir de renseigner le destinataire. La notification doit s'être réalisée volontairement. Ainsi on ne tiendrait pas compte de ce qu'une lettre préparée aurait été par le fait d'un employé envoyée à destination, si l'employé n'est pas un *negotiorumgestor* et si, d'autre part, le destinataire n'est pas de bonne foi[2]. De même si le déclarant meurt ou devient incapable avant notification, celle-ci sera sans valeur, sauf si celui qui notifie (héritier, etc.) pouvait vouloir l'acte en son nom. Ce sera alors sa propre déclaration[3]. La même solution serait à donner pour des titres au porteur fabriqués, mais mis en circulation sans la volonté de l'émettant, sauf réserve de la bonne foi des tiers.

Ce caractère volontaire de la notification n'est pas établi par le seul fait d'une suscription ou de la réception. Il ne fait voir là que des présomptions de fait[4].

La capacité est utile seulement au moment où est émise la notification, non pas à celui où elle est reçue[5].

De même l'existence du dol, de l'erreur, de la violence s'apprécie à ce moment de l'émission[6]. Le décès de l'émettant après l'émission sera également sans effet.

La notification faite, la volonté doit arriver à destination. Mais il suffit que l'émettant ait employé les moyens normaux pour que le destinataire puisse en prendre connaissance. Peu importe que l'on ait écrit dans sa propre langue à un étranger si on avait de sérieuses raisons de croire qu'il comprenait cette langue, ou simplement que l'on ait écrit

---

1 V. cep. Barassi, *op. cit.*, p. 31.

2 Barassi, *op. cit.*, p. 20. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 168. Mais ceci peut être atténué par la théorie de la faute : si le déclarant est en faute où s'il répond de la personne en faute, ce qui sera fréquent.

3 V. cep. Barassi, *op. cit.*, p. 21.

4 Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 26.

5 Barassi, *op. cit.*, p. 168.

6 Barassi, *op. cit.*, p. 171.

à un illettré, téléphoné à un sourd. L'émettant doit compter sur le normal. Pour cela aussi, il suffira si un délai a été fixé que la notification arrive dans ce délai, peu importe qu'elle ne soit perçue qu'après[1].

Cette idée qu'il faut supposer le normal pourra faire admettre à titre de présomption de fait que la notification envoyée est arrivée à destination[2].

Mais encore faut-il que la notification arrive. Si elle se perd en route, malgré les diligences normales du déclarant, elle est sans effet[3].

La notification peut se manifester en une forme autre que la volonté même. Là où la loi exige une déclaration notariée la notification peut s'en faire autrement[4].

Il suffit que la notification arrive à destination. Peu importe qu'en cours de route elle ait été un certain temps arrêtée ou égarée, que le destinataire ne l'ait retrouvée que fortuitement[5].

Mais la déclaration doit toujours avoir été lancée par le déclarant dans la direction du destinataire. Si celui-ci ne l'avait connue que par un tiers, comme un employé indiscret, sans que la notification ait été voulue, elle ne compterait pas[6]. Mais elle compterait dès que le déclarant a pu prévoir normalement en parlant à un ami du destinataire, que ses paroles lui seront répétées. Prévision vaut intention[7]. Ainsi une lettre collective des assureurs au Ministre du travail qui la reproduit dans une circulaire au *Journal officiel* vaut notification aux assurés[8].

---

1 Barassi, *op. cit.*, p. 13.

2 Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 17.

3 Barassi, *op. cit.*, pp. 38 et 64.

4 Barassi, *op. cit.*, p. 67.

5 V. cep. Barassi, *op. cit.*, p. 96.

6 Barassi, *op. cit.*, p. 48. — Cf. *infrà*, n° 557.

7 Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 56.

8 Trib. Gap, 6 février 1917, *Gaz. Trib.*, 1917. 2, 563, *Revue de droit civil*, 1918, p. 116.

540 ter. — Si nous examinons la notification du côté du destinataire, nous admettrons qu'elle peut en général se produire sous forme d'une notification publique par circulaires, journaux, affiches. Le fait qu'elle est connue de tiers ne peut nuire. Ainsi en est-il de l'affichage d'un réglement d'atelier, de la révocation d'un mandataire par insertion dans un journal, de la convocation d'actionnaires par les journaux. Mais il faut établir que le destinataire a pu normalement connaître la volonté manifestée : recevoir un numéro de journal, lire l'affiche[1]. Car celui-ci n'a pas de devoir d'en prendre connaissance qui fasse une faute de son ignorance[2].

Ceci toutefois ne doit pas être exagéré. Si le destinataire est inconnu, il suffira d'avoir fait une publicité raisonnable. Ainsi au cas où les statuts ou une délibération d'assemblée réservent par préférence aux anciens actionnaires le droit de souscrire aux nouvelles actions, le seul fait de publier dans un journal de la localité du siège social le délai dans lequel il faudra souscrire emporte déchéance pour qui ne souscrit pas.

Mais une simple possibilité de rechercher un acte couché sur un registre public ne vaut pas notification (*non obstat*, art. 2180-3°)[3].

Il pourra arriver plus facilement dans ce cas de notification publique que certains destinataires soient touchés et d'autres non. La notification ne vaudra que pour les premiers. Elle devra être recommencée pour les autres s'il en est temps encore[4].

---

1 C'est ce qu'admet la jurisprudence pour les règlements d'atelier, Cass. civ., 16 juill. 1906, S. 1909, 1, 493. — Civ., 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493. — C. civ., 28 mai 1910, S. 1910, 1, 340. — Cf. Barassi, *op. cit.*, pp. 50 et 153.

2 V. Barassi, *op. cit.*, p. 155, qui montre très bien ici l'opposition de deux conceptions de la sécurité.

3 V. cep. *contrà :* Barassi, p. 143, pour les acceptations bénéficiaires, renonciations à succession.

4 V. Barassi, *op. cit.*, p. 128.

La notification publique pourra s'employer particulièrement lorsqu'elle doit être faite à toute une série de personnes non déterminées individuellement, mais déterminables, ou à des personnes dont le domicile et la résidence sont inconnus. La notification est valable, bien que dirigée seulement où peut être le destinataire[1], et dans les rapports avec les tiers, on présumera, sauf preuve contraire, le plus normal : l'arrivée à destination de la notification[2]. Même en ce cas, on devra considérer, sauf preuve contraire, comme date de la perception, celle où la notification publique s'est faite, car on ne peut déterminer où et quand elle parvient réellement au destinataire[3].

La notification individuelle peut s'adresser à l'intéressé même ou à un représentant. Mais on ne peut considérer comme véritables notifications celles adressées à un officier public : notaire ou magistrat comme tel, comme dans une requête à un tribunal[4].

Si la notification a été adressée à un autre que le destinataire véritable, elle est sans effet et le destinataire est sans action pour contraindre le déclarant à nouvelle notification ou le tiers à lui faire parvenir la notification. Celui-ci pourra seulement le faire volontairement comme gérant d'affaires. Si la notification est adressée à un ami, à un chef du destinataire, elle ne vaut que s'il y a remise à celui-ci. Mais il en est autrement si elle est faite à une personne vivant avec le destinataire : femme, enfant, domestique, concubine, qu'on peut considérer comme son mandataire tacite.

Si, d'autre part, le destinataire par dol ou faute, a empê-

---

1 V. Barassi, *op. cit.*, pp. 132-136.

2 Encore faut-il une notification vraiment publique par journaux, affiches. Une notification par circulaires individuelles ne peut valoir à l'égard d'autres personnes à qui on n'a rien adressé, Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 136, note 3.

3 Cf. Saleilles, *Déclar. et volonté*, p. 149. — Barassi, *op. cit.*, p. 136 et 149.

4 V. Barassi, *op. cit*, p. 52.

ché la notification de lui parvenir, il en est responsable et il pourra être tenu d'indemniser le déclarant en tenant la volonté pour notifiée[1].

Les principes que nous venons d'indiquer et qui découlent du désir de donner sécurité au tiers doivent cependant recevoir un correctif pour les déclarations tacites. Exiger qu'elles se manifestent par des actes venus à la connaissance certaine de l'intéressé, c'est demander l'impossible. Nous verrons plus loin ce qu'il faut alors décider.

La notification se fait ou à la personne, ou à son domicile, soit réel, soit élu, ou encore à la résidence.

Conformément à la théorie que nous exposerons plus loin pour les contrats, il faut pratiquement admettre que toute déclaration de volonté est tenue pour connue et produit effet dès la simple réception, avant qu'on en ait pris connaissance. Cela s'impose absolument en cas de notification à un domicile élu et cela doit se présumer dans les autres cas.

Pour que la notification soit valable, il semble bien qu'elle doit être faite à une personne capable de comprendre, non pas à un enfant ou un fou. Mais faut-il exiger en plus qu'elle soit faite à une personne capable d'agir : au tuteur, au mineur et à son curateur ? Les articles 513 et 482 Civ. semblent l'imposer à propos de la réception des capitaux. Mais il s'agit d'un acte qui est plus qu'une notification, et d'un acte grave. Ces textes ne peuvent donc être invoqués et la capacité d'agir semble inutile. On doit supposer l'incapable assez diligent pour communiquer la notification à qui le protège[1].

Lorsqu'il y a plusieurs destinataires ayant le même domicile, un seul exemplaire suffit pour eux tous[2]. Il ne faut établir ici aucun formalisme inutile.

---

1 V. *Infra*, n° 596 *bis*; Cf. Barassi, *Notificazione*, p. 75.

1 Cf. Barassi, *op. cit.*, pp. 120 et suiv.

2 V. Barassi, *op. cit.*, p. 114.

Si une notification se fait par acte d'huissier, son importance, la diligence présumée de l'officier public font que raisonnablement on peut considérer comme notifié un acte lorsque l'huissier a remis une copie dans les conditions prévues par l'article 68 Proc., c'est-à-dire, s'il y a eu remise au voisin ou au maire. Cet article vise d'ailleurs les exploits sans distinguer s'ils sont judiciaires ou non.

La notification légale publique ne peut en général être remplacée par une notification individuelle, car la publicité légale est une solennité. Mais la connaissance individuelle peut créer la mauvaise foi[1].

540 quater. — La déclaration de volonté ne devient irrévocable que lorsque l'opération de la notification est accomplie[2].

A mon avis, elle le sera lorsque la notification est arrivée à destination, sauf à prouver que le destinataire ne l'a pas connue. On pourrait donc reprendre chez un concierge une notification non remise au locataire, révoquer une délibération sociale non publiée.

Si plusieurs notifications sont adressées à divers destinataires, chacune en tant qu'elle est indépendante des autres acquiert son irrévocabilité à elle seule. Sinon l'irrévocabilité ne date que de la dernière notification[3].

La révocation doit non seulement être lancée, mais parvenir à destination avant la notification, c'est-à-dire avant le moment où on a compté sur cette dernière[4]. Mais on discute sur le point de savoir si la révocation de notification, ou la modification de déclaration, ou la réserve faite qui en sont des variétés, n'a effet que si elle a donné lieu à une notification au destinataire ou s'il suffit que celui-ci l'ait en

---

1 V. *suprà*, n° 202. — Barassi, *op. cit.*, p. 156.
2 Barassi, *op. cit.*, p. 157.
3 V. Barassi, *op. cit.*, p. 161.
4 Barassi, *op. cit.*, p. 162.

fait connue à temps. La seconde solution moins formaliste nous semble préférable[1].

540 quinquiès. — Une déclaration tacite est-elle susceptible de notification ? Planck le nie en se fondant sur ce que la volonté tacite se manifeste par des actes destinés à tout autre chose qu'à manifester la volonté. Ces actes ne peuvent donc avoir cette direction vers le destinataire qui constitue la notification. Tout dépend, selon nous, de la notion plus ou moins large qu'on donne de la volonté tacite (v. *suprà*, n° 182 et s.). Il faut reconnaître que la volonté tacite n'est que rarement susceptible de notification[2]. En dehors de ces cas, les nécessités pratiques font qu'on la dispensera de notification. La connaissance par l'intéressé suffira. M. Barassi estime à tort que la forme tacite ne dispense pas de notification. Il faudrait du moins concéder qu'il y a notification suffisante si le tiers pouvait avoir connaissance de la manifestation et s'il devait être poussé à cette recherche. Ainsi l'acheteur qui ne retire pas la chose vendue doit normalement s'inquiéter de savoir si le vendeur entend tenir l'acte pour résolu. S'il ne le fait pas, peu importe, la revente à un tiers emportera résolution de la première vente.

Mais si on a choisi la forme expresse dans un cas où on avait le choix, il faut notifier.

540 sextiès. — Les déclarations doivent-elles en général être notifiées ? La doctrine allemande incline à l'affirmative. Mais M. Barassi à bon droit émet des doutes[3]. Evidemment le droit étant de nature sociale, la volonté ne produit d'effets que perçue par un tiers ? Mais faut-il que cette perception dérive d'une intention du déclarant. L'admettre, c'est conserver un reste de formalisme, formalisme utile quand il s'agit de contrats, d'actes dont il faut rapidement

---

1 V. Barassi, *op. cit.*, p. 166.

2 Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 181. Celui-ci parle d'actes faits dans la direction d'une personne, mais ces actes seront rares.

3 *Op. cit.*, pp. 194 et suiv. — Cf. pp. 241 et suiv.

tirer parti : mise en demeure, etc. Mais il ne faut pas exagérer. Si un acte a pour but de constituer de mauvaise foi : reconnaissance interruptive de prescription, la notification est inutile. De même pour les actes complexes, si une notification est nécessaire à l'égard des tiers, elle semble inutile dans les rapports entre les auteurs de l'acte complexe[1].

540 septiès. — La notification peut-elle être remplacée par la connaissance du destinataire ? En général, non. La jurisprudence tend toutefois à admettre que pour l'héritier bénéficiaire la connaissance de créances vaut opposition[2]. De même la signification de l'article 1690 peut jusqu'à un certain point être remplacée par la connaissance du débiteur, suivant une certaine doctrine.

540 octiès. — La volonté exigée d'une des parties à un contrat peut être simple : une seule personne faisant une déclaration, ou multiple. Cela peut avoir lieu de diverses façons : 1° des co-indivisaires voulant ensemble un même acte : établir, éteindre un droit sur l'immeuble commun. Chaque volonté est encore indépendante, mais ne peut rien sans les autres. La volonté exprimée au tiers lie déjà envers lui. De même exprimée au co-indivisaire, elle lie envers lui et doit être maintenue. Chaque co-indivisaire peut plaider seul pour son droit ; 2° l'habilitant donnant son consentement à l'acte d'un incapable (v. *infrà*, n° 704).

3° Il peut y avoir consentement à un acte. L'article 918 Civ. en donne un exemple : en cas de donation à fonds perdu à un successible en ligne directe. Le consentement du cohéritier est ici un acte pleinement indépendant. Sans lui, l'acte est inattaquable, mais entraîne imputation, avec lui il ne donne plus lieu à imputation. C'est un appendice à l'acte qui peut être antérieur ou postérieur. De même, dans

---

1 V. Barassi, *op. cit.*, p. 244.

2 Cass. civ., 26 nov. 1890, S. 1891, 1, 204 ; D. 1891, 1, 345. — Trib. du Mans, 28 avril 1891. S. 1897, 1. 329. D. 1895, S. 1, 193.

3 V. *suprà*, n° 202.

l'autres cas, une approbation donnée à un acte peut empêcher que celui qui approuve l'attaque ou le critique ensuite.

541. — Nous allons voir l'application de ces idées à propos des divers actes juridiques : d'abord des actes juridiques unilatéraux, puis des actes juridiques unilatéraux collectifs, puis des conventions dont nous suivrons les différentes phases de formation, en prenant comme type la convention créatrice de droits, c'est-à-dire le contrat. Mais nos solutions s'appliquent identiquement aux actes modificatifs ou extinctifs de droits. Notons au préalable que nous allons préciser jusqu'à quel moment un acte peut être révoqué de façon rétroactive, de sorte que l'acte à vrai dire ne s'est pas encore formé. Nous ne visons pas le point de savoir si un acte ne peut pas ayant été fait régulièrement être ensuite révoqué pour l'avenir[1].

Formation des actes juridiques unilatéraux

542. —Lorsqu'on est en présence d'un acte juridique unilatéral[2], cet acte ne devient définitif, ne prend date avec son caractère irrévocable que du jour où la volonté a été non seulement exprimée, mais est parvenue effectivement à la connaissance du tiers à qui il profite. Car ce sera lui presque exclusivement qui agira en conséquence de cet acte.

Ainsi une renonciation à servitude, un acte de rupture de marché à forfait (art. 1784 Civ.), une rupture de contrat de travail (art. 1780), un arrêté municipal individuel, une mise en demeure, prennent irrévocabilité du jour où la personne qu'ils intéressent en a eu connaissance : où le voisin, l'entrepreneur, le patron, l'intéressé connaîtront l'acte qui les concerne[3]. C'est tout ce qu'exige la sécurité sociale. La volonté interne ou exprimée à des tiers désintéressés ne

---

1 V. sur cette possibilité en droit public, Walrand, *Révocation des actes des gouvernants*, th. Lille, 1910.

2 Cf. sur ces points, Barassi, *Istituzioni*, p. 138.

3 V. la loi du 5 avril 1884, art. 96, pour l'arrêté individuel du maire.

compte pas, ne crée rien d'irrévocable. Il résulte de là que lorsqu'un locataire ou un bailleur[1] doivent donner congé pour empêcher un bail de se continuer, il ne suffit pas que la lettre de congé soit expédiée en temps voulu. Elle doit arriver à destination en temps voulu. Il faut même dire que si la lettre était perdue en route, il n'y aurait pas d'acte juridique[2]. Ces principes reçoivent d'innombrables applications pour les actes de procédure : assignation, sommation, actes d'appel qui ne sont définitifs qu'une fois signifiés.

Mais du moment où l'acte a été remis au domicile de l'intéressé, se trouve à sa disposition, cela suffit. Si une lettre de congé est arrivée au domicile d'une personne qui était en voyage, si une assignation a été remise à un voisin ou à la mairie, faute de trouver quelqu'un au domicile de l'assigné (art. 68 Proc.) peu importe, l'acte prendra rang à la date de la remise. Le tiers ne peut se plaindre si, par son fait, il ne l'a connu que plus tard.

Cependant, l'auteur de l'acte unilatéral pourrait-il le reprendre ou plus exactement en annuler l'effet par un acte arrivant au plus tard au moment où l'intéressé connaîtra l'acte juridique ? Dans le système de l'autonomie de la volonté, on dirait non. Il y a volonté irrévocable. Pour nous l'intéressé ne connaissant pas l'acte, on peut l'annuler car on ne lui cause aucun tort. Mais ce sera à l'auteur de l'acte à prouver le fait que sa révocation est arrivée en temps voulu. Un huissier a déposé une assignation à la mairie. Il est établi que le lendemain elle n'a pas été retirée par l'assigné, l'huissier pourra la reprendre ou signifier ce jour là un acte pour la faire tenir pour non avenue

Mais à cela peut se mêler une question de délai. Un congé doit être donné au plus tard le 31 mars. Il est

---

[1] Cela n'empêche que la capacité doit être appréciée au jour où l'on émet la volonté et non à celui où elle arrive à destination.

[2] Trib. Narbonne, 5 janv. 1904, la *Loi*, 7 mars 1904. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 1249.

envoyé avant cette date et reçu au domicile du bailleur qui était absent et n'est rentré chez lui que le 15 avril. Entre le 1er et le 15, la lettre n'étant pas encore décachetée, le locataire pourrait-il annuler son congé ? Je le crois, car il ne nuit en rien au bailleur. Mais il devra prouver, ce qui est difficile, que sa lettre n'a été ni transmise au bailleur, ni ouverte par un mandataire. Faudrait-il dire alors, que logiquement dans un cas de ce genre, on pourrait signifier un congé jusqu'au 15 avril, jour du retour du bailleur. Il n'y aurait pratiquement aucun inconvénient et cette solution serait défendable. Mais il est probable que nos tribunaux assez façonnés au respect étroit des délais préféreraient une solution plus sévère. Nous le regretterions, car la solution la plus juridique est la mieux adaptée aux commodités pratiques.

543. — L'acte juridique unilatéral peut viser une personne déterminée ou non[1]. Visant une personne déterminée il est définitif du jour où il est porté à la connaissance de l'intéressé lui-même, ou de son représentant[2]. Et par là il faut entendre le mandataire exprès ou tacite, le représentant légal, ou même simplement le titulaire apparent de son droit[3]. Une renonciation à servitude adressée à un possesseur devient définitive. C'est le cas d'appliquer la maxime *error communis facit jus*. Cela est logique, car le possesseur comme le propriétaire a pris des mesures en tenant compte de la renonciation. Il a pu décider d'élever une

---

1 Cf. Coviello, *Dir. av. ital.*, p. 304, qui lui avec les Allemands oppose les actes qui ont besoin d'être adressés à personne déterminée et ceux qui n'en ont pas besoin, distinction de pure forme, moins utile que la nôtre.

2 La pratique administrative admet cette solution et un décret de grâce non notifié peut être rapporté.

3 Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 330. — V. pour le congé remis au concierge. Paris 3 mars 1896, S. 1898, 2, 247, D. 1896, 2, 416. — Trib. Seine, 6 janvier 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 1, 100. — Cf. Baudry et Wahl, *Louage*. I. n° 951.

construction ou de faire tout autre travail qu'il ne pouvait faire jusque-là. Mais l'acte juridique n'est pas formé s'il y a eu une simple déclaration adressée à un tiers : ainsi il n'y a pas ratification par déclaration contenue dans une lettre confidentielle à un tiers[1].

544. — L'acte juridique unilatéral peut produire ses effets à l'égard de tiers en nombre indéfini, il peut intéresser un nombre indéterminé de personnes. C'est le cas pour une acceptation bénéficiaire, une renonciation à succession, une nomination de fonctionnaire, le consentement d'une femme à une réduction de son hypothèque légale, etc.

A l'égard de chaque intéressé, il n'y a de raison de considérer l'acte comme irrévocable que du jour où il en a eu connaissance. Mais ce système qui divise l'acte dans ses effets à l'égard de chacun serait inacceptable. Un acte doit être un dans son irrévocabilité. Il est devenu nécessaire de substituer aux solutions découlant des besoins pratiques, une présomption plus simple. C'est alors qu'en beaucoup de matières le législateur a dû établir un mécanisme technique, celui de la publicité ou des actes publics.

Tantôt l'acte unilatéral se fait en forme solennelle, d'une façon telle que les tiers peuvent le connaître, le consulter. C'est le cas pour les acceptations bénéficiaires de successions (art. 793 Civ.), les renonciations à successions, ou à communautés (art. 784), la réclamation de la nationalité française (art. 9 Civ.).

Cet acte devient définitif dès qu'il a été passé, et on ne peut plus revenir sur lui quand même aucune personne n'aurait profité de cette nouvelle situation. L'acte est présumé avoir été immédiatement mis à profit par les tiers. Il n'en est guère autrement qu'au cas où il y a eu renonciation à succession. D'après l'art. 790 Civ., on peut revenir sur celle-ci tant qu'en fait un autre héritier n'en a pas profité pour accepter la part abandonnée. L'organisa-

---

1 Cass., 4 avril 1821, S. chr.

tion technique s'efface ici devant les considérations pratiques [1].

Dans d'autres cas, la loi voyant que l'acte qui a effet à l'égard de tous, a besoin d'être connu, une certaine publicité lui est imposée. Il paraît naturel de dire qu'ici, l'acte juridique ne sera irrévocable que du jour où il est publié. Jusque là, l'acte pourra être révoqué purement et simplement par son auteur [2].

C'est ce qui paraît bien résulter pour les arrêtés des maires de l'art. 96 de la loi du 5 avril 1884. Ces « arrêtés ne sont obligatoires qu'après avoir été portés à la connaissance des intéressés par voie de publications et d'affiches, toutes les fois qu'ils contiennent des dispositions générales. »

La même solution devrait être donnée pour tout autre acte unilatéral soumis à publicité : par exemple les décrets qui ne sont irrévocables que par la publicité au *Journal officiel*[3].

Lorsque la loi n'a établi ni forme solennelle, ni publicité, dans le silence des textes l'acte devient définitif à l'égard de tous dès que la volonté s'est manifestée. Ce sera le cas pour une acceptation de communauté, pour une acceptation de succession. L'acceptation expresse ou tacite se produit irrévocablement à l'égard de tous à partir de la manifestation de volonté[4].

---

1 Mais on incline à ne pas étendre ce texte à la renonciation à communauté. V. Schreffer, *Quel est le sort de la renonciation qu'une femme a faite à la communauté*, *Revue critique*,, 1880, p. 695. — Aubry et Rau, V, § 517, p. 416. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 1016. — Guillouard, III, n° 1300 .— Laurent, XXII, n° 416. — Cass. civ., 17 déc. 1888, S. 1889, 1, 164; D. 1889, 1, 465. — Orléans, 3 fév. 1883, S. 1885, 1, 255. — Rennes, 15 avril 1886, S. 1886, 2, 213. — Planiol, *Revue critique*, 1890, p. 321.

2 V. sur la déclaration de dissolution d'une société, Req., 9 juill. 1891, D. 1894, 1, 173.

3 Rappr. Jèze, *Influence de l'absence de publication sur la validité d'un règlement*, *Revue de droit public*, 1913, p. 678.

4 V. Baudry et Wahl, *Successions*, II, n° 1035. — Demolombe, XIV,

De même en droit administratif, les arrêtés préfectoraux, dans le silence des textes, produisent effet dès leur signature et il en est de même des arrêtés ministériels. Dès ce moment ils sont irrévocables. Ainsi, un arrêté d'homologation de tarif de chemins de fer est irrévocable dès sa signature et le ministre ne pourrait purement et simplement le retirer après l'avoir signé.

Ces principes généraux s'appliquent dans tous les cas, même lorsque les actes intéressent principalement une personne, ou sont soumis à publicité à l'égard des tiers seuls,

Ainsi les renonciations à des droits réels prévues par la loi du 23 mars 1855 (art. 1er, 2° et art. 2, 2°) sont déjà irrévocables dès qu'elles ont été émises. Il en est de même des renonciations à hypothèque, autorisations de radiation émanant d'un créancier hypothécaire [1]. Dans les rapports entre le renonçant et le propriétaire l'acte est irrévocable dès la réception de la volonté.

545. —A côté des actes unilatéraux individuels, il y en a de nombreux que les Allemands appellent Vereinbarung ou actes complexes. Occupons-nous ici des seules décisions collégiales[2], actes unilatéraux collectifs : les jugements des juridictions composées de plusieurs juges, les délibérations des Parlements, des Conseils généraux, municipaux, des assemblées d'actionnaires, des Conseils d'administrations (lorsqu'elles ne sont pas des offres ou acceptations de contrats)[3].

---

n° 362 ter. — Planiol, III. n° 1977. — Coviello, *Dir. civ. italiano* I, p. 130 voit à tort ici une solution générale, alors qu'elle ne s'applique qu'à un cas spécial.

1 V. en ce sens Orléans, 8 août 1889, sous Cass., 21 oct. 1891, D. 1892, 1, 221.

2 V. sur les Actes complexes, de Bezins, *L'acte complexe*, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289. — Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, tome I.

3 Ces actes nous semblent correspondre à ce que Jellinek et les auteurs allemands nomment *Vereinbarung*, et présentent à tort comme

A partir de quel moment sont-ils irrévocables ?

Pour les jugements, on admet traditionnellement[1] qu'ils ne sont irrévocables que par suite du prononcé du jugement, c'est-à-dire de ce fait que, par la voie orale, on a porté la décision à la connaissance du public.

Mais prenons un autre cas. Le vote a eu lieu, peut-on au cours de la même séance, reprendre la question ? On peut craindre d'arriver à des résultats différents, certains membres étant partis.

Une question de forme doit être tranchée au préalable. Pour remettre la question en discussion, il ne faut pas seulement la volonté du président. Il faut la volonté de la majorité de l'assemblée. La décision est trop grave pour pouvoir être reprise par la volonté du seul président. Mais peut-on reprendre la décision ? On a élu des administrateurs, un maire, peut-on en élire d'autres ? Ou bien on a décidé de verser tous les bénéfices à la réserve. Peut-on changer d'avis après ce vote ? Il semble plus exact de dire que tout vote émis est acquis, surtout lorsqu'il s'agit des assemblées où tous les membres ne sont pas nécessairement présents. Le contraire donnerait lieu à des surprises. On ne pourra donc ouvrir une nouvelle délibération qu'en respectant les conditions pour une délibération sur un point nouveau : inscription à l'ordre du jour notamment.

Ainsi ce sont des raisons d'ordre intérieur qui font que, dans la collectivité, l'acte devient définitif dès son vote. Si une solution spéciale est donnée pour les jugements, c'est pour tenir compte des scrupules des juges. C'est une raison particulière qui fait revenir, dans ce dernier cas, au droit commun selon lequel l'acte unilatéral n'est définitif que par sa notification.

---

spéciaux au droit public. V. sur la *Vereinbarung*, Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, I, pp. 394 et suiv.

[1] Garsonnet, *Traité de procédure*, III. 3e éd., n° 660. — Boitard, Colmet, Daage et Glasson, I, n° 250.

545 bis. — Les actes unilatéraux, simples ou collectifs sont en général irrévocables, sauf quelques exceptions mentionnées. Notamment en droit administratif, si ces actes ont été rendus, ils ne peuvent plus être l'objet d'un simple retrait. L'autorité peut bien faire un autre acte en sens contraire. Mais la situation intermédiaire entre ces deux actes n'est pas effacée, et le nouvel acte doit être légal au moment où il est fait[1]. Si l'acte était irrégulier, on admet qu'il peut être l'objet d'un retrait ayant effet rétroactif[2].

Formation des actes juridiques bilatéraux [3]

546. — La formation des actes juridiques bilatéraux est plus complexe. Ici il faut deux consentements, celui du débiteur et celui du créancier. L'art. 1108 paraît cependant exiger moins et ne demandèr que le « consentement de la partie qui s'oblige ». La formule est inexacte et tient seulement à ce que le consentement du débiteur est spécialement important puisqu'il va souffrir de la convention[4]. Faisons, avant d'étudier ces conventions, une remarque pratique importante. Il est admis par les Cours de Cassa-

---

1 V. les observations très justes de M. Jèze sur Cons. d'Etat, 28 fév. 1908, *Revue de droit public*, 1908, p. 249 et sur Cons. d'Etat, 12 mars et 12 nov. 1909, sur Cons. d'Etat, 18 nov. 1910, id., 1911, p. 61, id., 1910, p. 52. — Jeze, *Le retrait des actes juridiques*, *Revue de droit public*, 1913, p. 225. La jurisprudence du Conseil d'Etat est assez trouble, parfois même contraire. — Cf. Jèze, *Retrait de l'acte condition régulier*, *Rev. dr. public*, 1914, 326. — Cf. Holder, *Widerruf*, thèse Berne, 1909.

2 Cons. d'Etat, 1er août 1919, *Gaz. Trib.*, 1919, 2. 294.

3 Les principes posés ici s'étendent en général au droit public internationale. V. Pradier Foderé, *Droit international public*, II, n° 1069. — De Martens, id., I, p. 510. — Merighnac, *Droit public international*, II, p. 637.

4 MM. Colin et Capitant, II, p. 284, expliquent le texte autrement en disant que le créancier impose sa volonté et que le débiteur seul a à consentir. C'est un peu exagéré, surtout pour les contrats synallagmatique, où chacun est débiteur.

tion de France et de Belgique que le point de savoir quand il y a formation du contrat est une question de fait[1].

Le contrat se conclut tantôt entre présents, tantôt entre absents.

547. — La formation des actes bilatéraux comme la vente ou multiples comme la société, le partage, est assez simple, lorsque les parties sont directement en présence ou se communiquent instantanément leurs pensées comme par téléphone ou par mandataire. Le contrat est formé à l'instant où les parties ou leurs représentants se sont mis d'accord sur les conditions essentielles du contrat. Et on admet généralement qu'elles doivent s'accorder immédiatement, que l'offre tombe si elle n'est pas acceptée au cours de la discussion[2]. Il n'en serait autrement que si les parties s'étaient donné un nouveau rendez-vous ou si l'une avait dit à l'autre de réfléchir sur les conditions à elle proposées.

548. — Les auteurs discutent beaucoup pour savoir si le contrat par téléphone est entre présents ou entre absents. Au fond, la question est mal posée, car ce qu'il importe de distinguer, c'est s'il y a contrat où les échanges de communications n'exigent aucun délai (ce qui arrive d'ordinaire entre présents), ou en exigent un. Le contrat par téléphone rentre dans la première catégorie comme les contrats par signaux, signes, etc. Les contrats par télégrammes, lettres, phonogrammes, messagers, rentrent dans la seconde.

Si le contrat par téléphone vient d'être assimilé par

---

1 Req., 16 juin 1913, D. 1914, 1, 229. — Req., 20 fév. 1905, S. 1905, 1, 508. — Req., 13 janv. 1891, P. F., 1891, 1, 246. — Cass. Req., 6 août 1867, D. 1868, 1, 35; S. 1867, 1, 400. — Cass. req., 1er déc. 1875, D. 1877, 1, 450.— Req., 5 avril 1875, S. 1875, 1, 151.— Cass. civ., 5 déc. 1876, S. 1877, 1, 414, D. 1877, 1, 179. — Cass. civ., 30 mars 1881, S. 1882, 1, 56, D. 1881, 1, 359 (sol. implic.). — Cass. belge, 15 mars 1888, Pas., 1888, 1, 115. — Cf. Paris, 22 nov. 1900, *Gaz. Trib* 1901, 1er sem., 2, 150.

2 Lyon-Caen et Renault, III, nos 19 et 19 *bis*.

nous aux contrats entre présents[1]. Il faut toutefois remarquer qu'il se rapproche des contrats par correspondance quant aux difficultés qu'il soulève[2]. Spécialement on se demande dans quel lieu le contrat a été passé. Il a été jugé à ce sujet que celui qui demande la communication est censé s'être déplacé pour parler à l'autre contractant, que c'est chez lui que le contrat s'est formé[3]. Nous résoudrons la question de façon implicite en examinant un peu plus loin le lieu de formation des contrats par correspondance.

549. — Lorsqu'on est en présence d'actes soit simplement bilatéraux comme une vente, soit multilatéraux comme une société, une association, un groupement *lato sensu*, la formation de l'acte juridique est plus délicate lorsqu'elle se forme entre personnes ne pouvant communiquer instantanément et étant en relations, par messager, lettre, télégrasses, signaux sémaphoriques, phonogrammes[4].

---

1 V. Vivante, *Dr. commercial*, IV, p. 11, trad. Escarra. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 19 *bis*. — V. Baur, *Vertragsabschluss mit Telephon*, thèse de Berne, 1912. — Cf. Cass., 14 mai 1912, D. 1913, 1, 281 avec note de M. Valéry.— *Contrà :* Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 185.

2 V. Valéry, *Contrats par correspondance*, p. 64. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 488. — Baudry et Barde, I, n° 40. — Cf. Bianchi, *Contratti conclusi par telefono* (*Studi senesi*, vol. V, p. 15).— Vidal, *Le téléphone au point de vue juridique*, pp. 92 à 96. — Surville, *Des contr. par corresp. au point de vue international*, *Journ. de droit international*, 1891, p. 372. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 28. — Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 237, 2e éd. — Gabba, *Il telefono e la guirisprudenza*, *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. 177. — Papezol, *Role de l'offre et de l'acceptation*, thèse de Paris, 1907, p. 210. — Lomonaco, I, p. 100 et les auteurs cités.

3 Trib. comm. Angers, 23 sept. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 223, Pand. fr., 1905, 2, 110, D. 1905, 5, 15. — *Contrà* Lyon-Caen et Renault, III, n° 28 (lieu d'expression de l'acceptation) Cohen, p. 162. — Vidal, *Le téléphone au point de vue juridique*.

4 V. sur ces contrats, l'ouvrage absolument classique de M. Valéry : *Contrats par correspondance*. — Marcaggi, *Etude sur la formation des contrats entre absents*, thèse d'Aix, 1903. — Papazol, *Role de l'offre et de l'acceptation*, thèse de Paris, 1907. — Girault, *Contrat par correspondance*. — Ripert, *Vente commerciale*. — Rousseau, *Correspondance*. — Serafini, *Le télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence*.

Cette formation entre absents est possible en principe pour tous les actes. Mais d'abord le mariage, sauf le cas de la loi du 4 avril 1915, n'est possible qu'entre personnes réellement présentes. On ne peut célébrer le mariage en présence d'un mandataire. Ensuite pour les actes solennels où la solennité consiste à se présenter devant une personne : notaire, juge de paix, officier de l'état civil, on admet bien la présence d'un mandataire. Mais on ne se contenterait pas d'une lettre, ou à plus forte raison, d'un moyen de transmission qui ne prouve pas l'identité ou la volonté exacte de l'expéditeur : téléphone, télégramme. En serait-il ainsi même dans les cas où le mandat n'a pas besoin d'être solennel ? Oui, car pratiquement il y a encore dans notre droit un reste de vieux formalisme. Un notaire n'accepterait pas de dresser un contrat en présence de deux lettres qu'il vient de recevoir. Il se contenterait bien de dresser l'acte en présence de deux mandataires choisis par lettre. Mais il n'irait pas au-delà (V. *suprà*, n° 82).

550. — Le point de départ de toute affaire est une proposition, offre, ou pollicitation adressée par un des futurs contractants à l'autre.

Ici il faut tout d'abord distinguer l'offre juridique de la simple proposition vague, laquelle n'a légalement aucune valeur[1].

Il y a proposition ayant une valeur juridique, lorsque celle-ci contient l'indication de points suffisamment nombreux et résolus de façon suffisamment précise pour que le contrat puisse se former par une simple acceptation : ainsi on offre de vendre tel objet bien déterminé à tel prix[2]. Alors

---

1. V. Gand, 9 déc. 1899, *Belgique judic.*, 1900, 145, qui déclare que celui qui reçoit l'offre doit le prouver qu'elle a un caractère juridique. — Cf. Marcaggi, *op. cit.*, p. 105. — Papazol, *L'offre et l'acceptation*, thèse Paris, 1907, p. 102.

2 Pau, 2 mai 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 169. — Trib. Bayeux, 4 janv. 1884, *Gaz., Pal.*, 1884, 1, suppl., 133. — Trib. comm. Seine, 5 janv. 1869, S. 1869, 2, 24, D. 1869, 3, 14. — Valery, p. 105 et 211. — Huc,

seulement les tiers ont pu faire fond sur cette pollicitation et agir en conséquence. Les points nécessaires dans chaque offre pour qu'elle ait une valeur juridique sont divers suivant les contrats. Nous les préciserons plus loin.

Toutefois, les auteurs italiens ont observé avec raison qu'il ne fallait pas exagérer et demander que l'offre soit susceptible d'être accepté par un simple oui. On peut laisser au destinataire le choix de fixer le prix dans certaines limites, de déterminer la quantité, le lieu de la remise dans les mêmes conditions[1]. Mais il ne faut pas, en général, admettre comme offre le cas où l'on ne fixe pas de limite à la volonté de l'autre. Comment, en effet, distinguer ce cas de la demande de renseignements. Il n'en sera autrement que si la volonté contraire est clairement manifestée.

Dans les autres cas, il y a simple réclame, simple entrée en pourparlers sans portée juridique.

C'est le cas lorsqu'on annonce « des marchandises à prix modérés », une « affaire qui conviendrait très bien à l'acheteur », une « maison à vendre avantageusement », un « lot important de tissus à solder à tel prix », etc. L'objet ou le prix, souvent les deux étant imprécis, il n'y a pas d'offre ayant une valeur[2]. Il en est de même pour des propositions plus précises, mais encore insuffisantes, comme : pour acheter, j'irais bien jusqu'à tel prix[3].

On doit même aller plus loin. Si une personne fait une proposition précise, en disant : répondez-moi, je vous dirai ensuite si j'accepte, elle enlève par là toute valeur juridique

---

VII, n° 15. — Guillouard, *Vente*, n° 19. — *Vivante*, *Dr. commercial*, IV, p. 28. — Ruggiero, *Istituzioni*, II. p. 290.

1 Vivante, *Diritto commerciale*, IV, 3e éd., pp. 23 et s. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 135.

2 V. Trib. comm. Anvers, 13 janv. 1906, *Jurispr. Anvers*, 1906, 1, 48, vente au rabais en fin de saison. — Req., 3 janv. 1882, D. 1883, 1, 105. — Req., 29 avril 1903, D. 1904, 1, 135 et les observations de M. Planiol. — Huc, VII, n° 14.

3 Trib. Toulouse, 26 mai 1884. *Gaz. Pal.*, 1884, 2, suppl. 80.

à l'acceptation du destinataire et si elle garde ensuite le silence, il n'y a pas contrat[1]. Il en est de même si le contrat est de ceux qui sont conclus *intuitu personæ*. Il n'y a pas d'offre dans une annonce : situation de.... par an convient à ancien commerçant, il faut examiner les qualités de la personne pour l'emploi[2]. Il en est de même si des ouvriers se présentent sur une place publique pour être embauchés.

Plus généralement les offres faites « sans engagement », sauf confirmation, ne sont pas obligatoires. Mais il en serait autrement dans l'offre : sauf variation des cours. Elle ne cesserait d'obliger que si l'on établissait le changement des cours.

Si la simple proposition vague n'a aucun effet, cela n'est cependant vrai que sous réserve de la théorie de la faute. Mais ici ce n'est plus le mécanisme technique du contrat qui joue. Celui qui annonce un contrat possible, ne peut pas toujours retirer son offre sans s'exposer à des dommages-intérêts. Une personne annonce par avis dans les journaux et affiches qu'elle vendra aux enchères son mobilier tel jour. Elle change d'avis et ne fait aucune publicité nouvelle, elle doit une indemnité à ceux qui se sont dérangés inutilement[3].

Mais tout ici sera question de mesure. L'hôtel qui fait de

---

1 Req., 20 fév. 1905, S. 1905, 1, 508.

2 V. Valéry, p. 212. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 30, trad. Escarra. — Parfois on a été trop loin dans cette voie et exigé une adhésion de l'offrant primitif pour des souscriptions d'ouvrages (Bordeaux, 13 juin 1853, D. 1853, 2, 258; S. 1853, 2, 555), ou d'action (Paris, 10 août 1850, D. 1852, 2 ,197. — 17 avril 1852, D. 1852, 5, 381; S. 1852, 2, 206. — 22 janv. 1853, D. 1854, 2, 258. — 16 nov. 1853, D. 1855, 2, 126. — 11 janv. 1854, D. 1854, 2, 139; S. 1854, 2, 136. — *Contrà:* Aix, 15 juin 1855, S. 1857, 2, 94. — Limoges, 13 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 308. — Laurent, XV, n° 474.

3 Trib. de paix de Montmort, 17 mai 1901, D. 1903, 2, 257, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 336. — Cf. Rome, 22 juin 1909, *Giur. ital.*, 1909, 1, 913 (interdiction de sortie d'une vitrine des bijoux exposés).

la réclame sur les journaux, ne me garantit pas que je trouverai de la place. Mais, si un jour d'affluence, l'omnibus de l'hôtel me prend à la gare et qu'à l'arrivée, il n'y ait aucune chambre libre, on me doit indemnité, car en me retardant, on peut m'empêcher de trouver ailleurs à me loger. De même, si un journal qui s'intitule journal d'annonces, ayant reçu une affiche de vente, garde le silence et n'insère rien, il encourt une responsabilité[1].

551. — Les tribunaux ont parfois une appréciation délicate à faire pour savoir s'il y a dans la pensée de l'offrant et de l'acceptant une offre véritable ou non. Ainsi on a considéré comme obligatoire la promesse faite dans une lettre de faire gagner telle somme d'argent en un certain temps si l'acceptant voulait faire tel ou tel acte[2]. De même, on a considéré comme une offre obligatoire par suite de l'acceptation, une annonce dans les journaux de vendre tel objet à un prix indéterminé[3], l'indication précise d'un travail à exécuter, faite par dépêche[4], l'offre de marchandises en montre à la devanture d'un magasin[5].

On admet de même qu'une entreprise publique de transports est en état d'offres permanentes vis-à-vis des voyageurs qu'elle ne peut refuser[6].

---

1 Sur la capacité que peut exiger la simple réclame, Rapp. à propos des mineurs, Trib. Rome, 23 déc. 1903, *Dichiarazione ad uso di « reclame »*, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, 173.

2 Bordeaux, 11 mars 1858, S. 1858, 2, 669. — *Id.*, n° 47.

3 Paris, 5 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 1er mars 1910. — Trib. paix Montdidier, 14 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 206.

4 Lyon, 13 juin 1894, S. 1896, 2, 147; D. 1895. 2, 292.

5 Trib. comm. Seine, 5 janv. 1869, D. 1869, 3, 14. — Bufnoir, p 467. — Baudry et Saignat, n° 46. Il faut en dire autant des marchandises placées dans les magasins à entrée libre, Cf. trib. comm. Anvers, 13 janv. 1906, D. 1906, 5, 32.

6 Trib. comm. Périgueux, 26 août 1879, D. 1881, 3, 84 et sur appel Bordeaux, 8 mars 1881, S. 1882, 2, 63; D. 1882, 2, 208. — Aix, 8 fév. 1853, S. 1853, 2, 251; D. 1855, 2, 329. — Trib. paix Paris, 5 janv. 1882, S. 1883, 2, 119; D. 1882, 3, 110 (cocher stationnant sur la voie

Qu'un marchand qui vend à crédit est lié par les conditions qu'il propose dans le livret remis au public et qu'il ne peut les modifier[1].

Qu'un journal d'annonces judiciaires doit prévenir s'il n'accepte pas une annonce à lui envoyée, il est lié par sa promesse, sauf la possibilité de rompre pour les cas tacitement prévus (trop grand nombre de réponses, caractère des annonces)[2].

Mais les tribunaux ont autrefois déclaré que les tarifs d'annonces publiés dans les journaux, n'obligent pas à insérer les annonces qui peuvent toujours être refusées[3]. Ils ont admis de même qu'il n'y a pas offre obligatoire dans l'annonce du départ d'un navire, alors que le prix du fret doit être discuté entre les parties[4].

Des difficultés se sont surtout élevées à propos des assurances et des ventes aux enchères.

En matière d'assurance, bien que les Compagnies remettent à qui veut des exemplaires imprimés de leurs polices et leurs tarifs, on considère que si une personne vient trouver l'agent de la Compagnie et lui déclare s'assurer, il y

---

publique). — Baudry et Barde, I, n° 30. — Laurent, XV, n° 474. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 21. — Beudant, n° 82. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 7 *ter*.

1 Trib. Seine, 20 mai 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 2, 273 (impossibilité d'augmenter la partie du prix exigée comptant sous prétexte de l'irrégularité des paiements antérieurs ou d'usage contraire).— Req., 21 avril 1857, D. 1857, 1, 176. — Civ., 3 déc. 1867, S. 1868, 1, 193 ; D. 1867, 1, 471.

2 Trib. Seine, 22 août 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 398. — Cf. Valéry, p. 98.

3 V. trib. Seine, 30 nov. 1866, D. 1866, 3, 112. — Paris, 16 août 1867, S. 1868, 2, 33. — *Contrà :* Paris, 20 nov. 1861, S. 1862, 2, 138. — Trib. comm. Seine, 8 mars 1860, *Journ. Trib. comm.*, X, p. 41. — Vathelot, *Publicité dans le journalisme*, thèse de Paris, 1912, p. 167. — Cf. Nancy, 29 déc. 1883, D. 1884, 2, 231.

4 Req., 3 janv. 1882, S. 1882, 1, 107, avec rapp. du conseiller Rivière.

a de sa part pollicitation et non acceptation, de sorte que la Compagnie peut refuser le contrat[1]. Cela est conforme à la pratique des Compagnies de faire signer à l'assuré une *proposition* d'assurance ; c'est conforme aussi à leur pratique de se livrer à ce moment à une enquête discrète sur la moralité de l'assuré pour écarter les mauvais risques[2].

De même, en matière de ventes aux enchères, il semble plus conforme à l'intention du vendeur de dire qu'après l'enchère la plus élevée, il ne peut refuser la vente si le prix lui semble insuffisant[3], le titre d'adjudication volontaire, mis sur les affiches, nous semble bien l'impliquer. Quelquefois le cas est prévu et le cahier des charges porte que l'enchère la plus élevée ne rendra adjudicataire que si elle atteint un prix minimum déclaré dans un pli cacheté, remis sur le bureau par le président avant l'ouverture des enchères.

Parfois les enchères sont au contraire envisagées comme une simple offre. Ainsi pour des travaux d'art, des travaux difficiles, on peut stipuler que le rabais le plus élevé n'emportera pas adjudication et que le président de la vente

---

1 Amiens, 15 nov. 1890, S. 1891, 2, 217 ; D. 1892, 2, 457, en note. — Paris, 17 juin 1891, *eod. loc.* — *Contrà :* Rennes, 27 mai 1891, *eod. loco.* — Orléans, 17 nov. 1891. — Caen, 19 déc. 1891, D. 1892, 2, 457.

2 V. trib. Bruxelles, 22 oct. 1902, *Pand. pér.*, 1903, 87. — V. une question analogue pour savoir qui est pollicitant dans une vente, Bruxelles, 8 juin 1885, *Journ. Trib.*, 1885, 1134.

3 *Contrà :* trib. de Versailles, 6 avril 1897, *Gaz. Trib.*, 3 juillet 1897, qui se fonde sur ce que la loi de ventose an XI exige la signature des parties. — Trib. comm. Alost, 23 juill. 1908, *Jur. comm. Flandres*, 1909, 3496 — Bruxelles, 19 fév. 1890, Pas. 1891, 3, 37. — Caen, 26 fév. 1893, la *Loi*, 21 mars 1894, qui admet que malgré le cahier des charges d'une licitation, les covendeurs peuvent d'un commun accord refuser de réunir en un seul les divers lots vendus. — En notre sens : trib. de Versailles, 5 août 1896, *Gaz. Trib.*, 20 janv. 1897. — Trib. Bruxelles, 19 fév. 1890, Pas. 1891, 3, 37. — Cf. Valéry, p. 97. — Vivante, IV, p. 29, n° 1525. — Rollier, *Rôle du notaire dans la vente aux enchères*, thèse Grenoble, 1907, p. 130.

pourra choisir tel adjudicataire qu'il voudra, s'il lui semble offrir plus de garantie. La mise en adjudication est alors plus qu'une réclame, car on devra choisir parmi les soumissionnaires, on ne pourra renoncer au projet, mais c'est moins qu'une offre pure et simple.

En tous cas, on a jugé avec raison que le fait d'annoncer une adjudication obligeait à prévenir le public si celle-ci n'avait pas lieu[1].

On considère en général, comme en état d'offres permanentes, ceux qui, par profession, offrent leurs services au public à des conditions prévues par des annonces ou circulaires[2].

Certains officiers ministériels sont même légalement en état d'offres obligatoires, étant obligés d'agir pour qui requiert leur ministère. C'est le cas pour les agents de change[3].

Lorsqu'un contrat est conclu au moyen d'un appareil automatique, on admet en général que celui qui a placé l'appareil, a déjà fait une offre et non une simple réclame et qu'il y a acceptation par le seul fait de verser l'argent[4]. C'est une offre à personne indéterminée soit que l'appareil exécute le contrat, soit qu'il en fournisse seulement la preuve[5].

552. — Mais l'offre peut être accompagnée de certaines conditions tacites qui si elles peuvent être soupçonnées de l'acceptant permettront dans certains cas de refuser son acceptation.

---

1 Trib. paix Montmort, 17 mai 1901, D. 1903, 2, 57.

2 Trib. Bruxelles, 22 janv. 1896, Pas. 1896, 3, 111.

3 Trib. comm. Lyon, 4 mars 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 444.

4 V. Barassi, *Contratto di lavoro*, I, 2e éd., nos 149-150 et les renvois. — *Adde:* Ant. Scialoja, *L'offerta a persona indeterminata*, pp. 143 et suiv., qui voit ici un contrat consensuel, mais teinté d'une certaine réalité.

5 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 182. — Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, *Filangieri*, 1901.

Ainsi des objets étant exposés dans un magasin avec une étiquette portant le prix, on peut admettre que tacitement le marchand n'a pas voulu les vendre en gros ou à un intermédiaire[1]. Ou bien une offre de récompense pour qui rapportera un objet perdu ne peut profiter à celui qui a caché l'objet[2].

De même celui qui déclare acheter telle marchandise à tel prix ne peut être obligé d'acheter que dans la mesure de ses besoins[3]. Ou le vendeur peut être déclaré n'avoir voulu vendre que ce qu'il a en magasin[4]. A plus forte raison une offre de marchandises en magasin peut être accompagnée de réserves expresses résultant d'affiches apparentes[5].

552 bis. — L'offre peut être non seulement expresse, mais tacite. Ainsi en est-il du cas où un marchand étiquette en indiquant le prix une marchandise à son étalage. Le voiturier qui indique le prix de transport sur sa voiture fait une offre tacite. Il en est à plus forte raison ainsi des personnes obligées par les règlements de recevoir toute acceptation comme une compagnie de chemins de fer, un cocher stationnant sur la voie publique[6].

On s'est demandé comment l'offre tacite était possible, l'offre supposant une notification. Mais cette notification peut se produire suffisamment par tous les actes qui d'après l'usage sont interprétés comme manifestation de volonté. Ainsi un locataire restant dans les lieux loués après la fin

---

1 Trib. comm. Seine, 15 juin 1869, D. 1869, 3, 55. — Bufnoir, p. 467. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 7 *ter*. — Baudry et Saignat, I, n° 47. — Baudry et Barde, n° 40.

2 Bruxelles, 31 janvier 1828, Pasicrisie, 1828, 37. — Laurent, XV, n° 473.

3 Huc, VII, n° 15. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 7 *ter*. — Baudry et Barde, I, n° 30.

4 Trib. Gand, 11 juin 1910, Pas. 1911, 3, 244.

5 Baudry et Saignat, n° 47.

6 Just. paix Paris, 5 janv. 1882, D. 1882, 3, 110. — Planiol, II, n° 971.

du bail, on conclura qu'il a l'intention de passer un nouveau bail par tacite reconduction[1] Reconnaissons toutefois que la notification devient moins nette, car le locataire peut être resté pour cause de maladie grave. Il devient donc seulement probable qu'il a voulu notifier une volonté de renouveler le bail.

L'offre peut être à personne déterminée, comme lorsqu'on écrit une lettre, lorsqu'on téléphone. On n'entend traiter qu'avec telle personne. L'acceptation d'une autre serait sans valeur. Mais l'offre peut être à personne indéterminée[2]. C'est le cas du marchand qui crie ses marchandises dans la rue, du théâtre dont l'entrée est ouverte au premier venu, du contrat par appareil automatique.

Cette offre soulève deux difficultés pratiques. Avec qui le contrat sera-t-il formé si plusieurs personnes acceptent en même temps ? Qu'arrivera-t-il s'il y a changement tel depuis l'offre que le contrat ne soit plus possible: les marchandises offertes étant épuisées par suite de ventes successives ? Ces difficultés ont arrêté les auteurs allemands[3]. Ils ont dit que si l'offre n'était pas *ad incertam personam* (offre qui présentera le plus haut prix), mais offre au public (vente à un prix établi proposée par journal) il n'y avait pas offre juridique.

On a fait remarquer que ce système restrictif admissible sous le régime de l'offre irrévocable pouvait être rejeté si

---

1 V. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 172.

2 V. Scialoja, *Offerta a persona indeterminata*, p. 13. — Cette offre peut se compliquer de certaines obligations de contracter si l'offrant à un monopole, v. Scialoja, p. 69. — Sur le cas spécial d'offre par distributeurs automatiques, v. Popazol, *Rôle de l'offre et de l'acceptation*, thèse Paris, 1907, p. 127. — Scialoja, *Offerta a persona indeterminata*, 2e partie. — Cicu, *Gli automati nel diritto privato*, Filangieri, 1901.

3 Sohm, *Vertragschluss unter Abwesenden*, *Zeitschrift für Ges. Handelsrecht*, XVII, p. 56.

l'offre était reconnue irrévocable[1]. D'autres auteurs ont déclaré que l'offre était inadmissible que si elle n'était pas enfermée dans certaines limites expresses ou tacites (quantités disponibles d'un stock, etc.).

Nous avons l'impression que toutes ces difficultés qui sont réelles se résoudraient plus facilement si au lieu de partir d'une vue exclusive de sécurité on était parti des nécessités pratiques. Une personne veut vendre rapidement un objet. Elle peut l'offrir au public. Elle peut même l'offrir en même temps à plusieurs en faisant plusieurs offres à personnes déterminées, pourvu qu'elle le fasse loyalement en avertissant chacun des autres offres. S'il n'y a qu'une acceptation, pas de difficulté. Le procédé prouve par là-même son utilité. S'il y en a plusieurs, l'offrant acceptera celle qu'il voudra. Si le stock est épuisé, il n'y aura pas contrat. Sans doute cela crée une déception pour le destinataire. Mais sachant qu'il y a offre à d'autres qu'à lui, il sait qu'il court un risque, surtout s'il ne se hâte pas. Mais il faut accepter cet inconvénient dans quelques cas, lorsque le plus souvent tout se passera facilement. La vie n'est faite que de probabilités. On ne peut la paralyser avec un besoin de certitude.

552 ter. — Certaines personnes sont en état d'offre forcée et par suite irrévocable. Ce sont d'abord les personnes qui bénéficient d'un monopole en vertu d'une organisation qui précise leurs tarifs, comme les officiers ministériels. Ils ne peuvent pas se refuser à exécuter l'acte de leurs fonctions, sauf cas spéciaux : comme le caractère illicite des actes qu'on leur demanderait[2].

---

1 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 194, désirerait toutefois que l'offrant indiquât si l'offre disparaissait : annonçant que le stock est épuisé.

2 V. pour les notaires, loi de ventôse an XI, art. 3. — Pour les avoués, v. *Rép. alph. du droit français*, v° *Avoué*, n^os^ 213 et suiv. — Pour les agents de change, *op. cit.*, v° *Agent de change*, n^os^ 225 et suiv.

La même solution s'applique-t-elle lorsque des personnes sans avoir un tarif imposé ont un monopole pour des raisons d'ordre public, comme les médecins, les pharmaciens, etc. La question est plus délicate[1]. Mais l'avenir est certainement vers l'obligation de contracter dans des conditions normales. Il en est de même s'il s'agit de personnes ayant un monopole de fait : comme le boulanger unique d'une agglomération isolée. L'avenir tendra à transformer en service public à organisation privée des situations de ce genre, du moins s'il s'agit de la satisfaction de besoins primordiaux. La loi d'ailleurs déjà établit certaines obligations. C'est ainsi que les compagnies de chemin de fer ne peuvent refuser de contracter avec des expéditeurs.

552 quater. — Il résulte de ce que nous avons dit (n° 552 bis) qu'une personne peut valablement adresser une offre pour un même contrat à plusieurs autres, soit simultanément, soit successivement. Mais elle doit loyalement prévenir chacun des offres simultanées ou antérieures émanées d'elle. Si elle ne le fait pas, les divers contrats pourront se former. Mais les derniers en date ne pourront peut être s'exécuter et elle encourra alors des dommages-intérêts.

553. — Quelle est la valeur juridique de l'offre ? Dans le système classique, qui ne tient compte que de l'accord de volontés, l'offre par elle-même n'a pas de valeur tant que l'acceptation n'est pas venue s'y joindre, d'où des conséquences sur lesquelles nous reviendrons plus loin et qui se résument d'un mot : fragilité de l'offre. C'est la disparition de l'offre non acceptée par révocation, incapacité, mort du pollicitant[2].

La jurisprudence a même appliqué cette idée à une promesse de donner aux pauvres faite à titre de remerciement, lorsqu'elle avait été exécutée plusieurs années[3].

---

1 V. pour l'affirmative, Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 40.

2 V. *infrà*, n° 559.

3 Orléans, 23 avril 1842, S. 1843, 2, 383 ; D. 1843, 2, 71.

Ce système a donné lieu à une réaction de plus en plus vive, car le destinataire a compté sur le maintien de l'offre, non pas dès son émission, mais dès qu'il l'a reçu[1] et il n'y a rien de choquant à ce que celle-ci ait une valeur : le pollicitant a dû réfléchir avant de l'émettre.

De là d'abord des systèmes mixtes : donnant droit à indemnité en cas de retrait de l'offre[2], les uns se fondent sur l'idée d'une faute dont l'admission contredit le principe posé. S'il y a faute à révoquer, c'est donc que l'offre est irrévocable [3].

D'autres ont parlé d'un contrat préparatoire : l'offrant proposait en même temps que le contrat le maintien de l'offre, et cette convention tacite se formant par le seul silence de l'autre partie. La solution est ingénieuse, mais trop subtile.

Il est plus simple de poser en thèse générale que la sécurité des transactions impose que l'offre ait déjà une valeur juridique. Elle est une obligation par volonté unilatérale (v. *suprà*, n° 17). Ainsi cette théorie donne une explication technique simple des besoins qu'impose la pratique. Toutefois cette affirmation générale est un peu trop brutale pour être acceptée sans réserve dans tous les cas. Le droit doit se modeler sur les tendances de la vie. Nous verrons par la suite dans le détail jusqu'à quel point cela doit être accepté. Indiquons cependant que l'obligation unilatérale a ici un aspect particulier[4]. La dette n'existe pas encore actuelle-

---

1 Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 138, p. 142, 3e éd.

2 V. not. Huc, VII, nos 12 et 13. — *Contrà:* Colin et Capitant, II, pp. 285-288. — *Contrà:* Laurent, XV, n° 475. — V. sur ce point, *infrà*.

3 Cass. civ., 18 août 1818, S. chr. — Poitiers, 9 nivôse an XI, S. chr. — Bourges, 6 mai 1829, S. chr. — Req., 25 mai 1892, S. 1894, 1, 259 (*sol. implic.*). — Req., 19 déc. 1856, D. 1857, 1, 221. — Laurent XV, nos 469 et 470. — Larombière, art. 1101, n° 9. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 10 *bis*. — Baudry et Barde, I, n° 29.

4 Colin et Capitant, II, p. 287, 2°.

ment, il y a simple obligation ferme de maintenir l'offre et cette obligation n'est qu'une pierre d'attente pour le contrat qui ne prendra date qu'au jour de l'acceptation.

Techniquement, les Allemands ont souvent expliqué la valeur de l'offre par cette idée que la volonté se lie elle-même[1], conception bizarre qui ne rend pas compte du fondement social de la solution à savoir : qu'une volonté étant connue des tiers on a compté sur son maintien. Ce qui lie la volonté, c'est le compte que les tiers en ont sans doute tenu. La sécurité exige qu'ils ne soient pas déçus.

553 bis. — Si une offre se perdait en cours de route, elle ne produirait aucune conséquence. Si elle arrivait en retard, le délai fixé par l'offrant pourrait déjà avoir commencé à courir, ou être terminé si son point de départ avait été fixé d'après l'arrivée normale de l'offre[2]. Ainsi une lettre d'offre écrite le 20 doit arriver le 21. On demande réponse le jour même, la lettre n'arrive à destination que le 22, ce jour-là il est trop tard pour répondre, car l'offrant ne peut être tenu que dans la mesure de son offre. Mais s'il y a retard par la faute de l'offrant, il s'expose à une indemnité[3].

553 ter. — Techniquement faut-il ranger l'offre dans les actes juridiques ou dans les simples déclarations de volonté tendant à produire un effet juridique ? L'offre doit être faite en forme solennelle si la solennité vise à protéger la liberté de l'offrant. Même si elle est révocable, elle existe et produit des effets, sauf révocation notifiée. Ce sont là des solutions concordant avec l'idée d'acte juridique. L'offre est donc un acte juridique[4]. Elle ne peut se prouver que comme les actes : par écrit s'il s'agit de plus de 150 francs.

C'est un acte juridique contenant une déclaration de

---

1 V. de même Saleilles, *Obligation*, nos 140 et 141. — Cf. n° 138.
2 V. Lyon, 27 juin 1867, S. 1868, 2, 183.
3 Bordeaux, 17 janv. 1870, D. 1871, 2, 96.
4 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 163.

volonté réceptice, c'est-à-dire devánt pour son efficacité être communiquée à un tiers (v. *suprà*, n° 540 *bis*).

553 quater. — Pendant des pourparlers il peut y avoir des essais donnant lieu à des dépenses ou même à responsabilité. Sur qui pèse ces dépenses ou responsabilités ? La question est délicate.

Si un vendeur fait une démonstration : essai d'un produit, etc., on doit admettre en général qu'il en paie les frais. C'est une réclame. De même si une personne fait certains frais de devis, elle les supporte[1].

Si une personne, dans l'intérêt d'une autre, fait d'assez longs travaux, on peut en fait estimer qu'elle a droit à un remboursement, même en cas de rupture justifiée. Ce sera le cas si j'envoie un ingénieur étudier où l'on pourrait établir une usine, si l'on pourrait capter une source, etc.[2]. Si le contrat projeté est une société entre les deux personnes en pourparlers il faut plutôt sous-entendre une idée de partage des dépenses[3], que la société doive se faire entre elles seules, ou avec d'autres, l'affaire devant par exemple être montée ensuite par actions. Les mêmes principes s'appliqueront pour les responsabilités. Si les essais, par leur nature causent préjudice, il y aura suivant les cas responsabilité de celui pour qui on les fait, l'autre étant son préposé, ou partage de responsabilités.

Dans le premier sens, si une personne offrant de vendre des manuscrits les envoie sur demande du futur acheteur et qu'ils s'égarent, le futur acheteur est responsable[4].

Dans d'autres cas, celui qui fait les essais sera seul responsable. C'est l'hypothèse où il y aurait faute de sa part

---

1 Just. de paix du Châtelet, 25 avril 1913, Pas. 1913, 3, 224.

2 V. trib. Seine, 21 mai 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem., 2, 458. — Gand, 3 juillet 1900, *Belgique judiciaire*, 1900, 1380. — Cep. Paris, 7 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 210 (hypothèse un peu spéciale).

3 Paris, 10 juill. 1895, inédit.

4 Cons. d'Etat, 12 janv. 1912, S. 1914, 3, 107; D. 1914, 3, 28.

ou responsabilité dans les termes du droit commun (art. 1384 et suiv.).

Ainsi il a été jugé en fait qu'une personne en pourparlers pour acheter un cheval l'ayant essayé, elle répondait du dommage causé, même si le domestique du vendeur était près d'elle[1]. Mais dans certains cas le tiers lésé peut poursuivre celui qui a fait faire les essais comme préposant, sauf à celui-ci à recourir contre le préposé.

Bien entendu, il peut être stipulé que les essais même favorables n'entraîneront aucune obligation pour le futur acheteur, libre de refuser le contrat[2]. On pourrait de même stipuler que les dommages pouvant résulter des essais seront supportés par le futur vendeur, surtout s'ils ont lieu en sa présence.

Si en vue de la formation du contrat un objet est confié pour examen à un tiers, s'il est égaré le tiers qui devait contracter en est responsable. Ce sera le cas si un objet adressé pour être admis à une exposition s'égare entre un service et un autre[3]. Il résulte de l'envoi une sorte de dépôt préalable à l'admission. Il en est de même si un objet est confié à une administration pour examen en vue d'un contrat d'adhésion (v. *infrà*, n° 628).

554. — Lorsque des pourparlers ont été engagés, parce qu'il s'agit d'un contrat important, où les solutions ont besoin d'être mûries (société, etc.), il se produit d'ordinaire une phase préparatoire, où l'on discute, où l'on envisage différentes solutions, où certains points particuliers sont arrêtés provisoirement, puis on arrive à une seconde phase où un projet définitif est arrêté.

Cette phase des pourparlers peut se produire après une offre ferme comme elle peut se produire avant. Ces tractations, à la différence de l'offre, ne sont pas un élément de

---

1 Cass. civ., 9 mars 1892, S. 1894, 1, 239.
2 Cons. d'Etat, 12 juin 1914, *Rec.*, 1914, p. 699.
3 Cons. d'Etat, 24 avril 1885, D. 1886, 3, 130.

la formation du contrat. Elles ne sont pas comme la pollicitation un acte juridique[1].

Celui qui a pris l'initiative de ces pourparlers peut les rompre. Mais encourt-il pour cela une responsabilité ?[2] M. Faggella suivi par M. Saleilles admet qu'il y a responsabilité pour rupture arbitraire de pourparlers, mais non en cas de rupture ayant un motif légitime[3]. Cette responsabilité reposerait non sur une idée de faute (on pourrait en effet fort bien la faire reposer sur un abus du droit), ce qui conduirait à rendre responsable de tout le dommage, ou tout au moins de l'intérêt qu'il y avait à ne pas contracter, idée que M. Fagella repousse absolument[4], mais cette responsabilité découlerait du consentement donné aux pourparlers. Par suite on répondrait seulement des frais et dépenses assumées en vue de l'élaboration d'un projet de contrat, sauf s'il y a eu rédaction d'un projet ; et alors on répondra de tout le dommage négatif (ce qui nous semble compliqué en fait et fort sévère). M. Saleilles s'approprie ces idées en disant toutefois[5] qu'on ne peut donner dans notre droit actuel d'autres bases à celles-ci que la faute ou un engagement tacite.

Ce système a quelque chose de modéré, limitant la responsabilité aux frais faits. Si un entrepreneur examine par des

---

1 G. Carrara, *La formazione dei contratti*, n° 5. — Nattini, art. cité.

2 V. Fagella, *Dei periodi precontrattuali Studi in onore di Carle Fadda*, III, pp. 271-341 et *Rivista critica*, 1909, p. 1 et *Guir. ital.*, 1917, IV, I et Saleilles, *De la responsabilité précontractuelle*, *Revue de droit civil*, 1907, pp. 697-751. —. *Adde:* Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, p. 137. — Faggella, *Fondamento della responsabilita in tema di Trattative contrattuali*, *Archivio giuridico*, 1909, I, 128-150. — Nattini, *Riv. di dir. commerciale*, 1910, II, p. 235. — Vivante, *Dr. comm.*, trad Escarra, IV, p. 60. — Chironi, *Responsabilita e garantia* (*Melanges Scialoja*). — Albertario, *Il dir. comm.*, 1910, I, p. 48. — Barassi, *Istituzioni*, p. 134.

3 C'est ce que M. Polacco qui critique cette théorie paraît oublier, v. *Obligazioni*, 2e éd., p. 511.

4 *Loc. cit.*, n° 67.

5 *Op. cit.*, p. 726.

sondages, si tel terrain peut supporter telles constructions que je pense lui confier, si une personne de mon assentiment fait des frais de voyages pour venir de loin pour me voir au sujet d'une annonce mise par moi dans les journaux[1], ou si un spécialiste étudie pour moi une affaire à traiter entre nous, il est naturel que je réponde de ces frais si je romps le contrat arbitrairement[2].

Mais on est obligé de se refuser d'étendre plus loin la responsabilité, sous peine d'entraver la conclusion des contrats qui suppose jusqu'à la fin une certaine liberté d'allures. Il faut pour avoir une construction technique adaptée à ces nécessités qui doivent être l'idée dominante, adopter plutôt l'idée de contrat tacite. Ce n'est d'ailleurs que si les contractants ont été tacitement d'accord pour que ces frais aient lieu, qu'il y aura remboursement[3].

La solution se limite au cas de rupture arbitraire des pourparlers, pour ne pas faire peser une responsabilité trop lourde[4]. On a craint parfois que ce ne soit un pouvoir trop

---

1 Trib. paix Montmort, 17 mai 1901, D. 1903, 2, 57; suppression d'une adjudication annoncée. — *Cf.* trib. Naples, 31 mars 1909. — Cons. de prudh. Lyon, 3 oct. 1905, *Loi*, 25 oct. 1905 (patron mis à l'index qui par des annonces fait venir des ouvriers de loin).

2 V. en cas de refus arbitraire, trib. de Versailles, 5 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, suppl. 3. — Trib. Seine, 21 mai 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem., 2, 458. — Dans le cas contraire : Paris, 7 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 210, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 1003. — Guillouard, *Louage*, II, n° 822. — Baudry et Wahl, II, n° 3989. — Huc, X, n° 418. — Cf. Paris, 10 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, Table, 92-97, v° *Société*, n° 8, qui partage par moitié les frais faits pour préparer la constitution d'une société. — Roubier, *Responsabilté précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, p. 185. — Req., 15 juillet 1873, D. 1873, 1, 457.

3 V. Saleilles, pp. 720-721. — V. cep. Paris, 13 fév. 1883, *Gaz. Pal.* 1883, 2, 414, 2e partie.

4 Donc il n'y a aucune responsabilité s'il n'y a aucune faute. Ainsi un entrepreneur ayant fait une projet d'adduction d'eau dans plusieurs communes, si une accepte le projet et que les autres refusent, celle qui a accepté le contrat, qui ne peut se former faute d'adhésion des autres n'encourt aucune obligation, Cons. d'Etat, 11 juill. 1894, *Lebon*, 1894,

difficile à exercer remis aux tribunaux. Mais ce pouvoir n'est pas plus grave que celui qu'ils possèdent en cas d'abus du droit.

La théorie présente cependant une difficulté. Si on a de mauvais renseignements en cours de pourparlers sur la solvabilité ou l'habileté de son cocontractant, on aime rompre sans donner le vrai motif. Sera-t-on obligé de l'affirmer ? Oui. Toutefois il faut reconnaître que c'est dangereux pour le demandeur qui préférera souvent s'abstenir d'agir de peur de se nuire à lui-même. Seulement, le défendeur resterait responsable s'il ne s'était pas suffisamment renseigné auparavant sur ces points importants. Il a commis par là une faute.

La jurisprudence récente incline à admettre la responsabilité précontractuelle lorsqu'un contrat a été passé et que les conditions, spécialement le prix, doivent être fixées, à dire d'experts. Si un des contractants se refuse à participer à la nomination des experts, il n'y a pas contrat, mais il y a lieu à des dommages-intérêts[1].

Les mêmes principes devraient s'appliquer au cas très délicat de pièce de théâtre « reçue à corrections » lorsque les corrections sont importantes. Le directeur ne peut ensuite refuser arbitrairement[2]. Il en est autrement pour les

---

p. 478. — De même si un entrepreneur fait certains devis, trib. Seine, 7 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 210. Mais pour l'architecte, le fait de dresser un plan est déjà un contrat spécial donnant lieu à honoraires.

1 Dijon, 15 fév. 1893, S. 1894, 2, 144; D. 1893, 2, 168, hypothèse où l'acheteur d'un fonds de commerce avait avant l'expertise, liquidé un autre fonds qu'il possédait et subi un dommage par suite de ce concours de circonstances. — V. de même Laurent, XXIV, n° 76. — Guillouard, *Vente*, I, n° 101. — Baudry et Saignat, n° 138. — Planiol, II, n° 1386. — Huc, X, n° 39. — *Contrà :* Bordeaux, 6 fév. 1878, S. 1878, 2, 287; D. 1879, 2, 38. — Dijon, 15 déc. 1881, S. 1882, 2, 238 — Rappr. les développements de Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 60, à propos de l'art. 36, Comm. italien.

2 V. Laillier, *Contrat de représentation théatrale*, thèse Paris, 1913,

corrections de détail, car ici le contrat est déjà parfait (v. *infrà*, n° 585).

On peut expliquer encore par la responsabilité précontractuelle le droit à honoraire du notaire qui a servi d'intermédiaire pour une vente lorsque l'acte est reçu par un autre notaire[1].

La valeur de ces pourparlers présente une autre difficulté. Si une clause a été acceptée pendant leur durée et que le contrat ne la reproduise pas, faut-il la juger néanmoins applicable ? Il est plus prudent d'admettre la négative[2]. Les pourparlers, a-t-on dit, n'ont pas plus de valeur que les travaux préparatoires d'une loi. Nous arriverions plutôt au même résultat par interprétation de volontés. Une clause a pu être abandonnée par la suite, le contrat étant autrement envisagé.

Ainsi, sans considérer que les pourparlers sont sans valeur, nous ne leur donnons qu'un effet très limité. On peut donc dire qu'en principe les parties veulent s'entendre, mais ne veulent pas encore directement l'objet de leurs tractations[3].

554 bis. — Au cours des pourparlers pour élaborer un contrat, il peut y avoir déjà punctation. Cet accord que nous avons distingué de l'avant acte porte sur certains points essentiels ou secondaires, mais suffisants pour former le contrat[4]. Il présente cette utilité que le contrat se réfère tacitement aux points ainsi arrêtés. Cela pourra arri-

---

p. 57. — Adenis Colombeau, *Contrat de représentation théâtrale*, *id.*, 1909, p. 77.

1 V. Rouen, 29 oct. 1913, S. 1914, 2, 215, qui motive uniquement cette solution par le décret du 25 août 1898, pour les honoraires des notaires.

2 Naples, 27 juill. 1908, cité par Carrara, *Formazione dei contratti*, n° 10.

3 Carrara, *op. cit.*, n° 7.

4 Au cas d'entente sur les points essentiels, il y a contrat (v. *infrà*. n° 582), sauf s'il s'agit d'un acte solennel. — V. cep. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 24.

ver si la punctation est signée. Si, d'autre part, elle a porté sur la compétence, celle-ci devra produire des conséquences, même si le contrat ne paraissant pas conclu, il y a procès sur ce point[1]. Il y a ici une sorte de petit contrat valable quelque soit la suite des pourparlers. La punctation est donc une sorte de loi gouvernant le contrat ultérieur s'il se réalise, et sinon les rapports entre les parties[2]. Il en serait autrement s'il s'agissait d'un contrat solennel.

554 ter. — L'acceptation suppose que l'acceptant adhère de façon complète aux propositions faites[3]. S'il n'adhère qu'avec des réserves, il y a refus et on peut voir dans ses paroles tout au plus une contre proposition.

S'il y a acceptation par télégramme avec mention : détail par lettre, ou lettre suit, le contrat est déjà formé si le texte du télégramme contient une acceptation complète par elle-même. La lettre ne pourra rien changer[4].

L'acceptation peut être expresse ou tacite. Elle peut résulter d'un simple fait. Le fait de monter dans un tramway emporte acceptation, avant même que l'on ait payé sa place[5]. Le fait pour un directeur de revue qui a reçu le manuscrit d'un article d'en envoyer une épreuve à l'auteur implique acceptation de l'article[6]. Mais le fait doit être susceptible d'être connu de l'offrant, ainsi celui à qui on offre de lui acheter un objet n'accepte pas par cela seul qu'il commence à le fabriquer. De même un visa sur une lettre n'est pas une acceptation[7]. Ceci n'est vrai que sous

---

1 V. cep. Req., 24 juin 1912, D. 1913, 1, 363.

2 V. cep. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 17, qui y voit de simples pourparlers.

3 V. not. Paris, 3 avril 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 2, 505 (désaccord sur les dates de paiments). — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 222. — Lyon-Caen et Renault, IV, 4e éd., p. 12.

4 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 224.

5 Bruxelles, 19 nov. 1900, D. 1902, 2, 356.

6 Trib. Seine, 26 déc. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 99.

7 Paris, 17 avril 1852, S. 1852, 2, 206.

les réserves indiquées plus loin à propos du silence (v. *infrà*, n° 555)[1].

Il y a discussion parfois pour savoir si tel fait vaut acceptation tacite. La jurisprudence par exemple admet que la remise du denier à Dieu au concierge ne prouve pas le bail[2].

Enfin nous verrons que l'acceptation pour produire effet doit être adressée à l'offrant. Envoyée à un tiers ou tenue secrète, elle est sans effet[3]. Elle doit en principe émaner du destinataire de l'offre. Il en serait cependant autrement dans les offres par circulaires[4], à moins que celes-ci ne fussent destinées qu'à certaines catégories de personnes : négociants en gros, etc.

Techniquement l'acceptation comme l'offre est un acte juridique et non pas une simple déclaration de volonté. Mais ce n'est pas nécessairement un acte réceptice. Si l'acceptation est tacite, elle peut produire effet sans notification[5], l'acceptation émise, en ce cas, le contrat se forme aussitôt.

Elle peut produire effet : car cela n'a pas toujours lieu. Une expédition de marchandise est réponse à une demande et une acceptation tacite réceptice. Au contraire, l'ouvrier qui prié par lettre de réparer une maison de campagne exécute le travail fait une acceptation non réceptice[6].

555. — Lorsqu'une offre a été reçue et que le destinataire garde le silence, en princ[illegible] il n'y a pas contrat, car le

---

1 Marcaggi, *op. cit.*, p. 141.

2 Trib. paix Paris, 7 fév. 1902, S. 1904, 2, 180 et 13 mai 1891, S. 1891, 2, 253. — Trib. Seine, 10 déc. 1881, D. 1883, 3, 15; S. 1891, 2, 253, en note. — *Contrà:* Paris, 2 fév. 1850, P. 1850, 1, 198. — 9 oct. 1891, S. 1891, 2, 253. — Baudry et Wahl, I, n° 192.

3 Planiol, II, n° 984. — Cf. Lyon-Caen et Renault, III, n° 16.

4 V. Marcaggi, thèse citée, p. 137. — *Contrà:* Baudry et Saignat, *Vente*, n° 54.

5 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 234.

6 V. Code civ. allem., *Trad. offic.*, I, p. 177. — Carrara, *op. cit.*, p. 237.

seul silence n'oblige pas, ne vaut pas déclaration de volonté[1] s'il n'y a pas un devoir spécial de répondre (v. *suprà*, n° 185 et suiv.). « En droit le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ». En conséquence un banquier chargé de placer des actions ayant écrit à une personne qu'il l'inscrivait comme souscripteur et la débitait du premier versement, il n'y a pas souscription[2]. Inversement si on a déclaré souscrire à des actions, le simple visa mis par le gérant sur l'écrit ne suffit pas[3]. Cela a même été admis avec une très grande sévérité dans le cas où le souscripteur avait été inscrit sur les registres, dans celui où les statuts disaient que le visa suffirait, au cas où une circulaire d'acceptation avait été préparée[4].

De même le fait d'adresser une circulaire ne peut obli-

---

1 V. Valéry, p. 99. — Beudant, *Oblig.*, n° 68. — Huc, VII, n° 18. — Laurent, XV, n° 483. — Guillouard, *Vente*, n° 17. — Bufnoir, p. 465. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 16. — Demolombe, XXIV, n° 57. — Aubry et Rau, IV, § 343, p. 483. — Colin et Capitant, II, p. 290. — Baudry et Saignat, n° 31. — Baudry et Barde, I, n° 44. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 43. — Giorgi, III, n° 190. — Tartufari, *Rapprezentazione*, n° 150. — Lomonaco, I, p. 106. — Cf. trib. comm. Bruxelles, 2 déc. 1907, *Pand. pér.*, 1908, 360. — Gand, 14 mai 1852, Pas. 1854, 2, 371. — Trib. Anvers, 25 mai 1873, *Jur. Anvers*, 1873, 1, 231. — Trib. Bruges, 3 juin 1873, Pas. 1874, 3, 113. — Nîmes, 27 déc. 1880, D. 1881, 2, 132. — Trib. Arras, 10 avril 1914, *Droit*, 13 juill. 1914.

2 Cass. civ., 25 mai 1870, S. 1870, 1, 341; D. 1870, 1, 257. — Toulouse, 11 juillet 1881, S. 1883, 2, 8; D. 1882, 2, 206. — Rappr. Cass. req., 20 fév. 1905, S. 1905, 1, 508. — Valéry, *op. cit.*, p. 90.

3 Paris, 17 avril 1852, S. 1852, 2, 206. — Paris, 10 août 1850, D. 1852, 2, 197. — Paris, 22 janv. 1853, D. 1854, 2, 258. — Paris, 16 nov. 1853, D. 1855, 2, 126. — Paris, 11 janv. 1854, D. 1854, 2, 139.

4 V. sur le premier point, Paris, 10 août 1850; sur le second, Paris, 22 janv. et 16 nov. 1853 et sur le dernier, Paris, 11 janv. 1854 précités.

ger les destinataires quand rien n'établit qu'ils l'ont acceptée[1].

La même solution a été donnée soit pour les commerçants qui voulant forcer la vente expédient des marchandises à domicile. Le fait de signer le reçu de la poste et d'ouvrir le paquet ne vaut pas acceptation[2]. pas plus que le fait de garder longtemps la marchandise[3]. Soit pour les éditeurs de journaux qui ont envoyé un journal qui n'a pas été refusé et prétendent qu'il y a abonnement[4]. Et il en est ainsi même si la bande du journal porte que la réception vaudra abonnement.

En conséquence ces décisions ont admis que l'on n'avait pas à réexpédier les marchandises, toutefois, on a jugé qu'il y avait lieu à une légère indemnité pour avoir profité de l'abonnement. Cela est assez raisonnable, car on peut bien exiger le simple fait de refuser le journal adressé quand il est présenté par la poste. Dans la vie sociale, on n'est pas pleinement indépendant. On peut se voir imposer des obligations minimes comme celle-ci.

Ces solutions ont même été exagérées jusqu'à dire qu'un journal indiquant que l'abonnement continue sauf avis contraire, il n'y a pas renouvellement si on accepte de nouveaux numéros[5].

De même le reçu d'un compte sans protestation n'em-

---

1 Req., 1er mai 1906, *Gaz. Trib.*, 11 mai 1906.

2 Toulouse, 11 juin 1881, D. 1882, 2, 206. — Trib. des Andelys, 16 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., 2, 327.

3 Trib. de comm. Marseille, 13 juill. 1900, *Rec. Marseille*, 1900, 1, 323.

4 Trib. Seine, 19 avril 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 162. — Huc, VII, n° 18. — Bufnoir, p. 466. — Trib. de paix de Molliens,-Vidame, 5 juill. 1883, S. 1884, 2; 190; D. suppl., v° *Oblig.*, n° 29. — *Contrà:* Trib. de paix de Rosières, 10 janv. 1883, *eod. loc.* — Trib. comm. Boulogne, 13 oct. 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 53.

5 Douai, 10 mars 1874, S. 1876, 2, 150; D. 1874, 2, 153. — V. de même, acceptation d'un volume de supplément à un ouvrage souscrit,

porte pas approbation et ne peut équivaloir à l'acceptation d'offres réelles[1].

De même le fait de répondre affirmativement à une offre conditionnelle, suivi du silence du premier offrant n'emporte pas contrat[2]. De même l'acheteur n'est pas considéré de droit comme ayant accepté les mentions imprimées en marge d'une facture[3].

De même le fait qu'en cours de pourparlers un projet d'acte notarié a été préparé n'emporte pas acceptation[4].

Malgré le silence, on peut admettre qu'il y a convention si la convention proposée est uniquement favorable au destinataire, comme une proposition de remise de dette, de cautionnement, de gage[5]. On va même jusqu'à dire que le fait de recevoir d'un gérant d'affaires les sommes obtenues par la gestion emporte acceptation de la continuation de la gestion[6].

Trib. paix Lagny, 13 mai 1898, *Loi*, 8 oct. 1898. — V. trib. paix de Compiègne, 16 août 1895, D. 1896, 2, 389, qui donne action de *in rem verso*.— Cf. Bufnoir, p. 466.— Aubry et Rau, IV, § 343, note 20 *bis*.

1 Cass. civ., 11 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 305. — *Contrà* : Valéry, p. 96.

2 Bordeaux, 26 juillet 1843.— *Contrà:* Bordeaux, 4 juillet 1843, Dall., v° *Commissionnaire*, n° 44.

3 Trib. comm. Seine, 4 oct. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 484. — Cf. *suprà*, n° 189.

4 Trib. Seine, 6 déc. 1901, D. 1903, 2, 113, avec note de M. Valéry. — Cf. sur le rôle du silence en cas de déclaration de résiliation d'assurances mutuelles, Nancy, 30 juill. 1886. Simonin, *Jurisp. des assur. terrestres*, 2, 109. — Trib. Seine, 21 avril 1898, *id.*, 3, 466. — Trib. Bordeaux, 4 mai 1898, *id.*, 3, 468.

5 Cass., 4 mai 1841, D. v° *Lettre missive*, n° 11. — Cass. req., 15 avril 1874, D. 1875, 1, 356 (prorogation de bail). — Liège, 19 juillet 1883, Pas. 1884, 2, 74 (promesse de trouver un acheteur). — Aubry et Rau, VII, § 658, note 5 et § 659, note 8. — Valéry, *op. cit.*, p. 90. — Bufnoir, p. 466. — Demolombe, XXIV, n° 58. — Baudry et Barde, I, n° 45. — Cf. *Revue de droit civil*, 1918, p. 134 (trib. Tunis, 22 janv. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 60).

6 Cass. civ., 12 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 291.

, Dans tout contrat accompagné de remise d'une chose parce que c'est un contrat réel, on a prétendu que le silence obligeait, qu'il en était ainsi de la mise en gage, en dépôt[1]. C'est une erreur, car la raison d'admettre ici que le silence vaut adhésion, c'est que le fait de ne pas renvoyer la chose implique adhésion. Si on admettait cette idée, il faudrait dire que dans tout contrat s'il y a exécution par l'offrant cela implique acceptation, ce que personne n'admet.

Mais l'acceptation peut se déduire malgré le silence de certaines circonstances[2] soit postérieures à l'offre soit même antérieures.

Comme circonstances antérieures, on peut citer ce fait qu'une personne étant avec une autre en relation d'affaires suivies, garde le silence après avoir reçu un ordre d'expédition et cela pendant un temps prolongé[3].

Il a été jugé dans le même esprit qu'en matière commer-

---

1 Valéry, *op. cit.*, p. 94. — Marghieri, *Dir. comm. italiano*, I, § 51.

2 Aix, 6 juin 1885, *Rec. Aix.* 1885, 423. — Trib. Anvers, 6 août 1859, *Jur. Anvers*, 1859, 1, 310. — *Id.*, 29 déc. 1863, *Jur. Anvers*, 1864, 1, 59. — Vivante, *Dr. comm.*, trad. fr., IV, p. 43. — Beudant, *Oblig.*, n° 68. — Marcaggi, thèse citée, p. 143. — Huc, VII, n° 18. — Laurent, XV, n° 483.

3 Bordeaux, 3 juin 1867, S. 1868, 2, 183; D. 1867, 2, 106. Dans l'espèce d'ailleurs il y avait eu convention verbale antérieure et commencement d'exécution. — Lyon, 28 janv. 1911, Pas. 1911, 4, 123. — Trib. comm. Nantes, 19 mai 1908, D. 1908, 2, 313, avec note de M. Valéry. — Pau, 9 déc. 1874, S. 1876, 2, 244; D. suppl., v° *Mandat*, n° 155. — Rouen, 17 avril 1885, *Rec. Havre*, 1885, p. 122. — Cf. Req., 7 mars 1905, S. 1905, 1, 407. — Valéry, p. 95. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 16. — Guillouard, *Vente*, n° 17. — Bufnoir, n° 466. — Demolombe, XXIV, n° 58. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 20. — Baudry et Barde, I, n° 45. — *Contrà:* Cass. civ., 25 mai 1870, D. 1870, 1, 25; S. 1870, 1, 341. — De même le fait d'un ouvrier qui ne proteste pas contre un ordre de service qui modifie son salaire vaut acceptation et cela dès le moment où l'ordre paraît même avant la date fixée pour l'entrée en application, trib. Tunis, 22 janv. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 60.

ciale le silence à l'égard d'une personne dont on a reçu une lettre « à l'occasion de relations d'affaires entamées » vaut consentement[1]. Le fait de se trouver en pourparlers oblige à répondre. On doit décider de même que le silence vaut acceptation si on a provoqué l'offre[2]. L'état de pourparlers impose des obligations

On a même été jusqu'à dire qu'en matière commerciale le silence valait acceptation[3]. C'est excessif. Rien ne justifie cette règle, ni l'obligation de tenir un copie de lettres, ni celle de garder les lettres reçues[4]. Ce qui est seulement vrai, c'est que l'état de pourparlers engagés oblige à répondre (v. *suprà*, n° 187), et qu'il est plus fréquent en matière commerciale qu'ailleurs. Ensuite on a pu en fait décider avec raison pour des marchandises sujettes à fluctuation que le silence en cas de déclaration, que le défaut de réponse télégraphique vaudrait acceptation, peut être con-

---

1 Montpellier, 3 juillet 1885, D. 1886, 1, 331 ; S. 1886, 2, 56. — Cf. Aix, 13 août 1873, D. 1877, 5, 456, à propos de commandes entre commerçants. — Trib. comm. Marseille, 17 janv. 1906, *Gaz. Trib.*, 1er fév. 1906. — Beudant, n° 68.

2 Valéry, n° 95. — Baudry et Barde, I, n° 45. — Cf. Req., 18 oct. 1909, D. 1910, 1, 307 (*sol. implic.*). Ici le contrat fut admis, l'autre partie ayant ensuite fait estimer la chose, indiquer son prix et enlever l'objet.

3 Montpellier, 3 juillet 1885, S. 1886, 2, 56. — Trib. Anvers, 28 juillet 1858, *Jur. Anvers*, 1858, 1, 169. — Id., 14 déc. 1857, *Jur. Anvers*, 1858, 1, 182. — Cf. id., 10 déc. 1858, *Jur. Anvers*, 1859, 1, 77. — Id., 24 mai 1872, *Jur. Anvers*, 1873, 1, 76. — Delamarre et Le Poitevin, II, n° 155. — *Contrà :* Lyon-Caen et Renault, III, n° 16.

4 V. en notre sens : Toulouse, 11 juin 1881, S. 1883, 2, 8 (*sol. implic.*). — Massé, III, nos 1458 et suiv. — Huc, VII, p. 30, n° 18. — Valéry, pp. 100 à 104 et note dans D. 1905, 1, 345. — Baudry et Barde, I, nos 46 et 47. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 16. — Trib. comm. Nantes, 21 mars 1874, *Rec. Nantes*, 1874, 1, 219. — *Contrà :* Bédarride, *Commissionnaires*, n° 10. — Merlin, *Quest.*, v° *Compte courant*. — Delamare et Le Poitevin, II, p. 155. — Giorgi, *Obligat.*, III, n° 192. — Rappr. Cass. civ., 25 mai 1870, S. 1870, 1, 341.

sidéré comme liant l'autre partie[1]. Mais ceci est très exceptionnel.

Le plus souvent il y aura des faits postérieurs, et au premier rang l'exécution du contrat par celui qui a reçu l'offre. L'article 1985, al. 2, le dit pour le mandat : « l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » Ce texte doit être généralisé[2]. Ainsi on fait à un fournisseur une commande. Il commence à l'exécuter. Il y a acceptation malgré son silence.

Mais d'autres faits peuvent impliquer acceptation. Le notaire en second dans un acte, où on élit domicile en son étude est à considérer comme acceptant le mandat de recevoir certaines pièces[3].

Il peut y avoir d'autres faits de ce genre : comme l'acte d'un conseil d'administration qui apprenant le contrat passé en son nom par son président ne proteste pas, mais demande la garantie personnelle de celui-ci[4].

Ou le fait d'un locataire qui ayant reçu une offre de prorogation de bail la garde et la fait enregistrer[5].

Ou le fait d'un créancier qui, en face d'un débiteur qui sollicite des atermoiements, touche un acompte et assiste à deux assemblées de créanciers sans protester[6].

Ou bien il y a adhésion à des stipulations auxquelles on était étranger lorsqu'elles sont rappelées dans un acte auquel on a participé[7]. Ou bien il y a acceptation d'une offre dans le fait de faire sommation de dresser l'acte cons-

---

1 Trib. Gand, 19 janv. 1897, *Journ. Trib. 1re inst.*, XLV, 158.

2 Valéry, *op. cit.*, p. 89, n° 87.

3 Req., 1er mars 1886, D. 1886, 1, 457.

4 Cass. req., 6 fév. 1893, S. 1896; 1, 114.

5 Req., 15 avril 1874, D. 1875, 1, 356; S. 1874, 1, 432. — Cf. trib. Seine, 7 fév. 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 1er sem., 2, 398.

6 Rouen, 17 juillet 1909, *Rec. du Havre*, 1909, 2, 153

7 Cass. req., 30 janv. 1869, S. 1869, 1, 202.

tant le contrat projeté[1] ou de discuter un nouveau contrat pour remplacer celui résilié tacitement[2].

Parfois même on se contente de ce simple fait qu'une personne a gardé longtemps le silence sur la commande reçue en son nom par un voyageur de commerce[3] ou n'a pas désapprouvé une soi-disant lettre confirmative à elle adressée[4], ce qui est toujours la même idée : qu'on ne doit pas laisser tomber sans réponse des pourparlers[5].

La jurisprudence considère donc que l'acceptation peut résulter de circonstances dont l'offrant n'a pas nécessairement connaissance[6]. C'est parce qu'en fait l'autre partie en a souvent connaissance. C'est surtout que le destinataire de l'offre a souvent agi en conséquence de son acceptation tacite et c'est cette action faite en toute sécurité par l'acceptant que l'on veut protéger par le mécanisme technique du contrat.

De façon plus générale, elle s'inspire de cette idée qu'il faut voir pratiquement ce que l'on fait d'ordinaire. Or *dans les affaires on répond aux lettres de personnes que l'on connaît et aux lettres de pourparlers déjà engagés.* En ne le faisant pas, on déroge à l'usage, on accepte donc les propositions. La jurisprudence, à une époque ancienne, il est vrai, s'est montrée sévère pour les souscriptions d'actions, mais ce sont des actes graves qu'on ne peut admettre trop facilement.

---

1 Trib. Seine, 16 juillet 1906, D. 1907, 2, 231.

2 Cass. civ., 7 juillet 1858, D. 1858, 1, 329 (1re et 2e espèces).

3 Trib. comm. Nantes, 10 nov. 1894, *Rec. Nantes*, 1895, 1, 109.

4 Trib. comm. Nantes, 29 fév. 1896, *Rec. Nantes*, 1896, 1, 150. — Rouen, 19 nov. 1902, *Rec. du Havre*, 1902, 2, 351.

5 V. trib. Ostende, 2 fév. 1893, *Journ. Trib.*, 1895, 777.

6 V. en ce sens, Valéry, p. 136, n° 141. — Cependant il n'y a pas don manuel si une personne pour faire une donation de titres nominatifs les fait transférer au nom du donataire, sans que celui-ci le sache, Paris, 22 avril 1904, S. 1906, 2, 276 et sur pourv. Civ., 18 oct. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 403, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 930.

Rameletti a cherché à grouper les conditions pour que le silence oblige[1]. Il faut que la personne qui a reçu l'offre ait des rapports antérieurs avec l'offrant, ou qu'il soit d'usage dans sa profession d'avoir des rapports semblables, que le destinataire ait eu la plus grande liberté pour manifester sa volonté de ne pas contracter, et qu'un *bonus vir* eût certainement exprimé sa volonté s'il eût voulu repousser le contrat. Il y a là un essai intéressant de formule.

Gabba, au contraire, voit dans la détermination des cas où le silence est obligatoire, une pure question de fait[2]. Mais il n'admet jamais que le silence puisse valoir acceptation si l'on est en face d'un contrat à titre onéreux. Cela est bien sévère[3].

Si le contrat se forme par le silence, il semble naturel de dire qu'il se forme dès la fin du délai exprès ou tacite pour répondre. Il en serait autrement s'il y avait acceptation tacite. Ce serait l'acte qui implique volonté dont la date serait celle de l'acceptation puisque celle-ci n'est pas notifiée[4].

556. — La personne qui garde le silence peut même pour son silence être considérée comme ayant commis une faute si elle a agi contrairement à l'usage[5] et que d'autre part le silence ne puisse être considéré comme une acceptation.

Spécialement on admet que l'éditeur, le directeur de journal qui reçoit un manuscrit doit prévenir s'il le refuse[6].

---

1 *Il silenzio negli atti giuridici*, *Rev. ital. per le scienze giurid.*, 1892, p. 3.

2 *Nuove quest. di dir. civile*, p. 127.

3 *eod. loc.*, p. 125.

4 Cf. Cohen, thèse citée, p. 111.

5 Cass. civ., 20 nov. 1888, D. 1889, 1, 413; S. 1889, 1, 9 (qui dit même il y a contrat). — Trib. comm. Seine, 31 mai 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 255. — Trib. Seine, 22 août 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 398. — Valéry, p. 104. — Cf. trib. Bordeaux, 4 mai 1898, *Simonin, Jurispr. des assur.*, 3, 468.

6 Valéry, p. 220.

En ce sens on a admis qu'il y avait lieu à indemnité contre celui qui avait gardé les numéros d'un journal auquel on voulait l'abonner[1]. De même un médecin appelé pour un accident grave n'accepte ni ne refuse de donner ses soins. Si le blessé meurt par sa faute, il est responsable.

Celui qui a reçu un objet qu'on lui propose d'acheter et qui ne répond pas peut-il être considéré par son silence, si celui-ci ne vaut pas acceptation comme ayant assumé l'obligation de le garder en bon père de famille jusqu'à ce qu'on le lui réclame. On a soutenu l'affirmative. Il est plus prudent de se prononcer en sens contraire et de dire que l'on est tenu seulement en vertu de l'article 1382, de s'abstenir de faute[2], car si on n'accepte pas le contrat, on peut difficilement être considéré comme ayant accepté d'être gardien de l'objet envoyé.

557. — Faut-il voir une acceptation dans une déclaration de volonté adressée à des tiers, ou au public, ou restée inconnue de l'offrant. Il a été jugé qu'un auteur ayant présenté une pièce à l'Opéra et les directeurs ayant adressé à la presse une note disant qu'ils venaient de recevoir cette pièce, il n'y avait pas acceptation[3]. Cette décision paraît contestable. Du moment que l'acceptation est déclarée au public, de façon que l'auteur en aura connaissance, il semble qu'il y a bien volonté d'accepter. Toute acceptation destinée naturellement à arriver à la connaissance de l'offrant est valable (v. *suprà*, n° 540). Dans ce sens, le Code de procédure (art. 709) considère comme définitive la surenchère dès son inscription au greffe, puisque à défaut de dénonciation par le surenchérisseur, d'autres personnes

---

[1] Trib. Seine, 19 avril 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 162.

[2] Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 343.

[3] Trib. Seine, 24 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 301. — *Contrà* : Paris, 19 fév. 1910, D. 1913, 2, 35 (indication d'une pièce sur un programme distribué au public). — Rappr. Pouillet, *Propriété littéraire*, p. 759, 2e éd. (distribution de rôle d'une pièce de théâtre).

peuvent la dénoncer : poursuivant, saisi. Ainsi cette acceptation sous condition d'absence de nouvelle enchère vaut sans avoir été adressée au poursuivant qui est l'offrant[1].

La solution consistant à déclarer sans valeur une acceptation adressée à des tiers n'est exacte qu'au cas où l'offrant n'en aura probablement pas connaissance : si par exemple je déclare à un ami que j'accepte le marché qu'on m'a proposé ce matin par lettre[2].

Il en serait de même de l'acceptation sous une forme telle que l'offrant ne dût pas en avoir connaissance : un visa sur une lettre, une mention sur un registre de l'acceptant[3]. Cette acceptation est sans valeur.

Par contre serait obligatoire et définitive l'acceptation résultant d'un fait dont l'offrant consent par avance à ne pas avoir connaissance : comme celle résultant du fait de verser de l'argent dans un distributeur automatique. Ou encore au cas où une personne écrit : si telle chose que j'ai chez vous vous convient à tel prix, prenez-la. La seule appréhension emporte formation du contrat. Ici la solution se fonde sur une déclaration anticipée de l'offrant, laquelle est obligatoire comme volonté unilatérale.

558. — L'offre une fois expédiée peut elle être révoquée avant son arrivée à destination ? On admet qu'elle peut être révoquée par un acte arrivant avant l'offre, comme une dépêche lancée qui devancerait la lettre. Il en serait de même pour un acte arrivant en même temps que la lettre[4]. On peut même dire qu'il en serait ainsi si l'offre

---

1 V. Cass. Rome, 16 nov. 1918, *Giur. ital.*, 1918, 1, 1223 (acceptation par délibération d'un conseil municipal régulièrement publiée).

2 V. cep. Riom, 12 déc. 1883, D. 1885, 2, 102. — V. en notre sens : Paris, 13 avril 1910, D. 1913, 2, 35.

3 V. Paris, 17 avril 1852, S. 1852, 2, 206.

4 Bordeaux, 13 juin 1853, S. 1853, 2, 555 ; D. 1855, 2, 342. — Guillouard, *Vente*, n° 12. — Demolombe, XXIV, n° 63. — Aubry et Rau, IV, § 343, texte et note 13. — Bufnoir p. 480, 1°. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15. — Baudry et Saignat, n° 31. — Baudry et Barde,

était dans le même courrier décachetée avant la révocation. Si cet ordre pouvait être établi, l'offre serait nulle parce que sa révocation ne cause en fait aucun préjudice. Or, toute la base de la théorie est là. L'offre en cours de route peut être révoquée parce que cela ne cause aucun préjudice au destinataire.

Nous parlons ici d'arrivée à destination[1], mais on peut hésiter entre ce système de la réception et celui de la perception. Il faut admettre ici le même système que pour l'acceptation et le justifier par les mêmes arguments (v. *infrà*, n° 577).

Mais il y a une difficulté particulière pour les offres à personnes indéterminées. Là encore, il ne faut pas partir de vues techniques, mais de nécessités pratiques. On ignore en fait le moment de la réception et *à fortiori* celui de la perception. Faut-il dire alors que l'on est obligé dès qu'une personne a pu avoir connaissance de l'offre : dès l'heure de mise en vente du journal. Ce serait considérer le public comme un bloc, abstraction faite des situations spéciales. Cela semble plus satisfaisant, la tendance étant ici de considérer que le monde moderne tient compte des groupes dès qu'en fait ils existent. Celui qui subit cette règle ne peut s'en plaindre, car lui-même l'a établie en s'adressant au public. L'offre deviendra donc rapidement irrévocable[2]. S'il y a publicité successive, le premier acte de publicité suffit, même si la publicité est légale[3] ?

559. — L'offre une fois arrivée à destination peut-elle être révoquée par son expéditeur ?

I, n° 35. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, n°s 1543 et 1520. — Chironi et Abello, I, p. 370. — Saleilles, *Obligation*, n° 138. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 265.

1 Cf. Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 266.

2 V. cep. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 198, qui applique ici le système ordinaire : choisir entre la réception et la perception.

3 *Contrà :* Carrara, *op. cit.*, p. 198.

La jurisprudence pendant longtemps a considéré que l'offre non acceptée peut toujours être rétractée[1]. C'est ce qu'implique dans un cas spécial la loi du 18 juillet 1907, article 3, sur la faculté d'adhésion à la loi sur les accidents du travail. Ce droit de révocation peut être exercé par le pollicitant jusqu'au moment où lui arrive la lettre d'acceptation[2]. Et peu importe que les deux lettres, l'une d'acceptation, l'autre de rétractation de l'offre se croisent[3]. On l'a même admis au cas où le pollicitant avait déjà fourni une caution pour garantir l'exécution[4].

La jurisprudence a même été jusqu'à valider la révocation d'une offre lorsque cette révocation était arrivée en temps utile aux mains du mandataire apparent de l'autre partie[5].

Il se dégage de là que la révocation est une déclaration de volonté non réceptice, puisque son arrivée à destination avec un retard ne l'empêche pas de produire ses effets. Ce système concorde peu avec celui admis pour l'offre, mais

---

1 Req., 16 avril 1861, S. 1862, 1, 201. — Cass. req., 12 juill. 1847, S. 1848, 1, 181. — Trib. Albi, 29 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 121. — Req., 11 déc. 1901, D. 1903, 1, 114. — Lyon, 27 juin 1867, S. 1868, 2, 183. — Bourges, 2 avril 1821, S. chr. — Trib. Liège, 5 mai 1911, Pas. 1911, 3, 388. — Gand, 8 mai 1875, Pas. 1875, 2, 284. — Cf. Req., 29 avril 1903, D. 1904, 1, 135. — Bordeaux, 22 mars 1893, inédit. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 57. — Rappr. Holder, *Widerruf*, thèse Berne, 1909.

2 Orléans, 26 juin 1885, S. 1886, 2, 30. — Bordeaux, 17 janvier 1870, D. 1871, 2, 96; S. 1870, 2, 219. — Lyon, 25 mars 1873, D. 1873, 2, 68, *sol. implic.* — Trib. Seine, 27 juin 1895, *Gaz. Trib.*, 7 janv. 1896. — Riom, 12 déc. 1883, D. 1885, 2, 102, *sol. implic.*

Rappr. le droit du portefort de modifier le contrat jusqu'à acceptation par l'intéressé, Cass. req., 12 fév. 1873, S. 1873, 1, 457.

3 Orléans, 26 juin 1885 et Bordeaux, 17 janv. 1870 précités. — Req., 28 fév. 1870, S. 1870, 1, 296; D. 1871, 1, 61. — Mais il en serait autrement si la lettre d'acceptation arrivait chez le mandataire de l'offrant alors que la lettre révoquant le mandataire est en route, Trib. Lyon, 6 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, suppl. 116.

4 Amiens, 18 janv. 1899, *Rec. Amiens*, 1899, p. 80.

5 Req., 11 déc. 1901, D. 1903, 1, 114.

il vient de l'idée ancienne que dans la formation du contrat il faut exiger le maintien de la volonté de l'offrant[1].

On a dit dans le sens de cette jurisprudence que si dans ce système l'offre risque d'être un leurre, il est difficile de supposer l'engagement tacite de maintenir la proposition, même s'il y a fixation d'un délai, à moins de renonciation expresse à ce droit[2].

Mais pour raison de sécurité dans les transactions, on a concédé que le pollicitant pouvait promettre de ne pas retirer sa proposition avant un certain délai[3]. Certains vont plus loin et disent qu'il y a toujours fixation tacite d'un délai[4].

Mais cela produit des difficultés. Il faut, pour expliquer cette solution, ou admettre que tacitement en recevant l'offre on accepte le droit d'utiliser tout le délai, ou admettre que la concession de délai est déjà une offre unilatérale obligatoire, ce qui est admettre la volonté unilatérale comme une source d'obligations (v. *suprà*, n° 17)[5].

Aussi certains auteurs ont-ils dit : on peut toujours retirer l'offre, sauf à indemniser si on a concédé un délai[6], à

---

1 V. dans le même sens, art. 36, Comm. italien et sur ce texte : Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 202.

2 Valéry, p. 167. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15. — Beudant, n° 75. — Larombière, art. 1101, n° 13. — Demolombe, XXIV, n° 63. — Baudry et Saignat, n° 31.

3 Valéry, p. 169. — Laurent, XV, n° 476. — Guillouard, *Vente*, n° 12. — Bufnoir, p. 479. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15. — Beudant, n° 81. — Demolombe, XXIV, n°s 64 et 65. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 482. — Baudry et Saignat, n° 42. — Vivante, IV, p. 58. — Planiol, II, n° 983. — Cf. Em. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Revue critique*, 1899, p. 385.

4 Guillouard, *Vente*, n° 12. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15. — Baudry et Saignat, n° 43. — Marcaggi, *op. cit.*, pp. 124 et suiv. — *Contrà :* Demolombe, XXIV, n° 67.

5 V. en ce sens : Baudry et Barde, I, n° 33.

6 Larombière, art. 1101, n° 14.

moins qu'on ait fait l'offre à un portefort[1] qui promet de consulter le bénéficiaire.

On se demande comment la révocation de l'offre peut obliger à indemnité[2]. Le droit de révocation n'a rien d'incompatible avec l'obligation d'indemnité. Ainsi on admet que celui qui a cédé le droit de publier sa photographie peut le retirer à condition d'indemniser des dépenses faites[3]. Mais là intervient une considération de droit personnel qui n'existe pas ici. Sur quelle base faire reposer ici la responsabilité ? On l'a fondée sur l'idée de faute. Jhering de son côté a invoqué ici la *culpa in contrahendo*[4]. M. Valéry a invoqué l'usage[5]. M. Fagella et M. Saleilles donnent toutefois une autre base à la responsabilité de l'offrant. Ils y voient le premier une obligation légale, le second plutôt une faute ou un contrat tacite, ce qui est en harmonie avec leur système général de responsabilité précontractuelle. En tous cas ils estiment tous deux que cette obligation de réparer le préjudice négatif existe pour tout retrait d'offre, arbitraire ou non, solution plus générale mais plus précise que celle donnée d'ordinaire par les auteurs qui sont ici assez vagues[6].

Au point de vue des conséquences pratiques, on semble plutôt s'accorder à ne tenir compte que de l'intérêt négatif du destinataire de l'offre et même on ne lui restituera que les frais faits par lui en comptant sur l'offre : frais de voyages, etc.

---

1 Larombière, art. 1101, n° 15.

2 V. Demolombe, XXIV, n° 71. — Aubry et Rau, IV, § 373, note 17. — Larombière, I, art. 1101, n° 24. — Pothier, *Vente*, n° 32. — *Contrà:* Laurent, XV, n° 481. — Baudry et Barde, I, n° 32. — Giorgi, *Obligazioni*, III, n^{os} 225 et 240.

3 Paris, 25 mai 1867, S. 1868, 2, 41.

4 *Œuvres choisies*, II, p. 1. — Cf. Saleilles, *Obligations*, p. 143, 2^{e} éd., texte et note 5.

5 p. 179, n° 187..

6 V. Saleilles, p. 734, *op. cit.*, et Faggella.

Toutefois, M. Faggella suivi en cela par M. Saleilles admet, ce qui est logique avec sa théorie de la responsabilité précontractuelle, qu'on répond de quelque chose de plus que les frais faits[1], on répond de tout l'élément négatif du dommage.

Logiquement cette responsabilité pour retrait de l'offre n'est qu'une cote mal taillée entre deux systèmes : celui de la pure révocabilité de l'offre et celui de l'offre obligatoire, car s'il y a faute ou manquement à l'usage, il doit y avoir comme sanction le fait de considérer l'offre comme maintenue : c'est la réparation adéquate. Alors c'est admettre que l'offre est irrévocable.

D'ailleurs, cette idée de réparation dans la mesure de l'intérêt négatif n'aurait chance de triompher que dans des cas limités : si le destinataire de l'offre est pauvre et qu'on le force à se déplacer pour s'entendre au sujet d'un emploi.

Ce qui est vrai, c'est qu'en pratique on admet toujours que les offres sans fixation de délai sont pleinement révocables. Ici domine cette conception que lorsqu'on est dans cette phase complexe des pourparlers, on est maître de sa volonté.. En réalité, dans la pratique actuelle, quand on fait une offre sans fixation de délai, cela veut surtout dire que l'on va causer. On échangera des vues, en prenant pour base l'offre, ou on l'acceptera de suite, cela dépendra du caractère des gens, et aussi beaucoup de l'importance de l'affaire. On ne cède pas une exploitation, une usine, un fonds de commerce, comme on vend dix sacs de blés, ou un tonneau de vin. Donc, après l'offre s'engage une phase obscure de pourparlers, où tout est fragile, où rien ne devient net que du jour où on lance une acceptation sur les dernières bases arrêtées.

---

1 V. Saleilles, *Responsabilité précontratuelle*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 733. — Faggella, *Dei periodi précontrattuali*, *Studi in onore di Fadda*, III, p. 339.

On pourrait seulement parler de faute si on a obligé une personne peu fortunée relativement à des déplacements, expériences, démonstrations coûteuses. Le droit ne peut être le même pour les possédants et pour les autres. Il doit ici se plier à la réalité par l'idée de convention tacite ou d'obligation unilatérale tenant à des circonstances spéciales.

S'il y a fixation de délai, il est naturel de considérer que le destinataire s'est donné le temps de réfléchir, et il y a ici un besoin plus urgent de tenir compte du système de l'offre obligatoire. Ensuite l'offrant ne veut pas de pourparlers, mais une réponse ferme. Il est naturel que l'offre, elle aussi, soit faite ferme sans révocation possible. Aussi la tendance de la majorité des auteurs doit-elle être approuvée[1]. Elle trouve d'ailleurs déjà un certain écho dans la jurisprudence la plus récente[2].

Récemment il a été jugé qu'une annonce précise paraissant dans les journaux et demandant un objet constituait une offre; que le contrat se formait au départ de la lettre d'acceptation où l'on offrait l'objet demandé. Et que même au cas où celle-ci ne serait qu'une proposition, il ne fallait pas que son auteur commençât par ailleurs d'autres pourparlers[3].

Mais cette obligation de maintenir l'offre n'est donnée que de façon subsidiaire. Ensuite elle établit seulement que pour révoquer son offre, il faut porter le fait à la connaissance de l'autre partie.

Dans le même esprit la Cour de Bordeaux paraît admet-

---

1 V. de même : Vivante, *Dr. commercial*, IV, n° 1544. — Planiol, II, n° 983. — Marcaggi, p. 126, qui parle ici d'obligation unilatérale. — Saleilles, *Obligation*, n° 138. — Thiry, *Dr. civ. belge*, II, n° 554. —, Pacifici Mazzoni, *Istit.*, IV, p. 159.

2 V. Toulouse, 18 jan. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 215 (proposition d'assurance déclarée valable trois mois). — V. la même portée donnée à la clause sauf invendu, qui permet à l'offrant de n'exécuter le contrat que s'il n'a pas vendu ailleurs les marchandises, Anvers, 27 déc. 1890, *Journ. Trib.*, 1891, 140.

3 Paris, 5 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 1er mars 1910.

tre que dans les ventes de vins, le vendeur doit maintenir son offre s'il a fixé un délai[1]. Ces décisions constituent elles un pas vers l'admission du caractère obligatoire de l'offre même sans fixation de délai ? Nous verrons plus loin que les législations récentes : code portugais, code allemand, code sujsse sont favorables à cette théorie.

Plus récemment, la Cour de Paris a même été plus loin. Une personne demande par les journaux à acquérir une année de Revue. Un libraire lui répond en annonçant la chose cherchée pour un prix de... Le lendemain, le tiers envoie l'argent et demande l'envoi. La Cour a jugé que le libraire n'avait pu révoquer son offre pendant le temps nécessaire à la réponse en vendant à un tiers[2]. La solution est importante; bien que l'offre du libraire répondant à une annonce faite sans prix annoncé, ne fut, malgré la qualification contraire de la Cour, qu'une offre.

Il y a donc évolution du côté de l'irrévocabilité de l'offre. Il faut reconnaître que sur cette question non prévue par la loi les arguments donnés comme défavorables à l'irrévocabilité ne sont pas décisifs. On a dit que l'offrant ne pourrait plus offrir d'un autre côté. Mais il ne peut se plaindre. Il devait réfléchir avant de faire une démarche. On a dit que le destinataire ne devait pas avoir de droit n'ayant rien fait pour en acquérir. Mais ne peut il pas être utile de reconnaître des droits dans ce cas même. Sans doute, on exigera toujours que la révocation soit notifiée à temps. Mais cela suffit-il pour protéger le destinataire[3] ?

En tous cas, la doctrine reconnaît que l'offrant peut renoncer à son droit de révocation. Beaucoup l'expliquent en voyant dans cette clause un contrat unilatéral[4], solution critiquable, car il est difficile de trouver ici une acceptation. Vivante a parlé de la clause inséparable de l'offre[5] dont le

---

1 Trib. Bordeaux sous Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 1892, 2, 390.

2 Paris, 5 fév. 1910, D. 1913, 2, 1, avec note de M. Valéry.

3 V. *contrà:* Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 153.

4 Majorana, *Delle convenzione fra personne lontane*, 2e éd., p. 99.

5 Vivante, *Droit comm.*, IV, n° 1545.

retrait entraînerait l'obligation étendue à indemnité. Mais la clause n'étant pas rattachée au contenu de l'offre peut s'en séparer. Il est plus simple de voir là une renonciation pour laquelle un acte unilatéral suffit[1].

Si malgré sa renonciation le pollicitant révoque, on admet parfois qu'il ne peut y avoir contrat, faute de permanence de la volonté, mais indemnité pour le gain manqué[2]. Nous croyons cette opinion critiquable. Si une volonté est émise irrévocablement, le droit doit la tenir pour persistante. La sécurité des relations l'exige. N'en serait-il pas ainsi, on devrait dire qu'à raison de sa faute l'offrant est tenu à réparation et que la réparation adéquate est de le tenir obligé comme s'il y avait eu contrat.

560. — Dans le même esprit de la jurisprudence traditionnelle il a été jugé que les héritiers n'étaient pas liés par l'offre de leur auteur, de sorte que l'acceptation faite après le décès était sans valeur[3]. L'offrant doit être vivant lorsque le contrat se forme.

Il faut donner la même solution s'il s'agit d'une soeiété qui se dissout avant formation du contrat.

---

1 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 207.

2 V. Carrara, *op. cit.*, p. 208. — *Contrà:* Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 343, note 12. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 15.

3 Req., 21 avril 1891, S. 1895, 1, 398. — Cass., 1er mai 1894, D. 1895, 1, 69, *Pand. fr.*, 1895, 1, 391. — Gand, 9 avril 1874, Pas. 1874, 2, 239. — Cass. civ., 10 déc. 1894, D. 1895, 1, 329; S. 1898, 1, 437, *Pand. fr.*, 1896, 1, 213.— V. de même: Aubry et Rau, IV, § 343, note 15.— Demolombe, XXIV, nos 63, 65 et 70.— Valéry, p. 191.— Pothier, *Vente*, n° 32.— Planiol, II, n° 980.— Laurent, XV, n° 478.— Guillouard, *Vente*, n° 14. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15 *bis*. — Beudant, n° 75. — Pacifici Mazzoni, IV, p. 160. — Thiry, II, p. 554. — Larombière, art. 1101, n° 20. — Baudry et Saignat, n° 28. — Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 292. — Baudry et Barde, I, n° 31. — V. *contrà:* n° 34, au cas de délai concédé. — Cf. Saleilles, *Oblig.*, 2e éd., n° 138. — Giorgi, III, nos 234 et 239. — V. cep. Cass. req., 7 avril 1829, S. chr., D. 1829, 1, 211, qui a déclaré obligatoire une promesse pour construire une église, alors que le maire n'avait pas été autorisé à l'accepter du vivant du promettant et S. chr.

Il faut décider de même si le bénéficiaire de l'offre décède avant la formation du contrat[1]. Quelques auteurs ont cependant admis le contraire en cas de fixation d'un délai[2].

Les mêmes solutions s'appliquent aux incapacités, notamment à l'aliénation mentale[3], à la mise en faillite qui produit une incapacité d'obliger son actif présent[4]. Et il n'y a lieu ici à aucune réparation[5].

Ces solutions, qui sont logiques avec le système de la révocabilité de l'offre[6] sont en opposition avec celui de l'offre obligatoire, qui commence à se manifester dans la jurisprudence[7] et dans la doctrine[8].

---

1 Civ., 20 juill. 1846, S. 1846, 1, 875. — Req., 21 avril 1891, S. 1895, 1, 398; D. 1892, 1, 181. — Cass. req., 16 avril 1874, S. 1874, 1, 432; D. 1875, 1, 356. — Guillouard, *Vente*, n° 14 (à moins, dit-il, que l'offre ne paraisse s'étendre aux héritiers). — Lomonaco, *Obligazioni*, I, p. 57. — Valéry, p. 195. — Laurent, XV, n° 478. — Larombière, art. 1101, n° 20 (sauf si l'acceptation est déjà envoyée). — Demolombe, XXIV, n° 69. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 482. — Vivante, *Dr. comm.*, nos 1534 et 1549. — *Adde:* Cass. civ., 10 déc. 1894 précité.

2 Darquer, *Contr. par corresp.*, thèse 1885, p. 48. — Cf. Baudry et Barde, n° 34. — De la Grasserie, *Revue critique*, 1912, p. 371.

3 Trib. Seine, 18 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 305. — Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, IV, p. 160.

4 Valéry, p. 197. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15 *bis*. — Baudry et Barde, I, n° 31. — Planiol, II, n° 980. — Laurent, XV, n° 478.— Baudry et Saignat, n° 28, voient ici une nullité relative. — *Contrà:* Baudry et Barde, n° 34, au cas de délai concédé. — De la Grasserie, *Revue critique*, 1912, p. 371.

5 Giorgi, III, n° 235.

6 V. Sanchez Roman, IV, p. 241, 2e éd., qui les explique par cette idée que la volonté base de l'offre n'existe plus.

7 Pour le cas de décès en cas d'offre de concours pour un travail public, Cons. d'Etat, 3 août 1900, D. 1901, 3, 643; S. 1903, 3, 13. — Cons. d'Etat, 1er juillet 1898, *Rec. des arr. du Cons. d'Etat*, p. 517. — Mais on admet que l'offre non acceptée est révocable, Cons. d'Etat, 27 juin 1884, *id.*, p. 542. — Cf. sur ces questions, Brémond, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1901, p. 23.

8 V. not. Colin et Capitant, II, pp. 285-288.

Mais ici intervient un autre facteur. Lorsqu'il y a dans le contrat une certaine considération personnelle, on peut n'être pas disposé à traiter avec l'héritier. Si j'offre à une personne de lui prêter de l'argent, de lui vendre à crédit, je puis ne pas vouloir prêter ou faire crédit à ses héritiers. Pour le cas d'incapacité, l'argument a moins de valeur. Si une femme fait une offre, on ne voit pas pourquoi son mariage la rendrait inutile. Aussi M. Barassi distingue-t-il et admet-il que l'offre tombe en cas de mort et non en cas d'incapacité[1]. Il est vrai qu'il se fonde au premier cas sur une impossibilité invincible de transmission héréditaire d'un contrat non complet. Nous préférons nous fonder sur l'utilité.

Dans le cas de faillite, il y a une autre considération. On n'aime pas traiter avec une faillite. Il serait donc sage, même dans le système de l'offre obligatoire d'être très prudent à propos de l'effet de la mort ou de l'incapacité d'une des parties et d'admettre les distinctions précédentes[2].

On s'est demandé, si l'on admet que l'offre tombe par la mort ou l'incapacité, comment on pourrait protéger le destinataire de bonne foi. Il semble inadmissible de dire que sa bonne foi suffira à faire qu'il y a contrat s'il ne pouvait raisonnablement connaître l'événement[3]. On pourrait dire du moins que si les héritiers, le tuteur de l'offrant ne notifient pas le fait au destinataire dans un délai raisonnable, ils

---

1 *Notificazione necessaria*, p. 169. — Les auteurs italiens admettent en général la révocation dans tous les cas : Vivante, *Dir. comm.*, IV, p. 1549 (sur le caractère personnel de l'offre). — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 146, qui se refuse à détacher l'offre de la personnalité.

2 Cf. sur ces points : Marcaggi, p. 188. — V. Colin et Capitant, II, p. 287, qui pour le cas de faillite aboutissent au même résultat que nous par une autre voie en disant : la faillite empêche le contrat, car l'offre n'est qu'un avant contrat et le contrat ne date que de l'acceptation. Cette explication est surtout technique, le nôtre repose sur une observation pratique.

3 V. cep. Barassi, *Notificazione necessaria*, p. 171.

seront tenus à indemnité[1]. Il y a là une obligation sous-entendue de respecter la loyauté dans les pourparlers qui est fort raisonnable.

560 bis. — L'offre irrévocable doit toujours être considérée comme accompagnée de la clause *sic rebus stantibus* en tant que visant la chose elle-même. Ainsi une personne offre d'acheter un immeuble pour tel prix et donne un délai pour la réponse, l'offre tombe si entre temps l'immeuble est brûlé, endommagé par un tiers, ou s'il est modifié juridiquement : par l'établissement d'une servitude, par la signature d'un bail, la rupture d'un bail. Mais il n'y aurait pas à tenir compte de faits extérieurs : projet d'expropriation, etc.

Inversement, si une réponse d'un acheteur était en route pendant que la maison qu'on lui avait offerte brûle, ou s'écroule, sa réponse serait encore non avenue. Le futur acheteur est censé insérer la clause *sic rebus stantibus* pour tous les changements de la chose jusqu'à l'arrivée de l'acceptation et la formation du contrat.

561. — Jusqu'à quel moment l'offre peut-elle être révoquée ? Jusqu'à la formation du contrat, dit-on généralement, sauf à discuter le moment de la formation du contrat[2]. On se demande aussi s'il suffit que la révocation de l'offre se manifeste avant la formation du contrat, même si elle n'arrive à destination qu'après, ou s'il faut qu'elle arrive au destinataire avant formation du contrat. Nous avons vu que la jurisprudence admet cette dernière solution. En faveur du second système, on invoque la nécessité de ne tenir compte que des volontés connues et les articles 2005, 2008 et 2009 Civ. qui prolongent l'effet du mandat tant que sa révocation n'est pas connue des tiers, d'où on tire cette conclusion qu'une personne peut méconnaître

---

1 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 219.

2 Valéry, p. 172. — Laurent, XV, n° 476. — Larombière, art. 1101, n° 21. — Cf. Cass. req., 12 juill. 1847, S. 1848, 1, 181. L'offre peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée, dit cet arrêt.

une révocation non connue d'elle en temps utile[1]. Enfin on affirme que l'offrant est lié à son offre jusqu'à l'arrivée de la lettre d'acceptation.

Nous approuvons ce système. Disons toutefois que, selon nous ces arguments ne sont pas décisifs. La révocation de volonté une fois exprimée devient à son tour une volonté connue dont il faut se préoccuper. On hésite encore à admettre aujourd'hui le caractère obligatoire de l'offre. Les articles 2005 et suivants indiquent seulement une nécessité pratique dans un cas spécial.

Il faut placer la question sur le terrain de l'utilité pratique. En fait tant que la phase des pourparlers n'est pas achevée, on doit s'attendre à voir tomber l'offre. Or cette phase complexe n'est pas achevée tant que la lettre d'acceptation n'est pas arrivée, car elle peut se perdre, arriver après les délais de l'offre. L'acceptant ne peut donc compter sur la valeur de son acceptation qu'un certain temps après avoir envoyé celle-ci. Mais à ce moment il doit compter sur le contrat s'il n'a pas reçu de lettre de révocation.

En tous cas, à partir du moment où le délai accompagnant l'offre est expiré, il n'y a plus à la révoquer, elle n'existe plus. S'il n'y a pas de délai; il est sage d'admettre que l'offre ne vaut pas indéfiniment, mais pendant un délai maximum à déterminer dans chaque cas (v. plus loin).

561 bis. — Il y a donc une tendance à rendre l'offre irrévocable, à en faire une sorte d'avant-acte. Cette tendance se manifeste surtout dans les codes récents (v. codes allemand et suisse)[2].

Elle pourrait conduire à une construction technique générale. Si l'offre vaut par elle-même, ne pourrait-on pas

---

1 V. ces arguments résumés par Valéry, pp. 174-176. — Larombière, art. 1101, n° 21. — V. aussi, Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 55 et Cass. Florence, 16 mars 1895.

2 V. sur cette tendance : Thaller, *Vie juridique du français*, II, pp. 42 et suiv. — Saleilles, *Obligation*, 2e éd., p. 142.

en rapprocher le testament et y voir une offre révocable faite aux légataires avec irrévocabilité du jour du décès.

Le testament apparaîtrait comme la première phase d'un contrat, dont l'acceptation par le légataire serait la seconde Des institutions comme l'exécution testamentaire se plieraient aisément à cette construction. Il en résulterait des conséquences pratiques. Le dol pour être une cause de nullité du testament ou de l'acceptation devrait ne pas venir d'un tiers. Ce serait peut-être peu équitable.

La possibilité d'accepter un legs pour partie, de n'être autorisé à l'accepter que pour partie s'il s'agit d'un incapable, d'une personne morale, s'apprécierait comme l'acceptation partielle d'une offre (v. *infrà*). Le défunt pourrait exiger que son legs ne fut autorisé que pour le tout[1]. On expliquerait plus facilement que le testateur put donner de larges pouvoirs à son exécuteur testamentaire[2]. L'avantage de cette construction serait que le testament, acte à part, bizarre en théorie, rentrerait dans le droit commun. Ce serait une offre faite *post mortem*[3]. Mais cela n'empêcherait pas d'assouplir ce principe suivant les besoins pratiques.

Il faut en effet bien reconnaître en même temps que pour partie le testament est un acte unilatéral, je dirai qu'il a un véritable caractère législatif, s'imposant à tous. Cela a lieu non pas de façon générale, mais dans certaines des dispositions testamentaires celles visant les funérailles, disant que les manuscrits du défunt resteront secrets un certain temps, ne seront publics que dans telles conditions, etc. Ces

---

1 Cf. en ce sens : Morillot, *Revue critique*, 1872, p. 169.

2 Cf. Guyot, *L'exécution testamentaire*, p. 34. — Aubry et Rau, VII, 4e éd., § 711.

3 Cela justifierait très bien le droit pour un testateur d'interdire que son legs fait à un établissement public soit réduit par l'Administration. V. sur la question : Vigié, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1894, p. 401. — Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 130 qui a très bien aperçu que le testament est un acte spécial exigeant la volonté d'un tiers.

volontés qui s'imposeraient même à l'Etat venant prendre la succession en déshérence, certaines charges qui s'imposent non au légataire, mais à l'ayant-droit à la succession quel qu'il soit, sont tout ce qu'il y a ici d'unilatéral. Par là le testateur impose ses désirs.

Même envisagée comme une offre au légataire, le legs présente des règles spéciales. L'acceptation qui ne peut être antérieure au décès, a effet rétroactif au jour du décès. Elle n'a pu être notifiée à l'héritier pour produire ses conséquences. Enfin le légataire qui a accepté un legs révoqué par un testament postérieur ignoré ne peut plus tard demander qu'on tienne compte de cette offre apparente.

562. — La personne à qui l'on offre de contracter peut librement, à condition bien entendu de ne pas le faire dans des conditions dommageables par leur publicité[1], refuser de le faire. Cependant la question s'est présentée dans ces dernières années de savoir si le refus de contracter ne pouvait pas donner lieu à indemnité. La Cour de cassation[2] a admis que si l'on ne pouvait considérer comme faute le seul fait d'avoir refusé d'embaucher des ouvriers syndiqués, ce refus pouvait se produire dans des circonstances qui lui donneraient le caractère répréhensible.

Pareille solution, admettant l'action en dommages-intérêts pour refus de contracter a été donnée par d'autres jugements ou arrêts[3].

---

1 Trib. Seine, 8 janv. 1907, D. 1907, 5, 22 (refus d'une licence à un jockey).

2 Req., 13 mars 1905, D. 1906, 1, 113, avec note de M. Planiol.

3 Trib. de Bordeaux, 14 déc. 1903, S. 1905, 2, 17, avec note de M. Ferron (maintenu par la Cour de cassation) et *Revue de dr. civil*, 1905, p. 127. — Trib. comm. Epernay, 28 fév. 1906, S. 1906, 2, 180; D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — Cf. Ripert, *Rev. crit.*, 1909, p. 147. — Trib. de Lille, 12 nov. 1906, D. *eod. loc.*, S. 1909, 2, 323. — Aix, 21 déc. 1910, S. 1912, 2, 97, avec note de M. Naquet, D. 1911, 2, 385, avec note de M. Planiol, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 172, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 124. — Ripert, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1913, p. 213.

Ces solutions doivent être approuvées. Elles appliquent exactement la théorie de l'abus du droit que nous exposerons plus loin[1]. Elles présentent seulement ceci de spécial qu'au lieu de l'appliquer à un droit défini : droit de propriété, droit d'ester en justice, elles l'appliquent à la liberté d'agir. Mais peu importe qu'un droit soit étiqueté, catalogué ou non. La liberté comme tout autre droit ne peut être uniquement employée pour nuire.

Dans l'espèce, on peut dire qu'il y a abus du droit lorsque le patron agit uniquement par intention malveillante, pour empêcher le syndicat de se recruter. Mais il en serait autrement si le patron refusait l'ouvrier parce que syndiqué, mais ayant des raisons sérieuses de refuser les syndiqués ; le syndicat ayant suscité des grèves, des conflits, etc[2]. Il y a donc pour le juge une appréciation très délicate à faire. Il faudra avoir la preuve que le patron a agi uniquement pour nuire, il faudra établir qu'en fait le syndicat a été raisonnable, ou relever des maladresses du patron disant qu'il fera tomber le syndicat, etc., pour dire qu'il y a abus du droit.

M. R.-L. Morel[3] a défendu un autre système. Il distingue si le refus émane d'une personne restée inactive ou non. Il n'y aurait pas responsabilité si une personne recevant une offre, la refusait. Il y aurait seulement responsabilité si la personne qui a refusé, avait offert d'entrer en pourparlers, demandant des ouvriers, ou si la personne rompait les pourparlers déjà commencés. Il se fonde sur ce qu'en ces divers cas il y a confiance légitime trompée.

---

1 V. contre cette théorie dans l'espèce : Planiol, D. 1906, 1, 113. — *Contrà :* les autres auteurs cités. — *Adde :* Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, thèse de Lyon, 1911, p. 122.

2 V. cette idée précisée dans l'arrêt d'Aix du 21 déc. 1910. — Rappr. trib. de Lille, 12 nov. 1906 moins net qui affirme à tort que la grève est un droit. —*Contrà :* trib. de comm. d'Epernay, 28 fév. 1906, qui semble nier le droit de refuser un ouvrier parce que syndiqué.

3 *Du refus de contracter en raison de considérations personnelles*, *Revue de dr. civil*, 1908, pp. 299 à 308.

Cette solution étrangère à la jurisprudence semble peu exacte. L'abus du droit peut, en effet, s'étendre à l'inaction ou au silence.

Comment faut-il calculer les dommages-intérêts qui sont dus ? M. Morel, prenant comme point de départ de la responsabilité les avances faites par celui qui, finalement, refuse, dit que l'indemnité ne sera que de l'intérêt négatif. il admet ici la théorie d'Ihering sur le *negative Vertragsinteresse*.

Pour nous, le patron répond du préjudice causé. Or, quel est-il ? A-t-il fait manquer une place à l'ouvrier ? C'est possible. Mais peut-être que l'ouvrier qu'il a repoussé immédiatement comme syndiqué, ne lui aurait pas convenu pour une autre raison. Le dommage est donc aléatoire. Comment doit-on l'apprécier ? Les tribunaux prendront comme base la probabilité morale d'embauchage et fixeront ce que l'ouvrier aurait gagné de plus à être chez tel patron que là où il travaille effectivement. En fait, les tribunaux répugnent à ces évaluations d'un incertain et ils arriveront plutôt à prononcer des indemnités ayant le caractère de peine et d'avertissement.

Les mêmes principes devront inspirer la solution des autres cas possibles. Une personne peut valablement n'embaucher que des célibataires, des ouvriers libérés du service militaire, des gens d'une certaine religion[1] ou opinion politique, si elle a des raisons de le faire: pour plaire à sa clientèle, avoir moins à payer en cas d'accident du travail, etc. On peut de même refuser des étrangers d'une certaine nationalité pour les mêmes motifs, ou uniquement parce qu'ils appartiennent à un pays qui est l'ennemi du moment ou l'ennemi héréditaire.Le boycottage des marchandises étrangères dans ces conditions est un droit[2].

---

1 Rappr. sur le renvoi d'un représentant parce qu'il était israélite, trib. Montbéliard et sur appel Besançon, 5 juill. 1899, S. 1903, 2, 177. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1904, p. 457.

2 V. *infrà* pour une entente entre assureurs en vue de se prévenir des résiliations d'assurances dans un but de boycottage, n° 819.

Inversement on ne peut refuser des gens d'une certaine nationalité[1], d'une religion ou d'un parti politique pour leur nuire sans motif, alors qu'ils appartiennent à un pays ami, et que l'on n'a rien à leur reprocher personnellement.

De même, un père ne peut refuser son consentement à mariage uniquement pour nuire à son enfant[2].

Une compagnie d'assurance ne peut refuser systématiquement les successeurs que lui présente un agent qui a ce droit, pour arriver à faire la nomination directement[3].

Ou encore le bailleur qui doit consentir à une sous-location, ne peut s'y refuser uniquement pour nuire à son locataire.

Ou une personne ayant qualité pour en autoriser une autre (mari, conseil judiciaire, préfet par rapport à la commune, etc.) ne peut le faire uniquement pour nuire à l'incapable[4].

Dans le même esprit on a décidé que celui qui vend des machines dont il a le brevet, est obligé pour l'avenir de vendre les accessoires de ces machines lorsqu'on les lui demandera[5].

Il faut admettre de même que le créancier qui, sans motif, refuse de participer à un ordre amiable et rend ainsi nécessaire un ordre judiciaire, est exposé à payer une indemnité[6].

---

1 C'est ce qui a lieu pour les adjudications de l'Etat où l'on exclut les étrangers.

2 Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — V. Ripert, *Ex. doctrinal*, *Rev. critique*, 1909, p. 145.

3 Paris, 3 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 177, *Rev. de dr. civil.* 1913, p. 805.

4 V. Lyon, 23 janv. 1907, D. 1908, 2, 73, avec note de M. Josserand. — Perreau, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1908, p. 589.

5 Lyon, 11 déc. 1908, *Gaz. comm. Lyon*, 15 déc. 1909.

6 V. déjà cette idée dans Courtois, *Ordre amiable*, *Revue critique*,

Même limitée par l'abus du droit, la possibilité de refus systématique dans certains cas, reste une manifestation importante de l'autorité privée[1]. Celle-ci peut, en effet, consister aussi bien dans des actes négatifs, que dans des actes positifs. Quelque soit sa forme, négative ou positive, la volonté apparaît toujours avec son caractère de puissance tendant à régir la vie sociale. Elle présente surtout de l'importance si les refus de contracter sont concertés entre patrons, entre consommateurs[2]. Il y a là en principe des faits légitimes.

Il faut en conclure que sont valables les ententes entre patrons pour établir des listes noires contenant les noms des ouvriers que, pour des motifs sérieux, ils ne veulent pas embaucher : ouvriers paresseux, indisciplinés, etc. Mais par contre il y aurait abus si on faisait figurer les noms d'ouvriers pour le seul fait d'être grévistes, ou syndiqués.

De même, est régulière la clause des marchés d'adjudication de l'Etat ou des particuliers qui exclut du marché les étrangers.

C'est en vertu de ce principe que, dans un cas voisin, la Cour de Cassation est arrivée à admettre que le refus sans motif légitime, de renouveler un contrat de travail à durée déterminée, ne pouvait donner lieu à indemnité[3].

1860, I, p. 247. — Du refus de contracter on peut rapprocher le refus de renouveler un contrat, question qui s'est présentée pour le contrat de travail à durée déterminée, v° Cass. civ., 24 nov. 1902, S. 1903, 1, 12 et Charmont, *Rev. critique*, 1904, p. 455 et *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 385.

1 V. sur l'autorité privée nos *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 600 et suiv.

2 V. pour l'entente entre consommateurs de gaz, pour ne plus prendre de gaz, Paris, 13 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 267 (v. sur ce point, *infrà*). — V. sur la déclaration d'un patron qu'il n'embauchera plus de syndiqués, Req., 13 mars 1905, D. 1906, 1, 113.

3 Cass. civ., 20 mars et 1er avril 1895, S. 1895, 1, 318, *Pand. fr.*, 1895, 1, 489 et 1896, 1, 443. — Cass. civ., 24 nov. 1902, S. 1903, 1,

563. — De même que le refus systématique est en principe licite, de même le fait d'un tiers d'engager des ouvriers à ne pas prendre du travail chez tel patron, est en général permis[1] depuis la loi du 21 mars 1884 qui a abrogé l'art. 426 Pén.[2].

La jurisprudence considère la mise à l'index comme ne constituant une faute que par suite de circonstances spéciales : diffamation, mensonges[3], désir de nuire[4], acceptation du fait de troubler un service public[5], excès de sévérité[6].

Cependant certaines décisions sont embarrassantes et condamnent le Syndicat qui a mis à l'index pour atteinte à la liberté du travail[7].

Notons pour mémoire qu'accompagné de certaines circonstances, le fait de pousser à ne pas contracter consti-

---

12, *Pand. fr.*, 1903, 1, 275. — Cf. Charmont, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1904, p. 445. — Demogue, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 385. — V. de même Bruxelles, 23 oct. 1907, *Journ. Trib.*, 1907, 1166 (contrats de transports).

1 Trib. Lyon, 13 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, suppl. 133. — Id., 22 janv. 1892, *Ann. de dr. comm.*, 1892, p. 99. — Grenoble 28 oct. 1890, D. 1891, 2, 240. — V. sur la question : Brunschvigg, *Responsabilité civile des syndicats professionnels*, thèse de Paris, 1902, pp. 47 et suiv. et p. 101, les développements sur la question en droit anglais.— Crouzel, *L'ingérence dans les affaires d'autrui*, *Rec. de l'Académie de Toulouse*, 1910, p. 151.— Cf. Barassi, *Riv. di dir. civile*, 1916, p. 474, qui exige que la mise à l'index soit limitée au temps et au lieu comme les clauses de concurrence, idée ingénieuse et juste.

2 V. Thaller, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1884, p. 390.

3 Douai, 7 mai 1902 et Limoges, 10 juin 1902, D. 1903, 2, 329 ; S. 1903, 2, 233, avec note de MM. Planiol et Wahl — Cf. Perreau, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1904, p. 138.

4 Riom, 7 fév. 1900, S. 1903, 2, 225. — Trib. Seine, 9 août 1900, *Ann. des syndicats*, 1901, p. 556.

5 Grenoble, 6 mai 1902, D. 1903, 2, 31.

6 Trib. Seine, 14 déc. 1911, *Rev. de locomotion aérienne*, 1912, p. 52.

7 Trib. Seine, 4 juill. 1895, D. 1895, 2, 312. — Toulouse, 20 juill. 1896, S. 1898, 1, 17. — Lyon, 15 mai 1895, D. 1895, 2, 310. — Douai, 13 juill. 1900, S. 1903, 2, 293.

tue parfois un délit d'atteinte à la liberté du travail, ou d'entrave à la liberté des enchères[1]. On peut de même légitimement détourner de contracter pour des raisons d'ordre moral : dissuader d'assister à un spectacle immoral, de vendre certains livres, d'acheter certains journaux[2]. Mais il faut agir de façon désintéressée, sans commettre de diffamation.

Il faut même admettre que le fait d'engager à ne pas contracter pour des raisons d'ordre économique est licite. Il n'y a pas faute à engager à ne pas acheter chez les marchands qui ouvrent le dimanche et même à désigner nominativement ces marchands[3]. Il n'y a pas faute à engager à ne pas acheter chez des commerçants allemands, ou qui vendent les produits allemands, dont on donne la liste, si le fait est exact.

Mais par contre, il deviendrait illicite d'engager à ne plus faire d'affaires avec une catégoric de citoyens dont on donne la liste et ce à raison de leur religion, de leurs opinions politiques[4].

Cependant cette opinion serait beaucoup plus douteuse si l'invitation adressée avait un caractère général, ne désignant aucune personne nominativement surtout, parce que le préjudice serait plus difficile à établir.

Ces solutions, qui donnent aux tiers une grande liberté, viennent de ce que la liberté n'est plus aujourd'hui conçue comme donnant à chacun un petit domaine avec interdiction de pénétrer dans celui d'autrui. Une liberté plus large,

---

1 V. sur ce dernier cas : Servat, *Entrave à la liberté des enchères*, thèse Caen, 1906.

2 Trib. Lyon, 9 déc. 1904, *Pand. fr.*, 1905, 2, 103, *Revue de dr. civil*, 1905, p. 641. — Dijon, 8 juin 1910, *France judic.*, 1910, 2, 261. — Trib. Saint-Etienne, 5 juin 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 719, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 803.

3 *Contrà :* Req., 8 mai 1876, D. 1876, 1, 259. Cet arrêt me paraît si peu conforme au mouvement actuel des idées qu'il nous semble pouvoir être négligé.

4 Rennes, 27 décembre 1904, D. 1905, 2, 39.

provoquant des luttes plus graves, telle est la conception actuelle. Elle ne comporte comme limite que l'interdiction de certaines luttes politiques, car malgré tout, il y a une morale d'Etat, une certaine union dans l'Etat que l'on veut sauvegarder.

564. — De même qu'une offre vague ne constitue pas une pollicitation juridique, de même une acceptation peut avoir un simple caractère de rapport mondain, plutôt que de promesse ferme. Ainsi peut-il en être du fait d'accepter un article pour une Revue[1], du fait pour un amateur de promettre de participer à un concert de bienfaisance, pour un artiste de promettre un envoi pour une exposition. C'est au juge à apprécier en fait si les parties ont entendu et surtout si, d'après les circonstances, il est raisonnable d'entendre que l'on a voulu créer un rapport juridique[2]. Une invitation à un diner, à un bal ne constitue pas un contrat, fut-elle suivie d'acceptation[3].

On a considéré de même comme ayant plutôt le caractère de rapport mondain le fait par une personne d'accepter de prendre place avec une autre dans un automobile, sur un avion[4], le fait par une personne de monter en course le cheval d'une autre à titre de gentleman rider[5], le fait pour un médecin de promettre de soigner gratuitement un ami[6].

---

1 Trib. Seine, 9 juillet 1910, D. 1912, 2, 391.

2 V. de même : Dorville, *Intérêt moral dans les obligations*, th. Paris, 1901, p. 344. — Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, IV, p. 160.

3 V. en droit anglais, Jenks, *Digest*, I, p. 86. — V. cep. parfois pour une invitation à une fête, Just. de paix de Gosselies, 5 sept. 1891, *Journ. Trib.*, 1891, 1231.

4 V. Imbrecq, *L'aviateur est-il responsable de celui qu'il prend à bord*, *Revue de locomotion aérienne*, 1910, p. 148. — Pour une automobile, v. Trib. Toulouse, 22 juin 1914, D. 1917, 2, 83. — Trib. Bonneville, 24 juill. 1919, *Gaz. Pal.*, 1919, 2, 151. — Trib. Chambéry, 11 fév. 1906. — Trib. Compiègne, 10 mars 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 507, *Rev. de dr. civ.*, 1921, p. 242.

5 Trib. Seine, 14 nov. 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 88, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 418, *Revue de dr. civil*, 1913, p. 412. Ici on peut dire que le gentleman a le profit de l'animal et qu'il en a la garde.

6 Trib. Seine, 9 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 493.

De même on peut reconnaître qu'une acceptation n'a encore qu'un caractère provisoire et cela doit même se présumer dans le doute[1].

En Allemagne, les auteurs ont cherché un critérium objectif pour déterminer la limite des rapports juridiques et des rapports mondains. Windscheid a opposé les intérêts fondés en droit et ceux fondés sur la simple humeur[2]. Unger a déclaré protégés tous les intérêts non immoraux ni déraisonnables[3]. Endemann a déclaré seulement que les rapports mondains étaient exclus du domaine juridique[4]. Ces critériums sont trop larges ou trop vagues.

Ihering[5] a cherché à énumérer les intérêts non protégés. Ce sont ceux de sociabilité, les promesses faites par complaisance, les promesses sans intérêt. Kohler a, au contraire, déclaré qu'appartenaient au domaine du droit les actes où il y a paiement de services, désir de gagner sa vie, engagement précis[6]. Malgré ces distinctions, la frontière est moins souple qu'avec un critérium subjectif[7].

Le critérium du rapport mondain est-il objectif ou subjectif ? C'est ce qui n'est guère déterminé. Il nous semble que le rapport doit remplir des conditions objectives, mais en outre des conditions subjectives.

Lorsqu'il y a rapport mondain, il n'y a pas contrat, mais les principes des art. 1382 et suiv., les responsabilités pour faute prouvée ou présumée continuent en général à s'appliquer. Le rapport mondain exclut donc la responsabilité contractuelle, non la délictuelle. En outre, il contient sou-

---

1 Gand, 6 avril 1895, Pas. 1895, 2, 370.

2 Pandeklen, II, p. 4, note 3.

3 *Jahrbuch für Dogmatik*, X, p. 58, note 72.

4 Einführung, I, p. 475, note 15.

5 *Œuvres choisies*, II, trad. Meulenaere, p. 192.

6 *Das Obligationsinteresse*, *Archiv für Burgerliches Recht*, 1897, t. XII.

7 Sur ces rapports mondains, v. Taffe, *Responsabilité civile en dehors du contrat*, *etc.*, th. Paris, 1921, pp. 25 et suiv.

vent une acceptation de risque aidant à exclure toute responsabilité pour un sport dangereux, mais admis par l'usage (jeu de football, etc.).

Enfin, l'acceptation qui est complétée par des conditions ne produit pas effet. C'est tout au plus une contre offre[1]

565. — Lorsqu'on exige une réponse dans certaines conditions, il faut en fait interpréter ces conditions. Si on exige un mode fixé, on peut à son choix employer celui-ci ou un autre plus rapide. Si on dit : répondez par lettre, on peut répondre par télégramme ou aller soi-même ou par messager répondre, pourvu que l'on arrive au plus tard au moment où la lettre doit arriver. Il ne faut pas être formaliste sans utilité. Si le délai de la réponse est fixé par la formule : réponse par retour du courrier, on doit entendre que la lettre doit être mise à la poste pour partir au dernier courrier du jour d'arrivée de la lettre[2]. Ceci est conforme aux usages de faire partir en bloc le courrier des maisons de commerce à la fin de la journée.

Mais si la lettre arrive un dimanche ou jour férié, faut-il répondre le jour même ? C'est une question de fait. Si la lettre est adressée à un commerçant dont les bureaux sont fermés, on estimera que la lettre ne sera ouverte que le lundi[3].

Si on donne un certain nombre de jours pour répondre, le délai part-il de l'arrivée ou du départ de l'offre ? Il semble préférable, en général, de le compter de l'arrivée[4].

566. — Le destinataire de l'offre peut avoir en vertu de cette offre même un certain délai pour répondre. Ce délai n'est jamais prolongé, même par cas de force majeure[5]. Ce

---

1 Bruxelles, 7 mai 1877, *Belgique judic.*, 1878, 954 (ratification sous condition).

2 Trib. comm. Seine, 13 oct. 1900, le *Droit*, 1er nov. 1900.

3 V. Valéry, p. 185, n° 194.

4 V. Valéry, p. 186, n° 195.

5 Vivante, *Dr. commercial*, IV, p. 35. — V. cep. trib. Liège, 19 juin 1845, *Jur. Anvers*, 1857, 2, 35 et Liège, 10 nov. 1845, Pas. 1847, 2,

délai doit être entendu plutôt en ce sens que la réponse doit parvenir à l'offrant dans le délai qu'il a fixé[1] et il suffit qu'elle soit arrivée, même sans être remise en mains propres[2]. Le pollicitant n'a entendu, en effet, se lier que pour un certain délai, il ne peut être lié davantage. Il ne pourrait donc y avoir réponse utile si la lettre d'offre, subissant un retard, il n'était plus possible au destinataire de répondre à temps[3]. Il en serait de même si la lettre de réponse prenant une fausse direction, n'arrivait que trop tard (A).

A. — *Formule de proposition avec fixation de délai.*

Je suis disposé à vous vendre aux conditions suivantes :

Prix : lieu et date de paiement

date de livraison.

Je désire recevoir réponse dans un délai de jours de la date de la présente.

Cependant la lettre arrivant en retard peut être considérée comme valant subsidiairement comme contre-proposition[4]. Le pollicitant originaire pourrait donc, s'il gardait le silence, être parfois considéré comme l'ayant acceptée[5].

---

247 (retard du courrier en cas de réponse demandée par retour du courrier). Mais ceci date d'un temps de communications difficiles.— *Contrà:* trib. Liège, 16 avril 1857, *Belgique judiciaire*, 1857, 604.

1 Bruxelles, 25 fév. 1867 et Lyon, 27 juin 1867, S. 1868, 2, 182. — Huc, VII, n° 18. — Baudry et Saignat, n° 45. — Guillouard, *Vente*, I, n° 13. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 21. — V. cep. *contrà:* Valéry, p. 188, qui juge cela contraire au système de la déclaration, alors qu'il s'agit de pure interprétation de l'offre. — Cf. à propos de promesse de vente, Cass. civ., 6 fév. 1906, *Gaz. Trib.*, 9 fév. 1906, S. 1906, 1, 235. — Si on demande une réponse par télégramme, elle doit être envoyée le jour même pour arriver plus tôt qu'une lettre, v. Lyon, 17 déc. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 151.

2 Trib. comm. Nantes, 4 mai 1881, *Rec. Nantes*, 1881, 1, 11. Valéry, p. 189.

3 Lyon, 27 juin 1867 précité.

4 Valéry, p. 190. — Baudry et Barde, I, n° 36.

5 Baudry et Barde, I, n° 36.

D'autre part, il pourrait accepter la réponse tardive. Seulement le contrat ne se formera pas suivant la volonté du destinataire de la première offre, qui croyait le contrat formé dès la réception de sa lettre, alors qu'il n'existera qu'à la réponse de l'offrant primitif. C'est une légère discordance entre les volontés de l'un et de l'autre. Mais entre n'admettre aucun contrat et en admettre un tardif si le pollicitant le veut, il faut choisir le second parti. Les contrats sont indispensables, il faut faciliter leur formation malgré les obstacles qui se présentent[1].

Il faut donc que dans le délai, l'acceptation ait été notifiée. Elle doit être parvenue à destination. Mais bien entendu le destinataire ne pourrait la rendre vaine en la refusant[2]. Cependant, il a été jugé qu'une proposition ayant été faite et le bénéficiaire ayant fait dresser acte de son acceptation devant notaire, il y avait contrat formé de ce jour, sans se préoccuper de savoir si le pollicitant en était informé[3]. Mais l'espèce était toute spéciale. La prétendue offre était en réalité un acte qui avait dû en fait être déjà tacitement accepté.

567. — Souvent les opérations sont traitées par des intermédiaires. Si un délai a été fixé pour la réponse, il suffira en général que celle-ci parvienne au mandataire qui a fait l'offre dans le délai qui a été fixé[4]. Il sera inutile que le mandant en ait eu connaissance. En constituant mandataire, on entend, en effet, que ce qui est fait par rapport à lui vaille comme par rapport au mandant. C'est à ce der-

---

1 V. sur le principe, *suprà*, n° 10.

2 V. *infrà*, n° 596 *bis*. — Cf. sur le refus d'envois par la poste, trib. Poitiers, 31 janv. 1913, S. 1913, 2, 153. Il faut de plus pour que la lettre soit utile que le destinataire puisse savoir en fait de qui elle émane.

3 Riom, 12 déc. 1883, D. 1885, 2, 101.

4 Cass. req., 2 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885,
— Aubry et Rau, IV, § 343, note 12. — Cf. trib. Lyon, 6 janv. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, suppl. 116.

nier à donner des ordres pour recevoir la transmission de l'acceptation assez vite.

Si l'acceptation émane d'un incapable. Faut-il dans les délais envoyer une simple acceptation et dire qu'on va se faire autoriser à envoyer une acceptation autorisée ? Il paraît dans les affaires que l'on doit pouvoir exiger une acceptation autorisée. Si on fixe un délai, on veut être libre après. Il ne suffira donc pas qu'une femme mariée dise : l'acte me convient, je vais vous rapporter la signature de mon mari et la mienne un peu plus tard. Ceci est conforme à la volonté implicite de l'offrant.

568. — Si l'offre ne contient pas fixation de délai pour accepter, la réponse doit cependant être envoyée dans le délai moral qui a été implicitement fixé[1].

Ce délai moral sera naturellement déterminé par les tribunaux[2], et ceux-ci tiendront compte des circonstances diverses : importance de l'affaire, pouvoir du directeur qui reçoit l'offre; etc.[3], des nécessités commerciales[4]. Certains

---

1 Cass. req., 27 juin 1894, D. 1894, 1, 432. On a considéré ici qu'une lettre étant restée plus de cinq jours sans réponse le délai moral était expiré. — Req., 28 fév. 1870, S. 1870, 1, 296; D. 1871, 1, 61. — Paris, 12 juin 1869, D. 1870, 2, 6. — Bordeaux, 17 janv. 1870, D. 1871, 2, 96. — V. cep. Cass. req., 12 juill. 1847, S. 1848, 1, 181. — Laurent, XV, n° 477.

2 Cass. req., 28 fév. 1870, S. 1870, 1, 296; D. 1871, 1, 61. — Nîmes, 27 déc. 1870 et 16 juin 1871, S. 1872, 2, 67; D. 1872, 2, 21. — Cass. req., 13 août 1872, D. 1874, 1, 77; S. 1873, 1, 56. — Trib. de Lyon, 15 juillet 1886, *Mon. de Lyon*, 18 oct. 1886. — V. Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 1892, 2, 390, qui admet que dans les ventes de vins à Bordeaux, le vendeur est dégagé de son offre après vingt-quatre heures. — Valéry, p. 182.

3 Vivante, *Dr. commercial*, IV, p. 38, trad. Escarra.

4 Trib. Anvers, 20 nov. 1880, *Jur. Anvers*, 1881, 1, 47. — Trib. Gand, 18 mai 1878, *Belg. judic.*, 1878, 1182. — Trib. Gand, 18 mars 1868, *Jur. Anvers*, 1868, 1, 107 (un télégramme doit se répondre par télégramme ou par premier courrier). — Lyon-Caen et Renault, III, n° 20.

auteurs cependant ont dit que l'offre vaut tant qu'elle n'est pas révoquée[1]. Mais ce système, d'après lequel l'offre est en principe perpétuelle est en désaccord avec les nécessités pratiques et la volonté implicite de l'offrant.

569. — S'il y a eu fixation d'un délai exprès ou tacite pour répondre, l'offre tombe d'elle-même à l'expiration de ce délai[2]. Il en est ainsi même lorsque la lettre, par suite d'une fausse direction, est arrivée en retard au destinataire[3]. Ceci est l'application des principes que nous avons établis plus haut (v. n° 260 sur les erreurs dans les transmissions.

En pareil cas, les auteurs italiens admettent, pour protéger la bonne foi de l'acceptant, que l'offrant devra immédiatement lui donner avis de l'arrivée tardive. Cette obligation équitable doit être admise[4].

Le système qui fait tomber l'offre de plein droit en fin de

---

[1] Demolombe, XXIV, n° 67. — Aubry et Rau, IV, § 343, texte et note 14. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 15. — Worms, p. 174. — Laurent, XV, n° 477. — Baudry et Saignat, n° 27. — Trib. Anvers, 29 avril 1869, *Jur. Anvers*, 1869, 1, 178. — *Contrà:* Valéry, p. 183.

[2] Lyon, 17 déc. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 151, S. 1918-1919, 1, 40. — Lyon, 27 juin 1867, S. 1868, 2, 182; D. 1867, 2, 194. — Paris, 12 juin 1869, D. 1870, 2, 6 et Req., 28 fév. 1870, S. 1870, 1, 296; D. 1871, 1, 61. — Bruxelles, 27 fév. 1867, D. 1867, 2, 193. — Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 1892, 2, 390. — Toulouse, 26 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 153. — Trib. comm. Seine, 12 déc. 1862, cité par M. Valéry, p. 353. — Req., 27 juin 1894, D. 1894, 1, 432. — Bruxelles, 25 fév. 1867, Pas. 1867, 2, 121. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 21 — Laurent, XV, n° 476. — Guillouard, *Vente*, n° 13. — Larombière, art. 1101, n° 18. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 482. — Baudry et Saignat, n° 42. — Baudry et Barde, I, n° 36. — Marcaggi, p. 153. — *Contrà:* trib. comm. Rennes, 25 nov. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 10, *Revue de dr. civil*, 1911, p. 127. — Rappr. Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 209.

[3] Mêmes arrêts. — Laurent, XV, n° 476. — Guillouard, *Vente*, n° 13. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 21. — Aubry et Rau; IV, 5e éd., p. 482.

[4] Vivante, *Dir. comm.*, n° 1540. — Carrara, *op. cit.*, p. 229.

délai, admis dans le Code civil allemand (art. 146) est au contraire rejeté par le Code de commerce italien (art. 36) et le Code suisse des obligations (art. 5) qui permettent à l'offrant d'admettre que l'offre est arrivée à temps.

A fortiori si la lettre d'acceptation est perdue, le contrat ne se forme pas[1].

570. — Si une offre a été faite et qu'elle ait été refusée, elle perd naturellement toute valeur juridique[2].

Ainsi, une personne ayant demandé une indemnité réduite et sa demande amiable étant rejetée, elle peut assigner en paiement d'une indemnité plus forte[3]. Ou un plaideur, ayant fait une offre que le tribunal déclare suffisante, si l'adversaire fait appel, rejetant par suite cette offre, il ne peut ensuite s'en prévaloir[4].

Cependant il a été jugé, dans des hypothèses qu'il faut considérer comme des décisions d'espèces, qu'une proposition étant faite et étant répondue par une proposition à d'autres conditions, le premier offrant en gardant le silence et en ne retirant pas sa proposition primitive, celle-ci devait être considérée comme subsistante[5]. De même une personne ayant sollicité une concession dans un cimetière, et le maire ayant répondu qu'on pourrait lui donner satisfaction, non actuellement mais après des achats de terrains projetés, la demande subsiste et peut être acceptée après ces achats[6].

---

1 *Contrà* en droit anglais : Cohen, th. citée, p. 59.

2 Cass. civ., 7 juill. 1858, D. 1858, 1, 330. — Trib. Anvers, 23 déc. 1893, *Jur. Anvers*, 1895, 1, 150. — Req., 16 avril 1861, D. 1861, 1, 435. — Trib. Anvers, 30 déc. 1890, *Jur. Anvers*, 1891, 1, 101. — Cons. d'Etat, 13 janv. 1859, D. 1859, 3, 39. — Laurent, XV, n° 470. — Baudry et Saignat, n° 44.

3 Bordeaux, 18 nov. 1872, D. 1873, 2, 106. — Cons. d'Etat, 13 janv. 1859, D. 1859, 3, 39.

4 Lyon, 25 mars 1873, D. 1873, 2, 68.

5 Req., 17 juin 1873, D. 1876, 5, 313. — *Contrà :* trib. Anvers, 21 déc. 1891, *Journ. Trib.*, 1892, 107, qui nous semble donner une solution plus exacte.

6 Angers, 5 mai 1869, D. 1869, 2, 198.

Mais en général la contre-proposition fait tomber la première offre[1].

La notion de contre-proposition est peu fixée. Il y a contre-proposition si à une offre on répond par une autre offre. Cette contre proposition peut être expresse. Mais peut-on admettre qu'une acceptation arrivant en retard vaille implicitement contre proposition, de sorte que le contrat, s'il se forme, ne prendra date qu'après adhésion du premier offrant? Oui, ce double caractère de l'acceptation s'impose, bien que ce ne soit pas exactement ce qu'a voulu surtout le contreproposant. En effet, les contrats qui sont une nécessité sociale, doivent être facilités.

La contre proposition faite vaut toujours refus de l'offre antérieure. L'offre étant refusée, on peut rétracter le refus jusqu'à l'arrivée de la lettre de refus[2].

La contre proposition vaut comme l'offre ordinaire tant qu'elle n'est pas rétractée au moins implicitement[3].

571. — L'acceptation étant envoyée, se trouve sans valeur si une dépêche ou un acte quelconque contraire, arrive avant ou en même temps chez l'offrant[4]. Nous ne faisons ici qu'appliquer ce grand principe général, émis par nous à propos des actes unilatéraux. On ne tient compte de la volonté que si elle a été extériorisée et est arrivée à destination, de sorte que l'on a compté sur elle et agi en conséquence. Nous avons d'ailleurs donné les mêmes solutions à propos de la révocation de l'offre (v. *suprà*). Il faudrait

---

1 Guillouard, *Vente*, n° 13. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 18.

2 Chambéry, 25 mars 1896, P. F., 1897, 2, 100 (*implic.*).

3 Trib. Toulouse, 16 mars 1916, *Gaz. Trib. Midi*, 23 avril 1916.

4 Orléans, 26 juin 1885, S. 1886, 2, 30 (*sol. implic.*). — Toulouse, 13 juin 1901, S. 1902, 2, 174; D. 1902, 2, 16. — Nîmes, 4 mars 1908, S. 1910, 2, 106. — Bordeaux, 13 juin 1853, S. 1853, 2, 555. — Trib. comm. Tarare, 3 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 452. — Gand, 8 mai 1875, Pas. 1875, 2, 284. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 56. — Saleilles, *Obligations*, n° 139. — *Contrà:* Bruxelles, 24 déc. 1879, Pas. 1880, 2, 266.

répéter ici les mêmse solutions de détail pour le cas où l'acceptation et sa révocation arrivent par le même courrier.

On s'est demandé si l'acceptation peut être déclarée non révocable. On a dit que cela était possible, mais que l'on pourrait révoquer sauf indemnité, car on ne peut être lié sans le vouloir[1]. Nous estimons la question inutile si la déclaration est dans l'acceptation. Car elle n'arrive à destination qu'au moment où on ne peut plus révoquer. Elle devient donc inutile dès qu'elle peut produire effet.

Nous répéterons encore les mêmes solutions sur le point de savoir si l'acceptation tombe lorsque l'acceptant meurt ou devient incapable[2].

Si une lettre de révocation de l'acceptation arrive à destination après l'acceptation, elle est sans effet. Sans doute l'acceptation qui arrive n'exprime plus en fait qu'une volonté révoquée mais le destinataire a compté qu'il y avait acceptation Il serait contraire à la sécurité qu'il fut déçu.

572. — Lorsqu'une réponse est arrivée dans les délais chez le pollicitant, la jurisprudence admet très généralement que le contrat se forme à ce moment de l'arrivée de la réponse[3].

---

1 Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 265.

2 V. Saleilles, *Obligation*, n° 140.

3 Aix, 23 nov. 1908, S. 1910, 2, 6; D. 1909, 2, 61. — Nîmes, 4 mars 1908, S. 1910, 2, 106. — Req., 16 juin 1913, D. 1914, 1, 229. — Trib. comm. St-Etienne, 24 déc. 1897, la *Loi*, 4 juill. 1898. — Trib. comm. Rennes, 24 nov. 1910, la *Loi*, 13 déc. 1910, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 129 (*implic.*). — Trib. comm. St-Etienne, 28 janv. 1902, *Gaz. Trib.*, 26 févr. 1902, le *Droit*, 4 mars 1902. — Orléans, 26 juin 1885, S. 1886, 2, 30; D. 1886, 2, 135, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 392. — Chambéry, 8 juin 1877, S. 1877, 2, 252; D. 1878, 2, 113. — Trib. comm. Nantes, 20 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 693. — Paris, 5 fév. 1910. — Toulouse, 13 juin 1901, D. 1902, 2, 16. — Caen, 7 août 1820. S. chr. — Aix, 11 mai 1872, *Rec. Marseille*, 1872, 1, 66. — Lyon, 29 avril 1875, S. 1875, 2, 263. — Amiens, 26 avril 1887, *Rec. Amiens*, 1888, 52. — Amiens, 10 mars 1888, *Rec. Amiens*, 1888, 53. — Rennes,

De là il résulte cette conséquence que l'acceptant peut jusque-là révoquer son acceptation pourvu que cette révocation parvienne au pollicitant soit au moment même de l'arrivée de l'acceptation, soit auparavant[1]. Il peut reprendre

---

10 juillet 1889, *Rec. Nantes*, 1889, 1, 228. — Liège, 6 avril 1901, Pas. 1901, 2, 231. — Trib. comm. Bruxelles, 23 déc. 1902, *Jur. comm. Bruxelles*, 1903, 54. — Trib. comm. Anvers, 7 juill. 1900, *Journ. Trib.*, 1900, 969. — Trib. comm. Verviers, 20 juill. 1899, *Pand. pér.*, 1901, 1299. — Trib. Anvers, 14 avril 1891, *Jur. Anvers*, 1893, 1, 190. — Trib. Termonde, 3 déc. 1892, Pas. 1893, 3, 250. — Trib. Anvers, 23 mars 1896, *Jur. Anvers*, 1896, 1, 342. — Trib. Anvers, 21 oct. 1882, *Jur. Anvers*, 1882, 1, 382. — Bruxelles, 1er déc. 1884, Pas. 1885, 2, 303. — Liège, 22 avril 1885, Pas. 1885, 2, 335. — Trib. Bruges, 28 juill. 1888, Pas. 1889, 3, 19. — Trib. Gand, 27 mars 1889, *Journ. Trib.*, 1889, 636. — Liège, 22 avril 1885, Pas. 1885, 2, 335. — V. cep., Paris, 5 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 1er mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 313, D. 1913, 2, 1, avec note de M. Valéry, qui donne la solution contraire, mais dans un cas où l'acceptant n'avait pas révoqué son acceptation par une autre lettre au promettant. Il s'était contenté de traiter l'affaire avec un tiers. — *Contrà:* Metz, 5 fév. 1820, S. chr. — Bourges, 10 janv. 1823, S. 1823, 2, 190. — Rouen, 6 janv. 1824, S. chr. — Limoges, 19 janv. 1828, S. chr. — Colmar, 17 fév. 1840, S. 1840, 2, 385. — Lyon, 1er juin 1857, D. 1858, 2, 21. — Caen, 15 juin 1871, D. 1872, 5, 111. — Rennes, 6 fév. 1873, S. 1873, 2, 261 : D. 1875, 2, 224. — Rouen, 28 févr. 1874, D. 1877, 2, 222. — Trib. comm. Seine, 6 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 529. — Douai, 16 mars 1886, D. 1888, 2, 37. — Poitiers, 4 nov. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 907. — Rennes, 17 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 300. — Paris, 30 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 825. — Poitiers, 21 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 1, 297. — Rennes, 15 déc. 1891, *Rec. Nantes*, 1892, 1, 8. — Bordeaux, 11 mars 1892, *Rec. Bordeaux*, 1892, 1, 192. — Limoges, 2 mars 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 659. — Trib. Grenoble, 1er août 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 137. — Lyon, 12 avril 1892, D. 1893, 2, 324. — Poitiers, 21 janv. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 1, 297. Presque tous ces arrêts sont rendus sur la compétence. — Rappr. Cass. civ., 6 fév. 1906, S. 1906, 1, 235, qui a admis pour une promesse de vente avec délai de deux ans qu'on pouvait l'interpréter comme signifiant qu'il suffisait d'envoyer la lettre d'acceptation dans cette période.

1 Toulouse, 13 juin 1901, S. 1902, 2, 174; D. 1902, 2, 16. — Bordeaux, 13 juin 1853, S. 1853, 2, 555; D. 1855, 2, 322 (rétractation d'une souscription d'ouvrage avant son arrivée à destination). — Trib.

la lettre qu'il a confiée à un messager pour la remettre à l'offrant[1]. Si les deux lettres arrivent en même temps, on tiendra compte non de la première lue, mais de la dernière en date[2].

Par analogie, il a été jugé que si un commissionnaire vend, sauf révocation de ses pouvoirs lorsqu'il rentrera à ses bureaux, le télégramme expédié par le représentant dès ce moment est sans effet s'il parvient au commissionnaire après son retour[3].

De même si un marché est passé, sauf ratification, par un représentant. Le tiers révoque valablement tant que le représenté n'a pas été informé de l'opération[4].

Le contrat déroule ses conséquences à partir de sa formation.

Mais il a été admis que l'on pouvait soit retarder les effets d'un contrat[5], soit faire rétroagir ses effets : convenir par exemple que les effets d'une assurance dateraient du jour de la proposition d'asurance[6].

Cette jurisprudence tranche la grave question doctrinale de la date de la formation du contrat[7].

---

comm. Marseille, 3 mai 1893, *Mon. Midi*, 11 janv. 1894. — Cf. Toulouse, 30 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 7 fév. 1894. — Larombière, art. 1101, n° 21.— Bédarride, *Vente*, § 101.— Delamarre et Le Poitvin, I, § 107. — *Contrà:* Valéry, p. 180.— Cf. en ce sens: Thöl, *Handelsrecht*, § 57, qui dit qu'une personne acceptant le mandat de prendre des billets de loterie pourrait prendre les billets et après la loterie télégraphier qu'elle refuse et garder ainsi le lot qui est échu à un des billets pris (v. *suprà*, n° 571). Mais cette hypothèse est bien spéciale.

1 Trib. Niort, 6 juin 1893, *Gaz. Trib.*, 10 août 1893. — Bufnoir, p. 480.

2 Larombière, art. 1101, n° 21.

3 Trib. Liège, 22 déc. 1881, *Journ. Trib. 1re inst.*, XXXI, 300.

4 Trib. Liège, 6 janv. 1887, Pas. 1887, 3, 93.

5 Cass. req., 27 avril 1881, S. 1882, 1, 32.

6 Req., 27 octobre 1903, S. 1904, 1, 85, *Rec. de dr. civil*, 1904, p. 425.

7 Il y a cependant entre les deux points une légère différence. Le contrat se forme à l'arrivée de la lettre, mais dans l'intervalle entre

Le moment de la formation du contrat présente un grand intérêt non seulement pour son irrévocabilité, mais pour le transfert de la propriété (art. 1138 et 1583), la question des risques (art. 1138), le point de départ de la prescription libératoire, du délai de remeré, des délais de livraison s'il y en a, l'annulabilité en cas de faillite (art. 446 et 447 Comm.).

Sur le moment de la formation du contrat de nombreuses théories ont été présentées que nous allons exposer. Les deux premières (système de la déclaration et de l'expédition) admettent que le contrat se forme avant l'arrivée de la lettre d'acceptation. Les deux dernières décident au contraire que le contrat se forme vers l'arrivée de l'acceptation (système de l'information et de la réception)[1].

573. — D'après le système de la *déclaration*, le contrat se forme dès que la volonté interne du destinataire de l'offre existe[2]. Mais tout le monde est d'accord pour atténuer cette règle et concéder qu'il faut considérer le moment où la volonté s'est exprimée : par le fait d'écrire une lettre, de manifester sa volonté à un tiers d'une façon quelconque, car le droit ne peut tenir compte que des faits extérieurs. Si la volonté doit être ensuite adressée à l'offrant, c'est qu'il est dans l'usage de le faire (art. 1135 Civ.)[3].

On peut rapprocher de ce système celui de Koppen[4]

---

ce moment et la dernière minute où on peut envoyer le télégramme de révocation, on est déjà lié, v. Marcaggi, thèse citée, p. 168.

[1] En tous cas, il n'y a pas rétroactivité à la date de l'offre, v. Chausse, *De la rétroactivité*, *Rev. critique*, 1900, p. 531.

[2] Wèning Ingenheim, *Ueber der Zeitpunkt der Gultigkeit* (*Archiv. fur Civil praxis*, 1822, II, p. 267). — Valverde y Valverde, *Der. civ. espagnol*, III, p. 238. — Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, IV, p. 161.

[3] V. Beudant, nos 91 et 92. — Baudry et Barde, n° 37. — Garsonnet, *Proc.*, *CL.* XXIX, n° 17. — Ripert, *Vente*, p. 40. — Demolombe, I, n° 75. — Colin et Capitant, II, p. 288. — Cf. la liste complète des auteurs français et étrangers partisans de ce système dans Valéry, n° 134, p. 129.

[4] *Das obligatorische*, *Vertrag*, *Jalhbuch für Dogmatik*, 1871, p. 139.

d'après lequel l'offre est déjà obligatoire, sous condition d'acceptation, de sorte que la formation du contrat remonte au jour de l'offre. Mais c'est confondre la condition qui rétroagit et l'éventualité dont la rétroactivité est discutable[1].

574. — D'après le système de l'*expédition*, le contrat se forme lorsque le déclarant se dessaisit de son acceptation[2]. Jusque-là, dit-on, c'est un *propositum in mente retentum*, mais la missive, dès l'expédition, est à l'acheteur. Mais le second argument est inexact. L'instruction générale des Postes (20 mars 1868, art. 389) autorise à retirer les lettres non parties, et l'instruction n° 319, donnée après avis du Conseil d'Etat du 6 août 1883, autorise à reprendre toute lettre non délivrée au destinataire. Il en est de même pour les télégrammes, en vertu du décret du 7 février 1894 (art. 28) qui permet d'annuler tout télégramme non transmis ou distribué[3].

Ces deux systèmes sont fondés sur le concept de l'autonomie de la volonté. Il y a contrat lorsqu'il y a deux volontés, quand il y a consentement. Ce concours de volontés étant établi va, par un mystérieux effet, engendrer le contrat.

Au point de vue du droit positif, on fait remarquer que si les textes du Code gardent le silence sur la théorie générale de la formation des contrats, l'article 1985 supposant l'acceptation tacite du mandat résultant de l'exécution de

---

1 V. Demogue, *Droits éventuels*, *Revue de dr. civil*, 1905, pp. 723 et suiv.

2 Guillouard, *Vente*, n° 16. — Bufnoir, p. 471. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 27. — Demolombe, XXIV, n° 75. — Aubry et Rau, IV, § 343, 5e éd., p. 486. texte et note 25, qui reconnaissent que la réglementation des postes, limite beaucoup ce principe (note 26). — Laurin, *Dr. comm.*, n° 114. — Boistel, *Dr. commercial*, n° 443. — Thiry, *Dr. civil belge*, II, p. 556. — V. la liste complète des partisans de ce système dans Valéry, n° 135, p. 132.

3 V. Limoges, 2 mars 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 659. — Cf. Poitiers, 17 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 560. — Riom, 13 juill. 1891, *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1891.

ce mandat vise un fait qui peut être inconnu du mandant. On invoque également l'article 1121 Civ. qui dans la stipulation pour autrui se contente de l'acceptation du tiers pour qu'il ait un droit irrévocable, sans exiger de notification.

575. — D'après le système de la *réception*, l'acceptation date du moment où la communication de la volonté arrive à l'offrant. De sorte que si une lettre d'acceptation se perd il n'y a pas contrat. Mais peu importe que l'offrant ait lu ou non la réponse[1].

En ce sens si une lettre d'acceptation arrive chez l'offraut dans le délai, mais que celui-ci absent ne la reçoive qu'après le délai, le contrat est formé[2].

On peut en rapprocher la théorie éclectique de Windscheid, d'après lequel la déclaration d'acceptation du promettant ne lie que dès qu'elle est parvenue à destination, tandis que la déclaration du stipulant le lie de suite, sauf à révoquer son offre non arrivée, et les mêmes principes s'appliquent aux contrats bilatéraux pour l'offrant et l'acceptant. Le premier est lié par la déclaration d'acceptation, le second par l'arrivée de son acceptation[3].

576. — D'après la théorie de l'*information*, le contrat se forme au moment où l'auteur de l'offre a connaissance de l'acceptation[4]. On dit à l'apui de ce système[5] qu'il ne suffit

---

1 Larombière, art. 1101, n° 19 (sauf pour le cas où l'offrant dit d'exécuter le contrat de suite). — Saleilles, *Obligation*, n° 139. — V. la liste des auteurs étrangers qui l'ont admis dans Valéry, n° 136, p. 133.

2 Cass. Rome, 6 nov. 1903, *Giur. ital.*, 1904, 1, 262.

3 Pandekten, §§ 306 à 308.

4 V. en ce sens : Planiol, II, n° 986. — Huc, VII, n° 18. — Laurent, XV, n° 479. — Baudry et Saignat, n° 35. — Alauzet, n° 111. — Delamare et Le Poitvin, I, n° 99. — Massé, *Dr. comm.*, I, n° 579. — V. la liste des partisans de cette théorie, dans Valéry, p. 128, n° 132.

5 V. ces arguments dans Valéry, *op. cit.*, pp. 150 et suiv.— V. encore sur ces théories : Pescatore, *Convenzione per corrispendenza epistolare*, *Archivio giuridico*, 1874, I, p. 412.— Pigozzi, *Perfectione dei contratti per corrispondenza*, *id.*, 1870, II, p. 3.

pas qu'il y ait deux volontés, qu'il faut qu'elles se connaissent. La lettre, dit-on encore, est analogue à un mandataire que l'on peut toujours révoquer. Enfin, on invoque l'article 932 Civ., d'après lequel l'acceptation d'une donation par acte séparé n'a effet que « du jour où l'acte qui constatera cette acceptation aura été notifié. »

On objecte à ce système que l'article 932 Civ. ne prouve rien, car les travaux préparatoires montrent que l'on n'a pas considéré la donation comme un contrat[1]. Et on y oppose l'article 1121 qui subordonne l'efficacité de la stipulation pour autrui à la simple acceptation du tiers[2].

En réalité, aucun de ces textes n'est probant dans un sens ou dans l'autre. Dans aucun de ces textes opposés, le code n'a songé à donner une théorie générale, il a visé des problèmes particuliers, rien ne prouve qu'il ait songé à une solution générale, il a pu vouloir être sévère pour les donations ét ne viser qu'un aspect spécial, comme le suggèrent les mots : à l'égard du donateur ; il a pu employer le mot acceptation dans l'article 1121 sans réfléchir qu'il s'oppose à notification.

De même il ne faut pas donner trop d'importance aux articles 1984 et 1985 suivant lesquels le mandat « ne se forme que par l'acceptation du mandataire » et l'acceptation « peut n'être que tacite », ni à l'article 1108 qui parle du consentement de la partie qui s'oblige. En écrivant aucun de ces textes, le Code n'a songé à notre question.

On objecte au système de l'information que si un acte sous seing privé est dressé et porté à signer à chaque intéressé, il ne date cependant pas du jour où tous savent que les signatures sont toutes apposées[3]. Il faut, bien entendu, pour que l'objection porte, que les parties aient subordonné leur consentement à la signature, sinon, celle-ci ne sert qu'à la constitution de la preuve. Si la signature doit valoir

---

1 Cons. d'Etat, 7 pluviôse an XI.

2 Valéry, p. 155.

3 Valéry, p. 153. — *Contrà :* Baudry et Saignat, n° 38.

acceptation, ce serait naturel que le contrat ne date que du jour où la signature est connue de l'autre partie, dans le cas où il n'y en a que deux. S'il y en a plus de deux, il nous semble que le contrat se forme dans des conditions un peu spéciales que nous étudierons plus loin

On objecte que le système de l'information ne peut fonctionner dans les cas d'acceptation tacite, car alors il faudrait dire si le destinataire de l'offre exécute immédiatement et envoie ensuite l'acceptation que le contrat se forme après avoir été exécuté[1]. Mais dans ces divers cas, on a escompté grandement l'acceptation. Quand je *commande* du charbon, du bois à un fournisseur, la formule même de commande implique que je ne mets pas en doute son consentement, il est naturel qu'il n'ait pas à me le notifier. Je suis obligé de maintenir ma volonté soit en vertu d'une idée d'obligation par volonté unilatérale, soit sous peine de commettre une faute m'obligeant à réparation (et notamment à exécution du contrat). La formation des contrats ne reposant pas sur des nécessités logiques, mais sur des besoins pratiques peut ici présenter quelque chose de spécial[2].

On objecte même que l'information rend impossible tout contrat par correspondance, car il n'y a pas de raison pour ne pas exiger une contre-notification, le contrat ne se formant que lorsque le destinataire a reçu de l'offrant une lettre certifiant l'arrivée de la sienne, et ainsi de suite[3].

On a répondu à cela que dès le moment de l'arrivée de l'acceptation, il y a concours de volontés[4]. Mais on dit avec plus de sagesse[5] que le bénéficiaire de l'offre n'attend pas une réponse. Il sait que le contrat va être formé. Cela doit

---

1 Valéry, p. 159. — Cf. Riom, 12 déc. 1883, D. 1885, 2, 101.

2 Ainsi se réfute l'argumentation développée par Giorgi, III, nos 217 218 et 224, qui montre seulement la nécessité d'acceptations tacites non notifiées.

3 Valéry, p. 161.

4 Massé, *Dr. comm.*, III, n° 1453.

5 Baudry et Saignat, n° 36.

suffire pratiquement. Les solutions de droit ne se forment pas sur des déductions purement logiques. Elles se tirent de besoins pratiques, de buts poursuivis. Or ici, quitte à laisser quelque chose de légèrement incertain, il faut admettre que la formation du contrat est assez probable pour qu'on l'escompte déjà. Il faut traiter humainement les choses humaines.

577. — Pour choisir entre ces nombreux systèmes, il ne faut pas chercher dans les textes des solutions qui n'y sont pas ou n'y sont que pour des cas limités, ni jouer sur les mots « concours de volontés »[1]. Il faut voir les nécessités pratiques. Pour cela il ne faut pas chercher un principe, mais examiner dans chaque question quelle est la solution la mieux adaptée aux nécessités des affaires[2].

Une des questions les plus importantes est évidemment celle de savoir quand l'offrant est lié définitivement et quand l'acceptant l'est aussi.

Quand un pollicitant attend une réponse, on ne lui cause évidemment aucun tort en décidant que jusqu'à l'arrivée de celle-ci l'acceptant peut retirer son acceptation ou changer le refus en acceptation. Au contraire, dès qu'il a reçu la réponse, il est naturel de présumer qu'il va agir en conséquence.

Si nous prenons l'acceptant, la situation est plus délicate.

En fait, dès qu'il a émis son acceptation, il se considère comme obligé, car il suppose que sa lettre arrivera à destination et y parviendra dans le délai, ce qui est probable, mais n'est pas toujours vrai. Mais cela comporte deux réserves. D'abord les règlements postaux lui permettent d'arrêter sa réponse en cours de route[3]. Ou à défaut, il peut

---

1 Cf. Giorgi, *Obligazioni*, III, n° 219. — Caffaratti, *Della perfezione dei contratti fra persone lontane*, *Dir. commerciale*, 1912, 174.

2 V. déjà Bufnoir, p. 469, qui indique qu'il n'y a pas forcément une question unique à résoudre. — Giorgi, III, n^os^ 229 et suiv.

3 *Instruct. générale des Postes de 1899*, n^os^ 504 et suiv.; décrets des 12 janv., 11 février 1894, art. 28, 30, 32 et 34.

annuler une lettre ou un télégramme par un télégramme arrivant en même temps. Ensuite, si la lettre de réponse se perd, arrive après le délai de l'offre, il faut bien admettre que l'offrant n'ayant pas de réponse ou n'ayant qu'une réponse tardive, il n'y a pas contrat. L'acceptant est donc obligé de se dire : il y a des chances pour que mon acceptation soit sans effet. On a donc une formule technique résumant mieux les solutions souhaitables en disant que le contrat ne se forme qu'à l'arrivée de la lettre. Jusque-là l'offrant est dans l'incertitude, l'acceptation est fragile.

Pour préciser, je dirai même : tout est fragile jusqu'à l'instant où le destinataire lit la lettre. Mais en fait, faute de preuve, on devra présumer le plus normal[1] : qu'elle a été lue aussitôt reçue, sauf à prouver que ce jour-là la maison du destinataire était fermée, que personne n'était là pour décacheter le courrier.

Ici vient l'objection : l'acceptant est dans l'incertitude, il ne sait pas quand il est obligé définitivement. Cette objection se pose pour toute théorie ; celle de la déclaration ne peut empêcher les règlements postaux d'exister; ni faire que l'offrant soit lié si la lettre d'acceptation se perd. Mais on peut dire : en général les lettres arrivent et arrivent en temps, tandis qu'on ne peut dire : en général les offres sont acceptées. Il est donc sage, présumant le probable, c'est-à-dire l'arrivée de la lettre sans révocation, ni retard, de dire : l'acceptant est suffisamment renseigné sur l'arrivée de sa réponse et comme c'est à ce moment seul que l'offrant agit en conséquence du contrat, c'est à ce moment que le contrat se forme.

On pourrait dire : mais on pourrait bien considérer le contrat comme formé au départ. Non. Une raison d'égalité nous empêche de le faire. De même que l'acceptation reste fragile jusqu'à son arrivée, il est naturel que l'offre reste fragile jusqu'au même moment.

---

1 Cf. Barassi, *Notificazione*, p. 82.

C'est ce qui fait que pour maintenir l'égalité absolue entre les deux parties on peut exiger que la révocation de l'acceptation, arrive à destination avant que l'acceptation arrive chez le pollicitant.

Mais au fond de tout cela, il y a si bien une volonté implicite fixée par l'offrant pour les besoins de sa propre sécurité qu'on a admis, dans une adjudication par soumission qu'une personne ayant fait sa soumission, il y avait là d'après la volonté de l'offrant qui faisait procéder à l'adjudication, un engagement définitif qui ne pouvait plus être retiré. Ainsi le contrat se trouvait lié avant que l'offrant eut connaissance de l'acceptation qu'on lui remettait et qu'il en eut fait lecture[1]. De même dans le contrat par appareil automatique, l'offrant est obligé dès que le prix est versé, alors même qu'il l'ignore.

L'acceptant peut aussi implicitement ou explicitement déclarer que par exception il se considère comme lié dès le départ de son acceptation.

Ce qui caractérise le point de vue que nous exposons, c'est que nous ne considérons pas qu'il y a deux volontés qui, mises en communication vont, par une sorte de déclic, donner vie au contrat. En fait, par des tâtonnements, contre-propositions, échanges de vues sur les possibilités les parties discutent le contrat, en arrêtant provisoirement les clauses, les retouches, etc. Quand cette incertitude prend-elle fin ? Non pas le jour où il y a un « concours de volontés » mais celui un peu arbitraire et fixé par l'usage où tout cela se cristallise dans le monde du droit. Or, tant qu'il y a une assez grosse incertitude : l'acceptant pouvant changer d'avis, il est peu naturel de dire qu'il y a contrat. Sans doute le besoin d'aller vite en affaires, le désir d'économiser le temps[2] devrait faire dire le contraire. Mais le contrat n'est

---

1 Cass. civ., 9 mai 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 1. 148 (v. l'arrêt attaqué, Paris, 26 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 241).

2 V. sur l'économie de temps, nos *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 111 et suiv.

qu'un mécanisme technique pour empêcher le préjudice probable venant de rétractations de paroles. Comme en fait on n'exécute pas les contrats instantanément s'ils ont lieu par correspondance, il est plus juste d'en retarder la formation jusqu'au moment où il est très probable que les deux parties sachant qu'elles veulent la même chose vont agir en conséquence[1].

578. — Etant donné que l'entente ne devient irrévocable qu'à l'arrivée de l'acceptation, c'est alors que se produiront les divers effets du contrat qu'il n'y a pas de raison de reporter à une autre date. C'est à ce moment seulement qu'on peut agir en paiement. A ce moment la prescription libératoire commencera à courir. A ce moment seulement les délais de livraison auront leur point de départ, à ce moment seulement on devra le transfert de la propriété et l'article 1138 s'appliquera.

En général les risques passeront de l'un à l'autre à cet instant, mais il faut faire des réserves. On peut traiter sur un objet simplement possible : comme un assure un navire en mer sur bonnes ou mauvaises nouvelles (art. 367 Com.), de même on a pu traiter sur un objet de sorte que le retard dans les pourparlers ne nuise pas au propriétaire ignorant de la perte ou du dépérissement[2].

La convention ne se formant qu'à la réception de la réponse, il faut résoudre de la façon suivante la difficulté qui se présente quand une personne ayant un objet à vendre l'a annoncé soit directement, soit par des mandataires à diverses personnes vers la même époque. Cela est possible lorsque des offres sont faites au public. On peut, par des offres publiques, et même par des offres privées, adresser des pollicitations à plusieurs personnes à la fois. Si plusieurs réponses arrivent à peu près simultanément, celle-là sera préférée qui arrivera la première, eut-elle été mise à la poste

---

1 Cf. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 151.

2 Cf. sur ces points : Marcaggi, pp. 195 et suiv.

en dernier lieu. Ainsi une réponse verbale sera préférée à une réponse écrite envoyée auparavant, mais arrivée après.

578 bis. — Lorsque le contrat est subordonné à ce qu'un tiers fixe le prix, ou certaines conditions, cas que la loi n'a prévu que pour la vente (art. 1592), le contrat d'après la majorité des auteurs se forme seulement lorsque le tiers a rempli sa mission, mais alors cet acte rétroagit au jour du consentement[1]. Seul Huc a prétendu qu'un élément essentiel faisant défaut, il n'y a pas encore contrat, de sorte que la convention ne prend date qu'à la fin, sans qu'il y ait effet rétroactif. Toutefois les parties seraient déjà irrévocablement liées[2]. Cette opinion est plus exacte, car elle s'accorde mieux avec cette idée que le juge peut à défaut du tiers faire fixer les conditions du contrat et avec ce principe qu'il n'y a que droit éventuel là où le prix n'est pas fixé.

Le contrat peut être fixé quant à certaines conditions par une des parties elle-même. Cela est pleinement admissible si des limites sont fixées. Mais il est plus douteux s'il n'y a pas de limite. Il serait nécessaire de reconnaître au juge un large pouvoir de contrôle fondé sur l'idée d'abus du droit. Encore faudrait-il qu'on ait donné clairement le pouvoir de fixer le prix ou toute autre condition sans limite maxima. Le moment de formation du contrat se déterminera comme ci-dessus.

578 ter. — Exceptionnellement les contrats se forment sans qu'il y ait à s'occuper d'arrivée de l'acceptation à destination si l'acceptation est non réceptice (v. *suprà*, n° 553 ter). Mais quand en sera-t-il ainsi ? Le code civil allemand dit qu'il peut en être ainsi en vertu des usages admis en affaires ou si l'auteur de l'offre a renoncé à une acceptation réceptice (art. 151). Le Code de commerce ita-

---

1 Baudry et Saignat, n° 135. — Laurent, XXIV, n° 74. — Guillouard, I, n° 105.

2 Huc, X, n° 37.

lien (art. 36), parle du cas où l'offrant demande exécution immédiate et où une acceptation préalable n'est pas demandée et où elle n'est pas nécessaire d'après les usages du commerce, texte d'ailleurs de portée très discutée[1] puisqu'on se demande s'il exige à la fois plusieurs conditions ou s'il se contente d'une seule.

En France, dans le silence des textes, le juge appréciera si l'acceptation est non réceptice. Il se guidera sur les usages et l'intention de l'offrant.

579. — Si nous prenons l'application des articles 446 et 447 Comm. ici le système admis par nous en général ne peut être abandonné. En effet, ce que la loi veut ici, c'est atteindre des fraudes probables. Il suffira que dans le délai voulu le futur failli ait manifesté la volonté de frauder. Mais s'il a manifesté cette volonté avant le délai et que le contrat devienne définitif pendant la période suspecte, il n'y a pas de raison pour l'atteindre[2]. Pour le faire, il faudrait donner à l'article 446 et à l'article 447 un caractère objectif : dire qu'ils atteignent mécaniquement tout acte fait après une certaine date, sans distinguer comment le failli l'a fait, ce qui est bien dur.

Pour la capacité nous dirons qu'il faut considérer si on a la capacité au moment où on émet la volonté et non pas tant si on l'a au moment de la conclusion définitive. Si une femme mariée fait une offre, qu'elle soit acceptée après la mort de son mari, son offre est annulable. Mais inversement si l'offrant devient incapable, il ne faudra pas s'en préoccuper, sous réserve des considérations pratiques que nous avons indiquées pour le cas de faillite.

La jurisprudence admet cependant ici un autre système. Si un acte notarié est signé à plusieurs dates, c'est à la der

---

1 V. les divers systèmes exposés par Carrara, *Formazione dei contratti* p. 259.

2 V. Marcaggi, p. 215. — V. cep. Caen, 7 août 1820, S. chr.

nière qu'on apprécie sa validité, ce qui est confondre l'entente et l'*instrumentum* qui la prouve[1].

580. — En quel lieu une convention entre absents peut-elle être considérée comme formée ? Au point de vue de la compétence, la question présente un grand intérêt.

D'après l'article 420 Proc., en matière commerciale, le demandeur peut assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat par correspondance les arrêts récents décident qu'il faut entendre par lieu de la promesse celui où la lettre d'acceptation est parvenue[2].

---

[1] Paris, 11 déc. 1847, D. 1848, 2, 28. — Cass. civ., 17 janv. 1860 D. 1860, 1, 79. — D. *Oblig.*, n° 3383. — Trib. Soissons, 10 juin 1856, D. 1857, 3, 66. — *Contrà :* Planiol, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1893, p. 193.

[2] Nîmes, 4 mars 1908, D. 1908, 2, 24 ; [illegible] 1910, 2, 108. — Angers, 15 juin 1900, D. 1901, 2, 415. — Bourges, 19 janv. 1866, D. 1866, 2, 64 ; S. 1866, 2, 218. — Aix, 23 déc. 1908, *Rec. Marseille*, 1909, 2, 140, S. 1910, 2, 6, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 577. — Limoges, 27 janv. 1894, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 183. — Trib. comm. St-Etienne, 5 mai 1909, la *Loi*, 3 juill. 1909. — Orléans, 26 juin 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 392. — Nîmes, 4 mars 1908, *Gaz. Trib.*, 19 mars 1908. — Rennes, 8 fév. 1909, *Rec. Rennes*, 1909, 67. — Paris, 5 fév. 1910, *Gaz. Pal.*, 1, 313. — Lyon, 20 nov. 1908, *Mon. Lyon*, 15 janv. 1909. — Nîmes, 4 mars 1909, *Mon. Midi*, 21 mars 1909. — Trib. comm. Nantes, 17 juill. 1909, *Rec. Nantes*, 1909, 1, 410. — Rennes, 13 fév. 1908, *Rec. Rennes*, 1910, 66. — Aix, 13 juin 1907, *Rec. Marseille*, 1908, 2, 32. — Trib. comm. Nantes, 7 mars 1908, *Rec. Nantes*, 1908, 1, 253. — Bordeaux, 16 mars 1911, *Gaz. Trib.*, 18 oct. 1911. — Lyon, 6 déc. 1907, *Mon. Lyon*, 22 sept. 1907. — Trib. comm. Nantes, 17 nov. 1909, *Rec. Nantes*, 1910, 1, 160. — Trib. comm. Marseille, 28 mai 1902, *Rec. Marseille*, 1902, 1, 296. — Trib. comm. St-Etienne, 30 nov. 1899, la *Loi*, 13 janv. 1900 et 7 nov. 1901, la *Loi*, 12 nov. 1901. — Lyon, 29 avril 1875, S. 1875, 2, 263. — Chambéry, 8 juin 1877, S. 1877, 2, 252. — Trib. comm. Marseille, 30 janv. 1900, *Rec. Marseille*, 1900, 1, 141. — Lyon, 11 mars 1896, *Mon. Lyon*, 23 juillet 1896. — Trib. comm. Marseille, 19 sept. 1884, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, suppl. 98. — Orléans, 23 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 5-8. — Trib. comm. Mu

Mais d'autres décisions ont considéré le lieu de départ de l'acceptation[1]. Toutefois depuis une dizaine d'années, ces

---

seille, 17 sept. 1885, *Rec. Marseille*, 1886, 5. — Liège, 6 avril 1901, Pas. 1901, 2, 231. — Bruxelles, 3 janv. 1900, Pas. 1900, 2, 250. — Bruxelles, 29 juin 1907, Pas. 1907, 2, 277. — Bruxelles, 30 nov. 1899, Pas. 1900, 2, 168. — Trib. Anvers, 31 mai 1892, *Journ. Trib.*, 1892, 920. — Trib. Gand, 19 janv. 1895, *Jur. Trib.*, XLIII, 180. — Cf. Rouen, 1er mai 1901, *Rec. Rouen*, 1901, 1, 103. — Aix, 18 juin 1891, *Rec. Aix*, 1891, 1, 233. — Gand, 30 mars 1905, Pas. 1908, 2, 100. — Trib. Anvers, 11 mars 1899, *Journ. Trib.*, 1899, 330. — Trib. Gand, 20 juill. 1889, *Jur. Anvers*, 1892, 2, 25. — Trib. Arlon, 28 janv. 1897, Pas. 1897, 3, 164. — Trib. Charleroi, 5 déc. 1882, Pas. 1883, 3, 159. — Trib. Bruxelles, 7 juillet 1886, Pas. 1886, 3, 344. — Bruxelles, 27 janv. 1883, Pas. 1884, 2, 152. — Trib. Namur, 23 fév. 1883, *Journ. Trib.*, 1883, 243. — Diéna, *Il luogo della conclusione dei contratti*, *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. 421 et 1911, p. 305. — Marcaggi, p. 218. — Huc, VII, n° 18. — Cf. Garsonnet, 3e éd., I, n° 577, note 13. — En général, les auteurs résolvent la question d'après leur opinion sur le moment de la formation du contrat, v. not. Valéry, p. 123. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 25. — M. Ferron, *Comp. rat. personae des trib. de commerce*, se prononce pour le lieu de réception de l'offre, *Revue critique*, 1901, p. 409.

1 Paris, 21 déc. 1916, D. 1917, 2, 33. — Trib. Seine, 26 oct. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 325. — Trib. comm. Grenoble, 1er août 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 137. — Trib. de comm. Nantes, 25 nov. 1905, *Rec. Nantes*, 1906, 1, 171. — Id., 10 mars 1904, *Rec. Nantes*, 1905, 1, 31. — Trib. comm. St-Etienne, 15 mai 1900, *Mon. Lyon*, 21 janv. 1901. — Lyon, 22 juin 1910, D. 1913, 2, 176. — Poitiers, 14 mai 1901, S. 1902, 2, 175; D. 1902, 2, 12. — Chambéry, 19 mai 1896, D. 1898, 2, 114. — Trib. comm. Nantes, 10 mars 1904, D. 1905, 5, 42 et 28 janv. 1905, *Rec. Nantes*, 1905, 1, 259. — Req., 17 janv. 1898, D. 1898, 1, 79 (contrat par correspondance d'un mandataire). — Poitiers, 21 janv. 1891, D. 1892, 2, 249, avec note Glasson. — Lyon, 12 avril 1892, D. 1893, 2, 324. — Limoges, 2 mars 1894, D. 1895, 2, 257. — Douai, 15 mars 1886, D. 1888, 2, 37. — Rouen, 24 fév. 1874, D. 1877, 2, 222. — Chambéry, 8 juin 1877, D. 1878, 2, 113. — Rennes, 21 mars 1879, D. 1881, 2, 175. — Caen, 15 juin 1871, D. 1872, 5, 111. — Rennes, 6 fév. 1873, D. 1875, 2, 224. — Lyon, 1er juin 1857, D. 1858, 2, 21. — Angers, 20 juin 1860, D. 1860, 2, 206. — Rennes, 24 nov. 1846, D. 1847, 4, 98. — Trib. comm. Nantes, 4 déc. 1901, *Rec. Nantes*, 1902, 1, 151. — Bordeaux, 8 févr. 1898,

décisions ont beaucoup diminué dans les recueils.

Quand un contrat est passé par mandataire, on admet que la promesse est faite au lieu où il traite avec le tiers[1].

Il en est de même si l'acte de l'intermédiaire doit être ratifié, car cette ratification rétroagit au jour du contrat[2].

Gaz. Pal., 1898, 2, 76. — Rennes, 15 déc. 1891, *Rec. Nantes*, 1892, 1, 8. — Poitiers, 9 mai 1894, *Rec. du Havre*, 1895, 2, 31. — Rennes, 17 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 300. — Paris, 30 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 825. — Douai, 15 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 686. — Metz, 5 fév. 1820, S. chr. — Limoges, 19 janv. 1828, S. chr. — Cass., 17 juill. 1810, S. chr. — Cf. trib. comm. Havre, 13 avril 1892, *Rec. du Havre*, 1892, 1, 95. — Trib. Malines, 20 janv. 1904, *Belgique judic.*, 1904, 165.

[1] Dijon, 22 mars 1897, D. 1898, 2, 102. — Lyon, 14 mars 1872, D. 1874, 2, 15. — Lyon, 14 mai 1867, D. 1867, 2, 134. — Rouen, 7 janv. 1845, D. 1845, 4, 99. — Lyon, 26 fév. 1846, D. 1846, 4, 87. — Rouen, 12 mars 1847, D. 1849, 2, 36. — Limoges, 22 janv. 1848, D. 1849, 2, 37. — Grenoble, 9 janv. et 13 févr. 1864, D. 1864, 2, 146. — Trib. comm. du Havre, 13 août 1902, *Rec. du Havre*, 1902, 1, 211. — Bordeaux, 20 déc. 1899, *Rec. Bordeaux*, 1900, 1, 174. — Caen, 20 juill. 1898, *Rec. Rouen*, 1898, 2, 226. — Trib. comm. St-Etienne, 8 août 1897, *Mon. Lyon*, 12 nov. 1897. — Trib. comm. Nantes, 10 fév. 1894, *Rec. Nantes*, 1894, 1, 157. — Bourges, 11 fév. 1876, la *Loi*, 1er juin 1896. — Trib. comm. Marseille, 27 sept. 1892, *Rec. Marseille*, 1893, 1, 7. — Montpellier, 4 mai 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 74 et 26 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 653. — Bruxelles, 17 nov. 1891, Pas. 1893, 2, 14. — Gombeaux, *Du représentant de commerce*, *Ann. dr. commercial*, 1906, p. 105. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 29.

[2] Civ., 25 fév. 1879, D. 1879, 1, 102; S. 1879, 1, 153. — Toulouse, 27 mars 1884, D. 1885, 1, 52. — Lyon, 14 mars 1872 précité. — Nîmes, 13 mai 1871, D. 1872, 2, 69. — Civ., 31 août 1852, S. 1853, 1, 177; D. 1852, 1, 225. — Trib. comm. Gand, 9 juin 1909, *Jur. comm. Flandre*, 1909, 3, 528. — Trib. comm. St-Etienne, 30 juin 1903, *Mon. Lyon*, 4 juill. 1903. — Trib. comm. Die, 22 juin 1886, *Rec. Grenoble*, 1886, 288. — Montpellier, 4 mai 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 74 et 26 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 653. — Trib. comm. Nantes, 29 oct. 1886, *Rec. Nantes*, 1888, 1, 12 et 8 oct. 1887, *id.*, 1887, 1, 413. — Trib. comm. Chambéry, 11 déc. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1,

C'est en effet là où a lieu l'important débat que le contrat s'est passé. C'est avec ce lieu que la convention présente un lien.

S'il y a vente de marchandises soumises à un agréage, on admet que c'est au lieu de l'agréage où le contrat devient définitif qu'il se forme (v. sur les ventes à l'agréage, *supra*, n° 472)[1].

Mais sur tous ces points la jurisprudence de la cour de cassation affirme que c'est une question de fait[2]. Elle a en conséquence approuvé le fait de tenir compte du lieu de réception de l'acceptation[3].

En réalité il nous semble que la jurisprudence des cours d'appel aurait pu profiter de la liberté à elle laissée par la cour de cassation pour arriver à des solutions plus pratiques. Que veut l'article 420 ? Permettre d'assigner en un lieu qui ait avec le contrat un rapport étroit, parce que c'est à la fois celui de la conclusion et de la livraison. N'est-ce pas répon-

---

209. — Trib. comm. Marseille, 4 sept. 1884, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, suppl. 103. — Toulouse, 27 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 917. — *Contrà*. Trib. du Havre, 12 janv. 1870, D. 1871, 3, 24. — Dijon, 21 avril 1865, D. 1865, 2, 115. — Trib. comm. Nantes, 2 janv. 1904, *Rec. Nantes*, 1904, 1, 203. — Montpellier, 18 juill. 1913, *Mon. Midi*, 2 nov. 1913. — Trib. comm. Quimper, 11 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 777. — Trib. comm. Nantes, 28 juill. 1909, *Rec. Nantes*, 1909, 1, 425. — Bordeaux, 8 avril 1845, D. 1849, 2, 36. — Montpellier, 21 mai 1847, D. 1847, 2, 128. — Rouen, 21 déc. 1904, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 303. — Montpellier, 21 juill. 1906, *Mon. Midi*, 1906, 309. — Trib. comm. Nantes, 31 juillet 1897, *Rec. Nantes*, 1897, 1, 408. — Montpellier, 21 juill. 1906, *Mon. du Midi*, 1906, p. 309. — Trib. Anvers, 16 oct. 1899, *Journ. Trib.*, 1899, 1195. — Cass. civ., 23 déc. 1902, S. 1904, 1, 244, avec note de M. Wahl. — V. cep. Cass. civ., 16 nov. 1910, S. 1912, 1, 461.

1 Cass. civ., 5 janv. 1877, S. 1877, 1, 281. — Cass. crim., 27 juillet 1877, S. 1878, 1, 135 (arrêts rendus à propos de vins falsifiés).

2 Req., 1er déc. 1875, D. 1877, 1, 450. — Req., 6 août 1867, D. 1868, 1, 35; S. 1867, 1, 400. — Cass. civ., 16 nov. 1910, S. 1912, 1, 461.

3 Civ., 30 mars 1881, D. 1881, 1, 359.

dre à l'esprit du texte, au lieu de subtiliser sur le lieu du contrat, de dire : si un lieu est celui de la livraison et qu'en outre l'acceptation en soit partie où y soit arrivée, le contrat présente avec lui assez de lien pour que l'article 420 s'applique. Encore faudrait-il réserver le cas où le gros des pourparlers aurait lieu à un endroit et où l'acceptation finale se ferait par une lettre expédiée en voyage. On ne peut évidemment tenir grand compte de ce que le voyageur a mis sa lettre à la boîte dans telle ou telle gare où il passait.

Il y a cependant un cas où il peut être nécessaire de fixer un lien unique de formation du contrat, c'est au point de vue du conflit des lois pour savoir si un contrat a été passé dans tel pays ou dans tel autre. Là encore, il faut appliquer l'heureuse formule de la Cour suprême. C'est une question de fait. Si un des correspondants a une résidence dans un lieu et que l'autre lui écrive en voyage, d'un hôtel où il est de passage, le contrat a plus de rapport avec le premier pays et s'ils y ont tous deux une résidence il faudra considérer la plus stable.

Si les deux contractants avaient correspondu se trouvant en voyage, il faudrait dire nettement que le lieu du contrat ne présente aucune importance et ne peut servir à déterminer la loi applicable[1]. (A).

A. — *Formule d'offre*

Je suis disposé à vous vendre
dans les conditions suivantes :
Prix
Conditions de paiment : date, lieu de paiement
Tribunal compétent

---

1 V. Hindenburg, *Les contrats par correspondance, Revue de droit international et de droit comparé*, 1897, p. 253. — V. en faveur du lieu de l'émission de l'acceptation, Weiss, *Traité de dr. international privé*, 2e éd., IV, p. 370. — Despagnet, n° 299. — Surville et Arthuys, n° 229. — Cf. Pillet, *Loi de conclusion des contrats dans les marchés à terme*, *Ann. dr. commercial*, 1910, p. 433 et *Ann. de l'institut de droit international*, 1908.

Je déclare maintenir mon offre jusqu'au 31 de ce mois, dernier courrier. Faute de réponse reçue à ce moment, elle sera non avenue. Je me réserve également de la tenir pour révoquée en cas de contre proposition.

L'opération sera conclue à nos conditions d'usage imprimées ci-dessus.

581. — Le contrat étant définitivement formé, il en résulte qu'il ne peut plus être modifié que d'un commun accord. Par suite, si après l'échange des lettres il doit être rédigé un acte écrit, on ne peut par l'intermédiaire du rédacteur altérer les clauses du contrat.

Ainsi un bail se trouvant conclu par un échange de lettres, si le bailleur dans le projet d'acte écrit insère des clauses anormales et onéreuses pour le locataire, il ne peut par ce moyen porter atteinte à la convention[1].

Un journal ne peut imposer de nouvelles clauses à ses abonnés pendant le cours de l'abonnement[2].

Un vendeur ne peut plus exiger le paiement comptant parce qu'il reçoit après coup de mauvais renseignements sur la solvabilité de l'acheteur[3].

Un contractant ne peut compléter l'acte par des dispositions accessoires[4] par exemple, après avoir reçu un télégramme d'acceptation, modifier le contrat en envoyant une lettre où se trouve une clause imprimée modifiant la compétence[5].

---

1 Cass. req., 26 juin 1901, S. 1904, 1, 283; D. 1901, 1, 501, *Pand. fr.*, 1901, 1, 421, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 141. — V. de même, Cass. req., 21 juill. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 139 (contrat conclu par un mandataire). — Montpellier, 27 oct. 1911, *Mon. Midi*, 12 nov. 1911.

2 Rouen, 5 mars 1889, *Rec. Rouen*, 1889, 1, 137.

3 Trib. comm. Alost, 13 mars 1889. *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 810. — V. de même pour d'autres modifications, trib. comm. Nantes, 25 mars 1905, Rec. *Nantes*, 1905, 1, 417.

4 Trib. Chartres, 15 déc. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 311, 2e partie. — Cass. req., 30 juill. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 492, *Pand. fr.*, 1902, 1, 335. — Trib. Anvers, 18 sept. 1857, *Jur. Anvers*, 1857, 1, 324. — Id. 13 juill. 1876, *Jur. Anvers*, 1876, 1, 355.

5 Trib. Rocroy, 16 juillet 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 384.

Le projet notarié différent des clauses convenues ne comptera pas[1].

Et même si la personne qui a reçu l'offre envoie simultanément une dépêche d'acceptation et une lettre stipulant des conditions spéciales, si le télégramme ne fait aucune allusion à l'expédition de cette lettre, elle ne produit aucun effet[2]. Mais il en serait autrement si le télégramme contenait la mention « lettre suit »[3]. Il faudrait toutefois que la lettre arrivât dans les délais fixés pour l'acceptation, ou s'il n'y a pas de délai, peu de temps après la réception du télégramme, car l'incertitude ne peut se prolonger. Sinon il y aurait acceptation pure et simple et non contre-proposition. La securité des transactions l'exige ainsi. De même si un contrat est formé, dans la journée où il est passé, il est déjà trop tard pour le rompre[4].

Une fois l'accord réalisé sur les points essentiels, les clauses accessoires doivent être établies conformément à la loi et à l'usage[5]. Ainsi un directeur de théâtre pourra imposer un règlement conforme aux usages[6]. Peu importe un désaccord sur des points secondaires, comme le lieu de paiement[7]. En ce cas la règle de droit commun l'emportera.

---

1 Trib. Lille, 5 mai 1899, *Nord Jud.*, 1899, 307.

2 Trib. comm. Nantes, 7 janv. 1865, D. 1865, 3, 22.

3 Valéry, p. 114. — Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 40. — Endemann, I, § 69. — V. cep. Gand, 29 avril 1885, Pasicrisie, 1885. 2, 276 (solution fondée sur l'habitude des deux parties de confirmer purement et simplement par la lettre suivante).

4 Trib. comm. Anvers, 10 janv. 1908, *Jur. Anvers*, 1908, 1, 136. — De même le lendemain, trib. Namur, 19 mars 1886, *Journ. Trib.*, 1886, 507 (v. cep. l'indication dans cette décision d'un usage anversois contraire).

5 Req., 1er déc. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 42.

6 Trib. comm. Rouen, 28 août 1865, *Rec. Nantes*, 1866, 2, 19. — Valéry, p. 107.

7 V. Req., 24 juin 1912, D. 1913, 1, 363, *sol. implic.* — Trib. de

581 bis. — Le contrat une fois formé a une intangibilité sur laquelle nous reviendrons.

Il est en principe à l'abri des lois nouvelles. Toutefois cette idée a été parfois exagérée[1].

Ensuite le contrat une fois formé, on pourra bien le modifier, l'anéantir, mais non le supprimer pour le passé. Il n'est pas susceptible d'être retiré[2].

581 ter. — Il peut y avoir cependant certains usages spéciaux. Ainsi pour les baux, il est admis à Paris qu'en cas de remise de denier à Dieu au concierge, le locataire peut encore se dédire en réclamant le denier dans les vingt-quatre heures ou la journée du lendemain[3].

582. — Pour que la réponse d'acceptation forme avec l'ensemble des pourparlers antérieurs un contrat, il faut qu'il y ait entente sur des points essentiels du contrat[4]. L'acceptation avec modification vaudrait en principe simple contre-proposition, notamment il en serait ainsi de l'acceptation conditionnelle[5].

Ces points essentiels sont déterminés pour chaque contrat par la loi elle-même ou par les tribunaux.

Ainsi, en matière de vente, l'article 1583 dit que la vente est parfaite « dès qu'on est convenu de la chose et du prix ».

Cherbourg, 6 sept. 1912, S. 1914, 2, 49, avec note de M. Demogue (v. *infrà*, n° 585).

1 V. Jèze, *Le retrait des actes juridiques*, *Revue de droit public*, 1913, p. 264. — Cf. Barthélemy, *Revue de droit public*, 1911, pp. 146 et suiv.

2 Cf. Jèze, *loc. cit.*, et *Revue de droit public*, 1908, p. 249; 1910, p. 52; 1911, p. 61.

3 V. trib. paix Paris, 22 déc. 1871, D. 1871, 3, 91. — 23 mai 1907, D. 1908, 5, 4. — 9 oct. 1891, S. 1891, 2, 253. — Baudry et Wahl, I, n° 192. — Guillouard, I, n° 42. — Huc, X, n° 277. — Cf. trib. paix Paris, 7 fév. 1902, S. 1904, 2, 180.

4 V. Valéry, p. 108. — Larombière, art. 1101, n° 10.

5 Cf. Vivante, *Dr. commercial*, trad. Escarra, IV, p. 49.

Il n'y a donc pas vente s'il n'y a pas eu entente sur le prix[1] ou détermination de tous les objets du contrat[2].

Mais s'il y a entente sur ces deux points, cela suffit[3], peu importe que l'acheteur n'ait pas visité les terrains achetés[4], qu'on n'ait pas réglé le lieu et l'époque de paiement[5], de l'entrée en jouissance[6].

Cependant on a jugé qu'il n'y avait pas contrat définitif pour la vente d'un fonds de commerce dans un cas où les marchandises n'étaient pas inventoriées. Mais c'est une solution d'espèce donnée dans un cas où ces dernières représentaient bien plus que le fonds[7] ; ou dans une vente s'il y avait désaccord sur des délais prolongés de paiement[8].

Pour un bail il faut accord sur la chose, le prix et la durée du bail[9]. Ces trois conditions paraissent résulter de l'article 1709 Civ.

---

1 Dijon, 7 avril 1875, S. 1875, 2, 282. — Baudry et Saignat, n° 21. — Douai, 3 avril 1912, *Rec. Donai*, 1913, 230.

2 Trib. Clermont, 13 juill. 1900, *Rec. Amiens*, 1900, 236. — Trib. comm. St-Etienne, 4 janv. 1900, la *Loi*, 8 janv. 1900. — Baudry et Saignat, n° 21.

3 Req., 5 avril 1875, D. 1875, 1, 463. — Req., 31 déc. 1900, S. 1901, 1, 407, *Pand. fr.*, 1901, 1, 286.

4 Montpellier, 11 fév. 1909, *Mon. du Midi*, 6 juin 1909.

5 Cass. req., 1er déc. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 42, S. 1887, 1, 167.— Lyon, 13 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, suppl. 134. — *Contrà:* Agen, 29 nov. 1899, le *Droit*, 13 janv. 1900.

6 Riom, 10 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 330. — *Contrà:* pour des livraisons de vins, trib. Narbonne, 5 févr. 1895, la *Loi*, 8 févr. 1895. — Aussi Guillouard, *Vente*, n° 10. — Cf. cep. *eod. loc.*, n° 20. — Baudry et Saignat, n° 23.

7 Trib. comm. Nice, 2 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 30 juillet 1911. — Orléans, 12 juillet 1906, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2, 6.

8 Trib. Anvers, 22 juin 1893, *Jur. Anvers*, 1895, 1, 44.

9 Douai, 5 août 1852, D. 1853, 2, 176 ; S. 1853, 2, 188.— Nancy, 3 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 620.— Trib. Seine, 13 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 281. — Rouen, 24 fév. 1897, *Rec. de Rouen*, 1897, 1, 115. — Douai, 14 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 471. — Trib. Seine, 15 juillet 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 682. — Montpellier, 3 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 1896,

Mais peu importe que l'on n'ait pas fixé d'autres points comme la date de paiement des loyers[1].

Pour un contrat d'entreprise, on a jugé qu'il ne suffisait pas de fixer le prix et le travail par un cahier des charges, qu'il fallait encore un marché fixant des délais, des pénalités, etc. Mais cette solution semble exagérée[2].

Pour un contrat de travail, si le prix n'a pas été fixé, il n'y a pas contrat. Ainsi en est-il si un artiste a été engagé, la date de ses débuts fixée, sans que le salaire le fût[3].

Pour une société, la fixation de sa durée est un élément essentiel[4].

Pour des fournitures importantes la question de durée peut être essentielle[5].

Quant aux points non réglés, ils se règleront d'après les solutions données dans le Code pour chaque contrat, ou à défaut, d'après les principes d'interprétation des articles 1159 et suivants Civ.[6].

Bien entendu, il suffit que l'entente sur ces points soit tacite. Ainsi pour le prix il suffit de se référer implicitement aux cours, aux conditions habituelles[7]. Ainsi une femme achète dans un magasin élégant sans s'informer du

---

1, 756. — V. cep. Douai, 26 déc. 1899, D. 1901, 2, 7, qui a considéré, la durée comme secondaire dans une location de force motrice.

1 Besançon, 16 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 232, *Rev. de dr. civil* 1904, p. 412.

2 Trib. Seine, 22 janv. 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 483.

3 Trib. Seine 10 août 1896, le *Droit*, 11 août 1896.

4 Lyon, 24 juin 1870, S. 1871, 2, 70.

5 Trib. Liégé, 10 août 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 1450.

6 V. Trib. Seine, 3 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 171. — Gand, 11 avril 1842, Pas. 182, 2, 196. — Trib. Anvers, 22 juin 1860, *Jur. Anvers*, 1861, 1, 61.

7 Valéry, p. 106, n° 103. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 159. — La Cour de Douai a même validé une commande « au plus doux prix possible », 15 mars 1886, D. 1888, 2, 37.— V. à ce sujet : Flurer,

prix. Elle a accepté tacitement le prix normal d'après l'objet, la réputation du magasin[1]. Encore faut-il que la référence ne soit pas trop vague[2].

De même, si un médecin est appelé auprès d'un malade, il y a entente tacite pour un prix raisonnable, d'après les usages locaux, la renommée du médecin, la fortune du malade[3].

A plus forte raison il y a contrat formé si un entrepreneur promet un travail pour de tant à tant, pour tel prix au maximum. Le juge arbitrera en cas de doute.

S'il suffit de l'entente sur quelques points essentiels, et encore peut-elle être tacite, c'est que le contrat est une nécessité sociale dont il faut favoriser la conclusion. Les contrats sont chargés du grand service social des appropriations individuelles convenables, lequel ne peut chômer. Ensuite il faut simplifier les contrats pour économiser le temps et l'activité[4].

Si des points accessoires ont été soulevés, il n'y a plus contrat si le désaccord se produit dans des conditions telles

---

Ex. doctr., *Revue critique*, 1889, p. 311, qui nie que le prix puisse être laissé à l'arbitrage du vendeur, ce qui nous semble exagéré, les tribunaux pouvant rectifier s'il y a abus.

1 Paris, 16 déc. 1909, D. 1910, 2, 141, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 838. — Paris, 11 nov. 1900, 20 juillet 1899, 18 déc. 1906 et Trib. de la Seine, 1er déc. 1904, 11 fév. 1905, 23 juin 1905, 28 juin 1905, 6 déc. 1907, D. *eod. loc.*, en sous note.

2 Trib. de Lille, 26 mai 1897, *Nord judic.*, 1897, 316 (contrat aux conditions ordinaires).

3 Trib. paix Maubeuge, 18 mars 1908, *Mon. Lyon*, 1er juill. 1909. — Trib. Bayonne, 1907, *Gaz. Trib.*, 20 juin 1907. — Bordeaux, 16 juin 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 231. — Limoges, 8 juill. 1910, D. 1912, 2, 92. — Trib. Seine, 15 fév. 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 141. — Trib. Bourg, 19 juin 1914, *Gaz. Trib.*, 2e sem., 2, 232. — Trib. Nîmes, 13 mai 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem., 2, 461.

4 V. sur l'application de ces idées aux contrats de la vie courante. Gounot, p. 159.

que l'on estime que pour les parties ces points étaient graves[1] (v. *infrà*, n° 585).

On peut aussi sur les points accessoires s'en remettre à la décision d'un tiers dont la décision ne peut être attaquée ou modifiée comme trop onéreuse[2] à moins d'être entachée de fraude. En ce cas le contrat n'est définitivement formé que par la décision du tiers. Avant il n'y a qu'un avant-contrat.

583. — Le contrat se forme-t-il si deux propositions concordantes se croisent ? On admet généralement l'affirmative[3]. On a quelque peine à justifier cette solution. Il faut dire qu'ici l'un des destinataires voulant et l'autre ayant connaissance de cette volonté, il y a contrat au moment où arrive la seconde lettre. Les partisans de la déclaration diront qu'il y a contrat dès la seconde déclaration. Dès ce moment, chacun a suffisamment compté sur la volonté de l'autre.

S'il y a un certain désaccord, si un acheteur offre 100 et que le vendeur demande 90, il y a contrat sur la proposition la plus faible, dit-on[4].

Il est difficile d'expliquer logiquement pourquoi on prend un chiffre plutôt qu'un autre, car le vendeur offre à 90 minimum, et l'acheteur à 100 maximum. Mais il faut poser cette règle que la société qui doit favoriser la formation des contrats doit favoriser leur formation dans des conditions peu onéreuses. La théorie de la lésion, la publicité des cours, reposent sur cette idée, spécialement importante dans un pays où le souci du bien être général est grand. De là dérive le désir de favoriser le bon marché dans les contrats.

---

1 Cf. Vivante, *Droit commercial*, IV, n° 20.

2 Cass. Rome, 20 janv. 1911, *Giur. ital.*, 1911, I, p. 338.

3 Valéry, p. 202.— Baudry et Saignat, n° 41.— *Contrà :* Larombière, I, 1101, n° 22 (sous réserve du cas où une des parties est en état d'offres permanentes). — Marcaggi, thèse citée, p. 149. — En droit anglais, v. Cohen, th. citée, p. 99.

4 Valéry, p. 207.

Normalement une acceptation ne coïncidant pas pleinement avec l'offre ne crée pas le contrat[1].

584. — Que décider si dans un contrat le désaccord porte sur la quantité. Le contrat se forme pour partie si les offres sont indépendantes. Mais une offre est faite de dix objets. On déclare en acheter huit à ce prix. Y a-t-il contrat? On a dit que non[2], l'acceptation n'a pas le même objet que l'offre et on peut alléguer vouloir de l'exécution du contrat entier. Il semble qu'en général on doit admettre qu'il y a contrat, c'est toujours la même idée qui doit dominer : il faut favoriser la formation des contrats. Mais il en serait autrement si l'offrant avait un intérêt sérieux à ne contracter que pour le tout : s'il est marchand en gros, s'il a besoin de simplifier ses affaires[3].

De ces cas il faut distinguer le défaut d'accord sur la façon de comprendre la quantité. Ici on doit admettre que le contrat est valable et s'interprète suivant l'usage. Ainsi une vente de cacaos par sacs s'entend de sacs de poids moyens et non de sacs tels qu'on les recevra d'un planteur[4].

585. — Quand des contractants se sont accordés sur les points essentiels, mais qu'un désaccord s'est manifesté sur-

---

1 Cass. Rome, 26 mars 1906, *Giur. ital.*, 1906, 1, 536.

2 Valéry, p. 111. — Larombière, art. 1101, n° 10 (avec des réserves s'il y a désaccord sur le prix). — Lomonaco, I, p. 92 (avec des réserves). — *Contrà:* Laurent, XV, n° 471 qui dit c'est une question d'intention.— Lyon-Caen et Renault, III, n° 23.— Pacifici Mazzoni, *Istitutizioni*, 5e éd., IV, p. 166, pour les contrats unilatéraux et pour les contrats bilatéraux si la prétention d'une partie est moindre que ce qu'on lui concède. Il en serait de même pour une différence de qualité. — V. *suprà. Conversion des actes juridiques*, n° 214. — Cf. Baudry et Barde, I, n° 42, pour qui c'est une question de fait. — Coviello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 367. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 74, et Giorgi, III, n° 251.

3 Cf. en ce sens : Vivante, *Dr. comm.*, IV, p. 41. — V. sur l'indivisibilité des commandes dans certains commerces. Trib. Bruxelles, 13 fév. 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 506. — Demolombe, XXIV, nos 50 et 51.

4 Trib. comm. Bruxelles, 23 janv. 1908, *Pand. pér.*, 1908, 374.

des points secondaires : lieu de paiement, etc., le contrat n'en est pas moins formé, s'il n'apparaît pas que les parties ont considéré ces points comme très importants, s'ils n'en ont pas fait subjectivement des points essentiels[1]. En effet, les contrats sont une nécessité sociale, les tribunaux doivent facilement en reconnaître l'existence et ils ne peuvent déclarer l'absence de contrat que s'il y a un désaccord sérieux[2].

Mais comment appliquer les contrats lorsque les contractants ont sur leurs en-têtes de lettres, leurs factures des clauses opposées. Dans ce cas on tiendra compte de la clause conforme au droit commun plutôt que de celle qui y déroge. On tiendra compte de la clause manuscrite plutôt que de la clause imprimée[3].

Dans le même ordre d'idées, on a jugé dans un procès célèbre que la réception d'une pièce à corrections sur des points secondaires formait déjà un contrat définitif[4].

---

1 V. Trib. comm. Cambrai, 16 avril 1912 et Trib. comm. Cherbourg, 6 sept. 1912. S. 1914, 2, 49 avec note de M. Demogue. *Revue de dr. civil*, 1912, p. 973. — Trib. Toulouse, 26 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2e suppl., 80.— Bordeaux, 29 janv. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 20.— Cf. Trib. Seine 8 mars 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 438. — Trib. Gand, 19 janv 1895. *Journ. Trib.*, 1re inst. XLIII. 180. — Bruxelles, 14 mai 1890, Pas. 1891, 2, 278. — Trib. Bayeux, 4 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 1 suppl., 133. – Gand, 21 mars 1900, Pas. 1901, 2, 80, factures contenant des clauses contraires, l'une imprimée, l'autre manuscrite, Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 367.

2 V. cep. Vivante, *D. commercial*, IV, p. 20.

3 V. Trib. Cambrai et Trib. de Cherbourg précités. — Paris, 11 janv. 1913, *Gaz. Pal.* 1913, I. 721. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 809. — Trib. comm. Saint-Dizier, 25 juillet 1913. *Gaz. Pal.*, 1914, I, 59. — On a même jugé en Italie que des clauses secondaires imprimées pouvaient être jugées n'être pas l'indice véritable de la volonté des parties, en raison d'un usage contraire. Gênes, 7 janv. 1910, *contrà* et 7 mars et 3 juin 1910, cités par Ascoli, *Rev. dir. civile*, 1911, p. 107.

4 Trib. Seine, 20 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1908. — Laillier, *Contrat de représentation théâtrale*, thèse Paris, 1913, p. 62.

586.— Mais il arrive souvent que les parties s'étant accordées sur les points essentiels, on constate qu'après il y a eu des pourparlers sur des points secondaires sans protestation de part ni d'autre. En ce cas soit que les pourparlers sur ces points se soient poursuivis en même temps que sur les points essentiels, soit qu'ils se soient ouverts d'un commun accord après le contrat ferme, ou que ces points aient été réservés pour être discutés[1], il n'y a pas convention, faute d'entente complète dans le premier cas (ces points étant jugés essentiels par les parties), par suite d'une remise en discussion dans le second[2].

Des jugements vont même plus loin. Si au moment même où une partie déclare accepter les conditions essentielles sous les règles d'usage, ce qui est bien l'acceptation pure et simple, l'autre partie demande à les connaître et proteste en les estimant exagérées, il n'y a pas contrat si ces clauses aggravent beaucoup le bail[3]. Mais c'est là une décision d'espèce.

De même une vente a été conclue verbalement. Une lettre de confirmation est envoyée contenant des réserves, ou des modifications. En ce cas, le contrat n'est pas formé[4].

Ces décisions ne doivent pas être considérées comme de

---

1 Besançon, 20 août 1881, D. 1882, 2, 177. — Baudry et Saignat, n° 24, I.

2 V. Cass. civ., 7 juill. 1858, D. 1858, 1, 329, 2e espèce. — Trib. Seine, 8 mars 1909. *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 438. — Paris, 3 mars 1900, *Gaz. Trib.* 1900, 1er sem. 2, 505. — Trib. Seine, 4 avril 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 60. — Bordeaux, 25 janv. 1898. *Rec. Bordeaux*, 1898, 1, 158 (désaccord sur le notaire qui rédigera l'acte). — Douai, 15 mars 1900. *Rec. Douai*, 1900, 216. — Req, 29 juillet 1901, *Gaz. Trib.*, 31 juillet 1901. — Trib. Seine, 29 juillet 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1er sem., 2, 34. — Besançon, 20 août 1881, D. 1882, 2, 177. — Aix, 14 mai 1908. *Rec. Marseille*, 1908, 1, 357. — Trib. Toulouse, 26 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2e supp., 80. — Aix, 5 déc. 1891, *Rec. Marseille* 1892, 1, 88.

3 Trib. Seine, 26 mars 1906, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e sem., 2, 225.

4 Trib. comm. Rennes, 10 déc. 1908, *Rec. Nantes*, 1910, 2, 7. — Trib. comm. Nantes, 21 juill. 1909, *Rec. Nantes*, 1909, 1, 420.

simples décisions d'espèces. Elles montrent chez les tribunaux un point de vue spécial. Dans tout contrat, il y a une période de pourparlers où l'on tâte le terrain, où l'on envisage les combinaisons, etc., les tribunaux ont une tendance à prolonger exagérément cette période d'incertitude, à la faire durer tant que des points jugés importants par une des parties sont en discussion. Les décisions ci-dessus en sont la manifestation exagérée.

Ainsi donc l'accord sur les points objectivement essentiels que nous avons énumérés ne suffirait pas toujours. Il faudrait qu'il n'y ait pas désaccord sur des points secondaires jugés essentiels même par une seule des parties, lorsque ces points n'ont pas été passés sous silence : qu'il y ait eu discussion, réserve faite, ou modifications proposées aux règles d'usage. Ici la pratique fait une large place à l'autonomie de la volonté : on n'est lié par le contrat que si ayant précisé ne vouloir l'être que dans telles conditions, cela a été accepté.

587. — Nous remarquerons à ce sujet le rôle que jouent en pratique les lettres de confirmation et les factures. Un contrat ayant été conclu verbalement, théoriquement la lettre de confirmation devrait simplement reproduire les conditions arrêtées et la facture donner la liste des objets livrés[1]. En fait il en est autrement. Les en-têtes de lettres, de factures contiennent souvent des clauses imprimées. Payable à sans escompte. « Les marchandises non retournées dans les sont considérées comme acceptées. — La maison ne répond pas de , etc. » Ensuite les lettres de confirmation complètent souvent le contrat verbal par des mentions : il est bien entendu que le transport sera à votre charge, que je pourrai réclamer etc. Ces

[1] V. Cass. req., 14 mai 1912, S. 1914, 1, 346; D. 1913, 1, 281. — Cf. sur les avis confirmatifs : Vivante, trad. Escarra, *Dr. comm.*, IV, p. 51. — Sur les factures : Pagani, *Accettazione delle fatture*, *Dir. commerciale*, 1903, p. 674.

lettres sont alors des propositions de modifications du contrat qui peuvent être acceptées par le silence[1] (v. *suprà*, n^os^ 185 et suiv.), mais si le destinataire de la lettre proteste, le contrat primitif subsiste en principe. Mais si, sur sa protestation, les pourparlers reprennent et si le désaccord subsiste, il n'y a pas de contrat, on est rentré dans la phase des pourparlers.

De plus, il faut remarquer que dans les affaires importantes, il est d'usage d'envisager des lettres de confirmation comme essentielles, de sorte que, s'il n'y en a pas, le contrat ne peut se prouver par témoins[2].

En pratique d'ailleurs, on a une tendance à multiplier un peu trop les confirmations et contre-confirmations. Ainsi il est inutile au reçu d'une acceptation d'en accuser réception. Cela n'a rien de nécessaire[3]. De même le fait qu'une lettre de confirmation d'un contrat verbal n'a pas reçu de réponse n'empêche pas le contrat d'être formé[4].

588. — Lorsqu'un accord de volontés a été subordonné

---

1 Cass. req., 26 déc. 1898, S. 1901, 1, 326. — Cass. req., 27 janv. 1909, S. 1909, 1, 136. — Req., 3 mai 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 2, 136 (moins net). — Lyon, 3 juill. 1912, S. 1914, 2, 22. — Montpellier, 3 juill. 1885, S. 1886, 2, 56. — Rouen, 19 mars 1902, D. 1903, 2, 109. — Trib. Anvers, 19 oct. 1888, *Jur. Anvers*, 1890, 1, 40. — Trib Anvers, 2 juin 1891, *Jur. Anvers*, 1891, 1, 257. — Req., 29 mars 1892, S. 1895, 1, 446. — Req., 14 nov. 1892, S. 1893, 1, 32. — Venise, 11 fév. 1905, *Giur. ital.*, 1905, 2, 477. — Rouen, 27 avril 1912, *Rec. Rouen*, 1912, 147. — Colin et Capitant, II, p. 290. — Cf. trib. Charleroi, 9 déc. 1898, *Journ. Trib.*, 1898, 1358. — Nîmes, 23 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 2, 417. — Liège, 13 mars 1901, Pas. 1901, 2, 285. — V. cep. trib. comm. Perpignan, 10 fév. 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2^e^ sem., 2, 172. — Riom, 23 oct. 1917, *id.*, 1918, 2, 29.— Paris, 21 fév. 1920, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 216. — Brunner, *Les factures comme instrument de preuve*, th. Montpellier, 1914, pp. 121 et suiv.

2 Trib. Gand, 5 mai 1897, *Jur. Trib. 1^re^ instance*, XLV, 677.

3 Cass., 16 juin 1913, *Mon. jud. Midi*, 12 nov. 1913.

4 Req., 14 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 263, D. 1913, 1, 281, avec note de M. Valéry. — Req., 21 nov. 1898, S. 1899, 1, 164, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 989.

à des faits extérieurs, le contrat ne devient définitif que si ces faits se sont réalisés. Si le contrat a été lié à un autre, si par exemple il résulte des circonstances que deux baux ne peuvent se faire l'un sans l'autre, le désaccord sur l'un empêchera l'autre de se former[1]. De même si le contrat a été subordonné à l'agrément d'un tiers, si celui-ci ne se produit pas et devient même irréalisable par le décès de ce tiers il n'y a pas contrat[2] et en attendant cet agrément il n'y a pas d'engagement définitif[3]. Ainsi il a été constaté que dans les ventes de chevaux, surtout si l'acheteur est peu au courant de leurs défauts, la vente n'est définitive qu'après qu'il a fait visiter l'animal par un vétérinaire[4].

De même si on offre la même chose à plusieurs, elle doit être acceptée par tous, à moins d'intention contraire de l'offrant[5].

589. — A côté des contrats bilatéraux, il y a des contrats multilatéraux. Ce sont ceux qui mettent en présence plus de deux personnes. Les sociétés, les associations, les groupements divers en sont les cas les plus fréquents. Il y a une série de parties ayant chacune leur intérêt. Ces actes sont en partie ce qu'on appelle actes complexes ou Vereinbarung, les volontés n'y sont pas purement fondues. Divergentes à l'origine, elles s'accumulent pour faire bloc vers le dehors[6].

Dans les groupements comme les sociétés par actions ou

---

1 Trib. Seine, 5 juill. 1908, D. 1909, 5, 4, *Gaz. Trib.*, 12 nov. 1908. — Cf. C. sup. d'Autriche, 6 nov. 1894, S. 1896, 4, 17, avec note de M. Wahl.

2 Req., 20 oct. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 1, 14.

3 Trib. Narbonne, 23 janv. 1902, la *Loi*, 19 avril 1902. — Toutefois celui qui a promis ne peut retirer sa promesse (Dijon, 15 juillet 1911. D. 1913, 2, 270).

4 Trib. Seine, 28 fév. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 431.

5 Guillouard, *Vente*, n° 137. — Larombière, art. 1101, n° 10. — Demolombe, XXIV, n° 48. — Aubry et Rau, IV, § 343, note 7. — Baudry et Barde, I, n° 42.

6 V. sur l'acte complexe, de Bezins, *L'acte complexe*. *Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289.

même les associations, il y a ordinairement une ou quelques personnes qui rédigent les statuts et font appel au public pour souscrire et adhérer[1]. Ces personnes peuvent théoriquement être de simples fondateurs et rester en fait non actionnaires, non sociétaires. Souvent elles seront administrateurs statutaires, ou elles formeront le bureau provisoire. Le lien se forme soit entre les adhérents soit entre eux et les adhérents, selon le cas, pour se fondre aussitôt dans la personnalité morale qui fera qu'il n'y aura que des liens entre la personne et ses adhérents[2].

Dans certains cas la formation du contrat se présente sous la forme suivante : on constitue à quelques-uns un groupement personnifié. Puis on donne la faculté à des tiers d'adhérer. Ce sera un cas usuel pour une association déclarée. Un premier groupe sera personnifié, puis la personne morale traitera avec de nouveaux adhérents. Le premier contrat servira de base à la personne morale puis il y aura des contrats bilatéraux entre celle-ci et les nouveaux membres. Ce cas se présentera encore si une société par actions augmente son capital. Pour pénétrer complètement ces rapports il faudrait scruter la personnalité morale et voir si une fois contractant le nouvel adhérent n'est pas lié avec les autres (ce que je croirais). Ici on toucherait au cœur de cette mystérieuse institution qui se dégage des groupements.

Supposons qu'il n'y ait pas cet écran de la personne morale entre le nouvel adhérent et les autres. Cela peut arriver dans une association non personnifiée, dans des groupements comme une société d'obligataires, un comité pour une fête, une érection de monument, même une société en formation[3].

---

1 V. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd. p. 156.

2 Sur l'autonomie du groupement ainsi formé, v. Ferrara, *Dir. civ. italiano*, I, p. 116.

3 Cf. Lescot, *Les personnes morales pendant la période constitutive*. thèse Dijon, 1913.

Ici, le nouvel adhérent traite avec l'ensemble des précédents. Il est lié avec chacun des anciens. De même les anciens sont tous liés entre eux. Cependant le contrat ne se forme pas seulement le jour où la dernière signature sera donnée : ce qui théoriquement n'arrive jamais pour une société ouverte comme une ligue, ce qui n'arrive même pas pour une société fermée comme une Académie, une association à nombre limité (Club des Vingt, etc.), car les démissionnaires sont appelés à être remplacés.

La situation juridique est la suivante. Si deux personnes se sont entendues, il y a contrat si elles estiment que même à deux leur groupe peut fonctionner (direction d'une revue) mais le contrat reste un contrat ouvert de sorte que déjà complètement formé, il se complètera par un lien de chaque ancien avec les nouveaux. Si le contrat originaire de deux personnes ne peut fonctionner, l'œuvre étant trop grande pour elles, le contrat n'existera que le jour où le nombre minimum des membres sera obtenu. Jusque-là il n'y a qu'un avant contrat coulé dans le monde traditionnel de l'entente à deux (v. *suprà*, n° 530). Il deviendra contrat le jour où on sera assez nombreux. Si on ne recrute pas le nombre des adhérents souhaités tout tombera[1].

Mais si on trouve des adhérents, le jour où l'on sera assez nombreux, le contrat se formera, mais encore sous la forme du contrat ouvert.

Dans ces contrats, souvent l'offre se présente de façon spéciale. Les statuts peuvent permettre d'adhérer à toute personne se trouvant dans des conditions données : exerçant telle profession, etc. Ces statuts, même non publiés, constituent pour celui qui les connaît, un droit à adhérer.

---

1 Le consentement de chacun est cependant déjà définitif. M. Houpin, *Journ. Sociétés*, 1895, p. 481, en a conclu avec raison que si un souscripteur de société par actions, décéde, laissant des héritiers mineurs, cela importe peu, son consentement est déjà définitif. — V. de même, Lescot, *op. cit.*, p. 151.

Ils forment une offre irrévocable tant qu'ils n'ont pas été modifiés.

Qu'est-ce que ce contrat ouvert dont nous venons de parler [1]. C'est un contrat déjà formé, créant des obligations, mais qui peut se compléter par un réseau de rapports juridiques liant chaque contractant avec le nouvel adhérent, de sorte qu'il a été admis que le dol devrait, pour être efficace, émaner de tous les anciens adhérents (v. *suprà*, n° 369).

Les besoins pratiques imposent l'admission de ces rapports nombreux, de ces fils juridiques qui s'entrecroisent. Si un nouvel adhérent fait annuler son adhésion pour erreur ou violence, les anciennes subsistent. Inversement, si des adhésions primitives tombent, les nouvelles restent valables. Il n'y a donc pas un contrat qui se refait chaque fois. Il y a un contrat qui s'étend ou se rétracte par chaque admission ou démission. L'entrecroisement des liens juridiques crée donc quelque chose qui est bien près de dépasser le contrat ordinaire, tel que nous le concevons, et d'atteindre ces sphères mystérieuses des institutions où se concentrent les grandes œuvres humaines[2].

Telle est la conception technique qui semble prendre le mieux la réalité. Il est probable qu'à mesure qu'on l'examinera on pourra en tirer de nouvelles conséquences, sauf à en retoucher quelques parties. Constatons pour donner une physionomie complète de l'institution que celle-ci est dominée par la *lex* qui s'impose à tous les adhérents et facilite la naissance de ces liens multiples[3].

---

1 On emploie parfois ici l'expression contrat successif (v. de Bezins, p. 311). Celle de contrat ouvert nous semble plus expressive. — Rappr. sur ces contrats en droit international public et spécialement sur les adhésions à traités, Pradier-Fodéré, *Droit international public*, II, n° 1146. — De Martens, *id.*, I, p. 536.

2 Cf. Lescot, *op. cit.*, p. 195, qui va plus loin, voit ici un acte unilatéral et en tire des conséquences (pp. 199 et suiv.).

3 V. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., p. 206.

La jurisprudence n'a eu à envisager qu'un petit nombre de ces questions, Si deux parties seulement signent le contrat qui doit être accepté par d'autres, en principe l'acte est déjà obligatoire entre elles[1]. Il n'en serait autrement que si elles avaient subordonné leurs consentements aux autres[2]. Ce serait le cas, par exemple, si le contrat n'avait de raison d'être que signé par tous ou par un grand nombre. Ainsi dans un concordat amiable avant faillite, chaque créancier n'entend s'obliger à un atermoiement, à une remise de dette partielle que si les autres y consentent, sans quoi il ferait un marché de dupes[3]. Mais si on émet les billets d'une loterie, l'émission est valable même si tous les billets ne sont pas placés, de sorte que l'émetteur garde la chance de gagner certains lots. L'acte avec soi-même consistant pour l'émetteur à tirer la loterie dans ces conditions n'est pas illicite (v. *suprà*, nos 40 et suiv.).

Nous avons dans le cas précédent un croisement de liens juridiques. Dans d'autres cas encore, nous avons des entrecroisements de liens contractuels.

Une série de contrats séparés peuvent cependant être liés entre eux de sorte qu'ils créent non seulement un lien entre une personne qui les a tous signés, mais entre les autres signataires. Un vendeur mettant en adjudication par lots un terrain pour y élever une cité, stipule que les villas à établir seront construites dans certaines conditions. Le cahier des charges est une sorte de loi de la cité et chaque adjudicataire peut en poursuivre l'exécution contre un

---

1 Cass. civ., 13 juin 1883, D. 1884, 1, 38. — Limoges, 29 mars 1897, D. 1899, 2, 122. — Cf. Demolombe, XXIV, n° 48, plutôt en sens contraire. — Larombière, art. 1101, n° 10. — Baudry et Barde, I, n° 42.

2 Besançon, 20 août 1881, D. 1882, 2, 177 (vente conjointe à deux époux et acceptée par le mari seul). — Req., 22 déc. 1874, D. 1875 1, 104 (vente à deux époux solidairement signée par le mari seul).

3 Ici il y a acte complexe de nature spéciale : Un *Gesamtakte*, où le contrat entre le failli et les créanciers se combine avec un acte complexe entre eux (v. de Bezins, *loc. cit.*, p. 309).

autre[1]. Par une série de stipulations pour autrui, il y a un entrecroisement de rapports contractuels.

590. — Certaines complications peuvent se présenter lorsqu'il y a pluralité de parties ayant les mêmes intérêts.

Ainsi il y a plusieurs mandataires devant agir collectivement. Un seul d'entre eux passe le contrat. Celui-ci ne prend date qu'au jour où le second a approuvé. Et il n'y a ici aucune rétroactivité, celle-ci ne se produisant que si l'acte émane d'une personne ayant intérêt à se prévaloir de la nullité de la convention et le droit de la confirmer[2].

Il en est de même si un copropriétaire indivis s'entend avec un acheteur pour lui vendre l'immeuble entier après lui avoir révélé qu'il n'en a qu'une partie et avoir promis qu'il insistera près de ses copropriétaires pour obtenir leur assentiment. En ce cas, la vente, s'il a été convenu qu'elle tomberait faute de cet assentiment unanime, ne prend date définitive que du jour de la dernière déclaration de volonté par un des covendeurs. Il y a ici une variété d'acte complexe où il faut admettre que le contrat ne se forme que par le dernier consentement[3].

Mais, dans une donation faite par un donateur à plusieurs personnes, si le donateur se porte fort envers un donataire présent de l'acceptation des autres, l'offre par lui faite devient déjà irrévocable[4], sauf à ce que le contrat ne prenne date définitive qu'à la dernière ratification. Ainsi le donateur peut se lier irrévocablement et cela nous amène bien près de l'obligation par volonté unilatérale. Dans tous ces

---

1 Trib. Seine, 25 nov. 1912, *Droit*, 5 janv. 1913. — Paris, 6 avril 1900, *Droit*, 23 juin 1900. — Rappr. Paris, 17 juin 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, 1, 633.

2 Req., 14 avril 1886, D. 1887, 1, 430.

3 Il y a ici ce que les Allemands appellent *Gesamtakte*, v. de Bezins, *L'acte complexe*, *Rec. de l'Académie de législation de Toulouse*, 1905, p. 289.

4 Cass. civ. 20 mars 1905, S. 1905, 1, 163, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 648.

cas il peut être convenu implicitement que le contrat tombera tout entier si tout le monde n'accepte pas. Ainsi une personne veut vendre. Il résulte des pourparlers qu'une personne entend acheter la moitié indivise, une seconde le surplus. Si la première accepte et que finalement l'autre refuse, tout tombe[1]. Il en est de même si un débiteur s'accorde avec ses créanciers pour un concordat amiable et, que finalement certains refusent d'accepter. Tout tombe, car l'intention de chaque créancier est de ne consentir des remises que si les autres en consentent.

591. — Souvent les contrats ne sont pas conclus directement entre les parties, mais au moyen d'intermédiaires qui n'ont pas pleins pouvoirs et qui ne traitent que sauf ratification de l'intéressé, de sorte que le contrat ne se forme qu'à ce moment[2]. En ce cas, l'engagement pris entre l'une des parties et l'intermédiaire de l'autre est déjà définitif en ce sens que l'on ne peut plus le révoquer[3].

Cette solution admise dans le cas où un commis-voyageur ne traite que sauf ratification de son patron doit être étendue à tous les autres cas : par exemple si un maire, un préfet, un administrateur délégué ne traitent que sauf à faire autoriser l'acte par le conseil municipal, etc. (v. *suprà*, chap. des avant-actes, n° 478 et suiv.).

Mais pour que l'incertitude ne se prolonge pas trop, on admet que le représenté doit répondre dans un assez bref délai, sinon il commet une *culpa in contrahendo*[4].

---

1 Cass. req., 26 juill. 1832, S. 1832, 1, 492. Ce cas se compliquait de ce qu'il y avait adjudication.

2 Paris, 21 déc. 1916, D. 1917, 2, 33.

3 Req., 11 mars 1879, D. 1881, 1, 34. — *Contrà :* trib. comm. Saint-Etienne, 16 déc. 1903, la *Loi*, 28 janv. 1904, le *Droit*, 31 janv. 1904. — Bordeaux, 23 juin 1893, inédit. — Cf. Cass. req., 17 juillet 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 362. — Nantes, 3 janv. 1890, *Rec. Nantes*, 1890, 1. 272. — Cass. civ., 26 juin 1811, S. chr.

4 Trib. Marseille, 2 mai 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 33.

De même celui qui a passé l'acte engage sa responsabilité s'il ne sollicite pas l'autorisation[1].

Mais si l'intéressé direct ne ratifie pas, il n'y a pas contrat. Il en est de même s'il ratifie en imposant certaines conditions à accepter par l'autre partie[2].

Il n'en serait autrement que si cette contre-proposition était acceptée, soit expressément, soit tacitement, par une absence de protestation[3].

591 bis. — Une personne peut recevoir plusieurs offres pour le même objet. Elle accepte celle qui lui plaît le mieux. Elle peut aussi par divers intermédiaires recevoir une offre de la même personne. On a jugé qu'en ce cas encore, elle choisissait l'intermédiaire dont elle acceptait l'offre[4]. Mais ce point est discutable. Les offres se ramenant à l'unité, la première rend les autres inutiles.

592. — Si les vues des contractants étant échangées, il n'y a pas accord du tout, soit sur la nature du contrat, soit sur ses clauses, il est évident qu'il n'y a aucun contrat (Cf. *suprà*, n° 249). C'est ce qu'on indique quelquefois en disant que l'erreur sur la nature du contrat entraîne son inexistence[5].

---

1 Req., 12 déc. 1881, D. 1882, 1, 131.

2 Dijon, 24 déc. 1903, D. 1905, 2, 237.

3 Rouen, 19 nov. 1902, *Rec. Havre*, 1902, 2, 351. — Trib. comm Marseille, 3 mai 1905, *Rec. Marseille*, 1905, 1, 276.

4 Paris, 3 août 1892, D. 1893, 2, 89.

5 Laurent, XV, n° 471. — Bufnoir, p. 482. — Demolombe, XXIV, n° 49. — Aubry et Rau, 5e éd., p. 480. — Baudry et Saignat, n° 26. — Baudry et Barde, n° 41. — Giorgi, III, n^{os} 265 et suiv. — Bruxelles, 23 juill. 1878, *Belgique judic.*, 1879, 586. — J. de paix Waremme, 25 oct. 1889, Pas. 1890, 3, 44. — Trib. Anvers, 6 juill. 1876, *Jur. Anvers*, 1876, 1, 302. — V. aussi trib. comm. Bruxelles, 31 déc. 1903, *Journ. Trib.*, 1904, 325. — Trib. Huy, 25 avril 1891, *Jur. Trib. 1re instance*, XXXIX, 1015. — Bruxelles, 1er avril 1867, Pas. 1867, 2, 466.— Ces principes ont été appliqués au mariage dans un cas où l'un des époux avait cru ne procéder qu'à des fiançailles. Haute Cour d'Angleterre, 18 déc. et 23 janv. 1899, *Journ. Clunet*, 1899, p. 1032, et 1902, p. 279. — Cf. Perreau, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1903, p. 199.

Ainsi on répond à une offre par une acceptation sous condition, l'offre tombe, tout au plus l'acceptation vaut comme offre nouvelle[1]. Un détaillant croit recevoir en dépôt un lot de marchandises que l'on prétend lui vendre, un artiste croit donner seulement l'autorisation de reproduire sa photographie, on comprend qu'il a commandé sa photographie[2], il n'y a aucun contrat ; une personne accepte ce qu'elle a pris pour une promesse à elle faite, il n'y a pas convention[3].

La question se posera seulement de savoir s'il n'y a pas une faute d'un côté ou de l'autre, même simplement présumée (v. *suprà*, n° 33), de sorte qu'il en résultera un droit à indemnité en vertu des principes de la *culpa in contrahendo*[4], cette réparation pouvant d'ailleurs consister au besoin dans l'exécution du contrat auquel a cru l'autre partie contre celui qui a commis l'erreur fautive.

Ceci doit recevoir application surtout lorsqu'un acte que j'ai cru gratuit a été fait par une personne comme acte d'exercice de sa profession. Ainsi je charge un notaire qui doit vendre mon immeuble de faire faire certaines réparations pour lui donner meilleur aspect. Il pourra me réclamer des honoraires pour ce travail lié à l'exercice de sa profession, même si j'ai cru qu'il le ferait gratuitement.

Il en serait de même si j'ai cru que tel agent de loca-

---

[1] Cass. req., 17 juin 1873, D. 1876, 5, 313. — Guillouard, *Vente*, n° 13.

[2] Trib. comm. St-Etienne, 30 juin 1903, *Mon. de Lyon*, 4 juillet 1903. — Trib. de paix Paris, 2 mars 1905, la *Loi* du 9 mars 1905. — Trib. comm. Tarare, 3 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 452.

[3] Lyon, 29 janv. 1908, *Mon. Lyon*, 7 juillet 1908. — V. encore Paris, 12 févr. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 241.

[4] Lyon, 9 juin 1908, *Mon. Lyon*, 10 avril 1909.— Cf. Dollat, *Contrat d'adhésion*, p. 74. — Si le contrat a déjà été exécuté, il faudra souvent admettre qu'il y a lieu à des indemnités, Rappr. Paris, 24 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 216, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 421 (location d'une voiture qu'on croyait un commodat).

tion me louerait ma maison gratuitement et se ferait payer par le locataire seul. Je suis en faute de ne pas m'être renseigné.

Si les marchandises ont été livrées à la suite de ce contrat inexistant, il peut y avoir lieu à restitution. Cependant on a à tort obligé parfois de payer le prix[1]. Ceci n'est admissible que si on les a consommées.

De même on ne s'occupe pas de ce que j'ai pu croire que telle clause était sans effet[2].

Pour savoir s'il y a ou non désaccord, il faut regarder la réalité des choses et non les apparences. Ainsi il y aurait contrat formé si les termes de la correspondance révélant un désaccord, il est cependant certain que les parties se sont accordées[3].

593. — Si un contrat est conclu, il y a parfois difficulté pour savoir entre quelles personnes il existe. La solution doit être donnée d'après l'intention probable du contractant qui courait le plus gros risque et l'intérêt que pouvait avoir celui qu'il prétend obligé. Ainsi un tiers accompagne un candidat chez un imprimeur pour commander des affiches. On peut estimer que l'imprimeur a entendu traiter avec ce tiers plutôt qu'avec un candidat peu solvable[4].

Un enfant mineur étant confié à un tiers pour l'élever, on doit présumer qu'on a entendu avoir pour débiteur plutôt le tiers qui a placé l'enfant, que l'enfant lui-même[5]. Si un banquier place des obligations, il est réputé vendeur[6].

---

1 Trib. Nivelles, 3 mai 1877, *Jur. trib. 1re instance*, XXVI, 905.

2 Civ., 30 juin 1874, D. 1876, 1, 395.

3 Cass. civ., 5 déc. 1876, S. 1877, 1, 414.

4 Trib. paix Paris, 18 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 9 juillet 1897.

5 Paris, 1er juill. 1897, *Gaz. Trib.*, 22 juillet 1897. — Trib. Arlon, 18 mars 1903, *Pand. pér.*, 1906, 125 (père qui conduit son fils majeur à l'hôpital). — Cf. trib. comm. Ostende, 14 janv. 1904, *Pand. pér.*, 1907, 879.

6 Trib. Bruxelles, 16 avril 1891, *Journ. Trib.*, 1891, 546. — V. Le Roy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, pp. 238 et 398.

Si un médecin est appelé près d'un malade, on doit considérer qu'il a pour débiteur la personne qui vient l'appeler, s'il n'apparaît pas que celle-ci soit venue comme simple mandataire du malade[1] et s'il n'apparaît pas comme ayant agi en vertu d'un simple sentiment d'humanité. S'il est appelé près de gens de service, on doit admettre qu'il a le maître pour débiteur[2].

Mais si un fiancé achète des bijoux avec sa fiancée, il est seul débiteur[3].

De ces décisions on peut tirer cette règle générale que l'on a pour contractant celui qui d'après les idées sociales reçues avait des raisons sérieuses de s'engager et sur qui le créancier a dû compter.

Ou bien le contractant peut n'être déterminé que plus tard. C'est ce qui arrive fréquemment dans les constitutions de dot, soit faites par le survivant des père et mère pour biens paternels et maternels sans spécifier les portions (art. 1545), soit déclarées imputables sur la succession du prémourant[4], ou encore lorsqu'un acquéreur a la faculté

---

1 Trib. Seine, 8 fév. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 275. — Lyon, 15 nov. 1898, D. 1899, 2, 371. *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 396. — Trib. Toulouse, 2 juill. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 460. — Trib. paix La Ferté Bernard, 1er avril 1898, *Mon. Just. Paix*, 1898, 499. — Trib. paix Reims, 23 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 169. — Trib. Bourg, 19 juin 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 232. — Rappr. Lille, 1er déc. 1898, *Nord judic.*, 1899, 121. — Trib. Amiens, 25 mars 1905, *Rec. Amiens*, 1905, 174. — *Contrà:* trib. Seine, 17 juillet 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 438. — V. trib. Marseille, 3 juill. 1903, *Rec. Marseille*, 1904, 19 (appel par humanité).

2 Lyon, 15 nov. 1898, D. 1899, 2, 371. — Trib. paix Peyrolles, 17 sept. 1897, *Mon. just. paix*, 1898, 167.

3 Trib. Seine, 12 avril 1904, *P. F.*, 1905, 2, 1, et 30 avril 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 193, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 196. — Cf. Lyon, 1er avril 1890, S. 1891, 2, 60. — V. de même pour les cadeaux de nouvel an, trib. Seine, 5 janv. 1902, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 855.

4 V. Henry, *Portée juridique de la clause d'imputation d'une dot sur la succession du prémourant*, *Revue critique*, 1901, p. 177.

d'élire command (loi du 22 frimaire an VII, art. 69)[1], ou lorsque l'avoué d'un adjudicataire sur saisie ne donne le nom de son client que dans le délai de trois jours (art. 707 Proc.)[2] ou si un contrat est passé par un courtier pour un acheteur à désigner[3].

Deux personnes s'étant mises d'accord sur les conditions d'un contrat, celui-ci est définitif bien que jusque-là une des parties ait ignoré l'identité de l'autre si cela lui est indifférent : le contrat étant au comptant[4] ; c'est ce qui a été admis lorsque le mandataire n'a révélé qu'après entente la personnalité de son mandant. C'est le cas pour l'achat en faveur d'un acheteur à désigner[5] ou du cautionnement en faveur d'un créancier non désigné[6] ou encore pour l'assurance pour compte de qui il appartiendra[7].

On a encore admis en ce sens la validité de contrat au porteur[8].

593 bis. — Quand un contrat est conclu entre une personne et un groupe non personnifié, un lien s'établit tout d'abord entre le tiers et chacun des membres du groupe. Mais en outre un lien peut s'établir entre ces divers membres, de sorte qu'aucun d'eux ne pourra librement résoudre le contrat ou y manquer. Cela peut être convenu expressé-

---

1 V. Beudant, p. 224.

2 V. Glasson et Tissier, *Procédure*, II; pp. 478 et suiv.

3 Trib. Anvers, 11 août 1906. *Jur. Anvers*, 1907, 1, 17. — Gand, 12 nov. 1898, Pas. 1899, 2, 261.

4 Rouen, 14 mars 1900, *Rec. de Rouen*, 1900, 1, 71. — Cass. civ., 20 juin 1900, D. 1900, 1, 451, *Pand. fr.*, 1900, 1, 442. — Trib. Seine, 29 mars 1901, le *Droit*, 24 oct. 1901.

5 V. sur ce dernier cas, Huc, X, n° 10.

6 Cass. req., 9 nov. 1875, S. 1876, 1, 153; D. 1876, 1, 117. — Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 951. — *Contrà:* Guillouard, n°s 18 et 58 *ter*.

7 V. sur cette assurance, Dejust, *L'assurance pour compte de qui il appartiendra*, th. Paris, 1899.

8 Cass., 25 nov. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 632.

ment ou résulter des circonstances : si le groupe est formé de co-indivisaires, d'une équipe d'ouvriers formant un groupe organisé, etc.[1].

594. — L'entente entre contractants peut être soumise à certaines éventualités à la suite desquelles elle aura toute sa perfection. Mais ces éventualités n'empêchent pas qu'il y ait déjà un lien définitif.

Ainsi un engagement d'abonnement au gaz envers une société en formation est valable et on se trouve lié le jour où la société se constitue[2]. De même on est lié dès maintenant par une vente d'après les cours de telle ville.

Mais si la société ne se constitue pas, si les marchandises de la qualité vendues ne sont pas cotées sur le marché indiqué[3], il ne peut y avoir contrat.

Toutefois ce système a été contesté. On a jugé et soutenu que la promesse de vente faite par un tiers à un fondateur agissant pour le compte de la société en formation n'était valable ni fait séparément, ni insérée dans les statuts[4]. Pourquoi ne pas admettre qu'il peut y avoir un contrat éventuel quant à la personne d'un contractant pour lequel le fondateur se porte gérant d'affaire[5]. Le contrat ne sera définitif qu'à la constitution de la société. Voilà tout (Rappr. notre chap. sur les avant-actes).

595. — Quand une personne prétend avoir adressé une

---

1 V. Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 33.

2 Orléans, 20 mars 1882, D. 1883, 2, 127. — V. sur les sociétés dans la période constitutive, Lescot, *Période constitutive des personnes morales de droit privé*, thèse Dijon, 1913, pp. 256 et suiv.

3 Trib. comm. Seine, 31 oct. 1898, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1898, la *Loi* 19 déc. 1898.

4 Trib. Seine 12 déc. 1892, *Journ. Soc.*, 1895, p. 108 et Houpin *id.*, 1895, p. 193. — *Contrà* : Lescot, *Les personnes morales pendant la période constitutive*, p. 264.

5 V. sur cette idée, Lescot, thèse précitée, pp. 168 et suiv. — Tartufari, *Rappresentazione*, 119.

lettre, c'est à elle à établir qu'elle est arrivée à destination[1]. Et le seul fait que la lettre figure à son copie de lettres n'établit pas nécessairement cette preuve[2].

Mais comme il s'agit d'un simple fait matériel, le tribunal peut tenir compte ici de simples présomptions, comme ce fait que la lettre a dû être expédiée en même temps qu'une autre et que celle-ci qui devait être sous la même enveloppe est arrivée à destination[3] où que la lettre n'a pas été retournée à l'envoyeur[4]. En sens inverse, comme il est d'usage entre commerçants, lorsqu'on a adressé une lettre d'engagement de la confirmer dans la suivante, et que le destinataire en accuse réception, s'il n'en a pas été ainsi pour une lettre, on peut n'en pas faire état si le destinataire nie l'avoir reçue[5].

Quand on a contracté par téléphone ou télégramme, l'intime conviction du juge déterminera si on a bien reçu le télégramme ou s'il a été téléphoné[6].

Il est dans les usages commerciaux de se confirmer par lettre les contrats verbaux. Il n'y a là qu'un moyen pratique de faciliter la preuve d'un contrat qui existe sans cela.

---

[1] Paris, 11 janv. 1854, D. 1854, 2, 139; S. 1854, 2, 136. — V. aussi Dourdin, *Preuve des contrats par la correspondance*, thèse Bordeaux, 1903, p. 57. — Trib. Bruxelles, 9 nov. 1892, Pas., 1893, 3, 42 (le fait que la facture figure au copie de lettres ne suffit pas). — Paris, 8 mars 1865, S. 1866, 2, 145. — Cf. Vivante, *Dr. commercial*, IV, p. 21.

[2] Paris, 26 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 541, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 250. — V. aussi Valéry, *Lettres missives*, p. 280. — Jardel, *Lettres missives*, p. 262. — *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 830.

[3] Trib. comm. Nantes, 19 mai 1906, D. 1908, 2, 313, avec note de M. Valéry.

[4] Rouen, 26 févr. 1902, *Rec. du Havre*, 1902, 2, 38 et 19 mars 1902, D. 1903, 2, 109 et Rouen, 1er juin 1906,, *Gaz. Pal.*, 1906, 2, 134.

[5] Aix, 5 déc. 1891, *Rec. Marseille*, 1892, 1, 8.

[6] Toulouse, 21 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 24 sept. 1898. — Cependant un arrêt de Bordeaux du 20 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, suppl. 5, considère comme non reçu tout message téléphoné dont la réception est niée. C'est aller un peu loin.

Aussi en principe le fait que la lettre de confirmation n'est pas parvenue est sans importance[1].

Mais s'il avait été convenu que la lettre serait envoyée dans un certain délai, on pourrait décider que faute de l'expédier il n'y a pas contrat[2].

596. — Si une réponse a été expédiée, il peut y avoir une complication si la réponse étant envoyée par télégramme le destinataire n'en tient pas compte en disant n'avoir pas la preuve de l'identité de l'expéditeur. Cette prétention ne peut être accueillie. Sans doute le télégramme peut émaner d'un faussaire, mais dans la vie il faut présumer le plus probable. Le destinataire doit donc présumer avoir reçu un télégramme émanant de celui dont il porte le nom[3]. Vivante donne en outre ce motif que le bureau de départ est présumé avoir vérifié l'identité de l'expéditeur[4]. De même, on doit présumer vraie la lettre écrite sur papier à en-tête, parfois même le mémorandum non signé donnant un ordre. D'ailleurs, celui qui laissera son papier trop facilement à la disposition de ses employés, comme celui qui laisse traîner la griffe de sa maison sera responsable de cette faute[5] (Cf. *suprà*, n° 265).

---

1 Amiens, 28 oct. 1905, *Rec. Amiens*, 1905, p. 98.

2 Amiens, 19 déc. 1896, *Rec. Amiens*, 1897, 34.

3 De même on admet en pratique que les pouvoirs donnés à des avoués pour enchérir, par le moyen de télégrammes, doivent être considérés comme bons. On admet d'ailleurs la validité du mandat donné par télégramme. V. Alger, 7 avril 1884, S. 1886, 2, 92. — Guillouard, *Mandat*, n° 36. — Baudry et Wahl, n° 477. — Laurent, XXVIII, n° 59. — V. trib. Toulouse, 9 août 1906, D. 1907, 5, 12 (congé donné par télégramme). — Cf. Valéry, *Preuve des contrats par la correspondance. Ann. dr. commercial*, 1891, p. 77, qui voit dans le télégramme une copie faite par l'Administration. — Vivante, *Prova dei contratti per telegramme, Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. 452. — V. cep. *contrà*: pour le congé donné par télégramme, Trib. Seine, 12 mai 1905, *Loi*, 31 déc. 1905, *Rev. dr. civil*, 1906, p. 171.

4 *Dr. comm.*, IV, trad. Escarra, p 135.

5 Cf. *Revue de dr. civil*, 1914, p. 128.

De même le contenu d'un télégramme reçu doit être présumé conforme à ce que l'expéditeur a remis au bureau de départ[1].

Nous allons ainsi plus loin que les théories formulées sur la force probante des lettres missives et des télégrammes[2] théories modérées laissant tout pouvoir au juge ou pleine de défiance. Mais il y a une nuance entre ce cas et celui envisagé par nous. Autre chose est apprécier dans le prétoire, la portée d'une pièce à laquelle on est étranger et la juger en un instant dans un cabinet d'affaires lorsqu'elle émane d'une personne avec qui on est en rapport d'affaires. Ici le télégramme a des apparences d'authenticité spéciales. De même la lettre ne peut être considérée comme preuve que si la signature en a été vérifiée.

Si l'offrant doit se fier aux apparences raisonnables, il faut en conclure qu'il ne sera pas victime de cette règle et si un télégramme émanant d'un faussaire lui est remis, il devra pouvoir considérer le contrat comme formé, si du moins il n'a commis aucune imprudence[3].

Nous avons vu plus haut (n° 131 bis) ce qu'il faut décider lorsqu'une réponse est envoyée par une personne se disant représentant de l'acceptant et qui ne prouve qu'ensuite sa qualité.

596 bis. — Un destinataire peut-il refuser une réponse d'acceptation et empêcher le contrat de se former[4].

La Cour de cassation[5] a jugé récemment, à propos d'un

---

1 V. Vivante, art. cité.

2 Baudry et Barde, IV, n°s 2472 et 2476 — Valéry, n°s 279 et 308. — Demolombe, XXIX, n° 663. — Huc, VIII, n° 256. — Aubry et Rau, VIII, p. 293, 4e éd.

3 V. Trib. Seine, 29 fév. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 600, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 743. Dans l'espèce on a jugé autrement, car le banquier déclarait ne tenir compte que des télégrammes confirmés et celui-là ne l'avait pas été.

4 Cf. Toulouse, 11 juill. 1881, S. 1883, 2, 8.

5 Cass. crim., 28 juin 1912, D. 1913, 1, 545, avec note de M. Donnedieu de Vabres.

journaliste recevant des lettres recommandées de rectifications, que le refus pouvait être légitime s'il n'apparaissait pas que le refus de prendre livraison des lettres recommandées ait eu pour motif le désir de se soustraire à une obligation légale[1]. Et peu auparavant on avait admis que si le désir d'éluder la loi apparaissait, il y avait responsabilité[2]. Ceci avait été décidé dans un cas où la lettre avait été précédée d'une dépêche annonçant son envoi.

Des arrêts de cours d'appel[3] ont admis que le droit de refuser des lettres quelqu'en fut l'arrière-pensée était un droit absolu. C'est une erreur. La vie sociale ce n'est pas le système de la liberté, mais celui de la solidarité, de l'interdépendance. J'irai même plus loin que la Cour de cassation, qui semble dire : on peut refuser les lettres, sauf le cas d'abus du droit. L'usage, la nécessité imposent de recevoir les lettres. Le refus ne se justifie que par des motifs spéciaux : réception auparavant de lettres injurieuses ayant même suscription, défaut de taxe, etc. La vie en société impose ces obligations sans quoi on pourrait être en face d'un original qu'on ne pourrait toucher que par acte d'huissier. Et même, pourquoi ne pas soutenir qu'on peut refuser ceux-ci et par là les tenir pour non avenus, si l'on veut faire de la logique à outrance ?

Si l'offrant par sa simple faute n'avait reçu une réponse qu'après le délai fixé par lui, le contrat se formerait cependant[4].

597. — Lorsque les contractants se sont entendus sur les

---

1 Rappr. Vivante, IV, p. 35, qui donne la même solution pour le cas où l'offrant fermerait son bureau pour ne pas recevoir la réponse.

2 Cass. crim., 27 avril 1907, D. 1909, 1, 165; S. 1908, 1, 297, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 358 et 695. — V. cep. j. Paix Dijon, 10 nov. 1904, D. 1905, 5, 12.

3 Angers, 8 nov. 1907, D. 1908, 2, 46, *Rev. de droit civil*, 1908, p. 358. — Paris, 26 juin 1897, D. 1899, 2, 265.

4 Chironi, *Questioni*, 2e éd., I, p. 287.

conditions du contrat, mais qu'il a été entendu qu'un écrit serait rédigé, ou qu'il serait passé un acte notarié, sont-ils déjà liés ou ne le seront-ils que par la signature de l'écrit ? C'est un point apprécié souverainement par les juges du fait[1].

Par suite, il a été parfois admis que l'existence du contrat était subordonnée à la signature de l'écrit[2].

Mais en principe, il en est autrement : le contrat est définitif et n'est pas subordonné à la rédaction de l'acte[3]. Cela a été jugé même pour les conventions entre assureur et assuré où il est cependant d'usage de dresser une police[4]. Il en est de même pour les souscriptions d'actions, qui sont définitives avant l'émission des titres[5]. A plus forte raison en est-il de même si dans un acte sous seing privé on décide qu'un acte notarié sera dressé à première demande, ou d'ici

---

1 V. le même en droit anglais, Jenks, *Digest*, II, p. 91.

2 Cass. civ., 19 juillet 1869, S. 1869, 1, 465. — Toulouse, 3 déc. 1806, S chr. — Angers, 15 fév. 1866. S. 1866, 2, 169. — Cass. civ., 12 nov. 1821, S. chr. — Trib. comm. Bruxelles, 9 juill. 1906. Pand. per., 1906, 1325. — Cf. Req., 24 fév. 1896. S. 1896, 1, 485. — Req. 12 nov. 1889. D. 1890, 1, 33.

3 Caen, 21 janv. 1913, *Rec. Caen*, 1913, 84. — Req., 24 fév. 1896. S. 1896, 1, 485. D. 1897, 1, 33. — Trib. Seine, 31 janv. 1914. *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 227 (assurance). — Rouen, 25 déc. 1896. *Rec. Rouen*, 1897, 1, 182.— Trib. Louvain, 8 fév. 1872, *Jur. trib.*, XXII, 880.— Req., 10 mars 1868. D. 1869, 1, 145. — Trib. Bruxelles, 28 mai 1902, Pas. 1903, 3, 254. — Trib. Cambrai, 21 janv. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 466.— Trib. Castelnaudary, 23 juin 1897, le *Droit*, 8 août 1897. — Trib. Seine, 3 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 171. — Guillouard, *Vente*, n. 9. Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 485. — V. cep. Demolombe, XXIV, n. 36. Rapp. Paul Pont, *Revue critique*, 1853, p. 286, qui déclare que c'est une question de fait. — V. de même : Planiol, II, n° 974. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 184.

4 Paris, 4 fév. 1897, D. 1897, 2, 279. — Trib. Seine, 31 janv. 1914, 1, 227. — Cf. Agen, 30 déc. 1913, *eod. loc.*, p. 313.

5 V. Thaller, *Journ. Sociétés*, 1882, p. 309.

tel délai[1]. Il en est de même pour un contrat passé verbalement où il a été dit que des lettres seraient échangées pour la bonne règle, et le contrat existe malgré le non-envoi de l'une d'elles[2].

La Cour de cassation en a même conclu depuis fort longtemps que dans les cas de ce genre le droit de mutation pouvait déjà être réclamé[3].

Si l'écrit ne doit être dressé que pour la preuve, ou *a fortiori*, s'il n'a pas été prévu qu'un écrit serait dressé, le contrat existe dès l'entente verbale. Par suite, aucune forme spéciale n'est exigée si un contractant décède et s'il laisse un héritier mineur[4].

Si dans l'acte sous seing privé, on prévoit qu'on dressera acte notarié, sauf faculté de payer un dédit, l'acte notarié peut être attaqué pour dol, si par dol on a empêché de se dédire. Il y a alors deux opérations juridiques séparées[5].

597 bis. — Lorsque le contrat se conclut, chaque partie est tenue, si l'autre le demande, de dresser un instrument écrit de preuve, faute de quoi le contrat tout en existant serait peu utile étant difficile à prouver. Mais une partie a-t-elle le droit d'exiger de l'autre qu'il soit passé un acte notarié ? Elle ne le pourrait évidemment pas s'il devait en résulter pour l'autre un inconvénient : si elle n'offrait pas de payer les frais qui en résultent, ou si le titre dressé devait être revêtu de la formule exécutoire, ce qui rend la situation

---

1 Bourges, 20 août 1841, S. 1842, 2, 68. — Bourges, 17 mai 1842, S. 1843, 2, 100. — Riom, 9 mai 1844, S. 1844, 2, 324. — Pothier, n° 11. — Demolombe, XXIV, n° 36. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 485.

2 Req., 14 mai 1912, D. 1913, 1, 281, avec note Valéry.

3 Cass., 13 janv. 1852, J. P., 1852, 2, 687. — V. Pont, *Rev. crit.*, 1853, p. 286.

4 V. Req., 8 mars 1852, S. 1852, 1, 393 et Marcadé, *Revue critique*, 1852, p. 456. — Gabba, *Nuove questioni*, I, p. 184. — Pour le cas où il y a solennité volontaire, v. *suprà*, n° 490 *in fine*.

5 Req., 3 mai 1899, P. F., 1900, 1, 156.

du débiteur plus dure[1]. Mais en serait-il autrement si l'acte notarié ne devait avoir que ce résultat de donner au contractant une preuve plus sûre ? Nous ne voyons ici aucune objection à faire. Le débiteur a comme première obligation de se prêter à l'établissement de la preuve de son obligation[2].

A plus forte raison on est tenu de passer un acte notarié si cela avait été convenu. Si le débiteur s'y refusait, le juge pourrait prononcer une astreinte et dire finalement que le jugement tiendra lieu de tout autre acte authentique[3]. Il devrait même en ce cas se montrer facile pour la preuve du contrat, le débiteur ayant manqué gravement à ses devoirs en gênant la constitution de cette preuve.

597 ter. — Lorsqu'un acte notarié doit être dressé, quel contractant a le choix du notaire ?

En cas de vente, on admet que le choix appartient à l'acheteur[4] en se fondant sur l'usage. On peut donner cette raison plus générale que celui qui paie les frais doit pouvoir choisir le notaire. D'ailleurs si le vendeur paie les frais, on admet plus volontiers que son notaire dressera l'acte[5].

On peut donc poser ce principe que dans tout contrat celui qui doit payer les frais choisit son notaire[6].

---

1 Trib. Seine, 27 juin 1913. *Gaz. Trib.* 1913, 2e sem., 2. 398. *Revue de dr. civil*, 1914, p. 391. Le débiteur a donc droit légalement à cette sorte de délai de grâce qui résulte de la durée de poursuites.

2 V. cep. Trib. Seine, 20 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 238. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 128. (Ici le cas était un peu spécial, le contrat remontait à dix ans).

3 Rappr. Trib. Seine, 31 janv. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 227 (promesse de rédiger une police).

4 Trib. Seine, 22 août 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 182. — Paris, 22 fév. 1883. *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 564. — Amiens, 30 avril 1913. *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 710. — Req., 3 juillet 1844. S. 1844, 1, 667.

5 Trib. Seine, 29 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 434. — V. cep. Paris, 22 fév. 1884. S. 1884, 2, 77.

6 V. Bordeaux, 26 juillet 1843, S. 1844, 1, 667 (Constitution d'hypothèque).

Là où les frais doivent être supportés en commun, comme entre personnes qui préludent à une liquidation, à défaut d'entente sur le notaire qui fera inventaire, vu la nécessité de cet acte le président du tribunal choisit le notaire[1].

598. — De même que le refus de contracter peut constituer un abus de droit (v. *suprà*, n° 562), de même le fait de contracter commis dans l'unique intention de nuire peut constater un abus de droit.

Ainsi il y aurait abus du droit de la part de l'industriel isolé qui pour ruiner un concurrent vendrait au-dessous du prix de revient (v. *infrà*, n° 817). Il faut même aller plus loin et admettre la responsabilité dans le fait de contracter avec une personne qu'on sait liée par un contrat à autrui : si par exemple on engage un employé qu'on sait lié par un contrat à durée déterminée avec une autre maison, bien qu'ici on n'agisse plus uniquement par intention de nuire et qu'on sache simplement qu'il y a un autre contrat[2].

Ces questions seront étudiées plus loin à propos de la responsabilité délictuelle.

598 bis. — La promesse de récompense doit être déclarée obligatoire en droit français. Cette solution est déjà admise dans les nombreux pays où cette institution n'est pas réglementée : en Italie[3], en Angleterre, en Portugal sauf à y voir parfois un contrat tacite[4]. Le Code civil allemand admet aussi cette promesse (art. 657), mais elle n'est obligatoire

---

1 Rouen, 22 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 422. — Req., 31 janv. 1870. S. 1870, 1, 148.

2 V. spéc. Hugueney, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* (thèse, Dijon, 1910). Req., 8 oct. 1904. P. F. 1905, 1, 17 avec note de M. Weiss. — *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 330. — Cass. civ., 27 mai 1908. *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 698. — Trib. comm. Cambrai, 13 janv. 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 243.

3 Messina, *Promessa di recompensa al publico*. — Barassi, *Archiv. giuridico*, 1896, I, p. 543. — Polaco, *Obligazioni*, I, n° 31 *bis*. — Scialoja, *Offerta a persona indeterminata*, p. 120.

4 Moreira, *Direito civil português*, II, p. 705.

que lorsqu'il y a eu réalisation du fait envisagé. Elle peut donc être révoquée même si quelqu'un s'est déjà mis à l'œuvre pour accomplir le fait[1]. Cette solution est peu heureuse. Si l'on veut donner sécurité au public, ce qui est indispensable, il faut que toute personne qui entreprend des travaux en vue de la récompense puisse compter que celle-ci est due si elle réussit. La promesse de récompense même ainsi comprise s'explique plutôt par l'idée de promesse unilatérale que par celle de l'offre du contrat, car la promesse est irrévocable, même si le tiers a commencé à agir à l'insu de l'offrant.

Le Code tunisien des obligations consacre aussi la validité de la promesse de récompense. Il paraît y voir une policitation obligatoire dans des conditions exceptionnelles. Il dit en effet que la promesse est « réputée acceptée ». Cela arrive lorsqu'une personne, même sans connaître l'avis rapporte l'objet perdu ou accomplit le fait prévu (art. 19). La promesse devient encore irrévocable dans un second cas (art. 20). Elle ne peut être révoquée lorsque la révocation survient après l'exécution commencée. En outre, si un délai a été fixé on est présumé avoir renoncé à révoquer pendant le délai (art. 20, al. 2).

L'article 21 prévoit même le cas où plusieurs personnes réclament la récompense. Si le fait a été accompli en même temps, la récompense est partagée. S'il a été accompli en des temps divers, le premier en date est préféré. Si elles l'ont accompli chacune pour une part, il y a partage proportionnel. Si le prix ne peut se partager, on le vend pour en distribuer la valeur. S'il n'a pas de valeur vénale, ou ne peut être donné qu'à un seul, il y a tirage au sort.

Le Code marocain des obligations (art. 13-17) donne les mêmes solutions.

En Suisse, l'article 8 du Code revisé dit que : « celui qui

---

1 Saleilles, *Obligation*, n° 143.

promet publiquement un prix en échange d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire sa promesse avant qu'une prestation lui soit parvenue, il est tenu de rembourser, au plus à concurrence de ce qu'il avait promis, les dépenses faites de bonne foi, à moins cependant qu'il ne prouve que le succès espéré n'aurait pas été obtenu. » Ce texte a une très large portée[1]. Il suffit que l'on récompense une action et non un état. Son effet juridique est controversé[2]. Il s'agit ici d'un contrat qui comporte une acceptation réelle : l'acceptation par exécution. Mais l'offre comporte une possibilité de retrait, sauf si on l'a faite pour un certain délai[3]. Mais on se demande si l'exécution du fait antérieure à la connaissance de l'offre peut être prise en considération[4]. Si plusieurs exécutent le fait promis, leur droit se détermine par le contenu de la promesse qui peut être cumulative ou non[5] ou s'adresser au meilleur travail. Les conséquences du retrait de l'offre se ramènent à apprécier le *Negative vertragsinteresse*[6].

En Angleterre, la promesse de récompense ne semble qu'une offre que le tiers a dû connaître pour pouvoir la réclamer[7].

La promesse de récompense doit être considérée en France comme obligatoire. La validité de la promesse étant admise dans le silence de nos codes par raison d'utilité pratique, les tribunaux ont à interpréter raisonnablement cette promesse.

---

1 Oser, *Obligationenrecht*, p. 42.

2 Rossel, p. 34. — Oser, p. 44.

3 V. cep. Schneider et Fick, art. 8, n° 17.

4 Pour l'affirmative, Oser, p. 45. — *Contrà:* Schneider et Fick, art. 8, n° 7.

5 Oser, p. 45.

6 V. pour le droit suisse, Guggenheim. *Die Auslobung*, thèse de Zurich, 1911.

7 Jenks, *Digest*, II, p. 91.

Si une somme fixe a été promise pour la découverte de valeurs enfouies, celui qui n'en trouve qu'une partie ne peut toucher qu'une partie de la somme promise[1].

La promesse de récompense peut être considérée comme retirée et la convention comme annulée si le bénéficiaire a accepté qu'il en fut ainsi[2]. La promesse doit être considérée comme ne profitant pas à celui qui par dol, s'est trouvé dans les conditions prévues. Aussi, la promesse faite à celui qui rapportera un objet perdu ne peut profiter à celui qui le détient déjà, et en connaît le propriétaire. Mais elle profiterait à celui qui a trouvé l'objet et qui avant la promesse en a déjà cherché le propriétaire.

La promesse doit souvent être considérée comme profitant seulement à ceux qui dans l'avenir se trouveront dans les conditions déterminées. Ainsi la promesse de prix à celui qui fabriquera tel appareil ne profitera pas en général à celui qui l'a déjà fabriqué. En effet, souvent, le promettant veut susciter une activité future, une recherche, une découverte, etc.

Si plusieurs personnes se trouvent dans les conditions prévues pour la récompense, peuvent-elles, simultanément la réclamer ? La question est délicate. Le désir de l'offrant a été de ne payer qu'une fois. Cependant chacun a mérité la récompense et a pu agir en prévision de celle-ci. Il faudrait donc admettre par besoin de sécurité le droit de chacun à une récompense, à moins que l'un n'ait tardé à venir réclamer la chose promise. En ce cas il y aurait faute et on ne lui donnerait que ses déboursés.

Il est donc prudent en faisant une promesse de la faire « au premier qui... » Mais alors sera-ce le premier qui aura fait l'acte ou le premier qui viendra réclamer la somme promise ? Ce serait plutôt le premier qui a fait l'acte, à

---

1 Bruxelles, 14 juill. 1903, *Rec. gén. des décis.*, 1903, 340.
2 Liège, 4 mai 1891, *Journ. Trib.*, 1891, 863.

moins qu'il n'ait trop tardé à réclamer. Pour plus de préci-sion il vaut donc mieux promettre « au premier qui venant se présenter établira avoir... » Cela évitera de payer et d'être ensuite obligé de faire restituer.

Pour éviter des contestations délicates, il semble préférable de dire que l'on a droit à récompense même si on a agi ignorant la récompense promise[1].

Si l'acte a été accompli par plusieurs, ils auront droit à eux tous à une seule récompense. Si la récompense n'a pas été fixée (*Bonne récompense à qui rapportera...*), le juge l'arbitrera raisonnablement. Car il serait inadmissible de dire qu'il n'y a là qu'une simple réclame.

Si l'acte était obligatoire pour celui qui l'a fait, il n'a pas droit à récompense. Ainsi un fonctionnaire de police même étranger ne peut y prétendre pour avoir retrouvé des choses volées[2].

Quelle nature juridique faut-il donner à la promesse de récompense ? On pourrait y voir un contrat formé par l'acceptation tacite du tiers, comme on le fait en Suisse et en Portugal.

Mais la solution technique qui s'adapte le mieux aux règles pratiques que nous avons données semble plutôt être l'idée d'une obligation unilatérale (v. *suprà*, n° 17). Cela concorde mieux avec cette idée que la promesse profite même à celui qui l'a ignorée lorsqu'il agissait.

En tous cas, la promesse faite pèserait sur les héritiers de l'offrant, même si le décès de celui-ci se produisait avant toute activité du tiers. De la promesse de récompense proprement dite, il faut rapprocher la promesse improprement dite qui ne rémunère pas un acte, mais récompense une situation[3], ainsi une récompense promise à toutes les veuves

---

1 Il en est cependant autrement en droit anglais, v. Jenks, *Digest*, I, p. 91.

2 Casale, 24 juill. 1907, *Giur. ital.*, 1907, 2, 712.

3 V. Scialoja, *L'offerta a persona indeterminata*, p. 143.

pauvres d'une commune. Cette promesse est valable, sauf la question de forme si on y voit une donation.

599. — Droit comparé. — En matière de formation des contrats, une évolution s'est opérée depuis un siècle. Tandis que les codes plus anciens ne réglaient pas les questions se posant à ce sujet[1], les législations récentes s'en occupent davantage et de plus en plus elles donnent à l'offre un effet obligatoire. A la suite du Code autrichien de 1811, le Code portugais avait fait un premier pas dans cette voie en disant que l'offrant est tenu de maintenir sa proposition et qu'il doit indemniser de sa rétractation. Depuis le caractère obligatoire de l'offre a triomphé en Allemagne, en Suisse, en Tunisie et au Maroc.

Sur d'autres points les codes où les interprètes sont hésitants, notamment sur le choix entre la théorie de la déclaration et celle de la réception comme date de formation du contrat, sur le délai concédé tacitement au destinataire pour répondre.

599 bis. — Droit autrichien. — L'article 863 du Code civil autrichien admet la validité des contrats tacites. « On exprime sa volonté, dit-il, par paroles, signes, et même tacitement par des actes qui eu égard aux circonstances ne laissent aucun motif de douter de son existence. » Quant à la valeur de l'offre, l'article 862, dit : « Quand aucun délai n'a été fixé pour l'acceptation, la promesse verbale doit être acceptée immédiatement. Si la promesse est écrite, elle doit être acceptée dans les vingt-quatre heures si l'acceptant se trouve au même endroit et dans le cas d'absence, il faudra le double du temps nécessaire pour recevoir une réponse. Il suffit que la réponse arrive dans le délai, peu importe qu'on ne la lise qu'après[2]. Autrement la promesse est comme non avenue. La promesse ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé. Ce code a donc le premier consacré

---

1 C'est le cas du code hollandais.

2 Kirchstetter, *Commentar*, p. 446, note 5.

l'irrévocabilité de l'offre. On en conclut que la mort et l'incapacité de l'offrant sont en principe sans effet sur l'offre[1]. De plus le droit autrichien proclame déjà l'offre obligatoire par elle-même, sans acceptation dans deux cas : pour les créances incorporées à un titre et les contrats en faveur des tiers[2].

Toutefois le Code de commerce ne considère pas l'envoi de prix-courants comme constituant déjà une offre (article 337)[3].

Selon l'article 885, s'il a été rédigé acte des points principaux, cela établit immédiatement les droits et charges y exprimés. Ce qui veut dire qu'en cas de désaccord le juge règlera les points secondaires[4].

600. — Droit anglais[5]. — Lorsqu'une offre a été émise, elle peut être retirée jusqu'à l'acceptation[6]. Ainsi une enchère peut être retirée jusqu'au coup de marteau qui l'accepte. L'offre est même en principe révocable lorsqu'elle est accompagnée d'un délai pour accepter pourvu que l'on

---

1 V. Kirchstetter, *Commentar*, p. 445, en note. — D'après l'art. 862 révisé : « La promesse doit être acceptée dans le délai fixé par l'offrant. A défaut, l'offre à une personne présente, celle à personne par appareil spécial, celle à un absent doivent être acceptées au plus tard jusqu'au moment où l'offrant pouvait attendre l'arrivée d'après les suppositions que son offre avait été reçue régulièrement, que la réponse avait été envoyée en temps et régulièrement. Sinon l'offre s'éteint. Avant le délai d'acceptation, l'offre ne peut être retirée. Elle ne s'éteint pas si une partie durant le délai meurt ou devient incapable, tant qu'une autre volonté de l'offrant ne résulte pas des circonstances. » — Art. 862 A : « L'acceptation est valable si la déclaration parvient à l'offrant dans le délai. En dépit du retard, le contrat se forme si l'offrant doit reconnaître que la déclaration d'acceptation a été envoyée en temps et s'il n'a pas notifié sur le champ un refus. »

2 Kirchstetter, p. 447.

3 V. Krainz, *System*, II, p. 52.

4 Krainz, II, p. 59.

5 V. Fr. Pollock, *Principles of Contracts*, pp. 13 et suiv. — Jenks, *Digest*, II, p. 87. — Cohen, th. citée.

6 Jenks, *op. cit.*, II, p. 88. — Cohen, *op. cit.*, p. 87.

révoque avant acceptation[1]. Il n'y a d'exception que pour les offres faites sous sceau qui sont irrévocables même tenues secrètes[2].

L'acceptation est définitive une fois mise à la poste. C'est donc le système de la déclaration qui est accepté ici[3].

Mais l'offrant a plus de liberté. Il peut révoquer son offre jusqu'à ce que l'acceptation soit partie. D'autre part l'offre tombe par la mort de l'une ou l'autre partie avant acceptation.

En cas de retard de la poste, il a été jugé diverses fois que ce retard ne nuisait pas à l'autre partie qui pouvait accepter l'offre tardive immédiatement. Inversement l'acceptant ne souffre pas de retards de la poste[4].

L'acceptation doit être pure et simple : faite dans les termes même de l'offre. Si on accepte sous certaines réserves, il n'y a contrat que si celles-ci sont acceptées.

Si l'acte doit ensuite être rédigé par écrit, la convention existe cependant auparavant.

L'acceptation peut être tacite, mais les tribunaux semblent exiger qu'il y ait eu *communication*, c'est-à-dire que l'autre partie ait pu se rendre compte de cette acceptation[5].

Les tribunaux tiennent également compte de l'offre de récompense. Si par des journaux ou affiches on promet une récompense dans certaines conditions, on est lié envers celui qui dans l'avenir remplira ces conditions. De même dans une vente aux enchères on doit vendre au dernier

---

1 Stevens, *Eléments de droit civil anglais*, p. 16. — Laws of England, v° *Contract*, p. 347. — Jenks, *op. cit.*, p. 89.

2 Lehr, *op. cit.*, p. 118.

3 Lehr, *Eléments de droit anglais*, II, p. 116. — Jenks, II, p. 90. — Cohen, p. 51.

4 Cohen, *op. cit.*, p. 58.

5 Laws of England, v° *Contract*, p. 349. — Encyclopaedia of the Laws of England, v° *Contract*, p. 536.

enchérisseur. De même l'horaire d'un train crée déjà une obligation pour la Compagnie[1].

601. — **Droit italien**[2]. — Le Code civil italien est aussi muet que le Code français sur la formation des contrats. Mais les articles 36 et 37 du Code de commerce de 1882 contiennent à ce sujet des règles importantes que les auteurs italiens en général étendent aux contrats civils[3].

« Tant que le contrat n'est pas parfait, l'offre et l'acceptation sont révocables[4], mais lorsque la révocation empêche la perfection du contrat, dans le cas où elle ne serait parvenue à la connaissance de la partie qu'après un commencement d'exécution, l'auteur de la révocation est tenu de tous dommages-intérêts. Quand il s'agit d'un contrat unilatéral la promesse devient obligatoire dès l'instant qu'elle est parvenue à la connaissance de la personne à qui elle a été faite »(art. 36, al. 3 et 4)[5].

Quant à la perfection du contrat, l'article 36 dit : « Tout contrat bilatéral entre personnes éloignées n'est parfait que si l'acceptation parvient à la connaissance du proposant

---

1 V. Encyclopaedia of the Laws of England, v° *Contract*, p. 534 n° 4.

2 V. Vivante, *Droit commercial*, IV, p. 6, trad. Escarra et *Conclusione dei contratti commerciale*, *Melanges Schüpfer*, p. 227. — Tissi, *Filangieri*, 1903, pp. 401, 655, 744. — Cicu, *Gli automi in diritto privato*, *Filangieri*, 1901, pp. 561 et 649. — Chironi, *Instituzioni di diritto civile*, II, p. 45. — Encyclopaedia guiridica italiana, v. *Contratto fra assenti*.

3 Giorgi, III, n° 240. — V. Valéry, *op. cit.*, n° 255. —Canubi, *Sul momento perfezianativo dei contratti*, Turin, 1911. — Bolaffio, *L'art.* 36, *Comm. e i contratti per telefono*, *Archivio giuridicho*, 1882, II, 505. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 268.

4 Vivante, *Droit commercial*, IV, 1543. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 151. — Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 290. — Il en est ainsi même s'il y a délai fixé pour accepter, Cass. Palerme, 18 juill. 1911, *Giur. ital.*, 1911, 1, 1242.

5 V. sur les interprétations divergentes de cet article, Vivante, IV. n° 1513. — Carrara, p. 154.

dans le terme fixé par celui-ci ou dans le terme nécessaire en général à l'échange de l'offre et de l'acceptation suivant la nature de l'engagement et les usages généraux du commerce. Le proposant peut même se prévaloir d'une acceptation qui lui est parvenue hors de délais, pourvu qu'il en donne immédiatement avis à l'acceptant » (al. 1er).

Toutes les fois que le proposant requiert l'exécution immédiate s'il ne demande pas d'avance la réponse, ou si la nature de l'engagement est telle qu'on puisse s'en passer d'après les usages généraux du commerce, le contrat est parfait dès l'instant où l'autre partie lui a donné un commencement d'exécution (al. 2).

Quant au moment exact de formation du contrat que la loi ne fixe pas, la doctrine italienne et la jurisprudence sont très divisées[1].

Il faut remarquer toutefois qu'en Italie, étant donné les règles de compétence (art. 91 Proc.) et la loi qui gouverne les contrats au point de vue international, le lieu du contrat est sans importance (art. 9, loi sur la publication des lois)[2].

---

1 Pour la réception : Gabba, *Retroatt. delle leggi*, IV, p. 189 et les auteurs cités par Giorgi. III, p. 266. — Milano, 25 oct. 1904. — Pacifici Mazzoni, *Ist.*, 5e éd., IV, p. 279. — *Cf.* Giorgi, III, n° 233, qui s'en rapproche en tenant compte de la possibilité de révoquer tant que les choses sont entières, tout en adoptant le principe contraire. — Pour la déclaration : Fiore, *Dir. intern.*, n° 247, 2e éd. — Serafini, *Scritti germanici*, Dissert, I. — Supino, *Studi*, *Archiv. giurid.*, XIII, p. 550. — Modena, 9 fév. 1903. — Cass. Rome, 6 nov. 1903. — Cass. Naples, 17 oct. 1903. — V. sur ces points, Giorgi, III, n° 215.

2 V. Giorgi, III, nos 230 et 231. — Sur la formation des contrats, v. not. de Rossi, *Dei contratti fra persone lontane*, *Dir. comm.*, 1883, 17. — Diena, *Il luogo della conclusione dei contratti*, *Riv. di diritto commerciale*, 1910, p. 421 et 1911, p. 305. — Gabba, *Il telefono e la giurisprudenza*, *id.*, 1913, p. 177. — Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, *id.*, 1907, p. 105. — Staffa, *Il silenzio*, *id.*, 1903, p. 27. — Fagella, *Responsabilita precontrattuale*, *Archivio giuridico*, 1909, I, p. 128. — *Cf. Dir. commerciale*, 1885, p. 185. — Maurelli, *Del*

L'offre peut être acceptée tacitement par l'exécution comme en cas de formation d'un contrat de vente par appareil automatique[1].

602. — Droit portugais. — La formation des contrats a été prévue dans le Code civil (art. 647 à 656).

L'offre comme d'ailleurs tout consentement doit être clairement manifestée (art. 647).

Elle n'est révocable que moyennant indemnité. Ce fut là une innovation du droit portugais, innovation inspirée du Code autrichien et qu'ont imité les codes allemand et suisse. L'article 653 dit en effet par dérogation à l'article 252 Comm. que « l'offrant est tenu de maintenir sa proposition tant qu'elle n'a pas reçu dans les délais la réponse de l'autre partie ou de réparer le préjudice causé par sa rétractation. » L'offre oblige même les héritiers, à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention (art. 655)[2].

L'offre a donc cet effet : on doit la maintenir sous peine d'indemnité. On a voulu, sans admettre l'effet obligatoire de la déclaration de volonté et sans déroger au système classique de la nécessité des deux volontés dans le contrat donner force à l'offre[3]. Toutefois on a abandonné le principe dans un cas, en rendant obligatoire l'offre de donation à un incapable (art. 1478).

Malgré ces tendances, M. Moreira admet que si des dépenses ont été faites pour élaborer des projets, il n'y a pas responsabilité de l'autre partie si c'est sans fraude qu'elle rompt les négociations[4].

---

tempo e del luogo in cui se perfezionano i contratti, *Filangieri*, 1883, p. 372. — Mancini, *Delle convenzione tra persone lontane*, *id.*, 1881, p. 193.

1 V. Scialoja, *L'offerta a persona indeterminata e il contratto concluso mediante automatico*.

2 Toutefois on admet que la faillite fait cesser l'offre, Ferreira, *Codizo civil portuguez*, II, p. 161.

3 Alves Moreira, *Direito civil português*, II, p. 588.

4 *Direito civil português*, II, p. 597.

L'acceptation doit avoir lieu dans le délai fixé par l'offrant (art. 651). « Lorsque la partie qui propose n'a pas fixé de délai, la proposition n'est censée acceptée que si l'autre partie répond dans la huitaine outre le temps nécessaire à la poste pour aller et venir, ou s'il n'y a pas de poste, dans le délai raisonnable, eu égard aux distances et aux facilités et difficultés de communication » (art. 652).

Lorsque le contrat est débattu entre présents, l'acceptation sera faite dans le même acte que la proposition, sauf convention contraire (art. 653).

Si l'aceptation n'est pas pure et simple, elle vaut proposition nouvelle (art. 654).

L'acceptation comme l'offre peut être expresse (verbale ou écrite) ou tacite (art. 648).

« Dès que la proposition est acceptée, le contrat est parfait » (art. 649). Le code portugais semble donc se rallier au système de la déclaration.

Le code de commerce portugais a donné quelques autres précisions à propos de la vente. « Le contrat commercial d'achat et de vente d'objets mobiliers peut être fait, bien que directement pour des personnes qui se feront connaître ensuite (art. 465).

603. — Droit espagnol. — L'article 1262 Civ. espagnol de 1889 a tranché nettement les deux principales questions que soulève le contrat par correspondance. « L'acceptation faite par lettre n'oblige celui qui a fait l'offre que du moment où il la connaît. Le contrat dans ce cas est présumé conclu au lieu où l'offre a été faite. » Et ces solutions s'étendent aux contrats télégraphiques ou téléphoniques[1].

Mais le Code de commerce de 1886 (art. 34), dit : « Les contrats formés par correspondance seront parfaits dès l'en-

---

1 Manresa y Navarro, *Codigo civil espanol*, VIII, p. 636. — Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, III, p. 240. — Sur la force probante des télégrammes, v. art. 54 Comm.

voi de la réponse contenant acceptation de l'offre ou des conditions qui la modifient. »

Les auteurs et la jurisprudence admettent que le point de savoir s'il y a accord est un point de fait (Sent. 3 mars 1894)[1].

On admet que l'offrant peut retirer son offre ou la restreindre s'il n'y a pas délai fixé[1]. Elle tombe par sa mort ou son incapacité[2].

L'acceptant ne peut retirer son acceptation envoyée, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il serait ensuite dressé un acte écrit. Il peut alors se désister jusqu'à ce moment. Sa mort ou son incapacité fait aussi tomber le contrat.

Si l'acceptation modifie l'offre elle vaut contre-proposition.

604. — Droit allemand. — Le code civil allemand a très largement réglementé la formation des contrats (art. 145-156).

Dans les contrats entre présents, l'article 147 déclare que « l'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même de l'offre faite de personne à personne au moyen du téléphone. » Pour les ventes aux enchères, « le contrat n'est formé que par l'adjudication prononcée » (art. 156). Ainsi donc l'enchère est une offre que l'autre partie peut accepter ou non. L'enchère tombe dès qu'une surenchère est émise ou lorsque la vente se clôt sans que l'adjudication ait été prononcée[3]. Et il semble qu'il importe peu que la nouvelle enchère soit valable[4]. En tous cas, l'article 156 est dispositif. On peut l'écarter par déclaration. Le code allemand a surtout réglementé les contrats entre absents. On y trouve sous une forme très nette la théorie qui donne pleine valeur à l'offre[5]. Il est

---

1 Valverde y Valverde, III, pp. 233-234. — Sanchez Roman, IV, p. 241, 2e éd.

2 Sanchez Roman, IV, p. 241.

3 V. Cromc, I, p. 402, § 89, II. — Endemann, I, § 69, p. 328.

4 V. Planck, I, art. 156.

5 V. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2e éd., p. 142.

seulement admis qu'on a le droit de faire une offre en déclarant rester libre[1].

D'après l'article 145, « 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. »

L'offre doit donc être révoquée avant son arrivée pour l'être utilement et Hölder applique cela jusqu'à tenir compte de l'ordre suivi pour ouvrir son courrier[2]. L'offre se maintient de même malgré l'incapacité ou le décès de son auteur, « à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre une autre volonté de la part de l'auteur de l'offre » (art. 153). Le premier projet étendait même cela au cas de décès du destinataire, mais ce fut supprimé comme excessif[3].

Les articles 146 à 149 ont déterminé la durée de l'offre. Elle s'éteint par le refus d'acceptation, le délai moral où on devait attendre l'arrivée de la réponse (art. 147), lettre pour lettre, télégramme pour télégramme, ou le délai expressément fixé (art. 148). La réponse doit parvenir à l'offrant dans le délai, comme l'indique l'article 147[4].

L'acceptation peut être tacite, « toutes les fois que d'après les usages admis en affaires il n'y a pas à attendre une déclaration de cette nature ou que l'auteur de l'offre y a renoncé » (art. 151). Dans ces mêmes cas, elle peut résulter de la déclaration expresse ou tacite non parvenue à l'auteur de l'offre (art. 151)[5]. Il en est de même et la déclaration sans notification suffit lorsque l'acte doit être passé sous forme judiciaire ou notariée (art. 152).

Si l'acceptation arrive tardivement, les articles 150 et 151

---

1 Dernburg, I, p. 435.

2 *Kommentar an allg. Theil des B. G. B.*, p. 323. — Cf. sur l'art. 145. Planck, I, p. 262. — Crome, I, § 89, p. 397. — *Trad. officielle*, I, p. 165.

3 Planck, I, art. 153, n° 2. — Cf. Endemann, I, § 68, note 16.

4 V. Planck, I, art. 147, n° 2.

5 V. Planck, I, art. 151, n° 4. — Crome, I, § 86, note 10. — Endemann, I, § 67, note 5. — *Trad. officielle*, I, p. 176, II.

distinguent deux cas : si l'acceptation devait normalement arriver en temps utile, l'offrant « doit sans retard après réception de la déclaration donner avis à l'acceptant du fait qu'elle n'est pas parvenue à temps, en tant du moins que cet avis n'avait pas déjà été donné antérieurement. S'il tarde à envoyer cet avis, l'acceptation vaut comme n'étant pas tardive (art. 149). Mais on discute pour savoir si la charge de la preuve du silence ou de la réponse tardive incombe à l'acceptant[1]. L'acceptation tardive d'une offre vaut comme offre nouvelle (art. 150). Il en est de même de l'acceptation avec modifications[2]

Sur quels points doit-il y avoir accord pour qu'il y ait contrat ? Sur tous les points qui devaient être l'objet de convention (art. 154)[3]. En dehors de ces cas, il y a tout au plus **punctuation**[4].

Mais l'article 155 apporte à cela une restriction : si les parties par erreur ont considéré le contrat comme conclu, « ce qui a été conclu est valable, en tant qu'il y a lieu d'admettre que le contrat même à défaut de toute disposition prise sur le contrat dont il s'agit n'en aurait pas moins été conclu. » Planck cite le cas d'un achat où il y a dissentiment sur la quantité ou le prix, et où on peut considérer le contrat comme valable pour partie[5].

Enfin, « s'il a été convenu que le contrat projeté ferait l'objet d'une constatation authentique, le contrat dans le doute n'est pas conclu tant que cette constatation authentique n'a pas eu lieu » (art. 154, al. 2).

Quant à la date du contrat, l'acceptation étant révocable tant qu'elle n'est pas parvenue à destination, le code accepte en principe la théorie de la réception. Ces solutions concor

---

1 Planck, I, art. 149, n° 3.

2 Dernburg, I, p. 438.

3 V. Dernburg, I, p. 432.

4 V. Dernburg, I, p. 433.

5 I, art. 155. — Cf. Endemann, I, § 69, note 17.

daient peu avec l'article 321 de l'ancien code de commerce qui déclarait le contrat formé à l'époque de l'émission de l'acceptation[1]. Mais ceci a disparu du code de commerce de 1897.

605. — Droit suisse[2]. — Un des traits du code fédéral revisé des obligations, c'est de préciser quand il y a offre juridiquement obligatoire. Le code de 1883 disait que l'offre ne liait pas « s'il y avait réserves expresses ou si l'intention de ne pas s'obliger résultait soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire. » L'article 7 du Code revisé reprend ces termes et précise que l'envoi de tarifs, prix-courants, etc, n'oblige pas, qu'au contraire il y a offre si on expose des marchandises avec indication de prix (al. 2 et 3). Mais ces solutions n'existent que sauf réserves contraires[3].

Le code revisé reproduisant les solutions du code primitif admet comme le code allemand l'effet obligatoire de l'offre soit qu'il y ait un délai, soit qu'il n'y en ait pas (art. 3 et 5). S'il n'y a pas de délai, entre présents ou en cas de contrat par téléphone, la réponse doit être immédiate (art. 4), et entre absents, dans le délai normal. Pour l'assurance, il est de quatorze jours (loi du 2 avril 1908, art. 1er).

Dans ce délai, qui peut être fixé de diverses manières[4], la réponse doit arriver à l'offrant. Si expédiée à temps, elle arrive trop tard, comme dans le droit allemand, l'offrant doit informer de suite l'acceptant s'il ne veut être lié (art. 5, al. 3).

L'acceptation peut être tacite « toutes les fois que à raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circons-

---

1 V. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 2e éd., p. 145. — Valéry, p. 242.

2 V. sur le contrat par téléphone en droit suisse, Baur, *Vertragsabschluss mit Telephon*, thèse Berne, 1912.

3 Schneider et Fick, art. 7, n° 8. — Rossel, p. 33 c. — Oser, art 7, n° 4. — Cf. sur l'ancien code, Valéry, *op. cit.*, p. 239.

4 V. Oser, p. 32.

tances, l'auteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse » (art. 6). Le code en prévoit certains cas : la commission (art. 395 et 425), le contrat de transport (art. 440), le mandat (art. 467)

L'acceptation avec un vœu sur une clause spéciale reste valable[1].

L'offre et l'acceptation peuvent être rétractées (art. 9) à condition que le retrait parvienne avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si étant arrivé postérieurement il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre. « Lorsque le contrat est conclu entre absents, il déploie ses effets dès le moment où l'acceptation est expédiée. Si une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de la réception de l'offre » (art. 10).

Sur quels points faut-il qu'il y ait accord pour qu'il y ait contrat ? Ici apparaît une idée très originale du droit suisse (art. 2). Il suffit que les parties s'accordent sur les points essentiels. Peu importe que les autres soient réservés. « A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. » Ainsi donc, le juge sert d'arbitre pour parfaire le contrat sur les points secondaires. Mais ces points doivent être entendus comme pris au point de vue subjectif[2]. Mais le code lui-même offre des exemples de points secondaires : art. 16 (réserve sur la forme du contrat), art. 74 (lieu d'exécution), art. 189 (période de transport), 190 (reprise du vendeur en cas de retard de l'acheteur), art. 212 (garantie du prix), 267 et 268 (congé du bail), art. 317 (taux d'intérêt), art. 518 (prestation bisannuelle de la rente).

L'art 8 a prévu un cas nouveau ignoré dans l'ancien code. Celui qui promet publiquement un prix en échange

---

1 Schneider et Fick, art. 5, n° 12.

2 Rossel, p. 28. — Cf. Schneider et Fick, art. 2, n° 5, qui paraît bien moins net en ce sens.

d'une prestation est tenu de le payer conformément à sa promesse. S'il retire celle-ci avant qu'une prestation lui soit parvenue, il rembourse les dépenses faites de bonne foi, à concurrence de la récompense au maximum, à moins de prouver que le succès espéré n'eût pas été obtenu. Comme le dit Oser, on tient compte de l'intérêt négatif à concurrence au maximum de l'intérêt positif[1].

Ce texte s'applique sans qu'on s'occupe de savoir si le tiers connaissait la promesse[2]. Si plusieurs entreprennent l'acte, on examinera si le premier arrivé seul a la récompense ou si c'est celui qui réussira le mieux, ou s'il y aura partage égal ou inégal[3]. Il exige une promesse à raison d'un acte et non à raison d'un simple état[4]. Le droit de révocation existe tant qu'on n'a pas connu que l'acte était accompli. En tous cas, le retrait de la promesse doit être public. Cet article est considéré comme ne visant pas la soumission de faire une chose[5]. Enfin, il faut signaler l'art. 6, d'après lequel si d'après la nature du contrat ou les circonstances on n'a pas à attendre une acceptation expresse, le contrat vaut pour formé dès que la réponse n'est pas arrivée dans le délai normal. Le code tient donc compte ici de l'acceptation par le silence.

605 bis. Droit tunisien et marocain. — Les Codes tunisien et marocain des obligations ont prévu le cas où il pourrait y avoir un engagement par volonté unilatérale. Celui-ci est obligatoire dès qu'il est parvenu à la connaissance de la partie envers laquelle il est pris (art. 22 et 18). Quant à l'offre, les deux Codes inclinent à la déclarer irrévocable. Ils déclarent, en effet, (art. 33 et 29), que celui qui fait une

---

1 V. sur la promesse de récompense, Guggenheim, *Die Auslobung*, thèse de Zurich, 1911.

2 Schneider et Fick, art. 8, n° 7.

3 Id., nos 9 à 13.

4 Oser, p. 43.

5 Oser, p. 43, 4.

offre avec fixation de délai « est engagé envers l'autre partie jusqu'à expiration du délai. Il est dégagé si une réponse d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé. » S'il n'y a pas délai indiqué, on est engagé jusqu'au moment où une réponse expédiée dans un délai moral raisonnable, doit parvenir régulièrement, sauf si le contraire résulte d'une clause expresse (art. 34 et 30). Peu importe d'ailleurs, que l'acceptation soit retardée en route. L'offrant reste dégagé.

C'est dans ce seul cas où une clause expresse de révocabilité existe que l'on pourra appliquer l'art. 30 (art. 26 C. Marocain), d'après lequel la proposition est révocable tant que le contrat n'est pas parfait par une acceptation ou un commencement d'exécution entrepris par l'autre partie.

La mort et l'incapacité du pollicitant ont peu d'effet, car après le départ de l'offre elles laissent subsister celle-ci lorsque l'acceptation a lieu dans l'ignorance de la mort ou de l'incapacité (art. 35 et 31.)

L'acceptation peut être expresse ou tacite, résulter notamment du commencement d'exécution (art. 30-29 et art. 25 Mar.), notamment si une réponse n'est pas exigée par le proposant ou par l'usage du commerce.

Le silence vaut acceptation si l'offre « se rattache à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties. » (Art. 29 et 25.)

L'offre entre présents sans fixation de délai doit être acceptée sur le champ. Il en est ainsi dans les offres par téléphone (art. 27 et 23.)

Entre absents, on a pour répondre le délai fixé ou le délai tacite donné par l'usage.

La réponse doit être pure et simple. Conditionnelle ou restrictive, elle vaut offre nouvelle (art. 31 et 27.)

Pour la formation du contrat, les deux codes se rattachent au système de la déclaration. Le contrat est parfait au moment et au lieu où celui qui a reçu l'offre répond,

(art. 28 et 24). S'il y a un messager ou intermédiaire, le contrat se forme quand on répond à l'intermédiaire (art. 28, al. 2, et 24, al. 2.)

L'accord de volontés doit porter sur les points essentiels par leur nature et sur ceux déclarés tels par les parties (art. 23 et 19). On présume tels ceux réservés comme devant faire l'objet d'un accord ultérieur ; jusque là même s'il y a écrit, il n'y a pas contrat.

CHAPITRE XI

De quelques contrats se formant dans des conditions spéciales

SECTION I

Des contrats aux enchères[1]

606. — Le contrat aux enchères a pour caractéristique de partir d'une proposition complète de contrat énoncée souvent dans un cahier de charges. Un point du contrat reste indéterminé : le prix. Le contrat est offert à plusieurs personnes simultanément parfois en nombre limité (adjudication entre cohéritiers), le plus souvent au public. Le contrat sera passé avec celui qui offre les meilleures conditions de prix. Par la fixité du cahier des charges, ce contrat se rapproche du contrat d'adhésion (v. *infra*, sect. II). Mais il s'en sépare en ce que le prix n'est pas encore fixé et se fixera dans des conditions particulières[2].

Economiquement étant préparé par une seule volonté,

---

[1] Garnier, *Adjudication volontaire d'immeubles*, th. Paris, 1902.

[2] M. Ingrosso, *Il consenso nei contratti della publica amministrazione*, *Mélanges Chironi*, II, p. 113, qui présente ces idées, les donne à tort comme caractéristiques des contrats aux enchères administratifs.

ce contrat est préparé selon ses vues. Aussi on a pu dire que tandis qu'en général les conditions des contrats sont fixés objectivement, ici elles le sont subjectivement[1].

606 bis. — Théoriquement tous les contrats peuvent se faire aux enchères dès qu'ils ne sont pas faits *intuitu personae*. En fait, on ne fait guère de cette façon que les ventes, les marchés de fournitures, quelquefois les baux, ou les partages de certains objets. En principe, toute vente peut se faire aux enchères, directement. Mais pour les ventes de meubles, certaines personnes ont un monopole[2].

Dans certains cas, la vente aux enchères est obligatoire. C'est le cas pour les ventes de meubles ou d'immeubles après saisie, de biens de faillis (en général), de biens de mineurs : meubles ou immeubles certains biens de successions (art. 826, 827 Civ.) etc.

Les contrats aux enchères qu'on appelle aussi contrats par adjudication peuvent se faire soit aux enchères (achats, baux, etc.), soit au rabais (marchés de fournitures, de travaux, etc.).

Ils peuvent se faire par adjudication publique en admettant tout le monde à contracter, ou à certaines conditions (en exigeant une patente, un cautionnement) ou en admettant seulement quelques personnes (entre cohéritiers, entre entrepreneurs dont la capacité a été reconnue au préalable. Ils peuvent se faire par enchères verbales ou par soumissions cachetées qui seront ouvertes le jour déterminé, la soumission la plus forte ou la plus faible devant emporter adjudication au profit de celui qui l'a faite.

On rencontre aussi des contrats mixtes qui tiennent des contrats aux enchères et des contrats discutés. C'est le cas lorsqu'on invite à faire des soumissions avec prix pour présenter des produits et que le président de l'adjudication

---

[1] Ingrosso, *op. cit.*, p. 116.

[2] V. Guillouard, *Vente*, I, n[os] 55 et 56.

étudie, analyse les produits pour voir si le meilleur marché est en même temps le meilleur ou équivaut aux autres. Ici le président a un pouvoir évident. Il y a donc plutôt contrat par offres simultanées que véritable contrat aux enchères.

Des conditions précises de formes peuvent être spécifiées, surtout pour les enchères par soumissions cachetées. On peut spécifier que la soumission devra contenir en toutes lettres le prix proposé, faute de quoi elle sera sans effet, on peut dire que toute soumission remise après l'ouverture de la séance sera sans valeur. S'il y a plusieurs lots, une soumission séparée sera faite pour chacun. On peut imposer le dépôt préalable d'un cautionnement à tout enchérisseur, bien que celui-ci garantisse une dette purement future, refuser les soumissions adressées par la poste.

En fait, les enchères soulèvent quelques questions spéciales. Nous avons examiné le point de savoir si la mise aux enchères est une offre définitive, ou si après la dernière enchère l'objet peut être retiré de la vente[1].

607. — Dans le contrat aux enchères, le président de la vente : vendeur lui-même ou officier public, ou courtier inscrit, constitue par la force même des choses une autorité privée devant trancher les difficultés qui doivent être résolues séance tenante, et sa décision ne sera attaquable que pour faute manifeste. Ainsi plusieurs personnes déclarent avoir enchéri, le président dit n'en avoir vu ou entendu qu'une seule, il peut légitimement la déclarer adjudicataire.

De même deux enchérisseurs mettent la même enchère simultanément ou à peu près et refusent à aller au-delà. Ce sont par exemple deux avoués, qui ont reçu des ordres de leurs clients. Par la force des choses, le président choisira l'adjudicataire.

Parfois en pratique la question est prévue et on stipule

---

1 V. *suprà*, n° 551. — V. pour le caractère définitif, Bruxelles, 19 fév. 1890, Pas. 1891, 3, 37.

dans les adjudications par soumissions sous plis cachetés que si deux soumissions égales sont remises, le président de la vente procèdera de suite à une nouvelle adjudication. Mais il nous semble qu'il aurait le droit et le devoir de choisir si personne ne voulait faire une offre plus favorable. Le président ayant un rôle spécial, il en résulte que si la vente est volontaire, le vendeur doit être présent ou représenté à la vente, car le notaire ne peut assumer le rôle de président et celui de mandataire[1].

608. — Quelle est la valeur de l'enchère mise. A défaut de texte comme l'art. 706 Proc. qui, pour la saisie immobilière, prévoit l'extinction de trois ou de deux bougies, le président de la vente fixe dans des limites raisonnables l'instant précis où l'enchérisseur est adjudicataire. C'est encore un acte d'autorité privée.

Si l'enchère est couverte, l'enchérisseur cesse d'être obligé. Il en est ainsi lors même que l'enchère supérieure serait déclarée nulle[2]. C'est ce que dit l'art. 705 Proc. et ce qu'il faut généraliser en l'étendant à toutes les ventes aux enchères et au cas où après ventes séparées on réunit des lots pour mettre le tout aux enchères. La Cour de Cassation a décidé que ce texte ne visait pas l'enchère inexistante, comme celle formée sans ministère d'avoué[3].

Mais pour l'enchère annulable, elle fait disparaître l'enchère précédente. On ne peut ensuite opposer l'enchère précédente : le vendeur ne peut prétendre que l'enchérisseur est encore lié, ni l'enchérisseur prétendre que l'immeuble doit lui être adjugé.

Chaque enchère a d'ailleurs une certaine indépendance

---

1 V. Garnier, th. citée, p .89.

2 Pau, 10 janv. 1835, D. 1835, 2, 72. — Garnier, th. citée, p. 96.

3 Req., 30 déc. 1902, S. 1903, 1, 257 et la note de M. Tissier, D. 1903, 1, 137, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 663. — Glasson et Tissier, *Procédure*, II, n° 1385.

vis-à-vis des autres et une enchère n'est pas nulle parce qu'elle a couvért une enchère précédente nulle[1].

608 bis. — Il arrive parfois que le vendeur pour pousser les enchères fait mettre des enchères fictives par un tiers. Si l'enchère de celui-ci n'est pas dépassée, il peut se refuser à être adjudicataire[2]. Mais cette enchère suffit à annu ler la précédente. Mais celui qui l'a portée pourrait-il dire : cette enchère étant fictive, j'ai droit à l'immeuble au prix de mon enchère. D'après le droit de l'adjudication, non. Mais il le peut à titre d'indemnité à raison de la fraude dont il a été victime : l'enchère fictive émanant en réalité du vendeur.

Celui qui a enchéri et été déclaré adjudicataire peut-il dire qu'il n'a mis ce prix élevé que parce qu'une enchère fictive a été mise avant et que la vente est nulle ? La négative s'impose. Car il a enchéri sur l'enchère fictive non parce qu'elle avait été faite, mais parce qu'il voulait l'immeuble. Toutefois, il l'aurait acheté moins cher. Il y a un dol incident déterminant une réduction de prix. Mais la preuve sera très difficile.

609. — Lorsque l'enchère est formée, le président peut refuser toute enchère annulable. Ainsi une enchère émane d'une personne que le président connaît comme incapable, femme mariée non autorisée, prodigue pourvu d'un conseil judiciaire. Il peut immédiatement par son autorité refuser l'enchère et empêcher la précédente de se couvrir On ne peut pas l'obliger à s'enferrer dans une vente qu'il sait annulable. Même en adoptant ce principe du refus de l'enchère, on pourrait se demander si l'art. 705, comme je viens de l'indiquer cesse de s'appliquer. Pour moi il y a une raison grave d'en limiter la portée. Ce qu'il veut c'est que l'enchère ne revive pas quelques minutes ou plusieurs

---

1 V. Garnier, th. citée, p. 96.

2 Paris, 3 juin 1865, *J. N.*, 18331. Jugé qu'il n'a commis aucune faute envers le vendeur et ne doit pas d'indemnité.

jours ou mois après avoir été couverte, alors que son auteur a pu quitter la salle d'adjudication, ou que la vente est considérée comme finie. Mais il ne veut pas dire que l'enchère inférieure est nulle si l'enchère supérieure est immédiatement mise à néant.

En dehors du cas d'enchère annulable, on ne peut arbitrairement refuser une enchère[1].

Si le président néglige de refuser une enchère annulable, celui qui a porté la dernière enchère valable peut-il invoquer la nullité ? Non. Car son enchère étant couverte tombe par là même.

Peut-on se réserver la faculté d'accueillir des enchères d'incapables en disant que l'adjudication ne sera définitive que le jour où l'incapable sera autorisé ? Cela est possible, mais seulement par une clause du cahier des charges. Cela est pratique pour permettre à un maire, à un préfet d'enchérir pour la commune ou le département[2]. En ce cas, les enchères sont closes, mais le contrat ne se forme que le jour où les conseils compétents ont autorisé l'acte.

Si une enchère est portée par une personne notoirement insolvable, on peut admettre par analogie de l'art. 711, al. 2, Proc., qu'elle peut être refusée, même dans le silence du cahier des charges.

Pour éviter toute contestation sur l'insolvabilité, il peut être prudent d'insérer une clause spéciale au cahier des charges, permettant de rejeter l'enchère sans avoir à prouver l'insolvabilité[3].

A. — *Formule.*

Si un enchérisseur est jugé insolvable par le vendeur, celui-ci se réserve d'annuler immédiatement l'enchère avant clôture du procès-verbal sans avoir besoin d'appeler l'enchérisseur ni de prouver son insolvabilité.

---

1 Garnier, th. citée, p. 104.

2 V. trib. Lille, 29 fév. 1912, *Gaz. Trib.*, 1919, 1, 80.

3 V. cep. *J. Not.*, 1913, p. 353.

Le président de la vente peut recevoir des enchères du vendeur mandataire d'un tiers, mais non pas du vendeur pour lui-même puisque cela aboutit à refuser l'enchère précédente comme trop faible. C'est un refus déguisé (*Cf. infra*, n° 612).

610. — Il est licite de convenir qu'après une première séance d'enchères, le vendeur pourra adjuger à toute autre personne qui, dans un délai offrira un meilleur prix[1]. En ce cas le dernier enchérisseur reste obligé et peut être déclaré adjudicataire à la fin du délai[2]. Des conventions de ce genre peuvent être insérées dans tous les cahiers des charges. Mais on ne peut après une adjudication déclarer qu'on ouvre un délai pour surenchérir.

Ajoutons que de droit la possibilité de surenchère existe dans certaines ventes : celles sur saisie immobilière (art. 708 Proc.), celles sur licitation (art. 973 Proc.), les ventes de biens de mineurs (art. 96, S. Proc.), les ventes après faillite (art. 573 comm.)[3].

611. — Lorsque le vendeur a annoncé la vente aux enchères, il doit procéder aux enchères. Il ne peut purement et simplement adjuger sur la mise à prix[4]. Il ne peut vendre auparavant de la main à la main que s'il se réserve ce droit[5]. Sinon, il devrait indemnité aux amateurs dérangés inutilement[6]. Ceux-ci réclameraient le *Negative vertrags interesse* (v. *suprà*, n° 562)[7].

---

1 Bruxelles, 30 nov. 1868, Pas. 1869, 2, 33.

2 Gand, 13 mars 1857, Pas. 1858, 2, 19.

3 Cf. sur les surenchères, Glasson et Tissier, *Procédure*, II, pp. 543 et suiv. — Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, 3e éd., V, pp. 120 et suiv. — Bonnefoy, *Nature et effets des surenchères*, thèse Aix, 1902.

4 Trib. Gand, 30 nov. 1857, *Belgique judic.*, 1858, 135.

5 V. cep. Garnier, th. citée, p. 85.

6 Trib. paix de Montmort, 17 mai 1901, D. 1903, 2, 57.

7 Juge en ce sens qu'un propriétaire ayant annoncé la mise en adju-

Si les enchérisseurs ne se présentent pas, le vendeur s'il est capable peut naturellement baisser la mise à prix. Inversement l'enchérisseur ne peut retirer son enchère une fois émise[1].

La question est très simple pour l'enchère verbale et délicate pour l'enchère écrite. L'enchérisseur qui a remis son pli cacheté peut-il le retirer avant que le président n'en ait pris connaissance. Au point de vue pratique, il n'y a à cela aucun inconvénient. Nous pensons donc que ce fait est licite. Ceci concorde d'ailleurs avec la théorie générale de l'information que nous avons adoptée (v. *suprà*, n° 576).

La solution contraire a cependant été donnée[2], dans un cas où l'enchérisseur voulait retirer le pli contenant la soumission avant qu'il ne fût ouvert. Mais ceci a été décidé uniquement par interprétation du cahier des charges.

Avant la mise aux enchères, il peut y avoir des promesses valables faites au vendeur d'enchérir jusqu'à une certaine somme. En cas d'inexécution, comme on ne tient compte que des enchères émises, il y aura lieu à des dommages-intérêts[3].

611 bis. — Lorsqu'une mise en adjudication est décidée, le vendeur peut se réserver le droit de ne pas adjuger dans certaines conditions. Il peut le faire dans le cahier des charges. Il peut aussi dans le cahier des charges dire qu'il y a une enveloppe cachetée contenant un prix minimum

---

dication d'une construction et des entrepreneurs ayant fait des sondages, ceux-ci doivent être indemnisés si le propriétaire traite amiablement avec un autre, trib. Versailles, 5 juillet 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, suppl. 3.

1 V. cep. Amiens, 22 juil. 1843, S. 1846, 2, 382 (avant acceptation par le vendeur). — Req., 26 juill. 1832, S. 1832, 1, 492.

2 Cass. civ., 9 mai 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 1, 148; D. 1907, 1, 465, avec note de M. Barthélemy, S. 1905, 1, 228. — V. l'arrêt attaqué, Paris, 28 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 2, 241.

3 Cf. Cass. civ., 2 août 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 1, 128.

Ce caractère secret d'une partie de l'offre est valable[1]. Plus généralement nous validerons toute clause secrète du cahier des charges si on annonce qu'il y en a une sans préciser son contenu[2]. Les enchérisseurs savent à quoi s'en tenir, bien qu'ils ignorent le prix secret et puissent faire des études d'estimation de travaux ou d'immeubles en pure perte.

Mais le vendeur peut-il au moment seulement de la vente dire son prix minimum ou au moment seulement d'une adjudication de travaux dire qu'il y a une enveloppe fixant son prix. Cela semble interdit. Les amateurs doivent être prévenus avant de la clause de non adjudication possible[3], pour ne pas trop risquer de faire des estimations en pure perte.

Tout ceci implique une solution importante : l'irrévocabilité du cahier des charges, du jour où on le communique au public[4]. Le propriétaire ne peut même le changer en se déposant à lui-même une soumission spéciale dans la forme fixée par ce cahier. Celui-ci tend à devenir une sorte de loi, premier acte de la procédure d'adjudication.

612. — Lorsqu'une enchère est portée, il nous semble que le président de la vente, sauf texte spécial (art. 706, Proc., qui semble indiquer une solution opposée), peut attendre, deux, trois, cinq minutes, autant qu'il le veut pour déclarer l'enchérisseur adjudicataire.

Pourrait-il même aller jusqu'à remettre la clôture de l'enchère à la fin de la séance, en vendant entre temps d'autres lots, espérant qu'il viendra de nouveaux amateurs,

---

1 Trib. Seine, 2 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 246.

2 On présumera même que la clause indiquée a déjà été mise sous pli cacheté. Mais on pourra prouver qu'elle n'a été écrite qu'après ou a été modifiée. Cette preuve pourrait entraîner nullité du contrat d'adjudication.

3 Trib. Seine, 2 mars 1917 précité.

4 V. Demogue, *De l'irrévocabilité du cahier des charges avant adjudication*, Journ. des notaires, 1919, p. 193.

qu'on se ravisera ? L'affirmative ne peut s'accepter que si on admet que le vendeur peut refuser la dernière enchère (v. *suprà*, n° 55). Sinon, on peut bien attendre un certain nombre de minutes, mais il faut sans désemparer clore sur la dernière enchère (A. B. C.).

A. — *Formule de mise aux enchères verbales.*

Le notaire recueillera les enchères. Il n'aura à tenir compte que de celles qu'il déclarera avoir entendues. Il clôra les enchères et déclarera quel est le dernier enchérisseur, lorsqu'il le jugera à propos. Le vendeur pourra refuser le dernier enchérisseur s'il estime le prix insuffisant. Il pourra également avant la vente retirer tel ou tel lot. Si deux enchères sont égales et qu'aucune enchère supérieure ne se produise, il choisira librement l'adjudicataire [ou bien le nom de l'adjudicataire sera tiré au sort]. Le notaire déclarera immédiatement et sans recours la nullité de tout offre émanant d'une personne qu'il estimera incapable ou insolvable. Toute enchère couverte par une autre non annulée immédiatement sera sans effet.

B. — *Formule de vente de marchandises en gros* [1].

Les enchères de vive voix seront seules admises et se feront par au kilo. A prix égal, l'acheteur du lot précédent aura la préférence pour une seule enchère. Sinon le courtier adjuge valablement au premier dont il a entendu ou vu l'enchère. A défaut, le nom de l'acheteur sera tiré au sort. Toute erreur venant du crieur ou des acheteurs ne sera pas annulée si elle n'est déclarée avant la vente du quatrième lot qui suivra celui sur lequel l'erreur a eu lieu, et au plus tard avant la fin de la vente.

Les lots dont les limites ne sont pas atteintes seront retirés.

Les amateurs non domiciliés à devront se faire connaître au courtier au plus tard le jour de la vente, avant le début des enchères.

---

1 Cette formule est inspirée en grande partie de celle usitée depuis des années au Marché de ventes publiques de laines de Reims.

Lorsque la dernière enchère est portée et déclarée définitive[1], l'adjudication se produit quand même le procès-verbal serait irrégulier. Celui-ci n'est que la constatation écrite des acceptations. Peu importe donc que l'adjudicataire ne l'ait pas signé[2]. Il faut cependant une intervention de l'officier public pour déclarer les enchères closes. Mais celle-ci est indépendante du procès verbal.

L'adjudication a lieu même si elle n'est prononcée que par le crieur qui a un mandat tacite du président de la vente[3].

L'adjudicataire dans certains cas n'est pas immédiate-

C. — *Formule de soumission.*

Les soumissions formulées par écrit en toutes lettres seront remises sous pli cacheté avant l'ouverture de la séance. Toute remise ultérieure sera sans effet. Le président de la séance décachetera les enveloppes et déclarera l'offre la plus favorable acceptée à moins qu'elle ne lui semble insuffisante, auquel cas il pourra remettre l'adjudication à plus tard. Si deux offres sont égales, il pourra procéder de suite à une adjudication verbale entre tous les soumissionnaires ou à son libre choix désigner comme adjudicataire un de ceux qui ont fait des soumissions égales. Il pourra sans recours rejeter les soumissions des personnes qu'il estimera insolvables ou incapables.

---

1 Certaines décisions ont précisé qu'il faut un prononcé d'adjudication, trib. Seine, 9 juin 1882, *Journ. civ.*, t. 107, p. 540. — Trib. Empire allemand, 10 juin 1890, D. 1893, 2, 43. — *Contrà:* Nancy, 18 nov. 1874, S. 1875, 2, 133. — Poitiers, 20 mars 1885, S. 1886, 2, 185.

2 Rouen, 27 août 1838, D. v° *Vente publique d'immeubles*, n° 2110. — Besançon, 1er février 1893, D. 1893, 2, 151. — De Loynes, D. 1906, 1, 274. — Palmade, *Revue critique*, 1912, p. 282. — Rollier, *Rôle du notaire dans les ventes aux enchères*, thèse Grenoble, 1907, p. 129. — Cass., 24 janv. 1814, S. chr. et 26 juill. 1832, S. 1832, 1, 492. — Cf. Garnier, th. citée, pp. 117 et suiv.

3 Trib. Arlon, 21 déc. 1882, *Jurispr. trib. 1re ins.*, XXXI, n° 1011.

ment connu. C'est ce qui se produit lorsqu'il y a faculté de déclarer command ou déclaration d'adjudicataire[1].

La difficulté qui se présente le plus en pratique est le refus de signer du vendeur ou de l'acheteur. Il n'empêche pas la vente d'être valable[2]. Mais l'acte notarié s'il y a un notaire ne satisfait pas aux conditions de l'art. 14 de la loi de ventose. Il n'a pas la signature des parties pouvant signer. Il est nul. Le cahier des charges vaut toutefois commencement de preuve par écrit contre le vendeur de qui il émane, mais non contre l'acheteur. Mais on peut prouver la formation du contrat par aveu, par serment. Il semble un peu délicat d'entendre des témoins, à moins de dire qu'il y avait impossibilité d'obtenir preuve écrite à l'instant où l'enchérisseur ouvrait la bouche ou levait le doigt, ce qui est cependant très admissible[3].

L'enchère la plus favorable étant reçue, on est obligé d'adjuger à celui qui a fait cette enchère[4] à moins de réserve insérée dans le cahier des charges.

---

1 V. Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 478. — Marceau, *Déclaration d'adjudicataire par l'avoué enchérisseur*, thèse Paris, 1912. — Baudry et Saignat, nos 172 et suiv.

La jurisprudence a exagéré le rôle de cette formalité en cas de clause d'attribution dans une licitation, en admettant qu'elle produit forcément des effets définitifs et non une simple promesse de contrat. Cass., 19 oct. 1903, D. 1906, 1, 273; S. 1905, 1, 457. — V. *infrà*. — Cf. Milliot, *De la clause d'attribution insérée dans le cahier des charges de la licitation*, *Revue de droit civil*, 1912, p. 331.

2 Rouen, 31 juill. 1895, *Rep. not.*, 8971. — V. cep. Besançon, 20 mars 1878, cité dans Besançon, 25 fév. 1884, id., 2012, qui annule une vente prononcée par le notaire malgré le refus persistant du vendeur.

3 V. cep. trib. Lons-le-Saunier, 20 déc. 1878, *J. Not.*, 2, 2108.

4 Paris, 15 janv. 1904, D. 1905, 2, 71. — Trib. Seine, 2 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 246. — On a jugé cependant qu'il en était autrement si l'adjudication est ouverte aux seuls entrepreneurs choisis par l'architecte (Paris, 15 janv. 1904). Mais si ce choix est antérieur à l'adjudication cette solution nous semble inexacte. Les entrepreneurs

Celui-ci peut accepter que l'on reprenne les enchères, en ce cas son contrat est considéré comme non avenu[1]. Il serait trop tard pour protester par la suite.

Mais sauf ce cas exceptionel, le vendeur ne peut déclarer refuser de vendre[2]. Son offre de vendeur est irrévocable. Des décisions que l'on cite en sens contraire visant en réalité seulement la question de preuve[3], ou confondent la preuve et l'existence du contrat[4].

Cette obligation du vendeur suppose de sa part une offre complète, donc avec mise à prix. Il ne peut-être forcé d'accepter la ou les premières enchères, si minimes soient-elles[5].

613. — La vente aux enchères, comme tout autre contrat peut une fois conclue être attaquée pour vice du consentement. Ainsi elle pourra l'être pour dol du vendeur[6] si celui-ci s'est livré à des actes de tromperie envers le public. Et ici comme ailleurs, le dol du représentant équivaut à celui du représenté[7].

---

ont droit à ce qu'il y ait adjudication. Il en serait même ainsi si le cahier portait : parmi les trois adjudicataires au prix le plus bas, l'architecte choisira. Il y a promesse implicite de choisir.

1 Trib. Seine, 5 juill. 1898, *Rep. not.*, 10432.

2 Trib. Versailles, 5 août 1896, *Rép. not.*, n° 9688. — V. cep. trib. Seine, 5 juill. 1898, *Rép. not.*, 10432. — Poitiers, 24 mars 1885, *J. N.*, 23446. Le contraire a été jugé autrefois pour les ventes de biens de mineurs, mais à une époque où l'art. 964 Proc. permettait de remettre à plus tard la vente si l'on n'arrivait pas au prix de l'estimation. Cela avait été étendu au cas où ce prix était dépassé, Lyon, 21 juill. 1838, S. 1839, 2, 43. Précisément la loi du 2 juin 1841 a supprimé cette règle.

3 Cass., 24 janv. 1814, *J. N.*, 1364.

4 Trib. Lons-le-Saunier, 20 déc. 1878, *J. N.*, 22108.— Trib. Versailles, 6 août 1897, *Rép. not.*, 9688.

5 Nancy, 18 nov. 1874, S. 1875, 2, 133.

6 Trib. Bruxelles, 22 déc. 1860, *Belgique judic.*, 1861, 257. — V. de même : Bruxelles 24 fév. 1904, *Pand. pér.*, 1906, 677 (indication d'un requérant fictif).

7 Dol du crieur, v. trib. Bruxelles, 19 fév. 1890, Pas. 1891, 3, 37.

Ainsi il y a dol si le crieur ou le président de la vente ou le vendeur crie une enchère qui n'a pas eu lieu pour faire croire à cette enchère et amener un amateur à proposer un prix plus élevé[1].

Elles peuvent l'être pour violence, a dit une décision, dans le cas où il y a eu entrave à la liberté des enchères[2].

De plus si un tiers présent à la vente voulant se rendre acquéreur a fait une protestation immédiate insérée au procès-verbal, il peut demander la nullité de l'adjudication[3].

613 bis. — La pratique belge considère comme licite le bénéfice d'enchères, c'est-à-dire la promesse d'une somme à qui enchérira, pour activer les enchères[4]. Cette solution doit être approuvée, car loin d'entraver la conclusion de l'adjudication, elle la favorise. Il en est de même de la promesse d'une personne faite avant adjudication d'enchérir jusqu'à un certain prix, pour stimuler les enchères. Ces clauses malgré la lésion qu'elles peuvent provoquer, sont licites. Elles sont tout le contraire de l'atteinte par promesses à la liberté des enchères, que punit la loi pénale (art. 412 Pén.).

614. — Les formes d'un contrat aux enchères, la vente ont été réglementées par la loi[5].

Les commissaires priseurs ont le monopole de la vente des meubles corporels dans la ville de leur résidence. Ailleurs ils ont ce monopole concurremment avec les notaires, greffiers et huissiers.

---

1 Sur les voies de recours contre une adjudication administrative, Cf. Jèze, *Revue de droit public*, 1906, p. 668.

2 V. *suprà*, n° 296.

3 Req., 11 nov. 1896, *P. F.*, 1898, 1, 558.

4 Bruxelles, 15 juin 1820, Pas. 1820, 150. — Trib. Bruxelles, 7 déc. 1892, Pas. 1893, 3, 130. — V. trib. Bruxelles, 14 janv. 1908, Pas. 1909, 3, 36 et 13 janv. 1908, *Pand. pér.*, 1908, 899 (*sol. implic.*).

5 V. Beudant, *Vente*, p. 321. — Rép. alphab. du droit français, v° *Vente judiciaire*, n°s 615 et suiv. — Paillard, *Compétence respective des officiers publics pour les ventes des meubles*, thèse Caen, 1911.

Les notaires ont le monopole de la vente des meubles incorporels.

Les courtiers inscrits ont le monopole des ventes volontaires de marchandises en gros, ou des ventes de marchandises warrantées. Les notaires et courtiers conducteurs de navires peuvent seuls vendre les navires.

Mais en dehors de ces cas prévus, toute personne peut directement vendre ses biens aux enchères. Il en est ainsi pour la vente d'immeubles[1].

614 bis. — Le contrat aux enchères a pour base le cahier des charges, qui constitue une pièce dont chaque partie peut se prévaloir.

Ainsi l'acquéreur ne peut se plaindre de payer en sus du prix, les frais que le vendeur doit à son mandataire[2].

Inversement l'acheteur peut réclamer si avant une vente en bloc le vendeur a retiré des objets énoncés au cahier des charges[3]. Non seulement le cahier des charges peut être invoqué par l'acheteur, mais il constitue une sorte de loi dont tout intéressé peut se prévaloir. Ainsi un cahier des charges portant qu'on ne tiendra compte que des soumissions cachetées, ou de celles remises directement par l'enchérisseur sans l'intermédiaire de la poste, si on adjuge à une personne qui n'était pas dans ces conditions, un tiers dont la soumission est régulière peut se plaindre et demander à être adjudicataire si sa soumission est préférable. Mais

---

1 Cass. req., 20 fév. 1843, S. 1843, 1, 309. — Cass. req., 19 mai 1847, S. 1847, 1, 520. — Cass. req., 14 mars 1883, S. 1885, 1, 449; D. 1884, 1, 201. — Dijon, 13 août 1868, S. 1868, 2, 351. — Liège, 26 janv. 1904, *Belgique judic.*, 1904, 638. — Trib. Gand, 24 oct. 1857, *Belgique judic.*, 1857, 1531. — Bruxelles, 23 avril 1863, Pas. 1863, 2, 173.

2 Trib. Seine, 10 mars 1904, *P. F.*, 1905, 2, 313.

3 Paris, 8 fév. 1906, *P. F.*, 1907, 2, 123. — Le cahier des charges a même une telle importance que le notaire rédacteur a droit à des honoraires même si la vente n'a pas lieu, trib. d'Evreux, 5 janv. 1909, *Gaz. Pal.*, 10 fév. 1910.

ceci ne modifie pas les rapports de l'adjudicataire irrégulier et de celui qui adjuge. Les autres soumissionnaires, faute d'intérêt ne peuvent se plaindre.

Le vendeur ne peut donc renoncer à appliquer les clauses du cahier des charges. Toutes sont absolument obligatoires. Si on les viole, le contrat est nul comme contraire aux solennités volontaires qui ont été établies.

Cette règle visera la façon de faire les soumissions : une enveloppe par lot séparé, présentation d'un casier judiciaire, présentation d'échantillons. Cela vise également la façon d'agir des présidents de l'adjudication : promesses de laisser closes les enveloppes jusqu'au jour de l'adjudication. Il ne faudrait admettre d'exception que pour des règles sans aucune importance : échantillon légèrement inférieur aux dimensions exactes par exemple.

L'adjudication peut comme tout autre contrat (v. *suprà*, n° 562) tendre à favoriser telle catégorie de personnes, on peut exclure des étrangers, on peut à prix égal donner la préférence à certaines catégories de personnes, à des associations ouvrières, ou pour des achats à des administrations publiques : départements, communes.

Le cahier des charges étant une offre, toute enchère ou soumission non conforme au cahier des charges est non avenue que le cahier le dise ou non[1]. La soumission irrégulière pourrait seulement valoir contre proposition s'il n'y avait aucun adjudicataire.

Le cahier des charges peut-il modifier les soumissions : dire que les clauses contraires au cahier seront réputées effacées, que les fractions de centièmes pour les rabais ne compteront pas. La question est délicate, car il s'agit de convertir une déclaration de volonté en une autre, de considérer l'adhésion générale à l'adjudication comme l'emportant sur la déclaration expresse différente. La lutte est nette

---

[1] Le cahier des charges pourrait toutefois admettre des soumissions conditionnelles à défaut de soumissions pures et simples.

entre le vieux concept individualiste de la volonté intime et même exprimée et le caractère de loi du cahier des charges. L'avenir est de ce dernier côté. Toutefois, ceci ne doit pas être exagéré. On ne pourrait admettre que toute condition accompagnant une soumission soit réputée effacée, quelque soit son importance[1].

614 ter. — Les législations étrangères n'ont pas fait de théorie générale des contrats aux enchères. Il en est ainsi en Allemagne. Mais certains auteurs allemands ont indiqué cette théorie[2].

Les contrats aux enchères du droit allemand sont en général volontaires. Ils sont parfois forcés. C'est ce que prévoit le code de procédure, art. 717, et la loi du 24 mai 1897. D'autre part, l'article 156 Civ. prévoit pour la vente aux enchères deux points importants. « Le contrat n'est formé que par l'adjudication prononcée. » L'enchère est donc une offre dont la parole du vendeur est l'acceptation[3]. En outre, l'enchère s'éteint dès qu'une enchère supérieure est émise ou lorsque la vente aux enchères se clôt sans que l'adjudication ait été prononcée. En dehors de ces cas, conformément au caractère ordinaire de l'offre, l'enchère est irrévocable.

Le droit suisse n'a lui aussi prévu les enchères qu'à propos de la vente. Les articles 229 à 236 ont été ajoutés lors de la révision du code des obligations. « L'enchérisseur est lié par son offre dans les termes des conditions de ventes » (art. 231). « A défaut de clause contraire, il est délié si une surenchère est faite ou si son offre n'est pas acceptée immédiatement après les criées ordinaires » (art. 231, al. 2). Le contrat n'est réputé conclu que par l'adjudication prononcée, comme en droit allemand (art. 229).

---

1 Rappr. une question analogue pour les souscriptions d'actions. Thaller et Pic, II, n° 891.

2 V. Dernburg, *Schuldverhaltnisse*, I, p. 197.

3 V. trad. officielle, I, p. 187.

La nullité des adjudications doit être rapidement invoquée. D'après l'article 230, « les enchères dont le résultat est altéré par des manœuvres illicites ou contraires aux mœurs peuvent être attaqués dans les dix jours par tout intéressé.

En droit italien, les textes du droit civil ou administratif rendent parfois la mise aux enchères obligatoire[2].

En droit anglais, on considère que le vendeur en cas d'enchères doit vendre nécessairement au dernier enchérisseur. Il ne peut retirer la chose de la vente[3]. L'adjudication est prononcée dès que le marteau est tombé. Le vendeur peut enchérir s'il l'a notifié à l'avance. Il peut fixer un prix minimum[4].

Le code tunisien (art. 36) est assez obscur sur l'effet de l'enchère. Il semble cependant admettre que l'enchère portée n'est qu'une offre devant être acceptée. Il dit en effet : « La mise aux enchères est une proposition de contrat. Elle est réputée acceptée par celui qui offre le dernier prix. Celui-ci est obligé en vertu de son offre si le vendeur accepte le prix offert » (v. de même article 32, Code marocain).

SECTION II

DES CONTRATS PAR CONCOURS

615. — Du contrat aux enchères se rapproche le contrat par concours qui parfois se mêle avec lui. Il se présente à peu près exclusivement pour le contrat de travail (concours pour l'entrée dans certaines banques, etc.), ou pour des projets de constructions, ou pour des fournitures (ici il se mêle

---

1 V. sur ces textes, Rossel, *Obligations*, p. 280. — Schneider et Fick, art. 229 et suiv.

2 V. Pacifici Mazzoni, *Vendita*, I, n° 141.

3 Lehr, *Eléments de droit anglais*, II, p. 116.

4 Stevens, *Droit commercial anglais*, p. 179. — Cf. Laws of England, v. *Auction and Auctionneers.*

souvent avec un contrat aux enchères). On peut en rapprocher les concours pour des prix.

Le contrat par concours se décompose en trois opérations principales : l'annonce du concours, le concours, le jugement. C'est donc le contrat dont la construction technique est la plus complexe. L'annonce a déjà une force juridique que l'on peut expliquer par l'obligation juridique unilatérale ou par l'idée de responsabilité délictuelle. Celui qui annonce le concours doit l'ouvrir, il doit en respecter la date, il ne peut fermer le registre des inscriptions avant la date fixée[1]. Si la composition du jury a été annoncée, il ne peut la modifier que pour des causes graves : refus de certains juges, empêchement de ceux-ci. S'il ne s'est pas réservé ce droit à l'avance il ne peut arrêter le concours en donnant comme raison l'insuffisance des épreuves.

Le candidat s'étant inscrit, et prenant part au concours[2], on doit voir là une offre. Mais en pratique on admet que celle-ci peut être retirée en abandonnant le concours[3]. Nous estimons que c'est le seul cas. Une fois les épreuves finies, le candidat doit rester candidat, il ne peut plus se retirer. Le candidat doit sans indemnité supporter les frais nécessités par le concours : confection de plans, devis, échantillons. Le jugement rendu par celui qui ouvre le concours ou son délégué est définitif et le contrat est formé dès qu'il a été prononcé publiquement. Il pourrait toutefois être attaqué pour fraude : communication antérieure des épreuves à un candidat, corruption d'un des juges, composition irrégulière du jury[4], preuve que la décision rendue l'a été pour

---

1 V. cep. Barassi, *Contratto di lavoro*, n° 55.

2 V. Barassi, *loc. cit.*

3 V. Barassi, *Contratti di lavoro*, II, n° 55.

4 V. trib. Seine, 3 mars 1914, D. 1915, 2, 61, *Revue de droit civil.* 1916, p. 124. Ce jugement a décidé que le candidat devait réclamer contre la composition irrégulière du jury avant de concourir. Cette solution semble un peu sévère.

des considérations étrangères au concours[1]. En ce cas, le tribunal pourrait réparer les conséquences de la fraude de la façon la plus adéquate : en indemnisant la victime ou même en annulant le concours. Si le contrat par concours est formé, celui qui l'a ouvert est lié par le contrat, il doit s'exécuter vis-à-vis du lauréat, il doit accorder les primes annoncées à ceux qui ont obtenu certains rangs. Il peut, semble-t-il, les partager s'il y a des personnes classées *ex æquo*.

Techniquement, le contrat par concours, en droit privé, peut se ramener à un avant-contrat résultant de l'annonce du concours et de la candidature posée, avant-contrat qui se transforme en contrat par la décision du jury. Il voisine donc tout à fait non seulement avec le concours que l'on rencontre en droit public pour les entrées dans certaines fonctions, certaines écoles, mais avec ce que M. Hauriou nomme les opérations à procédure. Le concours est une véritable procédure qui crée une situation contractuelle.

Lorsque le concours a moins pour but de préparer une situation à venir (concours pour une place) que de récompenser un résultat déjà obtenu le jour où les épreuves du concours sont remises (prix à distribuer pour des ouvrages sur certains sujets, prix pour les plans de tel édifice à construire) le concours peut récompenser des personnes qui ayant fait les épreuves sont mortes avant leur jugement. On peut dire que le prix est moins donné à la personne qu'à l'œuvre[2].

Techniquement, il faut admettre que dès la remise des épreuves un droit est né assez fort pour être transmissible

---

1 V. Barassi, loc. cit.

2 Le même cas se présente lorsqu'un corps attribue des prix sans concours ouvert à certaines œuvres, soit de lui-même, soit en vertu d'une charge de libéralité. L'attribution peut avoir lieu à un décédé. En ce sens, l'Académie française a décidé d'attribuer tous ses prix en 1915 aux écrivains morts pour la patrie.

par succession, et dès ce moment il y a un contrat formé sous la condition d'être agréée par le jury. Ainsi sous l'empire des nécessités pratiques nous n'hésitons pas ici à sacrifier l'unité technique de la formation du concours.

Le jury peut s'être réservé toute liberté pour statuer sur le concours. Cela évite bien des difficultés.

En effet, le jury a-t-il le droit de déclarer les épreuves insuffisantes et de repousser toutes les candidatures ? Cela peut être[1]. Mais cela doit avoir été prévu à l'avance. Sinon le jury en refusant arbitrairement d'attribuer le prix, de recevoir un candidat encourt une responsabilité analogue à celle pour rupture abusive de pourparlers. Il en est de même pour le droit de refuser le prix et de donner de simples récompenses sur la somme fixée comme prix.

Le jury peut-il attribuer le prix à une personne non inscrite au concours. Dans certains cas, il ne le peut pas à raison de l'objet du concours : place à attribuer, plan pour un édifice à présenter. Mais la question se pose pour des prix à distribuer. Sur ce point, il y a une question de fait[2]. En tous cas s'il y a une attribution du prix à un non inscrit, il n'y a qu'une offre que le lauréat ne manquera pas d'accepter.

La même solution doit être donnée pour le partage égal ou inégal du prix. Dans certains cas (place à attribuer) la question ne se pose pas. Sinon il y a une question de fait. On peut admettre qu'il est conforme à l'intention présumée de permettre le partage du prix, même pour un concours en vue d'un édifice à élever, si le jury s'est réservé le droit de choisir ensuite entre les plans récompensés, celui qu'il fera exécuter ou le droit de combiner divers plans.

---

1 V. Cons. d'Etat, 22 janv. 1909, D. 1911, 3, 21.

2 V. pour l'admission de personnes non invités, Cons. d'Etat, 7 avril 1911, D. 1913, 3, 74. — *Contrà :* Cons. d'Etat, 22 janv. 1909, D. 1911, 3, 21.

Le jury ne doit accorder le prix qu'à une personne se trouvant dans les conditions du concours[1]. Toutefois, il n'y aurait pas irrégularité si le candidat choisi ne s'en écartait que sur un point insignifiant[2] d'ailleurs rectifié.

Si l'autorité qui a ouvert le concours ne peut nommer directement le candidat, elle est du moins obligée de le présenter à l'autorité supérieure[3].

En quelle forme le jury doit-il juger le concours ? On a admis avec raison qu'il pouvait sur l'avis de compétences spéciales éliminer d'abord certains projets : par exemple exclure certains projets pour un hôpital sur avis des médecins[4].

De façon générale, il faudra souvent appliquer au concours les règles de procédure des jugements: dire que si un membre du jury est proche parent d'un candidat, il doit se récuser (arg. anal. 378, Proc.). S'il ne le fait pas, il y a soupçon de fraude. En cas de partage, on statue à la pluralité des voix (art. 116, Proc.). S'il y a plus de deux opinions, on appliquera l'art. 117 Proc. Ne pourront juger que les membres du jury ayant assisté à toutes les délibérations. Le concours pourra être attaqué par tous les concurrents[5]. Il semble même qu'il pourra l'être par le syndicat qui a pour mission de défendre leurs intérêts : syndicat d'architectes s'il s'agit d'un monument à élever[6] car il représente les intérêts futurs de la profession.

On peut même combiner plus intimement le concours et l'enchère : dire qu'après un examen pour éliminer les

---

1 Agen, 22 oct. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 490.

2 Cons. d'Etat, 6 déc. 1911, D. 1912, 3, 1 ; S. 1914, 3, 85.

3 Bordeaux, 28 janv. 1907, *Gaz. trib.*, 1907, 1er sem., 2, 323. C'est l'application du principe que celui qui a passé un contrat sauf autorisation doit solliciter l'autorisation.

4 Cons. d'Etat, 6 déc. 1911, S. 1914, 3. 85.

5 V. Agen, 22 oct. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 490.

6 Cons. d'Etat, 6 déc. 1911 précité.

échantillons mauvais, on adjugera en tenant compte à la fois du prix offert et de la qualité, ce qui ôte alors tout recours au soumissionnaire contre la décision du jury.

Le concours peut avoir lieu sous le patronage de groupements qui ont leurs règlements sur les épreuves. Le concours en pareil cas doit être considéré comme ouvert aux conditions de ces règlements, qui sont connus du public. Il est même douteux que l'autorisation non publique donnée par la société qui patronne, suffise à dispenser celui qui ouvre le concours d'observer tout le règlement[1], car il ne faut pas décevoir les concurrents.

Le patronage donné à un concours n'engage pas la responsabilité de celui qui le donne s'il laisse au jury toute liberté d'organisation[2].

Le concours peut se mêler au contrat aux enchères. Ainsi pour l'adjudication d'un travail, on peut spécifier que les concurrents présenteront des spécimens de leurs travaux et qu'entre les personnes ayant fourni des échantillons jugés bons, un marché aux enchères s'ouvrira.

SECTION III

CONTRAT PAR ELECTION

615 bis. — Des contrats peuvent se former par voie d'élection. Laissant de côté les élections publiques, nous n'avons à considérer que les élections dans les sociétés, associations, comités de caractère privé.

La personne qui est choisie pour une fonction du groupement (administrateur, président, commissaire de surveillance) ou pour un mandat extérieur (agent de la société pour une mission déterminée), ou même admise comme

---

1 V. cep. trib. Reims, 12 fév. 1912, *Revue de locomotion aérienne*, 1913, 50.

2 Agen, 22 oct. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 490.

simple membre, est toujours liée à la société par un lien contractuel désigné sous le nom de mandat, celui-ci étant pris dans un sens large ; seule l'admission d'un membre crée un autre lien, celui d'association.

La personne élue doit accepter les fonctions qu'on lui offre. Elle peut le faire expresément ou tacitement. Nous considérons qu'elle n'est liée que par une acceptation postérieure à l'élection. Le fait d'avoir posé ou laisser posé sa candidature ne suffit pas. En effet, on peut juger la majorité obtenue insuffisante pour pouvoir administrer facilement.

La personne a le droit de ne pas voir poser sa candidature malgré elle. Elle peut demander une indemnité si sa candidature a figuré dans une liste malgré sa défense[1] ou si sa candidature isolée a été posée contre sa volonté marquée. Si sa candidature a été posée alors qu'elle a gardé le silence elle ne peut demander indemnité que si ce fait a un caractère injurieux[2]. Mais le fait de faire des démarches en vue d'une candidature n'a en principe rien d'illicite d'autant plus qu'on peut espérer en obtenant une forte majorité à celui dont on propose le nom le décider à une acceptation qu'il n'eut pas donné sans cela.

615 ter. — Le groupement qui procède à une élection fait un acte qui constitue une offre vis à vis de l'élu. Cette offre doit être faite régulièrement : d'abord en observant la loi qui impose de prendre les administrateurs parmi les actionnaires, qui impose de mettre l'élection à l'ordre du jour d'une assemblée qui exige que l'assemblée ait un quorum. Il faut aussi observer les statuts.

---

1 Paris, 4 avril 1901, S. 1902, 2, 104 ; D. 1901, 2, 415.

2 V. pour des élections municipales, Cass. civ., 24 mars 1896, D. 1896, 1, 321 ; S. 1896, 1, 336. — Trib. Chinon, 21 juin 1892, D. 1893, 2, 278. — V. cep. Nancy, 8 mars 1893, D. 1893, 2, 278 ; S. 1893, 2, 103. — Trib. Nevers, 22 juin 1881, S. 1881, 2, 246. — Trib. Tours, 11 juin 1884, S. 1884, 2, 128. — Trib. Corbeil, 1er août 1888, S. 1888, 2, 244. — Rouen, 27 déc. 1878, S. 1879, 2, 69 ; D. 1879, 2, 151.

Mais l'assemblée peut prendre l'élu parmi les non candidats.

Les nullités de l'élection, même tenant simplement aux statuts sont opposables à l'élu, à raison du caractère institutionnel du groupement. Si l'élu a accepté à la suite d'une élection irrégulière, peut-il réclamer ses émoluments s'il a exercé ses fonctions un certain temps ? Sans doute le contrat est nul. Mais la société qui a commis une faute par l'intermédiaire de ses organes : votants ou bureau, doit d'abord indemniser l'élu de ses pertes de temps, et de ses dépenses et même lui donner les jetons de présence ou tantièmes convenus, car il est probable que sans cet espoir il n'aurait pas accepté.

Inversement celui qui est élu irrégulièrement peut-il se voir opposer ses fautes de gestion, être tenu de ses cotisations ? Même si la nullité n'est que relative, il semble logique de dire que les obligations de l'élu disparaissent. Mais il serait singulier qu'il ait eu les avantages sans les charges. Aussi la nullité agira plutôt à la façon d'une rupture de contrat.

Le contrat se formera à l'acceptation de l'élu à qui il sera bon de notifier l'élection s'il est absent.

SECTION IV

DES CONTRATS D'ADHESION

616. — Les contrats, ces nécessités de la vie sociale, peuvent s'établir de deux façons. Ou bien une proposition est faite, sans que rien indique qu'on se refuse à la modifier, ou même on peut simplement entamer des pourparlers. Le contrat résultera alors d'une collaboration, souvent de concessions mutuelles, ce sera une transaction entre des vues opposées. Le danger c'est que ces personnes placées dans

des situations égales ne s'entendent pas toujours facilement, rapidement.

Ou bien l'offre peut être présentée comme établissant des conditions *sine qua non*. On offre de s'entendre, mais on veut imposer toutes ses conditions. La liberté des contrats le permet[1].

Cette façon de faire, issue d'un esprit autoritaire, qui a ses dangers inconstestables, est spécialement importante quand on n'offre pas un contrat à une personne, mais des quantités de contrats pareils au public en général ou à un public limité. Elle s'impose par un besoin d'économie de temps[2]. Où en serait une grande société si elle devait discuter avec chaque client isolément ? Il lui faut un ou des contrats types qu'elle propose sans discussion possible à qui veut traiter avec elle.

M. Saleilles, suivant une expression qui a fait fortune, a nommé ces contrats : contrats d'adhésion[3].

Ce qui caractérise le contrat d'adhésion, c'est donc qu'un contrat type est proposé en nombre illimité soit par des établissements privés, soit par les administrations publi-

---

1 Cass., 4 août 1909, *Gaz. Trib.*, 8 août 1909.

2 V. nos *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 111 et suiv.

3 *Déclaration de volonté*, p. 229, n° 89. — V. sur ces contrats, Dollat, *Contrat d'adhésion*, thèse de Paris, 1905. — Hauriou, Note au Sir., 1908, 3, 17. — Dereux, *Nature juridique du contrat d'adhésion*, *Revue de droit civil*, 1910, p. 503. — Pichon, *Dès contrats d'adhésion*, thèse de Lyon, 1913. — Fortier, *Pouvoirs du juge dans les contrats d'adhésion*, thèse Dijon, 1909. — Duguit, *L'Etat et le droit objectif*, p. 55. — Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, pp. 227 et suiv., 289 et suiv. — Duguit, *Transformations du droit privé*, pp. 121 et suiv. — Bourcart, *Sir.*, 1911, 1, 521. — Galizzia, *Foro*, 1910, pp. 503 et suiv. — Hauriou, *Principes de droit public*, p. 211. — Geny, *Lettres missives*, I, p. 54. — Ascoli, *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 107. — Galizia, *Foro italiano*, 1910, p. 1475. — Carrara, *Formazione dei contratti*, p. 244. — Cf. Planiol, II, 6e éd., p. 972. — Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 333, note 1.

ques[1], ou les officiers publics qui sont tarifés et obligés de prêter leur ministère : notaire, huissier, avoué.

Au contraire, il n'y a rien à dire de spécial quand une personne offre un contrat à tout le monde, à des clauses arrêtées d'avance comme un marchand qui offre un seul objet à un prix dont il n'entend rien rabattre, un vendeur qui fait une adjudication aux conditions du cahier des charges.

Ces deux cas présentent avec les précédents ce seul trait commun que l'acceptant adhère en bloc aux conditions. Son consentement ne se détaille pas sur chaque clause et devient seulement une adhésion un peu violentée.

617. — Quand on est en présence de ces contrats d'adhésion qu'un établissement fait à jet continu avec tous ceux qui déclarent vouloir traiter, que présentent-ils de caractéristique ?

D'abord, ils apparaissent comme des conventions juridiques dont la conclusion est simplifiée, ce qui permet de les faire passer en grand nombre par de simples employés.

Mais la multiplicité des contrats, connexe à leur simplification a des réactions importantes : la pratique des contrats d'adhésion va créer une situation à la fois plus durable et plus souple que dans les contrats ordinaires.

La situation est plus durable en ce sens que l'offre au public a un caractère permanent. Si je veux aller à Bruxelles, je sais que la Compagnie du Nord m'offrira un contrat, dans telles et telles conditions. Il y a un état d'offre permanent, que M. Haurion a très bien mis en lumière et qui crée une situation analogue à l'institution[2].

En un autre sens, la situation créée est plus souple que dans les contrats ordinaires. Celui qui passe des contrats

---

1 V. pour le règlement d'une exposition, Venise, 26 oct. 1904, *Giur. ital.*, 1905, 2, 184.

2 Haurion. *Principes de droit public*, pp. 145 et suiv. — Rappr., pp. 211 et suiv.

à la douzaine, au mille, crée par cela même un service, une administration. Un service, une administration privée ou publique, cela vit, cela ne peut être bâti une fois pour toute. Cela doit vivre, c'est-à-dire s'adapter, se transformer s'assouplir. Une machine ne vit pas, elle fonctionne ; au contraire, une administration, un service privé doit vivre, et c'est là la faiblesse de tant de services qu'au lieu de vivre, ils fonctionnent.

Qu'en résulte-t-il ? Un système rigide d'application du contrat ne peut donner rien de bon. Dans un service ce qu'il faut, c'est de l'autorité, c'est-à-dire une tête bien organisée qui s'adapte à l'imprévu, dans les limites raisonnables, imposées par le besoin de sécurité du public. Nous dirons donc que dans ce service où se rencontrent les contrats d'adhésion, il y a une autorité privée, qui commande au personnel, aux contractants « pour le bien du service ». Et j'emploie à dessein cette formule militaire pour montrer l'importance du service privé. Un service privé, est un service d'utilité publique. Le gouvernement doit empêcher sa disparition s'il comprend son rôle, ainsi on le vit avec raison empêcher la disparition du Comptoir National d'Escompte (1887), du Printemps (1906), de la Banque industrielle de Chine (1922).

618. — Tirons de là deux séries de conclusions opposées.

1° L'offre est ferme, elle est durable. M. Hauriou la représente déjà comme extériorisée, indépendante de celui qui l'a émise. Par suite, les acceptations ne peuvent être refusées facilement. Elles produisent toutes effet et lient l'établissement émetteur, sous une réserve : les nécessités du service. Nous allons reprendre cette idée avec plus de détail dans un instant.

2° Le contrat d'adhésion est formé. Il s'agit de l'appliquer et de l'interpréter. C'est le point qui jusqu'ici, a paru préoccuper exclusivement les auteurs. On s'est demandé : faut-il interpréter l'acte comme un contrat ordinaire en recherchant la commune intention des parties, ou

faut-il, avec d'autres auteurs[1], l'interpréter comme une loi proprement dite en tenant compte beaucoup moins de ce qu'a pu croire et vouloir celui qui adhère, que de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité à laquelle elles s'adressent ?

Enfin, une théorie mixte, tout en étant contractuelle a été présentée[2] pour établir au point de vue de l'interprétation un système spécial. Elle consiste à distinguer dans les contrats d'adhésion deux sortes de clauses : les clauses essentielles qui sont généralement verbales ou manuscrites et les clauses accessoires qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quand aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre. Elles ne doivent produire d'effet contre l'adhérent que si elles ont pour résultat de préciser ou de complèter les clauses essentielles, mais non si elle viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat.

Cette théorie a été avec raison critiquée comme se plaçant trop au point de vue de l'adhérent et considérant comme essentiel ce qui est tel pour lui, et comme secondaire, l'ensemble des clauses qui est capital pour l'administration offrante[3].

Est-ce à dire qu'il faille se ranger à l'un des deux systèmes extrêmes, le système classique adopté implicitement par M. Planiol[4], ou le système nouveau exposé si nettement par M. Saleilles.

---

1 Hauriou, note citée. — Saleilles, *op. cit.*, n° 90, p. 230. — Duguit, *op. cit.*, et p. 432. — Cf. Dollat, *op. cit.*, p. 133. — Gounot, *op. cit.*, p. 229. — Saleilles, *Bull. de la Société d'études législatives*, 1906, p. 216.

2 Dereux, *op. cit.*, p. 526 et *Interprétation des actes juridiques-privés*, thèse Paris, 1905, pp. 201 et suiv. et p. 216. — V. de même Pichon, pp. 197 et suiv. — Galizia, art. cité.

3 Hauriou, note précitée, p. 19.

4 II, n° 972. — Cf. Geny, *op. cit.*, I, p. 54.

Le premier recherche une intention commune qui souvent n'existera pas. Tout au plus pourra-t-il dire que l'usage nous a fait à supporter bien des exigences des compagnies d'assurances, de chemins de fer, etc. Mais peut-on dire qu'on a accepté implicitement un usage composé d'abus ? Ce serait aller bien loin et permettre l'exploitation du public.

Le second système est plus dangereux encore. Il ne considère que la volonté de l'administration. Or toute volonté sans contrepoids pousse à l'abus. Le vertige que donne une puissance sans limites suffisantes pousse à la tyrannie[1]. La création de groupements comme celui des abonnés du téléphone, les sociétés de contre-assurances, les comités de défense de certains porteurs de titres le prouve[2].

Il nous paraît nécessaire d'esquisser un système nouveau.

Il n'est pas contestable, et M. Hauriou l'a constaté avec sa profondeur habituelle[3], que partout où il y a contrat d'adhésion, ou loi privée établie à l'avance, il y a une institution toute formée (administration, service public) ou une institution en voie de formation (service de production ou usine, service de conservation des valeurs ou assurance, service de mise à la disposition du public ou magasin de détail, service des menus plaisirs ou entreprises de théâtres, concerts, fêtes, etc., service de transports, etc.). Dans les deux cas, il y a la formation actuelle ou virtuelle d'une organisation sociale permanente préposée à un intérêt collectif.

---

1 Aussi on a vu la Cour de cassation considérer comme n'étant pas obligatoires les clauses imprimées d'un abonnement électrique, Cass. civ., 29 oct. 1901, S. 1905, 1, 27.

2 Rappr. une question analogue pour le règlement d'atelier. Est-ce une loi, est-ce un contrat ? V. la distinction ingénieuse de Deligny, *Le règlement de travail*, thèse de Nancy, 1907, p. 150, qui y voit un contrat pour les clauses principales, une loi pour la partie règlement intérieur,

3 *Principes de droit public*, p. 211 et 2e éd., p. 207. — Rappr. Saleilles, *Obligation*, 3e éd., p. 445.

Pour remplir sa mission convenablement, l'institution a besoin d'un contrôle. Cela seul la gardera des excès. Sinon elle tyranniserait vite le public. Les organisations politiques l'ont, dans une certaine mesure, par l'élection. L'électeur obtiendra que les contrats d'adhésion que la commune exploitant le gaz, le service des eaux, etc., lui proposera ne soient pas abusifs. Les administrations privées n'ont pas le même contrepoids : leur clientèle peut bien les abandonner, les circonstances économiques peuvent limiter leur puissance[1], mais encore faut-il qu'elles n'aient pas un monopole de fait comme c'est souvent le cas (chemins de fer, compagnies d'assurances ayant adopté les mêmes polices, négociants unis par des cartels, etc.).

Cette situation de fait existant, comment interpréter les contrats d'adhésion ?

Ils visent d'abord un service privé d'utilité publique. Il fait admettre que l'adhérant sera soumis aux conditions tacites nécessaires pour que le service puisse fonctionner de façon satisfaisante : car c'est pour lui une question d'existence. Ensuite il ne faudra pas oublier que les services publics ou privés sont des moyens et non pas des buts. Un service fonctionne pour le public et non pour ceux : fonctionnaires ou patrons qui ont le légitime désir d'en tirer subsistance ou fortune. Il faudra se préoccuper de donner satisfaction aux uns et aux autres. Dans quel ordre faudra-t-il le faire exactement ? Faut-il préférer l'intérêt collectif des consommateurs, ou l'intérêt collectif des fonctionnaires, actionnaires, patrons qui dirigent le service ? Il ne faut pas donner de règle absolue, mais apprécier dans chaque cas quel est l'intérêt le plus important de ceux en présence. Nous arrivons donc à des solutions beaucoup plus nuancées, pour mieux répondre aux nécessités pratiques.

Nous ajoutons que la théorie ainsi présentée ne vise que l'interprétation des contrats d'adhésion. leur application

---

1 V. pour l'affrètement, Thaller et Ripert, *Droit maritime*, II, n° 1275.

dirai-je plus justement, car les règles précédentes ne fonctionneront qu'après que le contrat aura été expliqué dans la portée de ses termes.

Par suite, cette théorie ne peut suffire à lutter contre les clauses parfois sévères, que l'on rencontre dans les contrats d'adhésion[1]. Ces clauses doivent être appliquées. Si l'on peut lutter contre elles, ce n'est pas au moyen d'une méthode d'interprétation qu'on le pourra. Ce sera par des démarches de comités d'adhérents qui établiront dans la lex, des adoucissements raisonnables. Ce sera peut-être par le pouvoir du juge[2] qui ne se contentera pas d'annuler les clauses dolosives, mais annulera les pièges tendus aux adhérents, les clauses léonines. Ce sera au besoin le législateur, comme il l'a fait par la loi du 17 mars 1905 sur les clauses de non garantie dans les transports. C'est par ces moyens seulement que peut être réalisé l'équilibre entre les tendances à l'abus des administrations et les intérêts des adhérents[3].

Ces principes seront mieux développés par nous à propos de l'interprétation des actes juridiques. Mais nous allons préciser par quelques exemples comment s'appliquent les contrats d'adhésion, avant d'examiner le seul point qui nous concerne ici, la formation des contrats d'adhésion.

---

1 V. divers moyens de lutte proposés, par M. Pichon, thèse citée, pp. 107 et suiv. (art. 6 Civ., art. 1131, art. 1382, art. 1111 à 1117 Civ.), *Associations et syndicats, contrats collectifs.* — Cf. l'art. 5 de la loi allemande sur l'assurance du 30 mai 1908 qui donne un mois pour protester si l'acceptation vaut acceptation du contenu entier.

2 Cf. Fortier, *Du rôle du juge dans les contrats d'adhésion*, thèse Dijon, 1909.

3 Cf. sur ces points : Dollat, thèse citée, pp. 132 et suiv. — Ripert, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1907, p. 200. — V. Gênes, 7 janv. 1910, qui admet que le juge peut considérer que les parties ont rejeté une clause imprimée contraire à l'usage, *contrà :* Gênes, 7 mars et 3 juin 1910, *Riv. dir. civile*, 1911, p. 107.

Le juge doit en premier lieu se préoccuper du bon fonctionnement du service.

Ainsi une police d'assurance imposant de déclarer si l'immeuble est hypothéqué, on peut admettre que cela vise aussi les privilèges, aussi utiles à connaître depuis la loi du 3 février 1889 que les hypothèques[1]. Si un assuré doit déclarer l'accident dont il est victime, en faisant signer sa déclaration par les témoins de l'accident, il doit, à défaut de témoin oculaire, faire signer la déclaration par les témoins non oculaires qui peuvent en affirmer la vraisemblance, afin de permettre le contrôle de la compagnie[2].

Mais si les indemnités d'assurances doivent être « réclamées » dans l'année après le sinistre, il suffit d'une réclamation amiable. L'assurance n'a pas besoin d'avoir reçu une assignation[3].

De même, le service public ou privé peut légitimement faire usage de son droit de police, d'autorité privée vis à vis des contractants.

La direction d'un concert peut interdire la circulation pendant l'exécution d'un morceau[4], elle peut expulser un perturbateur, réglementer par un règlement d'atelier les heures, modes de sortie, jours de repos hebdomadaires[5].

---

1 Cf. trib. Seine, 15 janv. 1907, inédit et 19 déc. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 5. — *Contrà:* Chambéry, 29 janv. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem., 2, 196, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 987.

2 Cass. civ., 24 juillet 1912, S. 1912, 1, 496, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 988.

3 Nancy, 30 mai 1856, D. 1856, 2, 252. — Nîmes, 8 novembre 1901, D. 1904, 1, 525, *Revue de dr. civil*, 1905, p. 137. — Trib. Seine, 17 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 299. — Trib. Seine, 29 octobre 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 504, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 988. — *Contrà:* Nancy, 30 mai 1885, D. 1886, 2, 11.

4 Trib. comm. Seine, 19 avril 1900, S. 1900, 2, 285, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 56. — Trib. paix Paris, 30 avril 1892, S. 1893, 2, 62. — Lacan et Paulmier, *Législ. de théâtres*, II, p. 9.

5 V. sur l'autorité privée, nos *Notions fondamentales*, pp. 600 et suiv.

De même on peut dire que l'obligation pour le voyageur de présenter son billet à la sortie fait qu'après avoir payé une seconde fois le prix du voyage, il n'a pas droit au remboursement si plus tard il retrouve son billet[1].

Mais il ne faut pas aller au delà et on ne peut imposer, même sous prétexte de police, des obligations nouvelles après la formation du contrat[2].

Le bon fonctionnement du service étant assuré, on verra alors quel est l'intérêt le plus important à sauvegarder : celui de l'adhérent ou celui de l'administration.

Ainsi en cas de vente de betteraves à la pesée géométrique, le contrat doit être interprété de telle sorte qu'il ne traite pas de la même façon le cultivateur qui arrache convenablement les betteraves et celui qui laisse beaucoup de débris sur le terrain[3]. Ici, l'intérêt de l'administration l'emporte.

De même si une convention postérieure à la police stipule que l'assuré représentera la Compagnie dans les procès, cela le dispense de poursuivre la Compagnie dans le délai fixé par la police[4], car ceci ne visait que le cas où la police serait restée intacte.

---

1 Cass. civ., 12 déc. 1911, D. 1913, 1, 12, *Revue de dr. civil*, 1913, p. 433. — Poitiers, 1er juin 1878, D. 1879, 2, 23. — *Contrà :* trib. Nice, 5 juillet 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2e sem., 2, 292. — Thaller et Josserand, *Transports*, n° 824, 2°.

2 Ainsi on ne peut imposer une clause de non responsabilité à un voyageur après le départ, Cass., 19 mars 1894, S. 1895, 1, 353. — Une clause de ce genre affichée simplement dans la chambre d'un voyageur, trib. sup. Cologne, 29 déc. 1894, S. 1897, 4, 5. — Rouen, 4 fév. 1847, S. 1848, 2, 452. — Trib. Seine, 16 juillet 1898, *Gaz. Trib.*, 23 déc. 1898. — Michel Lévy, *L'hôtelier et sa clientèle*, thèse Paris, 1913, p. 110. — Thaller et Ripert, *Droit maritime*, II, n° 1781.

3 Amiens, 10 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 670, *Revue de dr. civil*, 1910, p. 620. — Rappr. Douai, 16 nov. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 678, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 185, qui applique la même idée à un contrat ordinaire.

4 Req., 25 janv. 1911, D. 1911, 1, 275, *Revue de dr. civil*, 1911, p. 803.

De même si une personne prend un abonnement à l'électricité, il a dû être entendu que ce ne serait pas pour ne jamais allumer ses lampes[1].

Si on stipule qu'un abonnement sera rompu en prévenant trois mois à l'avance avant la fin de chaque année, la rupture est régulière, si la maison abonnée a été détruite plus de trois mois avant la fin de l'année et si la Compagnie a connu ce fait[2].

Mais la jurisprudence incline parfois à dire que ces clauses exorbitantes doivent avoir été connues. Ainsi la Cour de Cassation en face d'un tarif d'un banquier établi pour l'escompte et portant dispense de faire protêt, a déclaré que cette clause n'était pas opposable à un client du banquier s'il n'était pas établi qu'il l'avait connue et acceptée au moins tacitement[3].

A plus forte raison on ne peut appliquer à un assuré qui les a ignorées les clauses d'un tarif général arrêtés entre les diverses compagnies d'assurances[4]. D'autre part, la compagnie ne peut se refuser à accepter pour l'exécution du contrat un contrôle raisonnable[5]. Elle doit si elle change ses tarifs faciliter à ses clients de se plier au service nouveau[6].

Mais les juges seront obligés d'appliquer les clauses même sévères des contrats, lorsqu'elles ne sont entachées d'aucun vice : dol, objet illicite.

---

1 Cass. civ., 29 oct. 1901, S. 1905, 1, 27.

2 Trib. Seine, 23 fév. 1907, *Gaz. Trib.*, 1er sem., 2, 505.

3 Civ., 4 janv. 1910, S. 1911, 1, 521; D. 1911, 1, 104. — V. Lyon-Caen, *Ex. doctrinal, Revue critique*, 1913, p. 587. — Cf. trib. Bruxelles, 22 janv. 1896, Pas. 1896, 3, 111.

4 Trib. Epinal, 27 mai 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 313, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 987, et 1913, p. 915.

5 Trib. Mâcon, 4 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 304, sur appel Dijon, 17 mars 1913, D. 1914, 2, 39, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 192 (installation d'électricité chez un locataire, alors que le bailleur demandait que son architecte surveille les travaux). — V. Alger, 2 juill. 1904, *Journ. Trib. Algériens*, 2 mars 1905.

6 Trib. comm. Seine, 3 déc. 1919, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 316.

Ainsi on appliquera à une personne qui l'a connu le règlement d'une maison d'éducation d'après lequel tout trimestre commencé est dû en entier[1] ou la clause inscrite sur un billet disant que le transporteur n'est pas responsable dans les cas prévus à l'art. 1er des livrets mis à la disposition du public[2]. Même on a jugé que les clauses contenues dans la circulaire d'un commerçant lient les tiers envers lui dès qu'ils ont connu ces clauses[3]. De même, on appliquera les règles du culte catholique à un contrat d'adhésion passé avec un ministre du culte pour le paiement de cérémonies de ce culte[4].

A plus forte raison on est obligé d'appliquer à un assuré toutes les clauses imprimées de la police d'assurance[5] même celles qui, ayant influé sur l'opinion du risque, sont cependant sans influence sur le sinistre[6].

619. — Ce qui caractérise le contrat d'adhésion, c'est un règlement que l'administration propose à l'adhésion du public : comme une police d'assurance, un contrat d'abonnement pour les tramways, pour l'éclairage au gaz, à l'électricité, les clauses de transport sur des bateaux, etc...

Ce règlement est d'ordinaire établi expressément, affiché, publié dans les carnets, etc... Cependant, il n'en est pas toujours ainsi : un théâtre, un grand magasin peuvent n'en pas avoir d'établi expressément.

---

1 Trib. Seine, 13 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, suppl. 78. — Trib. Seine, 17 juin 1907, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 235, *Revue de dr. civil*, 1908, p. 357. — Trib. Seine, 27 janv. 1908, inédit.

2 Cass. civ., 11 février 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 253, D. 1908, 1, 214; S. 1909, 1, 186, *Revue de dr. civil*, 1908, p. 357. — *Contrà :* Thaller et Ripert, *Dr. maritime*, II, n° 1781.

3 Cass., 1er mai 1906, S. 1908, 1, 175.

4 V. cep. trib. Montbéliard, 15 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 261.

5 V. not. Cass. civ., 1er fév. 1853, S. 1855, 1, 892; D. 1853, 1, 77. — Rouen, 22 oct. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 176.

6 Cass. civ., 19 oct. 1914, S. 1914, 1, 467.

Ce règlement, à la différence de l'offre ordinaire, a un caractère durable. Ainsi, on est en droit d'admettre que le tarif d'un théâtre est valable pour la saison, que les clauses d'un abonnement à un journal valent pour une année, etc... On ne peut dire qu'elles valent seulement le temps moral pour y répondre[1]. Pour les autres offres on peut admettre qu'elles valent très longtemps aux conditions annoncées et qu'il en est ainsi jusqu'à une révocation faite dans les mêmes termes que l'offre[2]. Ainsi un catalogue de fabricant vaudra jusqu'à envoi du catalogue suivant, à moins, bien entendu, que les prix indiqués ne portent : sauf variation de cours, auquel cas ils ne sont que des offres soumises à condition[3]. Sauf ce cas, il faudra jusqu'à l'envoi du nouveau catalogue appliquer les anciens prix.

La jurisprudence en admettant le caractère durable des offres, ne fera ici que lier très sagement l'administration à la loi qu'elle même a posé et lui appliquer le très juste : *patere legem quam ipse fecisti*. Beudant dit même à ce sujet que toute offre collective lie son auteur[4].

Le règlement qui contient l'offre d'adhésion dure plus longtemps que la vie commerciale de l'offrant. Ainsi le règlement d'atelier peut être invoqué par le successeur du patron qui l'a établi[5]. De même les clauses, conditions des marchés subsistent même si la firme de la maison est modifiée, tant que la nouvelle direction n'en a pas décidé autrement. Les offres faites en installant des distri-

---

1 Cf. Dollat, pp. 63-65. — V. cep. pour les ventes par annonces, Chenavard, *Concurr. déloyale*, II, p. 455.

2 Trib. Nantes, 2 avril 1871, *Rec. Nantes*, 1871, 1, 141. — Valéry, *Cont. par corresp.*, n° 230.

3 Cf. Baudry et Saignat, n^{os} 53 et 55.

4 N° 82, p. 45.

5 Cass. civ., 27 mai 1908, S. 1908, 1, 245, avec la note de M. Ruben de Couder, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 717.

buteurs automatiques durent tant que l'appareil n a pas été retiré[1].

619 bis. — Dans l'espace, le contrat d'adhésion s'applique en principe à tous. Toutefois, des exceptions tacites sont possibles. Ainsi on a admis que le contrat d'adhésion offert par une direction de journal au public, ne vise pas les rapports avec un rédacteur habituel[2].

620. — L'offre peut être accompagnée de réserves tacites. Ce sont seulement celles qui vont de soi étant données les conditions générales ou se trouve l'offrant.

Ainsi, l'entrepreneur de transports entend ne pas recevoir les gens ivres qui pourraient causer un accident, l'hôtelier n'entend recevoir que les gens ayant une tenue convenable étant donné le genre de son hôtel; il en est de même pour un entrepreneur de spectacles, surtout s'il s'agit d'une soirée de gala[3], etc...

Une société d'encouragement peut refuser une licence à un jockey, car il y a des questions d'appréciation professionnelle qui se posent avant de l'admettre[4].

Quelles sont les réserves tacites que le juge admettra ? Conformément au principe posé plus haut (n° 617), ce sont seulement celles nécessaires pour le bien du service. Ainsi un directeur de théâtre ne peut refuser l'entrée à un concurrent qui vient pour juger les artistes et les engager s'ils lui conviennent[5]. Cela n'est pas nécessité par le bien du service, mais par un intérêt de concurrence. Au contraire, il pourrait refuser la personne qui, la veille, a causé du scandale.

621. — L'offre comme une loi doit être publiée. Par suite

---

1 V. cep. Gombeaux, *Nature jurid. du fonds de commerce*, p. — Dollat, *op. cit.*, p. 57. — *Contrà:* Baudry et Saignat, n° 56.

2 Trib. Seine, 2 fév. 1907, *Gaz. Pal.*, 18 mai 1909 (clause : les manuscrits ne sont pas rendus).

3 Cf. Dollat, p. 65.

4 Trib. Seine, 8 janv. 1907, 5, 22.

5 V. *infrà*, n° 623.

est obligatoire toute clause publiée et cela même à l'égard d'un illettré[1]. Je suis tenu si je prends un billet de chemin de fer, de bateau, si j'achète dans un grand magasin, de toutes les clauses que je pouvais connaître en m'en donnant la peine : je dois respecter les clauses inscrites en tête des catalogues de la maison, sur les prospectus[2], les clauses inscrites sur un billet de passage[3], les clauses de tarifs affichés ou mis à la disposition du public auxquelles se réfère un billet de passage[4], ou des clauses parues dans un Bulletin auquel le contrat se réfère[5], ou le règlement public d'une exposition[6].

De même le règlement d'atelier est obligatoire pour l'ouvrier dès qu'il le connaîtra « par cela seul qu'il a connu ce règlement soit au moment de son entrée, soit pendant le temps qu'il a passé dans l'établissement »[7].

Mais il faut que des mesures aient été prises pour mettre l'adhérent à même de connaître les clauses : référence du

---

1 Cass. civ., 25 juillet 1898, S. 1899, 1, 74. — V. cep. Cass., 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493. — Cf. Paris, 21 janv. 1891, D. 1891, 2, 318. — Agen, 29 juin 1899, *Gaz. Pal.*, 1899, 2, 650.

2 Orléans, 14 juin 1893, S. 1893, 2, 270. — Paris, 9 janv. 1890, S. 1891, 2, 91.

3 Cass. civ., 21 novembre 1911, S. 1912, 1, 73, avec note de M. Lyon-Caen. — Cass. civ., 2 avril 1890, D. 1891, 1, 34.

4 Cass. civ., 11 février 1908, S. 1909, 1, 486, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 253, *Revue de dr. civil*, 1908, p. 357. — Cf. trib. Seine, 15 juin 1869, D. 1869, 3, 55. — Bordeaux, 22 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 353 (spectateur prévenu par affiches).

5 Trib. de Montbéliard, 15 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 261, *Revue de dr. civil*, 1911, p. 448.

6 Bruxelles, 28 mai 1902, S. 1904, 4, 9, avec note de M. Perreau.

7 Conseiller Ruben de Couder, note au Sir., 1908, 1, 241. — V. Cass. civ., 7 mars 1911, S. 1911, 1, 252. — Cass. civ., 18 déc. 1907, S. 1908, 1, 241. — Cass. civ., 9 déc. 1907, S. 1908, 1, 503.— Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1903, 1, 407. — Cass. civ., 12 nov. 1900, S. 1901, 1, 14. — Cass. civ., 14 fév. 1866, S. 1866, 1, 194. — Cass. civ., 16 janv. 1866, S. 1866, 1, 7. — Cass. civ., 16 juin 1906 et 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 175. — V. Pic, *Règlements d'atelier*, *Revue de droit civil* 1912, p. 861. — Desroys de Roure.

contrat aux clauses générales mises à la disposition du public, distribution du catalogue à qui le veut. Mais si le règlement d'atelier est simplement affiché dans les salles de l'usine, l'ouvrier n'est pas forcément à même de le connaître, puisqu'il n'y entre qu'après le contrat[1].

A plus forte raison les clauses inconnues du public ne sont pas opposables aux adhérents, ainsi une clause arrêtée entre assureurs, mais non insérée aux polices, qui classe comme risque spécial d'incendie, le commerce d'épicerie[2].

Et par clause inconnue, il faut entendre toute clause inconnue lors de l'acceptation. Ainsi en serait-il si le billet formant titre pour l'adhérent et fixant les conditions lui était remis après qu'il a retenu sa place[3], sauf le droit de police de l'offrant.

621 bis. — La compagnie qui a un monopole de fait, comme une compagnie du gaz peut-elle imposer dans le contrat les conditions qui lui conviennent? La jurisprudence est hésitante.

Il a été admis qu'elle pouvait imposer un minimum de durée des abonnements[4]. Mais inversement il a été admis que la compagnie ne pouvait exiger qu'on lui prenne en location le compteur à gaz utilisé[5], ou qu'on renonce à un

---

Le règlement d'atelier et le contrat de travail, thèse Paris, 1910, pp. 49 et suiv.

1 Cass. civ., 15 janv. 1906, S. 1906, 1, 278. — Cf. Cass., 28 juin 1909, précité, pour le cas où l'ouvrier est illettré. — Quelques décisions ont exigé l'acceptation de clause défavorable à l'adhérent, trib. comm. Boulogne, 6 fév. 1866, D. 1868, 1, 500. — Nîmes, 27 déc. 1880, D. 1881, 2, 132. — *Contrà:* Valéry, n° 232.

2 Trib. d'Epinal, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 213, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 987.

3 V. Dollat, *op. cit.*, p. 83. — Dans certains cas on peut dire aussi qu'il y a acceptation insuffisante, v. Paris, 2 nov. 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, 2, 466; *Revue de dr. civil*, 1922, p. 176.

4 Aix, 19 fév. 1846 et 31 mars 1846, D. 1846, 2, 176 et 177. — *Contrà:* Rouen, 5 mai 1846, D. 1846, 2, 175.

5 Trib comm. Bordeaux, 10 mai 1847, D. 1847, 4, 323. — Nancy, déc. 1876, D. 1879, 2, 59.

appareil approuvé par l'autorité municipale, pour prendre ceux conformes aux devis de la Compagnie[1].

Au fonds, on retrouve encore là la distinction des clauses utiles pour le bon fonctionnement du service, et de celles inspirées par le seul intérêt de la compagnie.

622. — Toute personne peut en principe accepter le contrat d'adhésion aussi bien lorsqu'il est offert par catalogue que par journaux ou affiches[2]. Il semble naturel en effet de dire que l'émetteur n'entend pas seulement se lier envers celui qui reçoit le catalogue[3]. Il n'y a d'exception que si cela résulte nettement du genre d'affaires de la maison : un fabricant peut tacitement être considère comme ne vèndant qu'à des commerçants en gros. La marche de ses services l'exige ainsi. Sauf cela le catalogue est une *lex* que chacun peut utiliser.

L'offrant doit se prêter à l'acceptation du contrat d'adhésion. Ainsi les Compagnies de chemin de fer doivent ouvrir les guichets suffisants pour que les voyageurs, même nombreux puissent prendre le train[4]. Toutes les fois que le fait de ne pas faciliter les acceptations est de nature à nuire sérieusement et non simplement à occasionner un léger retard, il y a responsabilité.

623. — L'acceptation du contrat d'adhésion peut être tacite. Elle résulte souvent d'un simple géste : mettre une lettre à la Poste, monter dans un tramway[5]. Mais la question délicate en ce qui la concerne est de savoir si elle peut être refusée.

---

1 Paris, 5 mars 1840, D. 1846, 4, 354.

2 V. Dollat, *op. cit.*, p. 71.

3 V. *contrà :* Baudry et Saignat, n° 54.

4 Trib. paix Bordeaux, 7 avril 1893, S. 1894, 2, 87.

5 Bruxelles, 19 nov. 1900, D. 1902, 2, 356. — V. Dollat, *op. cit.*, p. 77. — Jhering exige qu'elle soit connue de l'offrant, *Œuvres choisies*, II, p. 86, note 102.

Quand un texte précis le dit, les compagnies ne peuvent refuser l'acceptation[1]. C'est le cas pour les Compagnies de chemin de fer[2]. Le refus n'est légitime que si l'on demande un transport anti-réglementaire, ou s'il y a force majeure[3].

Il en est autrement lorsqu'il n'y a pas de texte.

En ce cas, reparaît l'idée qu'il faut d'abord assurer le service. Serait donc valablement refusée l'acceptation qui serait de nature à troubler le service. Un restaurateur, un hôtelier, un entrepreneur de spectacles pourront refuser la personne qui n'aurait pas une tenue convenable pour l'établissement où elle se présente[4] ou la personne qui à une époque récente a causé du scandale[5]. Un patron pourra refuser un ouvrier qui a mauvaise réputation, un assureur refuser l'assuré qui a la réputation d'un mauvais risque, un syndicat professionnel peut refuser un adhérent pour des

---

1 V. cep. *contrà* : trib. Nice, 2 mai 1893, S. 1893, 2, 192. — En notre sens pour les souscriptions d'actions, Thaller et Pic, II, n° 874.

2 Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 50 ; cahier des charges, art. 47, al. 1. — V. sur ces points, Thaller et Josserand, *Transports*, n^os^ 333-338.

3 Pour la force majeure : il est raisonnable d'admettre que cette circonstance qui serait une cause d'exonération de responsabilité en cas d'inexécution permette de refuser le contrat. Mais alors une difficulté surgit. Si le contrat peut être refusé, à quel moment se forme-t-il ? Est-ce au moment de l'acceptation de l'expéditeur, c'est-à-dire de l'envoi, ou au moment où le contrat n'est pas refusé par la C^ie^. Il semble que l'on pourrait admettre que le contrat se forme dès la déclaration de l'expéditeur. Mais l'autre conception qui ferait du tarif un acte de réglementation dominant les contrats privés (v. *infrà*) pourrait être soutenue. En réalité, il y a peu d'intérêt, car le refus doit être immédiat. En effet, la Compagnie en ne prévenant pas de suite de l'impossibilité, si elle la connaît, commet une faute.

4 Valéry, *op. cit.*, n° 321. — V. *suprà*, n° 620.

5 Trib. Seine, 23 mars 1892, S. 1892, 2, 189. — Trib. paix Paris, 13 janv. 1893, S. 1893, 2, 193 (refus d'entrée à un employé congédié). — Cf. trib. Cognac, 29 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 522. — Trib. Seine, 12 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 93. — V. cep. trib. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898, 2, 85.

motifs sérieux[1]. De même une compagnie de gaz, d'électricité pourra refuser comme abonné la personne qui s'est rendue coupables de fraudes[2].

Il faudrait même aller jusqu'à dire qu'une compagnie qui a un monopole de droit ou de fait peut pour raisons de service graves : par exemple pour des fraudes antérieures, refuser un contrat. Ce serait le cas pour une compagnie qui fournit l'eau, le gaz, l'électricité[3]. Il ne faudrait faire exception que pour les services exploités directement par les administrations publiques : service des Postes et des télégraphes, service municipal d'eau, de gaz, de transports. Un jugement y a assimilé les sociétés ayant un monopole pour l'exploitation des spectacles dans une ville de plaisir[4].

En dehors de ces cas, les acceptations ne peuvent être refusées par l'offrant[5]. C'est le cas notamment pour l'entre

---

1 Trib. paix, Paris, 25 oct. 1907, *Gaz. Pal.*, 17 déc. 1907.

2 Lyon, 30 oct. 1903, *Pand. fr.*, 1904, 2, 77. *Revue de dr. civil*, 1904, p. 557.

3 Cf. Cass. req., 19 fév. 1896, S. 1896. 1. 144; D. 1896, 1, 449 (refus arbitraire d'un directeur de casino de laisser entrer une personne alors que le directeur avait une sorte de monopole, d'autres ne pouvant être établis par la ville).

4 Trib. comm. Nice, 2 janv. 1893, S. 1893, 2, 193, avec note de Labbé. — Rappr. Chambéry, 22 juillet 1912, D. 1913, 2, 177, avec note de M. Josserand.

5 Aix, 8 fév. 1853, S. 1853, 2, 251; D. 1855, 2, 329. — Trib. Seine, 5 janv. 1869, D. 1869, 3, 14; S. 1869, 2, 24. — Req., 21 avril 1857, D. 1857, 1, 176. — Civ., 3 déc. 1867, S. 1868, 1, 193; D. 1867, 1, 471. — Trib. Périgueux, 26 août 1879, D. 1881, 3, 84, et sur appel Bordeaux, 8 mars 1881, S. 1882, 2, 63; D. 1882, 2, 208. — Trib. de paix Paris, 5 janv. 1882, S. 1883, 2, 119; D. 1882, 3, 110. — Req., 19 fév. 1896, D. 1896, 1, 449. — Pau, 13 juin 1912, le *Droit*, 30 août (obligation pour un établissement thermal d'ouvrir à la date annoncée). — Aubry et Rau, IV, § 343, note 7 *ter*. — Beudant, n° 82. — Baudry et Barde, n° 30. — Laurent, XV, n° 474. — Bufnoir, p. 467. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 22. — *Contrà :* trib. Pont-l'Evêque, 25 juill. 1878, S. 1879, 2, 188. — Trib. Seine, 23 mars 1892 et trib. Nice, 7 avril 1892, D. 1894, 2, 132. — Cf. Req., 3 janv. 1882, S. 1882, 1, 107; D. 1882, 1, 105.

prise de spectacles[1]. Un établissement ne peut refuser l'entrée à une personne avec qui il a eu un procès antérieurement[2] ou à une personne dont il suspecte la conduite privée[3].

Même un directeur de spectacle ne peut refuser l'entrée à une personne chargée de recruter des artistes du même genre que ceux de son établissement et pouvant par suite provoquer le départ de certaines personnes de la troupe[4].

Il en serait ainsi même pour les entreprises de vente à crédit, à moins qu'elles ne se réservent d'apprécier la solvabilité de l'acheteur[5], pour des entreprises de gaz si elles constatent qu'un abonné emploie le gaz pour un usage qui leur déplaît[6], pour les entreprises de voitures publiques[7].

Nous irons plus loin. Si dans un contrat d'adhésion, pour plus de commodité, un prête-nom a d'abord passé le contrat,

---

1 Aix, 16 juillet 1894, S. 1895, 2, 207 et sur pourvoi, Cass. req., 19 fév. 1896, S. 1896, 1, 144. — Trib. Seine, 31 juill. 1897, S. 1898, 2, 85. — Trib. paix Paris, 13 janv. 1893, S. 1893, 2, 193, avec note de Labbé. — Trib. comm. Bruges, 25 déc. 1891, S. 1893, 4, 23. — Pau, 18 déc. 1905, *Droit*, 30 déc. 1905. — Trib. Seine, 10 mars 1906, *Droit* du 4 mai. — *Contrà* : trib. Cognac, 29 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 522. — Trib. Montreuil, 8 mai 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 2, 248. — Cf. trib. Seine, 12 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 85. — Cass. crim., 11 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 305. La première décision a admis qu'un boulanger en présence d'une taxe de pain pouvait fermer son magasin et la seconde que le boulanger pouvait refuser la vente à une personne non pour se soustraire à la taxe, mais par convenances personnelles. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2058.

2 Pau, 18 déc. 1905, le *Droit*, 30 décembre, *Revue de dr. civil*, 1906, p. 163.

3 Trib. Marseille, 5 mai 1908, S. 1910, 2, 126, *Revue de dr. civil*, 1910, p. 620.

4 Trib. Seine, 10 mars 1906, le *Droit*, 4 mai 1906, *Revue*, 1906, p. 904.

5 V. Baudry et Saignat, n° 52. — Cf. en ce sens : trib. Seine, 20 mai 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 2, 273. — Huc, VII, n° 15.

6 Bruxelles, 1er avril 1908, *Journ. Trib.*, 1908, 1099.

7 Cass. civ., 3 déc. 1867, S. 1868, 1, 193.

et qu'ensuite le véritable contractant se révèle, la compagnie devra alors le considérer comme ayant traité dès l'origine et le traiter comme tel, c'est une conséquence de ce qu'elle ne peut à aucun moment refuser les adhésions. Ainsi un contrat pour un spectacle sera considéré comme passé non avec celui qui prend les billets, mais avec celui qui les utilise[1].

Nous appliquerons ces principes non seulement aux contrats proprement dits, mais aussi aux autorisations données gratuitement pour l'agrément ou pour l'exécution d'un service. Ainsi un directeur de casino ne peut refuser de laisser accéder à travers le jardin qui précède son établissement les voitures d'un loueur déterminé alors que cet accès est accordé à tout le monde[2].

624. — Le contrat d'adhésion peut se présenter de telle sorte qu'il ne puisse y avoir qu'un nombre limité d'acceptations utiles. En ce cas, l'administration peut refuser les acceptations qui arrivent après que le maximum est atteint. Un directeur de spectacle refusera le public si toutes les places sont occupées. Une compagnie de chemins de fer refusera les voyageurs quand les trains seront complets, etc[3]

Mais il semble juste de dire qu'on devra prévenir du refus et de sa raison[4]. Si une personne télégraphie pour retenir une loge et qu'elle envoie l'argent, et qu'elle se présente au jour dit pour occuper sa place, on lui devra une indemnité pour l'avoir dérangée inutilement en ne la prévenant pas.

L'administration peut-elle réserver des places pour l'ave-

---

1 V. cep. trib. comm. Nantes, 3 fév. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 279, *Rev de dr. civil*, 1912, p. 506.

2 Chambéry, 22 juillet 1912, D. 1913. 2. 177, avec note de M. Josserand.

3 Cf. en ce sens: Dollat, *op. cit.*, p. 61.

4 Trib. civ. Seine, 22 août 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 398 (refus d'annonces judiciaires par un journal d'annonces judiciaires). — Valéry *Contr. par corresp.*, n° 229.

nir ? Peut-on ne pas laisser compléter une salle par des locations pour laisser des places à guichet ouvert ? Peut-on laisser des places vacantes dans un bateau, une voiture, pour l'escale, la station suivante ? Oui, si cela est commandé par les nécessités du service, le besoin de ne pas mécontenter une partie de la clientèle.

625. — Cette solution en emporte une autre plus grave pour un cas analogue.

Un établissement émet un emprunt. Il peut le faire par placement, servir intégralement les demandes et fermer les guichets lorsque le montant des souscriptions atteint le nombre de titres à souscrire. Il le peut même en faisant une réserve pour avoir quelques titres à écouler sur le marché de façon à faire coter l'emprunt, à aider au classement. Il y a une raison de service qui prime tout. Placer un emprunt est chose délicate. Il faut être un peu le maître de la situation.

Si on place les titres par souscription publique, la situation est simple si l'emprunt est couvert exactement ou incomplètement. Mais si l'emprunt est couvert plusieurs fois, doit-on faire une répartition exactement proportionnelle, sauf à servir d'abord les unités ? La question est importante si l'emprunt fait prime.

Nous croyons que les souscripteurs ont droit à la répartition proportionnelle (au moins approximative)[1] et que les émetteurs ne peuvent arbitrairement donner à leurs amis de gros paquets.

Les émetteurs ont simplement le droit de servir de préférence les petits souscripteurs, pour favoriser le classement du titre. La nécessité d'assurer le succès de l'emprunt l'emporte[2].

---

1 Rappr. Le Roy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, p. 295.

2 Cf. Thaller et Pic, *Sociétés*, II, nos 873 et 894, qui inclinent plus nettement à la répartition proportionnelle.

Nous estimons même que l'émetteur soupçonné de fraude pourrait être obligé par les tribunaux de justifier sa répartition. Dans ce cas de répartition, il y a encore un point spécial à noter. De droit le souscripteur accepte le contrat pour partie. Il accepte de recevoir dix titres en ayant souscrit cinquante. S'il faisait une souscription non réductible, elle pourrait être refusée, mais à condition de le dire, bien entendu : l'usage des affaires est de répondre.

625 bis. — Lorsqu'un contrat d'adhésion est offert au public, au lieu qu'une personne l'accepte, peut-elle être acceptée par un groupe divisément. Ainsi un marchand vend en gros par cent objets minimum, quatre personnes peuvent-elles se présenter en disant acheter cent à raison de 25 chacune. Ou si une propriété à vendre aux enchères convient pour partie à deux voisins, peuvent-ils l'acheter divisément.

Si le cahier des charges ne dit rien, cela nous semble possible, il n'est pas démontré un intérêt évident du vendeur à vendre à un seul : si par exemple on vend au comptant, livrable sur place. A plus forte raison un groupe peut acheter indivisément, ce qui est peu utile, car il aura les frais de partage.

Dans ces divers cas, le vendeur n'aura que des débiteurs conjoints et ne pourra prétendre qu'il y a dette solidaire.

626. — Le public peut-il exiger que l'administration mette son outillage, son matériel à même de suffire à toutes les adhésions et dire que si cela n'a pas été fait, il a droit à indemnité pour refus injustifié, et ne dérivant pas d'un véritable cas de force majeure.

La question a été jugée en pratique pour les chemins de fer[1]. Les chemins de fer doivent augmenter leur matériel,

---

[1] La jurisprudence avait d'abord admis sans distinction que l'encombrement des gares était un cas de force majeure dispensant de recevoir de nouvelles marchandises ou des voyageurs, et d'exécuter dans les délais les contrats passés (Cass. civ., 24 fév. 1873, S. 1874, 1, 178 et

leur outillage avec l'augmentation du trafic. Ils doivent même prévoir l'affluence à certaines fêtes générales ou lo-

---

20 janv. 1875, S. 1875, 1, 126; D. 1875, 1, 367. — Montpellier, 14 juin 1873, S. 1873, 2, 178.— Trib. comm. Troyes, 10 avril 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 483. — Cf. civ., 3 fév. 1875, S. 1875, 1, 127. — Mais elle n'a pas tardé à faire une distinction. Si l'encombrement permet de refuser des marchandises et des voyageurs lorsqu'il est inopiné, anormal, il en est autrement s'il s'agit d'un encombrement venant de ce que le matériel et le personnel n'ont pas été mis en rapport sur le développement même rapide du trafic, v. Nîmes, 11 août 1873, S. 1874, 2, 78. — Ainsi n'ont pas admis la force majeure, Cass. civ., 2 mai et 4 août 1892, S. 1893, 1, 381 (encombrement de magasins toléré de la part des Arabes). — Cass. civ., 16 nov. 1892, S. 1894, 1, 509; D. 1893, 1, 325 (personnel insuffisant). — Trib. comm. Seine, 17 avril 1895, S. 1895, 2, 183 (affluence prévue). — Bordeaux, 13 mai 1901, *Rec. Bordeaux*, 1901, 1, 271 (personnel insuffisant). — Bordeaux, 27 nov. 1902, D. 1904, 2, 428, *id.* — Trib. paix Paris, 21 oct. 1898, *Mon. Lyon*, 29 nov. et *Loi*, 11 nov. 1898. — Trib. comm. St-Etienne, 23 janv. 1901, *id.*, 10 avril 1901. — Rouen, 20 mars 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 235 et 22 mai 1909, S. 1910, 2, 241, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 305 et 15 nov. 1911, S. 1912, 2, 213, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 599 (accroissement rapide du trafic). — Trib. Rouen, 7 avril 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 486. — Trib. comm. Seine, 17 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 113 et Rennes, 26 avril 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 756 (inondation régulière). — Trib. comm. Havre, 23 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 230 et Cambrai, 25 avril 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 755 (insuffisance de matériel). — Req., 17 juill. 1912, S. 1913, 1, 331; D. 1913, 1, 539, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 1, 208 (encombrement persistant). — Trib. Nice, 27 avril 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 93. — Trib. comm. Seine, 19 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 13 sept. 1911. — Toulouse, 9 avril 1909, S. 1910, 2, 244; D. 1911, 5, 28. — Trib. comm. Seine, 10 oct. 1903, S. 1904, 2, 118. — Au contraire, en cas d'afflux exceptionnel, il y a force majeure, Req., 23 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 316, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 1, 205. — Trib. Loudéac, 2 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 485. — Trib. comm. Lille, 26 sept. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 616. — Trib. Châteaubriand, 18 mai 1911, *Gaz. Pal.* 1911, 2, 234. — Trib. comm. Marseille, 16 mai 1905, *Rec. Marseile*, 1906, 1, 115 (encombrement après une grève). — Trib. comm. Seine, 11 mars 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 593 (encombrement du à la revue du tzar à Châlons). — Montpellier, 21 mai 1909, *Gaz. Trib.*, 2 oct. 1909 (inondation). — Chambéry, 7 avril

cales et sortir le matériel de réserve, ou l'envoyer là où le trafic va être plus intense[1]. Il semble qu'il faut décider de même pour toutes les compagnies ayant un monopole de droit : sociétés d'éclairage au gaz, d'électricité, compagnie de tramways. Le monopole oblige à remplir le service assumé. Mais il faudra établir non une insuffisance momentanée, mais l'insuffisance durable.

Il n'en est pas de même pour les établissements privés qui peuvent rester à l'état stationnaire. Il faut le dire même pour les sociétés qui ont un monopole collectif, comme les compagnies française de navigation qui ont le monopole de l'intercourse coloniale, car le levier de la concurrence nationale suffira; en outre, on ne saurait ici, à quelle compagnie adresser le reproche: Il faudrait le dire aussi s'il y avait pour les transports, dans la même direction, plusieurs sociétés concurrentes. C'est, qu'en effet, la concurrence activera les sociétés rivales. Mais si on ne peut forcer une société privée à développer son outillage, il semble qu'on peut la forcer à l'utiliser intelligemment, c'est-à-dire à le porter là où il est nécessaire. Ainsi on peut exiger d'une société de voitures qu'elle vienne vous prendre à la sortie d'une fête, au lieu de laisser stationner son matériel là où il n'y a personne.

L'adhérent peut-il se plaindre si le vendeur dit que son stock est épuisé et refuse de faire une nouvelle commande ? Il semblerait que non : l'offre ne porte, pourrait-on dire, que sur un *genus limitatum*[2], à moins que l'offrant n'ait fait qu'un approvisionnement ridiculement faible. Cependant, nous inclinerions vers la solution opposée. En cas de

---

1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 299. — *Cf.* Cass., 26 mai 1913, S. 1913, 1, 526. — Dans le même ordre d'idées on a jugé qu'une compagnie en cas d'affluence devait ouvrir des guichets supplémentaires pour permettre aux voyageurs de prendre leurs billets en temps, trib. paix Bordeaux, 7 avril 1893, S. 1894, 2, 87.

1 Cass. req., 23 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 316.

2 V. Baudry et Saignat, *Vente*, nos 49-51.

contrat d'adhésion, nous avons un service privé d'utilité publique. Ce service doit fonctionner pour assurer les besoins du public. La seule chose qu'on ne puisse exiger, c'est une augmentation d'outillage, de stock en magasin, car c'est un fait trop grave.

626 bis. — Celui qui organise le contrat d'adhésion a un service privé d'utilité publique. Plus son service prend ce caractère, plus il est tenu de ne pas manquer au service. Lorsqu'il tient son droit d'un acte de l'Etat, il ne peut le faire. Si l'exploitation d'une mine est restreinte au point d'inquiéter les consommateurs le préfet avertit le ministre (loi, 21 avril 1810, art. 49). Le propriétaire d'une minière est tenue d'exploiter en quantité suffisante pour fournir, autant que se faire pourra, aux besoins des usines établies dans le voisinage (art. 59). Le breveté doit mettre en exploitation sa découverte dans les deux ans et ne pas cesser de l'exploiter deux années (loi du 5 juillet 1844, art. 32). Que les textes se multiplient, se coulent dans un moule donnant des droits subjectifs au public des consommateurs, nous aurons le service d'utilité publique[1].

Plus généralement le professionnel occupe un service d'utilité publique. Les boulangers ont-il le droit de cesser leur travail et de nous laisser mourir de faim? Les spéculateurs ont-ils le droit de refuser toujours de vendre pour amener la hausse ? Le gréviste qui interrompt le service se rapproche du déserteur.

627. — L'adhésion une fois donnée doit-elle être agréée par l'offrant ? La jurisprudence l'a parfois admis[2] pour

---

1 Les compagnies concessionnaires de services publics ne sont-elles pas déjà obligées d'assurer le service ?

2 Paris, 10 août 1850, D. 1852, 2, 197. — 17 avril 1852, S. 1852, 2, 206. — 22 janv. 1853, D. 1854, 2, 258. — 16 nov. 1853, D. 1855, 2, 126. — 11 janv. 1854, D. 1854, 2, 139. — Bordeaux, 13 juin 1853, S. 1853, 2, 555. — *Contrà:* Aix, 15 juin 1855, S. 1857, 2, 94. — Limoges, 13 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 308, *sol. implic.* — Dollat, *op. cit.*, p. 82. — Laurent, XV, n° 475.

des souscriptions à des ouvrages ou à des titres de société.

Cette même opinion a été soutenue du moins pour les transports par chemin de fer[1]. Nous la croyons inexacte. L'acceptation conforme au tarif forme contrat dès que la compagnie en a connaissance. Il est beaucoup plus simple d'admettre cette idée que de voir dans le tarif un règlement à la suite duquel la compagnie devrait accepter toute demande de transport conforme. Nous ne nions pas pour cela la tendance des solutions générales et uniformes à se cristalliser dans des réglementations uniformes (v. *infrà*, ch. XVII) mais il ne faut pas admettre cette idée inutilement.

Pour nous, si la demande de transport est régulière, le contrat est formé. Sinon il n'y a pas de contrat. Alors en vertu d'une idée de responsabilité précontractuelle, la Compagnie doit prévenir de suite l'expéditeur. Sinon elle commet une faute qui la rend responsable et l'expose à une indemnité.

De même l'officier ministériel chargé d'un mandat qui garde le silence, doit être considéré comme l'ayant accepté[2].

Ce qu'on peut dire, c'est que l'accusé de réception de l'acceptation (qui, d'ailleurs, n'est pas indispensable), établit que l'offrant n'est pas dans les cas exceptionnels où il peut refuser (v. n° 623)[3].

---

1 Caen, 7 juin 1905, D. 1908, 2, 364. — Cf. Thaller et Josserand, *Transports*, n° 76. — Rapp. Rouen, 10 juin 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 215.

2 Civ., 18 fév. 1851, S. 1851, 1, 353. — Cass., 20 nov. 1888, S. 1889, 1, 9. — Civ., 15 nov. 1904, *Gaz. Pal.*, 23 nov. 1904.

3 Une doctrine contraire est cependant adoptée, semble-t-il, par la convention de Berne du 14 octobre 1890 sur les transports par chemin de fer (art. 8, al. 2) : « Le contrat de transport est conclu, dit-elle, dès que la gare expéditrice a accepté au transport la marchandise avec la lettre de voiture. La gare expéditrice constate l'acceptation en apposant sur la lettre de voiture son timbre portant la date de l'acceptation. L'apposition du timbre doit avoir lieu immédiatement après la livraison complète de la marchandise. »

En résumé, si en face de l'acceptation l'offrant accuse réception ou garde le silence, il y a contrat.

S'il refuse, il doit le dire immédiatement sous peine de dommages intérêts, car l'acceptant a pu raisonnablement se croire lié et il faut qu'il soit prévenu qu'il a à se fournir ailleurs.

A quel moment se forme le contrat d'adhésion ? Une personne présentant des plis chargés à la poste, certains sont volés pendant que l'employé procède au pesage. Il n'y a pas encore contrat, mais il peut y avoir responsabilité pour faute pendant cet examen préalable[1].

628. — Le contrat d'adhésion peut être gratuit aussi bien qu'onéreux. Ainsi est valable la clause d'un billet de faveur pour un spectacle disant que ce billet ne peut être vendu[2].

629. — Les clauses du contrat d'adhésion obligent en principe celui qui a établi le contrat. Il ne peut se plaindre de supporter sa propre loi.

Cependant, il faut faire des réserves. Pour le contrat de travail, un règlement intérieur fixant la durée du travail peut valablement dans certains cas exceptionnels, être méconnu par le patron et l'ouvrier ne peut refuser d'obéir[3].

630. — A la différence des administrations publiques, les administrations privées sont libres de traiter autrement qu'aux conditions prévues au contrat type. Il est évident qu'un assureur peut accepter des conditions plus douces que réclame un assuré. L'adhésion à un contrat spécial peut même être tacite. Ainsi la clause imprimée sur un journal :

---

1 V. Moye, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1907, p. 11. — Cf. Trib. conflits, 19 janv. 1907, S. 1907, 3, 14 et Moye, *id.*, 1908, p. 15.

2 Trib. Seine, 2 févr. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2, 415, *Revue de dr. civil*, 1907, p. 602. — Trib. paix Paris, 31 août 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, 401, S. 1893, 2, 62. — Constant, p. 208.

3 Cass. req., 2 mai 1881, D. 1882, 1, 164. — Pascaud, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1883, p. 183.

les manuscrits ne sont pas rendus, peut être considérée comme ne s'appliquant pas à un collaborateur du journal[1].

A plus forte raison faut-il déclarer obligatoires les clauses manuscrites qui complètent un contrat imprimé d'avance[2]

Mais dans certains contrats, l'égalité doit être respectée entre les adhérents. Dans les sociétés à caractère mutuel, tout le monde doit être traité sur le même pied. C'est la base même de l'organisation mutualiste[3]. De même dans les chemins de fer, les voyageurs et expéditeurs doivent être traités sur le pied d'égalité[4].

631. — On s'est beaucoup demandé quelle est la nature juridique du contrat d'adhésion[5]. Nous allons l'examiner non plus par la méthode classique en nous disant seulement il y a un contrat qui ne se présente pas comme les autres, et en tirant de là des déductions, mais en groupant seulement les observations précédentes qui sont fondées sur les nécessités de la vie courante telles qu'on les entend communément.

Malgré tout, il nous paraît difficile de dire qu'il n'y a pas ici un contrat[6], ce qui caractérise le contrat, c'est-à-dire deux volontés ayant des intérêts opposés, se rencontre. Sans doute la volonté de l'offrant est prépondérante en fait, et en droit

---

1 Trib. Seine, 2 février 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, 1, 607, *Revue de dr. civil*, 1907, p. 603. — Req., 6 févr. 1877, D. 1877, 1, 148. — Nancy, 14 mai 1906, D. 1907, 5, 49.

2 V. Cass. civ., 30 mars 1892, S. 1893, 1, 13, *Simonin. Jurispr. des assur. terrestres*, 1, 119. — Trib. de Perpignan, 26 mai 1895, *id.*, 3. 355.

3 V. Req., 10 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 596.

4 V. *suprà*, n° 272.

5 V. spécialement Dereux, *Nature juridique du contrat d'adhésion*. *Revue de dr. civil*, 1910, p. 503 et les auteurs cités *suprà*, n° 616. — Carrara, *op. cit.*, p. 248. — V. sur les partisans de la théorie non contractuelle, *suprà*, n° 618, note 1. — Cf. Pichon, thèse citée, p. 196. — Valverde y Valverde, *loc. cit.*, p. 335.

6 V. en ce sens: Colin et Capitant, II, p. 274. — V. aussi Louis

il faut se préoccuper en première ligne des nécessités du service, car si l'administration est désorganisée, il n'y a plus de service. Mais l'adhérent n'est pas désarmé. Il y a des maisons, des sociétés rivales, il y a même des concurrences indirectes aux monopoles de fait et de droit. La batellerie concurrence le chemin de fer. Le consommateur peut s'abstenir : les compagnies qui offrent tant de billets à prix réduits le savent bien.

Il y a même des armes plus importantes. On a vu des grèves de consommateurs pour l'électricité, le gaz. Il y a les comités de défense. Les administrations sont sans doute mieux armées. Elles peuvent s'entendre par des tarifs similaires, des cartels, etc... Et surtout le public, qui a autre chose à faire qu'à lutter pour tout, qui aime la paix est assez veule. Il reste à recourir aux dernières ressources : l'appel au juge, l'appel à la loi[1]. Le législateur entend quelquefois, car il y a les électeurs chez les plaignants, le juge bien moins : il est ici un peu classique.

Malgré tout, affirmons qu'il y a contrat, car ce qui choque ici, c'est qu'il n'y a pas assez contrat, c'est-à-dire transaction entre volontés opposées, l'une étant faible devant l'autre. Et le remède sera du côté de l'affermissement raisonnable (sous réserve de nécessités de service) de la première volonté. Car ce qui fait défaut, c'est ce que M. Hauriou appelle le caractère coopératif des services publics[2].

Ce n'est ici que l'extrême dans l'affaiblissement d'une volonté. Déjà dans les contrats ordinaires une volonté s'impose parfois à l'autre : quand un voisin veut s'agrandir, on lui fait payer la convenance. On impose sa volonté à

Lucas, *Volonté et cause*, th. Dijon, 1918, p. 255, qui a montré le côté réglementaire et le côté contractuel du contrat d'adhésion. — V. cep. Saleilles, *Obligation*, 3e éd., p. 445.

1 Cf. Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, p. 75. — Dollat, *op. cit.*, pp. 132 et suiv.

2 *Droit administratif*, 8e éd., p. 460.

celui qui est obligé de vendre ou d'acheter, aux personnes à qui on a prêté de l'argent. Ici il en est de même : parfois plus, parfois moins.

Cette conception technique du contrat d'adhésion ne nous empêche pas de voir qu'il y a là socialement une institution en germe, un demi service public. Mais techniquement nous ne voyons pas qu'il y ait avantage à parler, ici, d'acte unilatéral, ou de la *Vereinbarung*[1]. Il ne faut pas faire tomber le contrat d'adhésion du côté où il penche déjà très fort par suite des nécessités du service, du côté de la loi privée. A côté de l'observation des tendances de fait, il faut placer l'observation des besoins collectifs, à côté de ce qui tend à être, ce qui doit être.

SECTION V

DES CONTRATS JUDICIAIRES

632. — En un sens assez imprécis, les auteurs et la jurisprudence parlent de contrat judiciaire pour désigner le terrain sur lequel s'élève le débat judiciaire, tel qu'il est délimité par l'assignation et les conclusions, terrain sur lequel le débat doit être poursuivi jusqu'à la fin[2].

En un sens plus précis, on parle de contrat judiciaire à propos des ententes entre plaideurs qui se manifestent

---

1 V. sur ce point, Duguit, *L'Etat, le droit objectif*, I, p. 395.

2 V. en ce sens : Paris, 23 juin 1898, S. 1990, 2, 41. — Req., 29 avril 1912, S. 1913, 1, 185. — Cf. Garsonnet et Cézar Bru, 2e éd., II, par. 662 et II, 2508 et 2509. — Rouyer, *Contrats judiciaires*, p. 7. — Maupoint, *Contrats judic.*, pp. 1-6. — Req., 30 janv. 1868, S. 1869, 1, 267. — Trib. Gand, 24 juin 1903, Pas. 1904, 3, 343. — Cass. belge, 14 juill. 1904, Pas. 1904, 1, 332. — Bruxelles, 25 juin 1902, Pas. 1903, 2, 318. — Trib. Arlon, 8 avril 1908, Pas. 1908, 3, 264.

devant le juge[1], par exemple par des conclusions concordantes sur un point déterminé du débat ou sur le débat tout entier.

Ces contrats se distinguent nettement des manifestations de volontés ne constituant pas des actes de procédure (compromis, convention de prorogation de juridiction). Mais ils se distinguent aussi des manifestations de volonté constituant des actes de procédure de la part des parties : qui n'ont pas le caractère d'actes juridiques, n'étant que l'exercice d'un droit préexistant[2], des divers accords au cours du procès ; les uns, actes complexes qui ne deviennent définitifs que si le juge l'estime opportun, les autres déclarations de volontés dispositives[3]. Toutefois, les contrats judiciaires sont étroitement apparentés à ces derniers.

La loi n'a pas règlementé ces contrats judiciaires. Quelques articles y font seulement allusion : l'art. 2117, Civ., al. 2, qui attache l'hypothèque judiciaire aux « actes judiciaires » l'art. 2123 qui en fixe la portée, l'art. 54 Proc., qui déclare que « les conventions des parties insérées au procès verbal de conciliation n'auront que force d'obligation privée. » Aussi la théorie des contrats judiciaires s'est formée par la jurisprudence.

En principe, ces contrats judiciaires se forment comme les autres contrats. Mais des nécessités pratiques ont amené la jurisprudence à établir une différence capitale. Si l'on

---

1 V. sur les contrats judiciaires, la note originale de M. Tissier, S. 1909, 1, 305. — Planiol, II, 6e éd., n° 1163. — Dall., Rép. et suppl., v° *Contrat judiciaire.* — Rép. gén. du dr. français, v° *Contrat judiciaire.* — Rouyer, *Les contrats judiciaires*, thèse de Paris, 1902. — Maupoint, *Les contrats judiciaires*, thèse de Paris, 1911. — Bréau, *Des contrats judiciaires*, thèse Toulouse, 1911. — Pol Robert, *Les contrats judiciaires*, th. Bordeaux, 1913. — Merlin, Rép. v° *Contrat judiciaire.* — Larombière, art. 1101, n° 16. — Pand. fr., Rép. et Suppl., v° *Contrat judiciaire.* — Rousseau et Laisney, Dict. de procédure, *eod. verbo.* — Biche, id., *eod. verbo.* — Pand. belges, v° *Contrat judiciaire.*

2 Rocco, *L'autorità della cosa giudicata*, p. 87.

3 V. sur ces distinctions, Rocco, *op. cit.*, pp. 89 et suiv.

avait pu discuter à nouveau les affirmations des parties au cours d'un procès et prétendre à un moment quelconque qu'il en résultait un contrat judiciaire, on aurait pu examiner à nouveau à un point de vue spécial un débat terminé dont le jugement a rendu inutile de garder la trace. Aussi la jurisprudence a dû faire du contrat judiciaire un acte solennel. Si la convention n'a pas été constatée par le juge, il n'y a pas convention et aucun moyen de preuve ne sera admis par ce que ce serait élever un nouveau débat sur le débat judiciaire clos.

C'est donc d'une puissante nécessité pratique que le contrat judiciaire tire sa force.

On peut ajouter que le juge constatant un accord, l'apercevant sous un désaccord apparent, il serait ridicule qu'il dut se déclarer incompétent faute de procès, leur disant en quelque sorte : battez-vous pour que je puisse m'occuper de votre affaire. Et c'est en vertu de cette idée que s'est développé le pur jugement d'expédient, par lequel les juges ont consacré de véritables contrats, ne soulevant aucun litige. Cette même idée a aussi conduit à donner au contrat judiciaire tous les avantages du jugement : hypothèque, force exécutoire, etc... Car il serait bien bizarre que les juges fussent obligés de se montrer sévères vis à vis de ceux qui ont la mauvaise idée de ne pas être en désaccord.

On peut ajouter à cela des considérations historiques, dire que l'art. 54 Proc. et les travaux préparatoires impliquent l'admission générale du contrat judiciaire[1]. Ce ne sont en réalité que les preuves de nécessités pratiques senties, obscurément ou non, par les hommes de loi à d'autres époques. Elles ne font que cristalliser l'expérience des siècles. Ce ne sont pas de simples curiosités.

Mais si on s'accorde pour admettre la valeur du contrat

---

1 V. cet historique dans Maupoint, pp. 127-131. Les tribunaux eurent dès le Moyen-Age le droit de constater les contrats et on peut soutenir que ce droit subsiste à l'occasion de litiges.

judiciaire et lui donner les avantages d'un jugement, il y a conflit entre la conception contractuelle et la conception judiciaire pour ce qui est de l'exercice des voies de recours et de l'action en nullité. Ici, il semble qu'il faille choisir entre la conception contractuelle qui refusera les voies de recours et donnera l'action en nullité, créant par suite une certaine insécurité et la conception judiciaire qui donne les voies de recours et attribue ensuite à l'acte un caractère définitif. C'est ici que se manifeste la plus grande hésitation et c'est à ce propos qu'on tend à admettre où à refuser à des contrats judiciaires ce caractère, précisément pour éviter ce heurt entre deux conceptions difficiles à concilier ici.

633. — Si nous cherchons à préciser le rôle du juge dans le contrat judiciaire, nous dirons que son acte rentre en général, non pas dans la décision gracieuse, c'est-à-dire celle qui décide et permet après examen véritable au fonds, mais dans la juridiction volontaire, c'est-à-dire celle qui constate et agit comme instrument légal de la volonté du requérant[1]. Ici en principe, le juge n'a qu'un rôle passif. C'est une sorte de notaire qui reçoit des conventions privées. Il fait acte juridictionnel[2] et non pas acte d'administrateur[3]. Par là, son rôle se rapproche de celui qu'il a au contentieux.

---

1 V. sur cette distinction : Japiot, *La juridiction*, *Revue critique*, 1914, pp. 272 et suiv. — Japiot, *Revue de droit civil*, 1912, pp. 771 et suiv. — Glasson et Tissier, *Procédure* I, p. 54. — André Henry, *Nature et portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, thèse, 1913. — Lefas, *Notion de juridiction gracieuse*, thèse Paris, 1896, pp. 86 et suiv. — Planiol, note dans D. 1906, 1, 337. — Glasson, notes dans D. 1896, 1, 5, 1892, 2, 49, 1887, 2, 17. — M. Maurice Planiol, *Juridiction gracieuse*, thèse Paris, 1910, paraît négliger cette distinction. — Guilmard, *Notion de juridiction gracieuse*, th. Paris, 1913.

2 Les publicistes récents donnent en effet une notion très large de l'acte juridictionnel, v. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 242. — Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 667.

3 V. André Henry, thèse citée, pp. 120 et suiv.

634. — Ces nécessités pratiques nous font comprendre quelle étendue on a donné au contrat judiciaire et comment on a parfois regretté que ses limites fussent trop étendues[1]. Partout où le juge à l'occasion de ses fonctions constate un accord, il est juste qu'il évite le procès et qu'il donne à cet accord constaté par lui les avantages d'un jugement. Il y a alors contrat judiciaire.

Malgré les controverses sur ce point, nous ferons rentrer dans les contrats judiciaires les jugements d'expédient[2] en ce que nous leur donnerons les avantages résultant des jugements. Mais nous laisserons subsister les causes de nullité résultant de conventions s'il apparaît par leurs termes mêmes que ce sont des jugements convenus: on pourra donc exercer, en ce cas, contre eux, des actions en nullité. Nous verrons également un contrat judiciaire dans l'ordre amiable[3].

Mais nous ne pourrons en dire autant du règlement provisoire non contesté (art. 755, Proc.) qui n'a pas une autre nature qu'un jugement en premier ressort devenant définitif faute d'appel[4].

Il faut également voir un contrat judiciaire dans les contrats qui interviennent au cours d'un procès pour facili-

---

1 V. Tissier, S. 1909, 1, 305.

2 V. sur ce point: Glasson, D. 1886, 2, 73. — Tissier, note citée. — Labbé, S. 1880, 1, 151. — Jean Appleton, *Nature et effets du jugement d'expédient*. — Maupoint, pp. 164 et suiv. — Bréau, p. 119. — Célers, *Jugements d'expédients*, thèse Paris, 1901, p. 57. — Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, 2e éd., VI, 2568.

3 V. sur ce point, Cass. civ., 13 janv. 1903, S. 1903, 1, 497, avec note de M. Tissier. — Tissier, note citée, S. 1909, 1, 305. — Lambert, *Ordre amiable*, p. 29. — En notre sens, Aix, 12 nov. 1904, D. 1907, 2, 295. — Bréau, p. 156. — Cass. civ., 19 déc. 1911, Pas. 1912, — Req., 11 juin 1912, S. 1920, 2, 177, avec note de M. Japiot.

4 Cf. Cass. civ., 5 fév. 1894, S. 1898, 1, 319, qui reconnaît l'autorité de la chose jugée. — Req., 5 juin 1894, S. 1896, 1, 456. — Req., 2 juin 1893, S. 1896, 1, 38. — V. cep. trib. de Gray, 14 mars 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 256.

ter la procédure: dispense donnée au juge d'observer une formalité, entente entre saisissant et saisi au cours d'une saisie arrêt pour permettre un paiement partiel du tiers saisi, acceptation de la preuve testimoniale, renonciation à un moyen de nullité[1], renonciation à un droit de soulever l'incompétence[2].

Il faut aussi avec la jurisprudence voir dans l'admission d'un créancier au passif de la faillite un contrat judiciaire. Par suite, il faut admettre avec elle que si plus tard la date de la cessation des paiements est reportée plus en arrière, cela n'aura aucun effet vis à vis du créancier admis[3].

L'acquiescement à une demande par voie de conclusions est lui aussi un contrat judiciaire[4]. Il en est de même de la déclaration de s'en rapporter à des experts[5].

Il faut en dire autant de la conversion de saisie immobilière en vente volontaire[6].

---

1 Paris, 16 nov. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 280. — Caen, 3 août 1848, D. 1850, 2, 157. — Rennes, 6 août 1849, S. 1851, 2, 731.

2 Req., 7 nov. 1904, *P. F.*, 1905, 5, 28.

3 Rouen, 10 mai 1873 D. 1874, 2, 60. — Req., 15 déc. 1863, D. 1864, 1, 108. — Cass. req., 18 mars 1874, S. 1874, 1, 304. — Cass. civ., 10 mars 1879, S. 1879, 1, 271; D. 1879, 1, 180. — Poitiers, 25 juin 1873, S. 1873, 2, 218. — Req., 17 fév. 1873, S. 1873, 1, 63. — Civ., 3 juill. 1872, S. 1873, 1, 367. — Req., 8 juill. 1873, S. 1873, 1, 297. — Req., 28 juin 1870, S. 1871, 1, 104. — Cass. civ., 7 mars 1900, S. 1901, 1, 49. — Cass. civ., 18 juillet 1900, S. 1900, 1, 460 (1er arr.). — Req., 28 nov. 1894, S. 1895, 1, 405. — Luxembourg, 6 avril 1900, Pas. 1900, 4, 142. — Trib. Liège, 14 juin 1897, *Journ. Trib.*, XLV, 858. — Cass. belge, 3 mars 1898, Pas. 1898, 1, 107. — Trib. Bruges, 26 janv. 1883, Pas. 1883, 3, 65. — Trib. Nivelles, 11 nov. 1880, *Journ. Trib.*, XXIX, 935. — Lyon-Caen et Renault, VII, n° 540. — Bonfils, *Revue critique*, 1894, p. 645. — V. cep. trib. comm. Verviers, 29 juin 1898, *Pand. pér.*, 1901, 1320. — Trib. Ostende, 21 avril 1898, Pas. 1900, 3, 190.

4 Cf. Maupoint, p. 221. — Bodart, *De l'acquiescement*, thèse Paris, 1897. — Bruxelles, 26 janv. 1856, Pas. 1856, 2, 74.

5 Req., 30 nov. 1863, D. 1864, 1, 216.

6 V. civ., 16 déc. 1868, D. 1869, 1, 82. — Orléans, 29 nov. 1826,

Ou encore du jugement d'adjudication, qui est un exemple très net de contrat judiciaire[1].

Ou de l'entente entre époux au cours d'un procès en divorce sur le taux de la pension[2].

Mais il semble inutile de parler de contrat judiciaire pour les offres afin de purge, qui constituent le préliminaire d'une entente spéciale où le silence du créancier vaut acceptation[3].

Pour le désistement, il faudrait établir auparavant qu'il est un contrat et exige l'acceptation de l'adversaire. Les art. 402 et 403 Proc., impliquant cette conclusion[4], il faut y voir un contrat judiciaire[5].

Il faut en dire autant pour l'aveu[6].

S. chr.— Orléans, 24 nov. 1888, D. 1891, 2, 135.— Bordeaux, 15 juill. 1886, *Rec. Bordeaux*, 1886, 1, 203. — Glasson et Tissier, *Procédure* II, pp. 528 et 530. — *Contrà:* Tissier, S. 1909, 1, 306.

1 V. Req., 29 juill. 1890, S. 1894, 1, 11. — Cass. req., 17 fév. 1903, S. 1903, 1, 539. — *Contrà:* Tissier, S. 1909, 1, 306.

2 Trib. Seine, 3 mai 1890, le *Droit*, 30 mai 1890.

3 V. cep. Cass. civ., 4 nov. 1863, D. 1863, 1, 471. — Paris, 16 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, 636.

4 V. Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 19. — Garsonnet et Cézar Bru, III, n° 855, 3e éd. — Cass. req., 19 mai 1879, S. 1879, 1, 265. — Trib. comm. Bruxelles, 10 fév. 1908, Pas. 1908, 3, 311 et 29 janv. 1909, *Pand. pér.*, 1909, 303. — Gand, 14 janv. 1899, Pas. 1899, 2, 206.

5 En faveur d'un contrat judiciaire, v. Paris, 23 juin 1898, S. 1900, 2, 41, avec note de M. Audinet. — Nancy, 17 avril 1886, *Rec. Nancy*, 1886, 75.

6 Ici au contraire on admet en général en doctrine que ce n'est pas un contrat, v. Aubry et Rau, VIII, § 751, note 19. — Laurent, XX, n° 168. — Larombière, art. 1356, n° 30. — Demolombe, XXX, n° 535. — Baudry et Barde, IV, n° 2724. — Huc, VIII, n° 351. — Planiol, II, n° 28. — Req., 7 juillet 1858, S. 1859, 1, 76. — Trib. Charleroi, 31 janv. 1865, *J. trib. 1re inst.*, XV, 356. — Bruxelles, 15 juill. 1867, Pas. 1869, 2, 329. — Trib. Anvers, 12 août 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 1071. — Trib. comm. St-Nicolas, 4 fév. 1908, *Jur. comm. Flandres*, 1908, 3, 297. — *Contrà:* Req., 9 juin 1863, S. 1865, 1, 184 et 12 avril 1869, S. 1869, 1, 338. — Aix, 25 nov. 1888, S. 1889, 2, 145. — Orléans, 22 janv. 1880, S. 1882, 2, 57. — Cass. belge, 30 mai 1823, Pas. 1823, 434.

Quant au serment décisoire, c'est un acte qui n'est pas pleinement un contrat, puisque celui à qui on le défère ne peut que prêter le serment ou le référer[1].

Quant au délaissement d'immeuble, par le tiers détenteur, c'est un acte unilatéral constaté par justice et non un contrat judiciaire[2].

Les raisons d'être du contrat judiciaire font qu'il ne peut exister qu'à propos d'offres émises directement devant le juge, et non à propos d'offres faites par des mémoires extrajudiciaires[3].

Elles font en même temps que si, théoriquement, en dehors des contrats judiciaires, il peut y avoir des contrats ordinaires entre deux plaideurs[4] ceux-ci ont moins d'importance pratique. On préfère, en effet, faire un contrat judiciaire qui est bien plus avantageux.

Caractères ordinaires du contrat judiciaire

635. — De l'idée que le contrat judiciaire est tout d'abord un contrat, et qu'il n'est valable que dans les conditions où les contrats sont valables, la jurisprudence a tiré toute une série de conséquences importantes.

Il faut tout d'abord que la proposition d'un des plaideurs ait été acceptée par l'autre[5].

---

1 V. Tissier, S. 1909, 1, 306. — Cf. Lessona, *Le serment est-il une transaction? Rev. de dr. civil*, 1904, p. 797. — Baudry et Barde, IV, n° 2731. — Aubry et Rau, VIII, p. 753.

2 V. cep. Riom, 8 déc. 1852, D. 1854, 5, 420. Cet arrêt admet d'ailleurs avec raison que le délaissement n'est pas définitif avant le donné acte.

3 V. Pau, 13 août 1861, D. 1861, 2, 219.

4 V. Maupoint, p. 140.

5 Req., 18 nov. 1878, S. 1881, 1, 70. — V. Req., 7 fév. 1882, D. 1882, 1, 414; S. 1883, 1, 200. — Req., 4 juin 1896, D. 1896, 1, 447. — Chambéry, 17 avril 1888, D. 1890, 1, 437. — Lyon, 7 avril 1892, D. 1894, 2, 97, avec note. — Cass. civ., 29 mars 1869, D. 1869, 1, 334. — Cass. civ., 12 mai 1896, D. 1896, 1, 443. — Cass. civ., 1er mai

Par suite, si une réduction de demande faite par l'un d'eux n'est pas acceptée, il n'y a pas contrat[1]. Il en est de même si un plaideur demande un donné acte de certaines offres et que son adversaire garde le silence[2] ou encore si des dires ajoutés à un cahier des charges de saisie immobilière sont l'objet d'un donné acte sans avoir été acceptés par les parties en cause[3].

Faut-il aller plus loin ? Le créancier d'une succession bénéficiaire ayant fait nommer un administrateur à celle ci- la Cour de Bordeaux a parlé ici de contrat judiciaire[4]. Nous verrons plus loin que le juge nommant un mandataire de justice, il contracte au nom des intéressés (v. chap. suiv.). Cependant faut-il parler d'un contrat judiciaire entre ces intéressés et lui. Non. Il y a bien une situation contractuelle, mais qui dans sa formation n'obéit pas aux règles des contrats judiciaires. Ainsi des voies de recours sont possibles contre cette désignation.

636. — En vertu de ces idées, le contrat judiciaire sup-

1895, S. 1898, 1, 269 (un simple dire n'est pas un contrat judiciaire). — Cass. req., 13 avril 1841, D. Rép., v° *Arbitrage*, n° 142. — Cass. req., 24 janv. 1877, D. 1878, 1, 125. — Paris, 25 mars 1854, S. 1855, 2, 142; D. 1856, 2, 236. — Cass. civ., 9 juill. 1845, D. 1845, 1, 353. — Cass. civ., 7 mai 1860, D. 1860, 1, 234. — Douai, 24 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 473. — Trib. paix Paris, 17 mai 1890, *Gaz. Trib.*, 27 mai 1890. — Caen, 19 août 1837, S. 1838, 2, 25.

1 Cass. req., 18 novembre 1878, S. 1881, 1, 70.

2 Cass. civ., 23 mars 1869, D. 1869, 1, 334; S. 1869, 1, 464. — Cf. Cass. civ., 4 juill. 1810, S. chr. — Req., 26 janv. 1833, D. Rép., v° *Contrat judiciaire*, n° 12.

3 Cass. civ., 19 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 612; *Revue de dr. civil*, 1912, p. 818, D. 1914, 1, 132.

4 Bordeaux, 3 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 404, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 417. La Cour en a conclu que le demandeur ne pouvait faire de saisie-arrêt aux mains de l'administrateur. Mais on peut, même si on admet cette solution, se fonder sur la renonciation tacite du créancier à cette mesure.

pose naturellement des offres précises formulées par voies de conclusions ou verbalement à l'audience.

Les simples déclarations ambigües d'un avocat, la seule appellation de billet à ordre pour désigner un titre, la désignation d'un commanditaire comme associé en nom collectif ne peuvent servir de base à un contrat judiciaire s'il n'y a eu débat et accord sur ce point[1].

Il en est de même lorsqu'une offre n'a été faite que de façon subsidiaire. Elle ne peut se transformer en contrat sans qu'il ait été statué sur les conclusions principales[2].

En vertu de ces mêmes idées, le plaideur qui a présenté au tribunal certaines conclusions est toujours recevable avant jugement à les rétracter et à présenter des conclusions différentes qui lui sont plus favorables. Car, son offre non acceptée est toujours révocable[3]. Nous verrons plus loin s'il pourrait modifier ses conclusions entre leur acceptation par l'adversaire et le jugement de donné acte.

637. — Conformément aux règles ordinaires l'acceptation peut être tacite[4], elle résultera suffisamment d'une demande de donné acte[5], du fait de s'en rapporter à la justice[6].

---

1 Cass. civ., 22 mars 1870, D. 1871, 1, 41 ; S. 1871, 1, 146 (déclaration d'avocat). — Cass. req., 17 déc. 1878, D. 1879, 1, 255 ; S. 1879, 1, 403. — Cass. civ., 9 juill. 1845, S. 1845, 1, 729 ; D. 1845, 1, 354.

2 Cass. civ., 23 mars 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 1, 59.

3 Cass. civ., 9 juill. 1845, D. 1845, 1, 353. — Bordeaux, 1er mars 1832, D. Rép., v° *Succession*. — Req., 18 nov. 1878, D. Rép. Suppl., v° *Contrat judiciaire*, n° 4, 5°. — Cass. civ., 3 janv. 1883, D. 1883, 1, 457. — Cass. civ., 9 janv. 1872, S. 1872, 1, 36 ; D. 1873, 1, 328. — Vollaud, *Les contrats judiciaires*, pp. 40-44.

4 Cass. civ., 27 janv. 1857, D. 1857, 1, 82. — Cf. Cass. req., 28 mars 1866, S. 1866, 1, 246 ; D. 1866, 1, 494. — Cass. civ., 9 avril 1866, *eod. loc.* — Rennes, 6 août 1849, S. 1851, 2, 731 ; D. 1851, 2, 136. — Cass. civ., 12 nov. 1877, S. 1879, 1, 349. — Cass. req., 19 mai 1885, D. 1885, 1, 446. — Rouyer, *op. cit.*, p. 15. — Maupoint, p. 48.

5 Douai, 27 fév. 1893, D. 1895, 1, 268.

6 La justice est alors mandataire du plaideur pour accepter l'offre. Il y a au moins un acquiescement donné d'avance au jugement. — *Contrà :* Maupoint, p. 50.

Si elle peut s'induire des circonstances, toutefois le simple silence, la non contestation d'une affirmation de l'autre plaideur ne vaut pas à elle seule acceptation[1].

Mais l'acceptation, doit comme dans tout contrat, être pure et simple, ce sera le cas si on demande un donné acte dans les termes employés par l'adversaire[2]. Mais une acceptation sous réserves ne lie pas. C'est ce qui a été fréquemment jugé pour un créancier admis au passif d'une faillite sous réserves de contestation[3]. C'est ce qui a été admis aussi lorsqu'un demandeur en dommages intérêts pour dégâts de lapins, propose de renoncer à son action si on permet à lui et aux personnes l'accompagnant, de détruire le gibier et que cette permission lui est donnée pour lui seul[4], ou lorsqu'on accepte de payer partie seulement d'un prix de vente réclamé[5]. Il a été jugé de même qu'il n'y avait pas

---

1 Req., 5 mai 1859, D. 1859, 1, 314, *sol. implic.* (2 arrêts). — Cass. civ., 21 oct. 1896, *P. F.*, 1897, 6, 16. — Cass., 26 janv. 1833, D. v° *Contrat jud.*, n° 12. — Cass. civ., 25 mai 1869, S. 1869, 1, 464; D. 1869, 1, 334. — Cass. civ., 19 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 613. — Vollaud, *op. cit.*, p. 45.

2 Amiens, 22 fév. 1898, *Rec. d'Amiens*, 1898, p. 155. — Cf. sur le principe, Req., 13 prairial an X, D. Rép., v° *Contrat jud.*, n° 10. — Req.; 21 fév. 1831, D. v° *Oblig.*, n° 2145. — Cass. req., 14 déc. 1831, S. 1832, 1, 176.

3 Montpellier, 6 juill. 1894, D. 1899, 1, 314. — Req., 3 août 1875, D. 1876, 1, 81. — Rouen, 10 mai 1873, D. 1874, 2, 60. — Dijon, 27 déc. 1871, D. 1874, 2, 237. — Req., 8 juill. 1872, D. 1873, 1, 122; S. 1872, 1, 297. — Cass. req., 18 mars 1874, S. 1874, 1, 304. — Cass. civ., 28 fév. 1911, S. 1915, 1, 35. — Cass. Req., 7 janv. 1890, S. 1890, 1, 389. — Lyon-Caen et Renault, VII, 4e éd., n° 540 *bis*. — Thaller et Percerou, II, n° 1258. — Mais c'est au syndic à prouver ces réserves, Cass. civ., 3 juill. 1872, D. 1872, 1, 230.

4 Cass. req. 10 juin 1863, D. 1863, 1, 369; S. 1863, 1, 462. — Cf. en ce sens: Req., 5 juill. 1869, D. 1871, 1, 316. — Cass. civ., 29 avril 1868, D. 1868, 1, 312. — Bordeaux, 14 juin 1847, *Journ. des Avoués*, t. 73, p. 391.

5 Cass. req., 30 déc. 1872, S. 1873, 1, 410.

contrat si l'on acceptait seulement partie des conclusions de l'adversaire et non toutes les conclusions[1].

L'acceptation doit en outre n'être pas tardive. Elle le serait si l'offre avait été retirée auparavant soit expressément, soit tacitement par des offres contraires ou tout autre mode[2]. Elle le serait également au cas où une offre aurait été jugée suffisante par le juge de premier instance et où l'adversaire aurait fait appel. A ce moment, l'offre ayant été refusée, est désormais sans valeur[3]. Il en est de même si une offre ayant été refusée on veut l'accepter à une audience ultérieure ou après une nouvelle expertise[4].

L'acceptation serait également inutile si un plaideur avait fait une offre sous condition d'être renvoyé de l'instance et si on avait fait appel contre lui[5] et de façon générale si l'offre avait été faite sous une condition même implicite qui ne s'est pas réalisée[6].

638. — Le consentement donné à un contrat judiciaire doit, comme pour tout contrat, être exempt de vices. La

---

1 Cass. req., 12 août 1839, S. 1840, 1, 229. — Cass., 23 mars 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 1, 59.

2 Cass. civ., 3 janv. 1883, D. 1883, 1, 457. — Cass. civ., 9 janv. 1872, S. 1872, 1, 36; D. 1873, 1, 228. — Cass. req., 13 mai 1824, S. chr. — Cass. req., 26 déc. 1842, S. 1843, 1, 404. — Cass., 12 août 1839, D. Rép., v° *Obligation*, n° 5144. — Cass. req., 13 avril 1841, id. v° *Arbitrage*, n° 142,, S. 1841, 1, 711. — Cass. civ., 9 juill. 1845, D. 1845, 1, 353; S. 1845, 1, 729. — Colmar, 21 avril 1828, S. chr. — Bordeaux, 28 mai 1832, S. 1832, 2, 626. — Trib. paix Paris, 19 mars 1890, *Gaz. Trib.*, 27 mai 1890.

3 Lyon, 25 mars 1873, S. 1873, 2, 179; D. 1873,2, 68. — Bordeaux, 28 mai 1832, S. 1832, 2, 626.

4 Req., 10 juin 1863, D. 1863, 1, 371. — Cons. d'Etat, 13 janv. 1859, D. 1859, 3, 39.

5 Montpellier, 1er mars 1901, *Mon. Lyon*, 3 mai 1901. — Cass. req., 2 avril 1901, S. 1903, 1, 283.

6 Lyon, 1er avril 1896, D. 1897, 2, 118. *Mon. Lyon*, 21 juill. 1896 (promesse de payer si l'adversaire produit des titres suivie d'une production de titre de créance à terme).

jurisprudence n'a guère eu à faire l'application de ce principe au cas de violence[1] ou de lésion, mais elle l'a jugé fréquemment lorsqu'il y a dol ou fraude. De nombreux arrêts sont intervenus en particulier au cas où des créanciers n'avaient été admis au passif d'une faillite qu'à la suite de dol ou de fraude[2].

Lorsqu'il y a une erreur de fait ou de droit, la jurisprudence admet aussi en général que la nullité peut être prononcée dans les conditions ordinaires[3], que l'erreur vienne de l'offrant ou de l'acceptant[4].

Mais un arrêt du rejet de la chambre civile du 7 mars 1905[5] est venu ici donner à propos de l'admission au pas-

---

1 Pau, 9 juill. 1894, S. 1897, 1, 132. — V. toutefois, Req., 4 août 1913, S. 1914, 1, 327.

2 Cass. req., 28 nov. 1881, S. 1882, 1, 82. — Cass. req., 14 janv. 1885, S. 1885, 1, 159. — Cass. req., 23 fév. 1885, S. 1885, 1, 337, avec note de Labbé. — Douai, 11 mai 1898, D. 1900, 2, 48. — Caen, 20 déc. 1901, D. 1904, 2, 337. — Paris, 25 juill. 1902, D. 1904, 1, 393. — Trib. d'Angoulême, 4 fév. 1885, *Journ. des Faillites*, 1886, p. 92. — Cass. req., 28 nov. 1894, 2 arrêts, S. 1895, 1, 405. — Cass. req., 17 avril 1893, S. 1894, 1, 24. — Cass. req., 28 juin 1870, S. 1871, 1, 104. — Cass. req., 17 fév. 1873, S. 1873, 1, 63. — Cass. civ., 3 juill. 1872, S. 1872, 1, 367. — Lyon-Caen et Renault, VII, 4e éd., n° 540 *bis*.

3 Bordeaux, 20 fév. 1865, D. 1865, 2, 150. — Grenoble, 25 févr. 1892, *Rec. Grenoble*, 1892, p. 142. — Douai, 11 mai 1898, *Rec. Douai*, 1898, 327, D. 1900, 2, 48; S. 1900, 2, 263. — Limoges, 15 avril 1817, D. Rép., v° *Contrat judiciaire*, n° 14. — Pau, 27 mars 1871, D. 1872, 2, 24. — Besançon, 29 mars 1855, D. 1855, 2, 324. — Rouen, 24 nov. 1881, rapporté par Rousseau et Laisney, 1882, art. 398, p. 117. — Rouyer, *op. cit.*, p. 19. — Trib. Bruxelles, 16 juillet 1887, *Journ. trib.*, 1887, 836. — Liège, 19 fév. 1862, Pas. 1863, 2, 148. — Cf. sur l'erreur dans les actes de juridiction grâcieuse, Japiot, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 803.

4 V. pour l'erreur matérielle, trib. Gray, 14 mars 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 256. — Cf. sur l'erreur dans l'admission à faillite, Thaller et Percerou, II, n° 1257. — Ollivier, *Admission à faillite par erreur*, *Rev. pratique*, I, p. 24.

5 Sir., 1901, 1, 49, avec note de M. Wahl, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem.,

sif une solution différente qui semble générale. Il déclare que cette admission au passif constitue « un véritable contrat judiciaire, qui lie toutes les parties présentes ou régulièrement appelées et sur lequel nul ne saurait être admis à élever des contestations ultérieures autres que les réceptions tirées du dol ou de la fraude. Ce contrat a des effets définitifs... qui ne peuvent être détruits sous le prétexte d'une erreur de fait ou de droit. »

Mais à examiner de près l'espèce, il semble plutôt que la Cour de Cassation a voulu tenir compte de ce qu'une erreur unilatéral fautive ne peut être invoquée : le créancier prétendant qu'on lui devait plus qu'il n'avait d'abord réclamé

Il n'y aurait donc d'exception que dans le cas d'aveu, puisque l'art. 1356 ne permet pas son annulation pour erreur de droit. Encore faut-il pour cela admettre avec la Cour de Cassation que l'aveu constitue un contrat judiciaire et a besoin d'être accepté[1].

639. — Le contrat judiciaire conformément au droit commun exige la capacité de s'obliger. D'abord, il faut la capacité naturelle de vouloir[2]. L'incapable devra donc être autorisé. Et il ne suffira pas qu'il ait été simplement autorisé à ester en justice[3]. Sur un terrain voisin, il faudra que le représentant ait le pouvoir de contracter[4]. A ce sujet, l'art

---

1, 85. — V. de même, Cass. civ., 1er mai 1855, D. 1855, 1, 311 et sur renvoi, Amiens, 10 janv. 1856, D. 1856, 5, 212.

1 V. Cass. req., 9 juin 1863, S. 1865, 1, 184; D. 1864, 1, 483. — Orléans, 22 janv. 1880, S. 1882, 2, 57. — Aix, 28 nov. 1888, S. 1889, 2, 145. — *Contrà:* Req., 7 juill. 1859, S. 1859, 1, 76; D. 1858, 1, 367. — Baudry et Barde, IV, n° 2724 et les auteurs cités.

2 Toulouse, 21 janv. 1885. D. 1886, 2, 73, avec note de M. Glasson. — Maupoint, p. 26.

3 V. Rouyer, *op. cit.*, p. 22. — Bréau, *op. cit.*, p. 55. — Cf. pour l'ordre amiable, Marand, *Ordre amiable*, thèse Bordeaux, 1907, p. 25. — Lambert, *Ordre amiable*, thèse Grenoble, 1913, p. 33. — Pour le jugement d'expédient, Celers, *Jugement d'expédient*, thèse Paris, 1902, p. 33.

4 V. pour le tuteur, Turin, 29 juill. 1809, *J. Pal.*, t. VII, p. 722.

352 Proc., dit : « Aucune offre, aucun aveu ou consentement ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial à peine de désaveu. » Pour l'avocat, n'étant pas mandataire, il ne peut en principe passer un contrat judiciaire[1].

640. — Comme tout contrat, le contrat judiciaire n'a de valeur que s'il a un objet valable, susceptible de contrats privés.

Ainsi sont nuls les contrats judiciaires qui portent sur des questions d'état où la transaction n'est point admise[2]. On doit également déclarer nuls les contrats judiciaires qui dissimulent une convention contraire à l'ordre public comme un contrat usuraire[3] ou ont pour but d'assurer son exécution[4]. Ou encore les juges peuvent malgré une renonciation d'un plaideur à se prévaloir d'une expédition d'un acte différente de celle de son adversaire et acceptée par ce dernier ordonner un compulsoire[5].

Lorsqu'il s'agit de matières touchant à l'ordre public, comme les contrats entre patrons et ouvriers à la suite d'un accident du travail, le contrat est soumis à un certain contrôle du juge qui s'assure que la loi a été respectée[6] ou déclare que l'acte est nul[7].

Le contrat judiciaire peut notamment avoir pour objet

---

1 Rolland, th. citée, p. 56.

2 Req., 9 mai 1864, S. 1864, 1, 305 ; D. 1864, 1, 409. — Req., 13 nov. 1883, D. 1884, 1, 103 ; S. 1884, 1, 328. — Cf. Lyon, 24 juill. 1872, D. 1872, 2, 191. — Nancy, 15 juin 1865, S. 1866, 2, 151 ; D. 1866, 2, 142. — Lyon, 14 juillet 1853, D. 1854, 2, 33. — Vollaud, thèse citée, p. 57.

3 Cass. civ., 11 nov. 1885, S. 1886, 1, 413. — Caen, 20 déc. 1901, D. 1904, 2, 337, avec note de M. Levillain.

4 Cass. req., 13 nov. 1883, S. 1884, 1, 328. — Lyon, 25 mars 1873, S. 1873, 2, 179. — Bréau, *op. cit.*, p. 39.

5 Cass. req., 10 août 1840, S. 1840, 1, 861.

6 Cass. civ., 7 déc. 1910, D. 1911, 5, 14.

7 Bruxelles, 6 juin 1911, Pas. 1911, 2, 317 (jugement sur la compétence *ratione materiæ*).

de renoncer au bénéfice de la chose jugée, par suite de remettre en question un point qui avait déjà été débattu. C'est ce qui a été consacré plusieurs fois par la jurisprudence[1]. Il peut de même modifier un contrat antérieur[2].

Il peut également dans une très large mesure modifier l'ordre des juridictions[3], porter au civil une affaire commerciale, porter directement un point devant la juridiction d'appel.

641. — Le contrat judiciaire peut tout naturellement ne porter que sur partie de l'objet en litige[4]. Ainsi il arrive fréquemment dans les expropriations que l'Administration et l'exproprié s'entendent sur un point spécial : l'enlèvement d'arbres, de récoltes, de matériaux de constructions sur le terrain exproprié, ou sur l'indemnité due à cause d'un bail, à propos du tréfonds[5]. On aura alors une décision qui pour partie sera un jugement et pour partie un contrat judiciaire et chaque fraction de la décision obéira aux règles qui la concerne[6].

Mais il ne peut y avoir contrat judiciaire si les parties d'accord sur le principal restent en litige sur le paiement des dépens, celui-ci ne pouvant être réglé qu'en statuant sur le principal[7]. Toutefois cette solution est plutôt discutable. Il serait préférable d'admettre qu'il y a contrat et de répartir les dépens dans les proportions où le contrat judiciaire satisfait les demandes originaires de chacun. Enfin il peut y

---

1 Cass. civ., 5 fév. 1894, S. 1898, 1, 319. — Req., 30 juin 1873, *eod. loc.*, en sous note. — Cass. civ., 27 janv. 1857, D. 1857, 1, 82.

2 Lyon, 5 janv. 1889, *Mon. Lyon*, 13 juill. 1889.

3 Cass. req., 11 fév. 1894, S. 1898, 1, 262. — Cf. Tissier, Note dans S. 1891, 1, 513. — Maupoint, p. 54.

4 Rouen, 22 janv. 1907, *Rec. de Rouen*, 1907, 2, 10.

5 Cass. civ., 8 nov. 1859, D. 1860, 1, 414. — Paris, 6 juill. 1854, D. 1856, 2, 65.

6 V. Cass. civ., 2 mai 1882, D. 1884, 1, 296. — Cass. req., 19 mai 1885, D. 1885, 1, 446.

7 Bourges, 6 juin 1860, D. 1861, 2, 9.

avoir un contrat judiciaire d'où le tribunal tire des conséquences dans son jugement, il faudra alors distinguer le contrat et le jugement[1].

642. — Comme tout autre contrat, le contrat judiciaire serait susceptible d'être annulé s'il avait été fait en fraude des créanciers. L'action paulienne pourrait être exercée contre lui[2].

Il serait également nul s'il avait pour but de frauder la loi[3]. S'il avait été passé après faillite, ou pendant la période suspecte, il serait exposé aux nullités qui frappent les contrats passés à ces moments[4].

643. — Les causes de nullité du contrat judiciaire rendu sous forme de donné acte se feront valoir d'après les règles ordinaires sur les nullités, par une action en nullité exercée devant le tribunal compétent[5]. On n'admettra ni l'appel, ni la requête civile[6]. Ou plus exactement il semble que le droit de faire appel n'emporte pas impossibilité d'agir en nullité, car il serait bizarre de ne pouvoir employer l'appel, lorsque le jugement vient d'être rendu, et d'être obligé de commencer une action toute nouvelle[7].

---

1 V. Tissier, Note dans S. 1909, 1, 306.

2 Cass. req., 8 fév. 1895, S. 1899, 1, 485.

3 Paris, 21 juin 1901, le *Droit*, 10 août 1901. — Limoges, 4 déc. 1895, *Rec. de procédure*, 1897, art. 3143, p. 99. — Cour d'appel Luxembourg, 6 avril 1900, Pas. 1900, 4, 142.

4 Trib. Seine, 20 fév. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, suppl. 172. — Trib. Bruges, 26 janv. 1883, Pas. 1883, 3, 65.

5 V. Vollaud, p. 124.

6 Rousseau et Laisney, Dict. de proc., v° *Contrat judiciaire*, n° 10. — Rouyer, n° 83. — Paris, 28 fév. 1893, D. 1894, 2, 246. — Bordeaux, 18 mars 1886, S. 1886, 2, 184. — Paris, 16 juin 1813, S. chr. — *Contrà:* Req., 12 fév. 1878, S. 1880, 1, 161, avec note de Labbé. — On admettrait toutefois l'appel dans un procès sur les difficultés d'exécution de ce contrat. C'est le droit commun. Rouen, 11 mars 1910, D. 1911, 2, 140, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 799.

7 V. en ce sens pour le jugement de conversion de saisie, Garsonnet, 2e éd., V, n° 1680, note 7. — Bioche, v° *Saisie immobilière*, n° 790.

Pour les jugements convenus, la jurisprudence est divisée[1].

Outre qu'il peut être effacé par suite d'une nullité, le contrat judiciaire peut être rétracté par le consentement des deux parties[2]. Le contrat tombera encore par la nullité du jugement à la suite de requête civile, mais non par péremption d'instance[3].

644. — Les contrats judiciaires obéissent encore aux règles ordinaires des contrats lorsqu'il y a plus de deux parties en cause.

S'il y a une offre adressée à plusieurs, on peut admettr qu'elle ne devient définitive qu'acceptée par tous[4].

De même, si au cours du procès il y a un contrat judiciaire particulier qui se forme entre deux plaideurs, celui-ci ne nuit, ni ne profite aux autres, conformément aux règles ordinaires sur l'effet relatif des obligations[5]. Mais dans la mesure où un contrat profite à des tiers, le contrat judiciaire leur profite aussi[6].

---

1 Pour l'appel, v. Bastia, 24 avril 1844, D. v° *Jugement*, n° 341, 3°. — Cass. civ., 28 nov. 1904, S. 1907, 1, 281. — *Contrà* : Paris, 15 mars 1811, D. v° *Appel civil*, n° 292. — Toulouse, 21 janv. 1885, D. 1886, 2. 73. — Cf. Maupoint, pp. 103-105.

2 Vollaud, p. 130.

3 Vollaud, p. 131.

4 Cass. civ., 4 juill. 1810, S. chr. — Colmar, 3 août 1837, S. 1838, 2. 290. — Req., 14 janv. 1839, D. Rép., v° *Succession*, n° , S. 1839, 1. 703. — Cf. Rouyer, *op. cit.*, p. 12. — Maupoint, p. 30. — Vollaud, p. 45.

5 Cass. civ., 15 mai 1839, S. 1839, 1, 536, D. Rép., v° *Chose jugée*, n° 261, 3°. — Cass. req., 11 déc. 1834, S. 1835, 1, 376. — Req., 14 déc. 1831, S. 1832, 1, 176. — Cass. req., 14 janv. 1839, S. 1839, 1, 703. — Caen, 12 fév. 1853, D. 1853, 2, 101. — Cass. civ., 4 juillet 1810, S. chr. — V. cep. Cass. belge, 24 janv. 1862, Pas. 1862, 2. 112.

6 Le contrat judiciaire d'admission à faillite libère la caution pour le surplus, Req., 11 janv. 1904, D. 1904, 1, 393.

Caractères spéciaux du contrat judiciaire

645. — Mais le contrat judiciaire n'obéit pas simplement au droit commun. Par cela qu'il est judiciaire, il présente certaines particularités.

Tout d'abord il est constaté accessoirement à l'exercice de la fonction judiciaire. Il faut donc dire que le contrat judiciaire pourra exister toutes les fois qu'il est naturel qu'un juge constate un contrat, toutes les fois qu'accessoirement au débat soulevé une offre et une acceptation se sont produites[1]. Ainsi il peut y avoir contrat judiciaire non seulement devant les juridictions civiles, mais encore devant les juridictions criminelles[2]. Il peut y avoir contrat judiciaire même devant un juge statuant en conciliation : le juge de paix conciliateur, le président du tribunal conciliateur en matière de divorce, de séparation de corps ou d'accident du travail. Il y a contrat judiciaire devant le juge qui règle un ordre amiable, devant le juge commissaire de la faillite recevant les affirmations de créances[3], le bureau de conci-

---

1 Cf. Tissier, Note au S. 1909, 1, 305. — Vollaud, thèse citée, p. 77.

2 V. Rouyer, thèse citée, p. 76.

3 Cass. civ., 7 mars 1900, S. 1901, 1, 49. — Cass. req., 28 nov. 1894, S. 1895, 1, 405. — Cass. civ., 18 juill. 1900, 1er arr., S. 1900, 1, 460. — Cass. req., 28 juin 1870, D. 1871, 1, 334. — Cass. civ., 8 mars 1882, S. 1883, 1, 82; D. 1882, 1, 405. — Cass. req., 14 janv. 1885, S. 1885, 1, 159; D. 1885, 1, 403. — Cass. req., 23 fév. 1885, S. 1885, 1, 337, avec note Labbé, D. 1885, 1, 413. — Cass. civ., 11 nov. 1885, S. 1886, 1, 413; D. 1886, 1, 69. — Cass. req., 7 janv. 1890, S. 1890, 1, 389. — Cass. req., 28 juin 1870, D. 1871, 1, 334; S. 1871, 1, 104. — Cass., 17 fév. 1873, D. 1873, 1, 298; S. 1873, 1, 63. — Cass., req.; 18 mars 1874, S. 1874, 1, 304; D. 1876, 1, 388. — Cass. civ., 19 mars 1879, S. 1879, 1, 271; D. 1879, 1, 180. — Cass. civ., 3 juill. 1872, D. 1872, 1, 230. — Cass. req., 15 déc. 1863, S. 1864, 1, 86. — Cass. req., 21 juillet 1868, S. 1869, 1, 77. — Cass. civ., 18 juill. 1900. 1er arrêt, D. 1900, 1, 432. — Req., 6 juin 1904, D. 1904, 1, 471. — Cass. civ., 6 mars 1905, D. 1908, 1, 511. — Montpellier, 6 juill. 1894. S 1898, 1, 231; D. 1899, 1, 314. — Douai, 11 nov. 1898, S. 1900, 2, 263. — Paris, 30 juin 1883, D. 1885, 2, 18. — Dijon, 20 juill. 1875,

liation des prud'hommes[1], le jury d'expropriation réuni en présence du magistrat directeur[2]. Il faut même aller jusqu'à dire que les arbitres reçoivent valablement un contrat judiciaire. Bien que ce soient des juges privés il est naturel que devant eux des offres se produisent et cela suffit[3].

Le juge a même qualité pour constater des contrats alors qu'il ne serait pas compétent pour juger à leur sujet. Ainsi le juge des référés qui ne peut ordonner que des mesures provisoires ne préjudiciant pas au fonds, peut constater un contrat judiciaire[4]. Malgré la séparation du pétitoire et du possessoire, le juge de paix saisi d'une action possessoire peut constater un accord touchant la propriété d'un immeuble[5].

Un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation[6] a bien dit cependant « qu'un juge incompétent à raison de la matière est sans pouvoir pour constater soit un aveu, soit un contrat judiciaire. » Mais ce motif paraît plutôt surérо-

---

D. 1878, 2, 25. — Poitiers, 25 juin 1873, D. 1873, 5, 260; S. 1873, 2, 218. — Aix, 1er mars 1870, D. 1872, 2, 223. — Pau, 27 mars 1871, D. 1872, 2, 24. — Dijon, 27 déc. 1871, D. 1874, 2, 237. — Rouen, 10 mai 1873, D. 1874, 2, 60. — Caen, 20 déc. 1901, D. 1904, 2, 337. — Paris, 25 juill. 1902, D. 1904, 1, 393. — Tissier, S. 1909, 1, 305.

1 V. Rouyer, *op. cit.*, p. 52. — Cass. civ., 3 fév. 1915, S. 1915, 1, 49; D. 1918, 1, 47.

2 Cass. civ., 5 nov. 1889, S 1890, 1, 224. — Cass. civ., 9 mars 1887, S. 1888, 1, 382. — ass. civ., 2 mai 1882 D. 1884, 1, 296. — Cass. civ., 27 août 1856 1856, 1, 334. — Cass. civ., 28 janv. 1868, D. 1868, 1, 123. — Cass. civ., 31 juill. 1883, D. 1884, 1, 408; S. 1885, 1, 135. — Req., 1 mai 1885, S. 1887, 1, 134.

3 Paris, 24 déc. 1823, D. Rép., v° *Acquiescement*, n° 799. — Liège, 10 mars 1860, Pas. 1860, 317. — 21 mai 1870, Pas. 1870, p. 299. — Rouyer, *op. cit.*, p. 47.

4 Req., 4 juin 1896, D. 1896, 1, 447, *Pand. fr.*, 1896, 7, 60. — Paris, 16 nov. 1883, D. 1884, 2, 145. — Trib. Seine, 10 avril 1885, *Gaz. Trib.*, 29 avril 1885. — Cf. Paris, 18 déc. 1893, *Gaz. Trib.*, 23 mai 1894. — Tissier, Note au S., 1909, 1, 305. — Vollaud, p. 80.

5 Req., 21 mars 1877, D. 1878, 1, 211.

6 Cass. civ., 9 janv. 1889, S. 1889, 1, 118.

gatoire et on ne doit pas penser que la chambre civile ait voulu dans cet arrêt se mettre en contradiction avec le système général admis par la chambre des requêtes, lequel est fondé sur des intérêts pratiques. Elle a voulu simplement reproduire la solution donnée déjà par la chambre des requêtes, en vertu de laquelle le juge incompétent ne peut recevoir un aveu judiciaire et elle a comme celle-ci employé assez inutilement le terme du contrat judiciaire[1].

646. — Si les juges ont une grande facilité pour recevoir les contrats judiciaires, encore faut-il qu'ils aient un lien avec la difficulté qui leur est soumise, et la Cour de cassation a déjà pris soin de le préciser, de faire remarquer que le droit constaté par contrat était la condition de celui réclamé en justice[2]. Mais pour les raisons indiquées plu haut, ce principe est souvent oublié dans les jugements d'expédients.

Enfin, il est à peine besoin d'ajouter que par leur nature les ordonnances sur requête ne peuvent contenir un contrat judiciaire[3].

647. — La constatation du contrat judiciaire doit comme tout donné acte se trouver dans le dispositif du jugement et non pas simplement dans les motifs[4]. Si elle a lieu sans

---

1 V. Req., 19 déc. 1877, S. 1878, 1, 309; D. 1878, 1, 176.

2 Cass. req., 2 août 1875, S. 1876, 1, 160. — Cf. Cass. civ., 23 août 1881, S. 1882, 1, 344. — Cass., 28 nov. 1904, D. 1905, 1 204; S. 1907. 1, 282. — Paris, 19 août 1841, S. 1842, 2, 251. — Cass. belge, 22 nov. 1897, S. 1900, 4, 17, et la note. — Rennes, 13 mars 1837, D. v° *Conciliation*, n° 354. — Maupoint, p. 68.

3 Trib. Seine, 4 août 1903, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., 2, 179. — Trib. Seine, 24 juillet 1900, *id.* 1900, 2e sem., 2, 489. — Cf. Req., 5 nov. 1873, S. 1874, 1, 169.

4 Poitiers, 26 déc. 1826, D. v° *Jugement*, n° 324. — Tououse, 5 janv. 1843, D v° *Acquiescement*, n° 789. — Dijon, 3 janv. 1898, S. 1899, 2, 203. — Caen, 19 août 1837, S. 1838, 2, 26. — Vollaud, thèse citée, p. 83. — *Contrà* Bruxelles, 25 avril 1822, Pasicr. 1822, 117. — Liège, 6 juin 1836, id., p. 133. — Gand, 13 août 1884, Pas. 1885, 53. — Cass. belge, 14 juin 1886, jd., p. 270. — Rennes, 6 août 1849, S. 1851, 2, 731.

discussion, elle est même dispensée de motifs[1]. Il n'y aurait lieu de motiver que s'il y avait un débat, ou si le donné acte était refusé[2].

La constatation du contrat judiciaire peut se présenter sous cette forme du donné acte. Elle peut aussi avoir lieu sous cette forme dissimulée du jugement d'expédient, c'est-à-dire de celui où les parties sont en réalité d'accord, malgré les apparences. La jurisprudence la plus récente voit ici en effet un contrat judiciaire[3] qu'il y ait conclusions concordantes ou même dispositif rédigé à l'avance par les avoués.

Le contrat judiciaire se présente quelquefois de façon spéciale : lorsqu'il a lieu pour l'exécution d'une autre convention. C'est ce que dit le Code de procédure (art. 519) pour la soumission de caution. Celle-ci a lieu au greffe[4]. Mais en dehors de la soumission de caution, aucun contrat judiciaire n'a l'occasion de se passer au greffe[5].

648. — Ce que présente d'essentiel le contrat judiciaire, c'est qu'il est constaté par le juge et cela de façon expresse[6]. Cette constation n'est pas seulement un moyen de preuve

---

1 Req., 13 fév. 1889, D. 1889, 5, 315. — Req., 11 janv. 1897, D. 1897, 1, 40. — Cass. civ., 25 mai 1897, D. 1898, 1, 37. — Certains arrêts ont paru exiger un débat spécial sur le contrat judiciaire. Rien ne l'impose. Il faut simplement dire que les parties ont dû véritablement s'accorder pour ce contrat de façon nette, v. Chambéry, 17 avril 1888, D. 1890, 1, 437. — Cass. req., 17 déc. 1878, D. 1879, 1, 255. — Cass. civ., 9 juill. 1845, S. 1845, 1, 729

2 Req., 8 mai 1855, S. 1855, 1, 327.

3 Toulouse, 21 mai 1885, D. 1886, 2, 73 (*sol. implic.*). — Bordeaux, 2 mai 1895, S. 1897, 2, 166. — Cass. req., 9 janv. 1893, S. 1894, 1, 438. — Cass. req., 1er juill. 1879, S. 1880, 1, 106.

4 *Cf.* Poncet, *Des jugements*, n° 28.

5 On se demande même actuellement s'il y a là un contrat (v. Maupoint. *op. cit.*, p. 11, note 1). En effet, il a été jugé que la caution est obligée sans que le créancier ait accepté le cautionnement, Cass., 16 fév. 1807. — Riom, 29 nov. 1830, D. v° *Surenchère*, n° 171. — Glasson, II, n° 781. — Garsonnet, 3e éd., IV, § 1244.

6 Civ., 3 fév. 1915, D. 1918, 1, 47; S. 1915, 1, 49.

commode qui comme d'autres peut servir à établir la convention. C'est une solennité. L'entente n'a pas de valeur juridique si elle n'a pas été constatée par le juge. La preuve ne peut résulter que de la constatation faite par le juge, dit la Cour de cassation[1]. Des présomptions même sérieuses ne suffisent pas. Ainsi les arrêts le répètent à l'envi : « le contrat judiciaire ne se forme que quand l'une des parties s'oblige, quand l'autre partie accepte l'obligation et quand cet engagement réciproque est constaté par le juge »[2]. « Le contrat n'est parfait que quand, etc. ».

Un arrêt de la chambre des requêtes serait encore plus net si possible. Si sur assignation, les défendeurs ont déclaré d'abord consentir à l'exécution du bail, « il est constant qu'acte de ce consentement n'a été ni demandé, ni accordé... qu'il n'y avait donc pas contrat judiciaire formé entre les parties au moment où après le dépôt du rapport des experts

---

1 Req., 2 juin 1908, S. 1909, 1, 305, avec note de M. Tissier, D. 1908, 1, 475. — Req., 17 juin 1913, D. 1914, 1, 251. — Cass. civ., 3 fév. 1915, S. 1915, 1, 49. — Cass. civ., 8 août 1900, S. 1903, 1, 46; D. 1905, 1, 252, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, 548, *P. F.*, 1902, 1, 13, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 1, 61, *Pand. fr.*, 1902, 1, 13. — Caen, 19 août 1837, S. 1838, 2, 25, D. Rép. v° *Contrat judiciaire*, n° 7. — Cass. civ., 7 mai 1860, D. 1860, 1, 234. — Cass. civ., 21 mars 1882, D. 1883, 1, 214. — Req., 18 nov. 1878, D. Supp., v° *Contrat judiciaire*, n° 4, 5°. S. 1881, 1, 70. — V. Rouyer, *op. cit.*, pp. 37-42. — Maupoint, pp. 21-25 et 58-60. — Tissier, S. 1909, 1, 305. — Vollaud, p. 70. — *Cf.* Planiol, II, 6e éd., n° 1163. — *Contrà :* Larombière, art. 1101, n° 16. — Laurent, XV, n° 480. — Bioche, Dict. de proc., v° *Contrat judiciaire*, n° 3. — *Contrà :* Gand, 29 juill. 1876, Pasicr., 1876, 2, 330.

2 Req., 4 juin 1896, D. 1896, 1, 447, *P. F.*, 1897, 7, 60. — Req., 7 fév. 1882, D. 1882, 1, 414; S. 1883, 1, 200. — Civ., 7 mai 1860, D. 1860, 1, 234. — Civ., 9 juillet 1845, S. 1845, 1, 729; D. 1845, 1, 353 (formules identiques). — Chambéry, 17 avril 1890, D. 1890, 1, 437. — Lyon, 7 déc. 1892, D. 1894, 2, 97, avec note. — Douai, 24 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 473. Trib. paix Paris, 17 mars 1890, *Gaz. Trib.*, 27 mai 1890. — Grenoble, 6 nov. 1906, D. 1909, 2, 30. — Angers, 9 fév. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 353. — Req., 5 juill 1869, S. 1869, 1, 452. — Caen, 16 fév. 1912, *Rec. Caen*, 1912, 188.

les défendeurs ont modifié leurs conclusions et demandé la résiliation du bail. »[1].

Ainsi un dire sur un cahier des charges n'ayant été l'objet d'aucune protestation, mais le tribunal s'étant abstenu de le constater, il n'y a pas contrat judiciaire[2].

On est donc bien en droit de dire que la jurisprudence avec un sens profond des nécessités pratiques a ajouté à la liste déjà longue des actes solennels un nouveau contrat : le contrat judiciaire[3].

Mais si un accord a été établi avant jugement, et si une décision s'en inspire, il pourra y avoir à défaut de contrat judiciaire un contrat privé valable[4].

649. — Aussi tirant de là les conséquences naturelles, on doit admettre que la créance admise au passif d'une faillite par le vote des créanciers n'est pas encore l'objet d'un contrat judiciaire. Il faut qu'elle ait été affirmée devant le juge. La constatation judiciaire seule rend le contrat parfait[5].

Au point de vue de la preuve, la Cour de cassation s'explique très nettement. Il faut que « l'une des parties s'oblige, que l'autre accepte cette obligation et que cet engagement réciproque soit constaté. Spécialement en conciliation, il faut que cette constatation soit portée en minute sur la feuille d'audience et signée du président et du greffier. On ne peut

---

1 Req., 5 juill. 1869, S. 1869, 1, 452 ; D. 1871, 1, 316. — Cf. Bréau, *op. cit.*, p. 39.

2 Cass. civ., 19 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 612, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 817.

3 Rappr. Limoges, 7 déc. 1892, D. 1894, 2, 97, qui déclare sans valeur un contrat non constaté par le juge. — Planiol, II, n° 1163. — Tissier dans S. 1909, 1, 305. — *Contrà :* Maupoint, p. 143. — V. aussi Dijon, 3 mars 1898, *P. F.*, 1899, 2, 331, qui ne tient pas compte de simples motifs énonçant l'accord.

4 V. Cass. civ., 9 janv. 1912, D. 1914, 1, 322, accord antérieur à la réunion du jury d'expropriation qui s'en inspire, mais qui n'a pas été renouvelé devant lui, l'exproprié n'étant pas venu.

5 Orléans, 6 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 268.

pas prouver le contrat par tous moyens, car il ne s'agit pas d'un mode de preuve, mais d'une forme essentielle, le contrat judiciaire ne pouvant exister sans la constatation expresse du juge[1].

Mais le juge ne peut à propos d'un contrat judiciaire que constater les consentements. Il ne peut si une offre a été faite sans condition admettre l'offre et effacer la condition[2]. Cependant le juge peut avoir un certain droit de contrôle sur certains contrats judiciaires[3]. Nous l'indiquerons en parlant du rôle du juge dans la formation des contrats.

En la forme, le contrat judiciaire n'a besoin comme tous les actes émanant de justice que de la signature du président et du greffier. Celle des parties est inutile[4].

650. — Lorsque les parties en procès sont inconsciemment peut-être d'accord sur certains points, le juge le constate par contrat judiciaire. Il est donc inutile qu'on ait solli-

---

1 Civ., 3 fév. 1915, D. 1918, 1, 47; S. 1915, 1, 49.

2 Bordeaux, 28 mai 1832, S. 1832, 2, 626, D. Rép., v° *Contrat judiciaire*, n° 10. — Cf. Cass. civ., 13 juin 1827, *eod. loc.*, n° 17 (interdiction au juge de modifier ultérieurement ce contrat au cours du procès). — Lyon, 4 juin 1850, *Rec. Lyon*, XXVIII, p. 146. — Cass., 13 juin 1904, *Gaz. Trib.*, 22 juin 1904. — Maupoint, p. 65.

3 Req., 5 nov. 1878. S 1878, 1, 466. Pour la fixation des honoraires des syndics, l'art. 462 en donne la fixation au tribunal, mais un contrat judiciaire entre le syndic et un créancier empêche celui-ci de se plaindre de la fixation acceptée par lui et par d'autres. Il y a d'ailleurs plutôt ici taxation du juge et acquiescement antérieur d'un créancier.

4 Toulouse, 25 juin 1831, S. 1831, 2, 319. — Agen, 28 fév. 1867, S. 1867, 2, 195. Req., 5 mars 1855, S. 1855, 1, 731. — Cass. civ., 3 oct. 1808, S. chr., D. Rép., v° *Acquiescement*, n° 799. — Cass. req., 15 juin 1869, D. 1871, 1, 331; S. 1870, 1, 28. — Cass. req., 27 mars 1832, S. 1832, 1, 598. — *Contrà*: Bourges, 21 fév. 1842, D. 1844, 2, 133. — V. cep. pour le procès-verbal de conciliation, Garsonnet, II, 4e éd., n° 179. — Bioche, v° *Conciliation*, n° 136. — Rennes, 9 avril 1827 et 13 mars 1837, D. v° *Conciliation*, n°s 353 et 354. — Mais en notre sens, v. Cass. req., 5 mars 1855, D. 1855, 1, 99. — Chambéry 2 mars 1896, D. 1898, 2, 393, avec note de M. Cézar Bru. — Poitiers, 7 août 1861, D. 1862, 2, 57.

cité le donné acte ou qu'on ait eu l'intention de passer contrat. Le juge ici constate le contrat judiciaire sans qu'il y ait inconvénient pour les parties, ce contrat ayant tous les avantages d'un jugement, comme nous le verrons[1].

Lorsque les parties ont devant le juge manifesté leurs volontés soit par des conclusions, soit par des affirmations verbales à l'audience, si leur accord est purement apparent et non réel : deux plaideurs demandant l'homologation d'un rapport, mais aboutissant à un tracé différent du passage à établir, il n'y a pas contrat et le juge ne peut le constater[2].

Mais les parties ayant manifesté leurs volontés sur un point, une d'elles peut prétendre qu'il y a accord et qu'il y a lieu d'en donner acte. Le juge au contraire peut prétendre que cet accord n'existe pas et refuser le donné acte. Que se passera-t-il ? Le plaideur qui prétend qu'il y a eu accord pourrait faire appel et alors la cour d'appel si elle était d'un avis différent pourrait donner acte du contrat. Mais pourrait-on aller plus loin ? La jurisprudence depuis une quarantaine d'années s'est prononcée diverses fois.

Divers jugements rendus en matière d'acquiescement ont décidé que le point de savoir s'il y avait acquiescement dépendait exclusivement des juges de fait[3] et cette solution a été donnée dans d'autres cas[4]. Puis des arrêts ont paru abandonner un peu cette manière de voir en déclarant que les juges avaient rejeté un contrat judiciaire qui n'existait pas, ou s'étaient livrés à des appréciations de fait justifiées[5]. Et même un important arrêt de cassation[6] a cassé une déci-

---

1 Cf. Req., 9 janv. 1893, *P. F.*, 1894, 1, 351.

2 Toulouse, 15 février 1898, *Gaz Trib. du Midi*, 12 juin 1898. — Cass. civ., 21 mars 1882, D. 1883, 1, 214.

3 Cass. civ., 4 mars 1873, D. 1873, 1, 96. — Cass. req., 10 août 1874, D. 1875, 1, 107. — Cass. crim., 27 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 55.

4 Cf. Cass. req., 24 janv. 1877, D. 1878, 1, 125.

4 Req., 13 avril 1885, S. 1886, 1, 154.

5 Req., 24 déc. 1901, S. 1902, 1, 506. — Req., 19 juin 1908, S. 1909, 1, 28.

6 Civ., 23 mars 1903, D. 1903, 1, 406.

sion pour avoir « fait état d'un contrat judiciaire qui n'était pas établi et méconnu le sens et les termes des conclusions des demandeurs. » Ainsi donc, au cas où le jugement méconnaît le sens des conclusions des parties, le pourvoi est possible. Il semble même que le pouvoir de la Cour de cassation se limite à ce cas, car un autre arrêt récent parle à nouveau du pouvoir souverain d'interprétation des juges du fait[1].

La solution donnée, bien que délicate paraît exacte. Si un juge du fait constate ou nie un accord, sa décision est souveraine, sauf le cas où il a été jusqu'à méconnaître absolument le sens des conclusions déposées devant lui. La Cour de cassation n'a donc fait ici qu'appliquer son droit de contrôle dans la mesure ordinaire.

Ajoutons que si le juge refuse de constater un accord qui lui semble contraire à l'ordre public, ce refus pourra donner lieu à un recours[2]. C'est ce qui nous amène à étudier les voies de recours contre le jugement qui constate le contrat.

651. — Cette indication nous amène à examiner dans quelle mesure le contrat judiciaire peut donner lieu à appel[3].

Si le juge a constaté qu'il n'y avait pas accord, la Cour d'appel pourra réformer et dire que les conclusions ont été mal comprises et qu'il y a accord. Ce droit de contrôle se déduit par *a fortiori* de celui qui appartient à la Cour de cassation[4]. Mais il soulève une difficulté. Faudra-t-il que

---

1 Cass. civ., 26 juin 1905, S. 1905, 1, 433, avec note de M. Lyon-Caen.

2 V. pour l'ordre amiable, Maraud, *Ordre amiable*, p. 116. — Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, 2e éd., V, n° 1807.

3 V. sur les voies de recours, André Henry, thèse citée, pp. 153 et suiv. — Labbé, note au Sir., 1880, 1, 161. — Japiot, *Revue de droit civil*, 1912, p. 811. — Celers, *Jugements d'expédients*, thèse Paris, 1901, p. 40.

4 V. cep. Paris, 30 juin 1893, D. 1895, 2, 133.

les conclusions des parties se soient maintenues jusqu'à l'arrêt d'appel, ou une rétractation formulée à un moment quelconque suffira-t-elle pour empêcher l'arrêt de donné acte d'être rendu ?

Si le jugement de première instance a constaté l'accord, une des parties pourrait prétendre en appel qu'il n'y a pas accord, sauf à la Cour à solutionner ce point en tel ou tel sens. C'est ce qu'admettent les Cours d'appel[1].

Mais inversement une partie prétend en première instance qu'il y a eu accord. Son adversaire le conteste. Le juge le nie. Elle fait appel. Le juge d'appel peut-il constater qu'en première instance il y avait accord ? Nous admettrons un peu plus loin de façon implicite (v. n° 653) que le juge d'appel peut déclarer par un jugement contentieux que l'accord existe. Nous le ferons en établissant que l'accord une fois réalisé entre les parties, le juge peut être amené à le constater même si une partie prétend se rétracter avant le jugement.

Les solutions que nous venons de donner ne contredisent pas le principe suivant lequel les jugements contenant des contrats judiciaires ne sont pas susceptibles d'appel. Ce principe veut dire que lorsqu'il est constaté qu'il y a contrat judiciaire, que la cour constate ce fait pour la première fois ou qu'il ait été constaté en première instance, elle doit s'arrêter là et dire, il y a contrat judiciaire, nous n'avons plus à indiquer sur les difficultés notre propre manière le voir. C'est en ce sens que nombre d'arrêts ont admis avec raison que l'appel n'était pas recevable[2] et c'est en ce sens

---

1 V. Grenoble, 16 déc. 1902, D. 1904, 2, 5 ; S. 1904, 2, 143. — Paris, 30 juin 1893, D. 1895, 2, 134.

2 V. Rouen, 11 mars 1910, D. 1911, 2, 140 ; S. 1910, 2, 304. — Bordeaux, 18 mars 1886, D. 1887, 5, 24. — Bordeaux, 2 mai 1896, S. 1897, 2, 167 ; D. 1896, 2, 394. — Cass. req., 30 nov. 1825, S. chr. — Trib. Liège, 27 mars 1908, Pas. 1909, 3, 66. — Liège, 23 janv. 1911, Pas. 1911, 2, 196. — Req., 10 juill. 1895, S. 1897, 1, 132. — Trib. Toulouse, 12 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 13 sept. 1914. — Paris, 15 mars 1811, D. Rép., v° *Appel civil*, n° 282. — Cf. Rouen, 8 nov.

qu'il faut dire que la Cour d'appel ne peut méconnaître le contrat judiciaire[1].

Mais pour les jugements d'expédients on admet dans les anciens arrêts que l'appel est recevable[2] [3].

651 bis. — Pour la tierce opposition, il semble préférable de dire qu'elle ne sera pas possible. Le contrat judiciaire étant un contrat les tiers ne peuvent pas se plaindre de lui. S'ils ont à s'en plaindre parce qu'il a constitué une fraude à leur égard, ils auront la voie de l'action en nullité de l'article 1167 Civ.[4].

652. — De ce que le contrat judiciaire est un contrat solennel, il ne résulte pas que l'accord des parties doit être expressément constaté. Sa constatation peut être faite de façon implicite[5] Encore doit-elle être suffisamment nette. Ainsi on n'a pas admis qu'il y avait constatation dans de simples motifs contenus dans un jugement[6], dans le fait de désigner un écrit sous le nom de billet à ordre[7]. Ce sera à

1899, *Rec. Rouen*, 1899, 1, 261. — Garsonnet, V, n° 1222. — Crépon, *De l'appel*, n°s 971 et suiv. — La Cour de Grenoble, 11 fév. 1898, D. 1898, 2, 439, a cependant admis qu'une personne prétendant n'avoir pas consenti au contrat, l'appel était irrécevable, mais qu'elle pouvait agir par action en nullité.

1 V. Cass. civ., 23 août 1881, S. 1882, 1, 344.

2 Cass. req., 11 déc. 1834, S. 1835, 1, 376 (*sol. implic.*). — Aubry et Rau, IV, § 419, note 2. — Cass. req., 12 fév. 1878, S. 1880, 1, 161, avec note de Labbé.

3 *Contrà:* Cass. civ., 14 juill. 1813, S. chr. — Paris, 15 mars 1811 et 16 juin 1813, S. chr.

4 V. la note de M. Tissier sous Bordeaux, 22 fév. 1888, S. 1891, 2, 57 et l'arrêt. — Cf. Cass. civ., 3 janv. 1883, S. 1883, 1, 349; D. 1883, 1, 457. — *Contrà:* Req., 11 déc. 1834, S. 1835, 1, 376.

5 Cass. civ., 12 déc. 1894, D. 1895, 1, 268. — Cass. civ., 30 juill. 1883, D. 1884, 1, 407. — Cass. req., 19 mai 1885, D. 1885, 1, 446.

6 Dijon, 3 mars 1898, S. 1899, 2, 203, *Pand. fr.*, 1899, 2, 331. — Cass., 13 juin 1904, *Gaz. Trib.*, 24 juin 1904. — Cf. Cass. civ., 9 juill. 1845, S. 1845, 1, 729; D. 1845, 1, 353.

7 Cass. req., 17 déc. 1878, S. 1879, 1, 403.

ceux qui interprèteront le jugement à voir si oui ou non ils constatent un contrat judiciaire.

De même les volontés des parties qui adhèrent au contrat ne sont pas nécessairement expresses. Elles peuvent être tacites[1].

653. — Qu'arriverait-il au cas où les parties ayant émis des volontés concordantes une d'elles se rétracterait avant le donné acte, par exemple au moment, où elle apprend que son adversaire sollicite cette mesure ? La question, qui semble inconnue en jurisprudence, semble pouvoir être ramenée à cette idée : qu'il y a promesse d'un acte solennel qui en cas d'inexécution sera remplacée par un jugement contentieux. La promesse sera donc obligatoire, à moins qu'en fait les parties ne semblent avoir voulu réserver leur liberté jusqu'au donné acte[2].

Nous admettrons donc le caractère obligatoire de l'accord, parce qu'il s'agit ici d'une convention privée qui comme telle est obligatoire et que les juges constatent dès qu'à un moment donné elle s'est produite. Si le contrat judiciaire est un acte solennel, c'est, nous l'avons vu, pour empêcher que dans un procès on discute ce qui s'est passé dans un autre. Ici cet inconvénient n'existant pas, le juge devra constater l'accord, mais son jugement aura un caractère contentieux.

654. — Une des questions les plus pratiques que soulève le contrat judiciaire est celle de l'étendue de ses effets. Le contrat n'existe que sur le point précis qui a fait l'objet de l'accord des parties. Il ne peut recevoir aucune portée plus grande. Dans l'état tendu où sont les rapports des

---

[1] Besançon, 3 déc. 1863, D. 1863, 2, 217. — Cass. req., 19 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 206, D. 1885, 1, 446. — Cass. civ., 27 janv. 1857, D. 1857, 1, 82.

[2] V. dans le sens obligatoire : Merlin, v° *Contrat judiciaire*, *contrà* : Rouyer, p. 42. — M. Maupoint, dit. c'est une question de fait (p. 141). — Cf. Carré, IV, p. 452. — Pigeau, *Proc. civ.*, 2e partie, livre II, titre 5, chap. 4.

contractants, on ne peut pas penser qu'ils ont voulu traiter implicitement sur des points non directement visés. La portée du contrat doit donc, étant donné les circonstances, être fixée de façon restrictive.

C'est ce qui a été fréquemment décidé en fait, à propos d'admission au passif d'une faillite. Cette admission n'empêche pas le syndic de discuter au moment de l'ordre partie des hypothèques constituées au créancier[1]. De même le créancier peut ensuite invoquer un privilège[2]. De même, si une dette a été reconnue, on peut encore invoquer la nullité de la vente d'où est née cette obligation[3].

L'acceptation de l'audition d'un témoin n'emporte pas acceptation de celle d'un autre dont on a déjà refusé le témoignage[4].

Sur l'objet même du contrat judiciaire, la convention constatée est désormais définitive : une demande tendant à

---

1 De même le syndic peut encore discuter la propriété de la provision vis-à vis d'un créancier admis au passif sous réserve, Cass., 1er février 1888, S. 1890, 1, 394. — Amiens, 3 fév. 1876, S. 1877, 2, 41. — V. cep. Req., 25 fév. 1861, D. 1861, 1, 200. — Pau, 27 mars 1871, D. 1872, 2, 24. — Trib. comm. Angoulême, 4 fév. 1886, *Journ. Faillites*, 1886, p. 92.

2 Rouen, 2 janv. 1851, D. 1855, 2, 179. — Douai, 30 juin 1855, D. 1856, 2, 175.

3 Req., 30 déc. 1872, D. 1873, 5, 87 et Rép. suppl., v° *Contrat judiciaire*, n° 5, S. 1873, 1, 410. — Rappr. sur le principe : Cass. civ., 22 janv. 1902, S. 1905, 1, 74. — Cass., 21 juill. 1887, le *Droit*, 15 oct. 1887. — Grenoble, 14 juin 1849, D. 1851, 2, 152. — Req., 14 déc. 1831, D. Rép. v° *Contrat judiciaire*, n. 11. — Cass. civ., 7 mai 1860, S. 1860, 1, 507 : D. 1860, 1, 234. — V. cep. Nancy, 17 avril 1886, *Rec. Nancy*, 1886, 75, qui déclare qu'un désistement d'une opposition aux qualités rend non recevable à se prévaloir de la nullité d'une ordonnance pour défaut de date. — Trib. comm. Seine, 15 juin 1887, *Journ. Faillites*, 1887, 326, qui déclare que la renonciation à poursuivre le paiement dans une faillite ouverte à l'étranger emporte renonciation à se présenter à la faillite ouverte en France.

4 Caen, 3 août 1848, P. 1850, 1, 297 ; D. 1850, 2, 157.

un but opposé est complètement irrecevable[1]. Et une décision violant le contrat judiciaire devrait être cassée[2].

La convention constatée restera debout malgré la péremption de l'instance[3]. L'opinion contraire donne une portée abusive au texte de l'article 401 Proc. qui dit qu'on ne peut « opposer aucun des actes de la procédure éteinte ou s'en prévaloir. » Ce texte vise le cas ordinaire des actes de la procédure, non le cas d'actes renfermés dans un jugement Pour ces actes. ils sont indépendants du jugement et par rapport à eux, la procédure est close.

Les contrats judiciaires ne tomberaient que si le jugement était annulé[4].

655. — Le contrat judiciaire constitue un acte authentique.

Quant à la force exécutoire, il faut mettre à part le procès verbal de conciliation dressé devant le juge de paix, les

---

1 Cass. req., 11 nov. 1839, S. 1840, 1, 191, D. Rép., v° *Contrat judiciaire*, n° 19. — Cass., 30 juin 1880, S. 1882, 1, 465. — Cf. Cass. req., 12 juill. 1809, D. Rép., v° *Contrat judiciaire*, n° 16, S. chr. — Req., 20 fév. 1836, S. 1836, 1, 201; D. *eod.*, v. n° 16. — Cass. civ., 13 juin 1827, *eod. loc.*, n° 17. — Cass. civ., 16 déc. 1868, D. 1869, 1, 82. — Aix, 9 fév. 1889, *Rec. Aix*, 1889, 363. — Paris, 16 nov. 1892, *Rec. Proc. civ.*, 1893, 55 — Cass. civ., 19 mars 1879, D. 1879, 1, 180; S. 1879, 1, 271 — Cass. req., 21 janv. 1877, S. 1877, 1, 304: D. 1878, 1, 211. — Cass. civ., 30 juin 1880, S. 1882, 1, 465; D. 1881, 1, 20. — Caen, 3 août 1848. D. 1850, 2, 157. — Rouyer, *op. cit.*, p. 65.

2 Cass. civ., 23 mai 1900, S. 1903, 1, 480. — Il faut toutefois ne pas l'opposer en cassation pour la première fois, Cass. civ., 8 mars 1881, S. 1881, 1, 257. — Cass. req., 30 déc. 1878, S. 1879, 1. 68

3 V. en ce sens: Rouyer, *op. cit.*, pp. 87-91. — *Contrà:* Pand. belges, v° *Contrat jud.*, n° 286. — Cf. Locré, *Code de procédure*, t. II, p. 71 (art. 401).

4 V. Caen, 21 mars 1870, D. 1872, 1, 138. — Rouyer, *op. cit.*, p. 85.

5 Grenoble, 16 déc. 1902, S. 1904, 2, 143. — Grenoble, 18 fév. 1898, D. 1898, 2, 439. — Trib. Seine, 12 nov. 1901, D. 1903, 2, 86. — Merlin, v° *Contrat judiciaire*. — Rouyer, *op. cit.*, p. 42. — Maupoint, p. 91. — Vollaud, p. 105.

conventions constatées dans ce procès verbal « ont force d'obligation privée » (art. 54, Proc.). Cette solution qui leur enlève force exécutoire a été établie pour éviter aux notaires une concurrence dangereuse. Mais les autres contrats judiciaires ont force exécutoire[1], la loi le dit d'ailleurs pour la soumission de caution (art. 519, Proc.).

Ici le caractère de jugement l'emporte nettement sur celui de contrat. Cela est commode d'éviter ainsi de nouveaux frais. Cela est assez d'accord avec le désir des parties qui ayant tant fait que de venir devant un juge doivent désirer profiter de cette circonstance pour avoir un contrat fort, énergique. Dire, ce qui est logique, que le contrat judiciaire n'est qu'un contrat, c'est raisonner en scolastique, non en juriste, c'est-à-dire d'après les besoins sociaux.

656. — Le contrat judiciaire et spécialement le jugement d'expédient emporte hypothèque judiciaire[2]. L'article 2117 le dit en indiquant que l'hypothèque résulte des « actes judiciaires », ce qui vise non seulement les reconnaissances de dettes, mais tous les contrats judiciaires. On ne peut songer à restreindre ce texte général, ce serait contraire à toute la tradition de l'Ancien droit où les contrats reçus en justice emportaient hypothèque.

Ici sous l'empire des nécessités pratiques, le contrat judiciaire tourne au jugement. Il en produit les effets. Cela est

---

1 Cass., 2 nivôse, an IX, D. v° *Ch. jugée*, n° 28. — Trib. Seine, 12 nov. 1901, D. 1903, 2, 86. — Vollaud, p. 111. — L'art. 278 Proc. allemand tend à ces théories en traitant comme jugement ordinaire le jugement rendu après reconnaissance de la dette par le débiteur.

2 Cass. civ., 28 nov. 1904, D. 1905, 1, 204; S. 1907, 1, 282. — Cass. civ., 6 janv. 1845, S. 1845, 1, 188; D. 1845, 1, 56. — Toulouse, 30 avril 1842, S. 1845, 2, 545. — Req., 6 mars 1894, D. 1894, 1, 489. — Aubry et Rau, III, § 265, note 16. — Guillouard, *Hypothèques*, II, n° 899. — Baudry et de Loynes, II, n° 1239. — Huc, XIII, n° 198. — Planiol, II, n° 2859, 4°. — Poncet, *Jugements*, II, n° 42. — Maupoint, pp. 152-158. — Célers, *Jugements d'expédients*, p. 48. — Cf. Vollaud, p. 114, pour lequel en principe il n'y a pas d'hypothèque, vu que c'est un acte gracieux.

plus simple. Cela fortifie les situations acquises, évite les frais. La force des choses pousse à cette solution. Bien fragile est en face de cela le raisonnement : le contrat judiciaire est un contrat, il n'a pas plus d'effet qu'un contrat. Cette opinion ne peut résister aux besoins sociaux.

657. — La décision qui constate un contrat judiciaire n'étant pas un véritable jugement est privée comme toute décision de donné acte de l'autorité de la chose jugée[1].

Cependant si cela est exact en principe, la jurisprudence hésite, car ce système enlève la sécurité. Elle admet par exemple que le règlement d'ordre amiable acquiert l'autorité de chose jugée[2]. Elle l'admet aussi pour les jugements d'expédient[3].

Ici en effet se heurtent les deux conceptions du contrat judiciaire, la conception de contrat et celle de jugement. On voit quelle est la force qui pousse vers le second système. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1903 le ferait voir aux aveugles. Entre les plaideurs il y a eu deux ordres : l'un judiciaire, l'autre amiable. Le premier a l'au

---

1 Cass., 11 nov. 1872, S. 1874, 1, 372 ; D. 1873, 1, 455. — V. Cass. req., 7 nov. 1854, D. 1854, 1, 437. — Larombière, art. 1351, n° 14. — Cass., 11 août 1885, D. 1886, 1, 166 ; S. 1888, 1, 468 (désistement). — Cf. Cass. req., 21 juin 1877, D. 1877, 5, 79. — Cass. req., 31 déc. 1877, S. 1878, 1, 148. — V. cep. Paris, 24 nov. 1902, D. 1903, 2, 86. — Cass. civ., 9 avril 1866, D. 1866, 1, 495 ; S. 1866, 1, 247. — Cass. req., 28 mars 1866, S. 1866, 1, 246, qui admettent cette autorité. — Glasson, D. 1886, 2, 73.

2 Cass. civ., 13 janv. 1903, S. 1903, 1, 497. — Bordeaux, 4 janv. 1904, D. 1907, 2, 295. — *Contrà :* Aix, 12 nov. 1904, *eod. loc.* — Cf. Maupoint, *op. cit.*, pp. 192-200.

3 Cass. req., 27 oct. 1885, D. 1886, 1, 37 ; S. 1889, 1, 13. — Cass. civ., 23 mars 1869, D. 1869, 1, 334 ; S. 1869, 1, 464. — Cass. civ., 9 avril 1866, D. 1866, 1, 495 ; S. 1866, 1, 247. — Cass. req., 26 mars 1866, D. 1866, 1, 494 ; S. 1866, 1, 246. — Trib. Seine, 12 nov. 1901, D. 1903, 2, 86. — Aubry et Rau, III, § 265, note 25. — Lacoste, *Chose jugée*, n° 166. — Griolet, *Chose jugée*, p. 89. — V Célers, *Des jugements convenus*, thèse Paris, 1901. — Garsonnet et Cézar Bru, 2e éd., VI, n° 2568.

torité de chose jugée. Va-t-on dire aux plaideurs : dans le second, vous avez eu tort de vous entendre. Il fallait plaider, ce n'est qu'en vous querellant, et à force de frais que vous aurez une décision ayant les avantages de fermer certains recours. La justice était là pour vous protéger, vous avez tout accepté, peu importe. On voit de quel côté la jurisprudence doit forcément incliner.

Sans doute c'est très grave. Voici des décisions gracieuses qui vont avoir l'autorité de la chose jugée. Cela dérange les symétries théoriques. Evidemment, il faudra construire des principes nouveaux. Mais, au rebours du mot célèbre, Périssent les principes plutôt que les colonies. Si les principes après mûre réflexion sont des instruments donnant de mauvais résultats, il faut réformer l'instrument technique qui n'est qu'une mauvaise concentration de certaines solutions imposées par les besoins sociaux.

658. — Le juge de droit commun est compétent pour interpréter le contrat judiciaire qui est un contrat et non un jugement. Par suite un contrat judiciaire constaté par un jury d'expropriation sera interprété par l'autorité judiciaire[1]. On doit donc considérer comme une formule exagérée celle qui affirme que le contrat judiciaire doit être interprété par la juridiction dont elle émane[2]. Cela n'est exact que si cette juridiction est en même temps le tribunal de droit commun entre les plaideurs.

659. — Ayant chemin faisant indiqué les forces qui agissent sur le contrat judiciaire, nous pouvons en dégager la construction technique de la façon suivante.

On se demande couramment est-ce un contrat, est-ce un jugement.

Nous avons constaté que c'était un contrat, qu'il en exi-

---

1 Cons. d'Etat, 26 août 1858, D. 1859, 3, 45. — Paris. 26 déc. 1857, D. 1859, 2, 41.

2 V. cep. Toulouse, 15 fév. 1898, *Gaz. Trib. Midi*, 12 juin. — V. Bréau, p. 101.

geait les conditions de validité. Mais enchassé dans un jugement, il est naturel (v. *suprà*, n° 655-657) qu'on lui donne les avantages que produit un jugement : autorité de chose jugée, hypothèque judiciaire. C'est ce qui nous a conduit, contrairement à l'opinion très fine de M. Tissier, à élargir la notion de contrat judiciaire, à y faire entrer le jugement d'expédient, l'ordre amiable, lorsque le juge ne constate pas simplement, mais condamne. Un contrat absorbé dans un jugement, en acquérant les avantages, telle est la notion que nous *induisons* des nécessités pratiques. D'autre part, ce jugement a incontestablement le caractère d'un acte de juridiction gracieuse[1].

660 — De même qu'il y a des contrats judiciaires peut-il y avoir des actes unilatéraux judiciaires.

Evidemment un acte unilatéral peut avoir lieu en justice et il devient définitif dès que l'adversaire en a eu connaissance. Ce sera le cas d'une renonciation.

Mais il peut y avoir des actes unilatéraux acquérant une force spéciale par le jugement de donné acte.

La question se poserait pour l'aveu si la jurisprudence française n'exigeait qu'il fut accepté (v. *suprà*, n° 634). On se demanderait s'il n'est révocable qu'après qu'il en a été donné acte.

En dehors de ce cas, l'acquiescement est unilatéral s'il est pur et simple[2]. N'est-il définitif que s'il y a le donné acte ? Il y a les mêmes raisons de l'admettre que pour les contrats. Ce qui est fait en justice se trouve solennisé pour éviter les débats sur un procès passé. Mais dès qu'il est émis, l'acquiescement ne peut être retiré, sauf qu'en ce cas il sera constaté par un jugement contentieux.

Il faudrait donner la même solution pour les renoncia-

---

1 V. spéc. sur l'ordre amiable, Japiot, *Rev. de dr. civil*, 1912, pp. 104 et suiv.

2 V. Glasson et Tissier, I, n° 343. — Garsonnet et Cézar Bru, III, 3e éd., n° 920.

tions qu'une partie peut faire en justice. Mais il arrive souvent qu'une partie juge à propos devant le juge de faire une offre, une déclaration, parfois sans intérêt direct, par acquit de conscience et que le juge lui en donne acte[1].

Cela a-t-il pour conséquence de rendre irrévocable ce qui a été ainsi déclaré ? Nous ne le pensons pas. Ce serait en effet trop grave de déclarer des offres maintenues indéfiniment.

Des actes unilatéraux judiciaires, nous rapprocherons le délaissement du tiers détenteur du bien hypothéqué. Cet acte se fait au greffe et il en est donné acte par le tribunal. Qu'il soit un contrat, comme étant une acceptation de la sommation de payer ou de délaisser, ou un acte unilatéral, ce n'est pas un véritable acte judiciaire, car on a admis qu'il était irrévocable dès avant le donné acte[2]. Donc dès que l'acte du greffe est dressé, on ne peut revenir sur lui qu'en se conformant à l'article 2173, al. 2. C'est donc un acte dont l'irrévocabilité existe très tôt et dans les conditions où elle existe pour les contrats (v. *suprà*).

---

1 V. Cass. civ., 23 mars 1869, S. 1869, 1, 464 ; D. 1869, 1, 335. Req., 7 nov. 1854, D. 1854, 1, 437.

2 Trib. Charleroi, 7 janv. 1875, Pas. 1875, 3, 94.

CHAPITRE XII

De la Capacité

Théorie générale (1)

661. — La capacité est l'aptitude à posséder ou à exercer des droits. La théorie de l'incapacité est dans son fondement essentiellement individualiste, bien qu'elle tende à assurer l'intérêt social de la protection des faibles. Elle est fondée, en effet, sur l'existence et sur l'état moral ou social de la personne, comme telle, elle est d'ordre public. Mais en face des nécessités sociales, notamment du besoin de sécurité pour les tiers, elle tend à s'étendre ou à se rétrécir dans ses effets suivant les cas. La logique s'arrête devant les besoins de la vie en société. Le législateur a ouvert la marche en modelant certaines incapacités naturelles d'après les besoins des tiers (art. 503 et 504 Civ.), en établissant pour sanction des incapacités légales des nullités relatives :

---

1 Pandectes belges, v° *Capacité et les renvois* (*minorité*, *surdo-mudité*, *interdiction*, *etc.*) *et Capacité privative*. — Pandectes françaises, v° *Conseil judiciaire*, n°s 293 et suiv. *Interdiction judiciaire*. n° 665. *Interdiction légale*, n° 46. *Mariage*, n° 1607. *Obligations*, n° 7542. — Répert. alphab. du droit français, v° *Conseil judiciaire*, 167. *Interdiction*, 144. *Interdiction légale*, 50. *Autorisation de femme mariée*. *Minorité*. — Dalloz, Rép., v° *Interdiction conseil judiciaire*, n° 985. *Minorité tutelle*, n° 9. *Obligations*, n° 330. Suppl. *eod. verb.* — Digesto italiano, v° *Capacita civile*. — Cf. Lucazievicz, *Capacité civile examinée au point de vue psychologique de l'agent*, th. Paris, 1900. — Encyclopedia giuridica italiana, v° *Capacita civile*.

ce qui est mettre à la disposition de l'individu le respect d'un principe d'ordre public, mais aussi renforcer la sécurité des tiers en abrégeant les prescriptions, en admettant la ratification. La jurisprudence a suivi le mouvement. Elle admet la relativité de la nullité au cas de l'article 503 Civ. Elle ne tient pas compte des incapacités dissimulées par fraude. Elle oblige tout incapable à restituer son enrichissement.

Mais la théorie de l'incapacité, en tant que théorie protectrice, garde encore de sa force, car la loi et la jurisprudence veulent que l'autorisation soit donnée de façon offrant toute garantie : nécessité de l'autorisation antérieure ou concomittante, nécessité de l'autorisation spéciale. En outre, elle est en pleine évolution sur un autre point. La protection de l'incapable apparaît de plus en plus comme n'étant pas un pouvoir arbitraire, mais un pouvoir exercé sous le contrôle des tribunaux. Cette idée n'a pas encore pénétré beaucoup le droit public, mais elle s'étend en droit privé.

La théorie de l'incapacité tend donc à établir un solide pouvoir privé de protection sous le contrôle judiciaire, mais à limiter ces idées dans leur force extérieure par celle de la sécurité des transactions.

662. — Pour pouvoir passer un acte juridique soit bilatéral, soit même unilatéral d'une façon valable[1], il faut être capable. L'acte passé par l'incapable est nul ou annulable. Cette nullité est prononcée à raison d'un certain état général de la personne, tantôt psychologique (enfant, aliéné), tantôt social et juridique (étranger, femme mariée, condamné)[2]. L'incapacité peut se présenter sous deux formes :

---

1 La capacité en matière de contrats est seule étudiée ici. Celle en matière de délits et quasi contrats sera vue à propos de ces sources d'obligations.

2 V. Larombière, I, art. 1124, n° 9.

incapacité de jouissance ou incapacité d'exercice[1] qui se caractérisent par leurs effets.

L'incapacité de jouissance (*Rechtsfähigkeit* des Allemands) consiste en ce que l'incapable ne peut utiliser personnellement un droit, ou l'utiliser par des représentants.

L'incapacité d'exercice consiste en ce qu une personne titulaire d'un droit ne peut passer des actes juridiques le concernant sans être représentée par une autre personne ou assistee par elle. C'est ce que les Allemands appellent la *Handlungsfähigkeit*.

Ces deux sortes d'incapacité sont des formes techniques dans lesquelles viennent se mouler des considérations sociales diverses raisons psychologiques, sociales, but de punition, etc.).

Bien que différentes, elles se rapprochent lorsqu'il s'agit de droits de telle nature que l'intéressé seul peut les exercer. La jouissance et l'exercice se confondent alors et on peut parler indifféremment de l'une ou de l'autre, ou plutôt la seconde incapacité entraîne la première.

Il ne faut pas les confondre avec l'absence de pouvoir. Le pouvoir, c'est le droit de faire des actes pour autrui. Ainsi un tuteur, un mandataire ont ou n'ont pas le pouvoir de faire seul des actes sur le patrimoine du pupille, du mandant[2]. L'acte passé en excédant les pouvoirs sera non pas forcément nul (cf. *suprà*, n° 102, les contrats sur la chose d'autrui), la question est délicate, mais il sera sûrement inopposable à l'intéressé. Par rapport à lui, il sera sans effet.

663. — L'incapacité de jouissance, ou inaptitude à être titulaire d'un droit, peut se présenter de différentes manières

---

[1] V. sur cette distinction, Colin et Capitant, *Droit civil*, I, p. 72. — Planiol, I, n° 1610. — Capitant, *Introd.*, pp. 144 et suiv. — Demolombe, I, n° 139. — Baudry et Houques Fourcade, I, n° 315. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 261. — Beudant, *Obligations*, I, n°s 153 et suiv — Krainz, *System*, I, p. 275. — V. la critique de ces expressions usuelles dans Planiol, I, n° 431.

[2] V. Planiol, I, n° 1611.

Elle peut être générale. En ce sens la capacité se confond avec la personnalité[1]. L'enfant non encore conçu[2], l'enfant non viable (art. 725 Civ.), l'association non déclarée (loi du 1er juillet 1901, art. 2) sont sans personnalités, donc incapables. Il en est de même de tous les groupements ou services non personnifiés.

Ce sont là des incapacités de jouissance absolue.

L'incapacité peut être spéciale et ne concerner que certains droits déterminés. Ainsi une personne à raison de son âge peut être incapable de se marier (art. 144 Civ.), de tester (art. 903 Civ.). Une personne à titre de peine peut être indigne de succéder (art. 727 Civ.), de recevoir entre vifs (loi du 31 mai 1854, art. 2). Une association pour des raisons économiques est incapable de faire le commerce ; posséder les immeubles non nécessaires à ses réunions, etc. est encore interdit par le législateur à l'association déclarée (loi du 1er juillet 1901, art. 6-3° et 11). Celle-ci ne peut, si elle n'a été reconnue d'utilité publique, recevoir des dons et legs (arg. *a contrario*, art. 11, al. 2)[3]. De même les époux capables de contracter entre eux en général ne peuvent passer entre eux une vente, un échange, un contrat de travail[4]. On s'est demandé si une société personne morale pouvait être gérante d'une autre[5].

Le syndicat professionnel ne peut faire le commerce[6].

---

1 V. Colin et Capitant, I, p. 582.

2 V. Lalou, *La maxime infans conceptus*, thèse Paris, 1904, pp. 57 et suiv.

3 V. sur les syndicats, Julien, *Capacité commerciale des syndicats agricoles*, thèse de Bordeaux, 1913. — Calien, *Rapport à la Société d'études législatives*, *Bull.*, 1909, p. 343.

4 Art. 1595 Civ. — Cf. Demolombe, nos 238 et suiv.

5 Wahl, *Une société peut-elle, être gérante d'une autre ? Journ. Sociétés*, 1905, p. 289.

6 V. Margat, *Capacité des associations déclarées*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 5.

D'un autre point de vue, les incapacités de jouissance sont tantôt absolues, c'est-à-dire existant à l'égard de tous, (c'est le plus grand nombre), tantôt relatives. Ainsi le tuteur ne peut acheter un bien du mineur (art. 540 Civ.), traiter avec l'ex-pupille moins de dix jours après la reddition de compte de tutelle (art. 472, Civ.). L'association qui se dissout ne peut attribuer son patrimoine à ses membres (décret du 16 août 1901, art. 15). Les époux ne peuvent passer de contrats de vente de sociétés entre eux (art. 195, Civ.), etc.

Enfin le droit international privé offre une catégorie spéciale d'incapacité de jouissance. Les personnes morales étrangères ou les personnes physiques étrangères sont frappés parfois d'incapacité aux yeux de la loi française, de sorte qu'elles n'ont en France aucune existence ou seulement des droits limités, bien que pleinement reconnues à l'étranger[1]. Pour les personnes physiques étrangères, d'après l'interprétation de l'art. 11 Civ., elles ne jouissent en France que de certains droits : les droits du droit des gens. Il y a donc ici une incapacité de jouissance relative d'un genre particulier. C'est plutôt une inopposabilité de capacité qui existe par rapport à la loi française.

Si un groupement est irrégulièrement constitué, en principe il n'a pas la personnalité. Mais ceci est très atténué

---

1 V. Cass. civ., 5 mai 1908, *Journ. Clunet*, 1909, p. 257 (syndicat professionnel). — Weiss, *Traité de dr. international privé*, 2e éd., II, p. 455. — Surville et Arthuys, 5e éd., n° 1317. — Audinet, 2e éd., n° 235. — Valéry, n° 345. — Baudry et Colin, *Donations*, I, n° 327 *bis*. — Cf. Aubry et Rau, I, n° 76, 5e éd. — Surville, *Ex. doctrinal, Revue critique*, 1910, p. 32. — Pillet, *Les personnes morales en droit international privé*. — Pierantoni, *Capacité des Etats étrangers pour succéder, Rev. de dr. internat. et de législ. comparée*, 1903. — Montpellier, *Condition des personnes morales étrangères*, thèse Bordeaux, 1910.

pour les sociétés[1]. Pour les associations, la question est discutée[2].

664. — Quelque soit la cause et l'étendue de l'incapacité de jouissance, elle entraîne en principe nullité absolue, même inexistence des actes passés. Il n'y a pas eu de volonté ou la volonté a été manifestée par un représentant sans aucun pouvoir, puisqu il n'y avait pas derrière lui de représenté, soit de façon complète, soit par rapport à l'acte à accomplir, ou que la loi prohibait cet acte[3].

Cela est vrai même des incapacités spéciales, du moins en principe[4].

Cette solution ne s'applique toutefois que sous des réserves. Le président d'un groupe non personnifié peut avoir mandat de tous les membres de faire un acte pour eux. L'acte inexistant peut avoir été refait expressément ou tacitement.

Si un groupe n'est pas personnifié, on peut contracter pour lui par le moyen du porte fort et de la stipulation pour autrui, mais il faudra qu'une fois personnifié il accepte[5].

665. — L'incapacité d'exercice, c'est l'impossibilité de faire seul et sans contrôle les actes juridiques. L'incapable d'exercice pourra bien être propriétaire d'un immeuble, en jouir, y habiter, l'utiliser. Mais il ne peut seul le vendre

---

1 V. Loubers, *Sociétés de fait*. — Hémard, *Nullité de sociétés et sociétés de fait*.

2 V. Douai, 1er fév. 1903, *Revue de droit public*, 1904, p. 312.

3 V. pour ce dernier cas, Larombière, art. 1125, n° 11.

4 V. not. pour les associations déclarées, Margat, *op. cit.*, p. 36, — Pour les sociétés entre époux, Pic, *Des nullités de sociétés*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 498. — Thaller, *Droit commercial*, n° 349.

5 V. pour une société en formation, Poitiers, 25 juillet 1912, *Loi*, 29 octobre 1912. — Lescot, *Les personnes morales de droit privé pendant la période constitutive*, thèse Dijon, 1913. — Pour les associations non déclarées, Eyquem, *Capacité des associations*, thèse Bordeaux, 1903. p. 260

u le louer. C'est bien l'incapacité de commercer par rapport un droit.

Cette incapacité oblige tantôt à être représenté pour les ctes juridiques par un tiers (tuteur, administrateur pro- isoire) tantôt à se faire assister d'un tiers (mari, curateur, onseil judiciaire).

Les incapacités d'exercice, bien que la loi ne l'ait pas dit, sont de deux catégories distinctes : elles sont naturelles ou légales. L'incapacité naturelle suppose toujours un état psychologique particulier de l'agent : celui-ci ne se rendant pas compte de ce qu'il fait. C'est le cas de l'enfant en bas âge, de l'aliéné, de l'idiot[1]. Elle est (sauf une réserve) essentiellement générale et entraîne une inexistence de l'acte[2]. La loi la suppose (art. 504 Civ.), mais ne la réglemente pas[3]. Elle peut se prouver par témoins ou par simples présomptions. On doit prouver son existence au moment même de l'acte passé. On y adjoint parfois l'incapacité de manifester sa volonté[4].

Il y a d'autres incapacités qui sont légales. Elles supposent un texte. C'est ce que dit l'article 1123 Civ. : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » Il faut donc les prouver[5]. De plus, dans leur étendue, elles sont encore restreintes. D'après l'article 1125, le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer pour cause d'incapacité leurs engagements que dans les cas prévus par la loi ». Ensuite elles n'entraînent qu'une nullité relative.

1 V. Coviello, *Incapacita naturale di contrattare*, *Rev. di diritto commerciale*, 1908, II, p. 237. — Degni, *Incapacita di mente nella teoria del negozio giuridico*, *id.*, 1911, I, p. 189.

2 Pacifici Mazzoni, II, 5e éd., p. 403. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 301.

3 V. Baudry et Barde, I, n° 228. — Laurent, XVI, n° 20. — Planiol, I, n° 1613.

4 Crome, *Allg. Theil des franzosichen Obligationenrecht*, par. 29.

5 Baudry et Barde, I, n° 227. — Demolombe, XXIV, n° 289. — Cf. *infrà*, n° 702, la portée de ce principe.

Ces incapacités légales ont des raisons d'être diverses : tantôt un motif psychologique : l'inhabileté à s'occuper d'affaires (mineur, prodigue), tantôt une raison sociale (femme mariée), tantôt une raison pénale (interdit légal)[1].

Lorsqu'on prouve qu'une personne est frappée d'incapacité légale, cette incapacité produit ses effets de façon durable, jusqu'à ce qu'elle ait été levée.

666. — Il faut considérer comme frappé d'une incapacité naturelle l'enfant en bas âge, celui qui est trop jeune pour se rendre compte de ce qu'il fait[2]. Bien que la loi n'en parle pas, ce mineur n'a aucune capacité et les actes qu'il peut faire sont inexistants. Il en est de même des faits juridiques qu'il accomplit (délits ou quasi-délits).

667. — Parmi les majeurs, il faut considérer comme frappés d'une incapacité naturelle d'exercice ceux qui au moment d'un acte juridique ou même d'un fait juridique se sont trouvés privés de leurs facultés mentales[3]. Le bon sens impose en général cette solution[4].

L'acceptation d'un contrat par un dément, l'exécution par lui d'un acte auquel la loi attaque des conséquences juridiques favorables ou défavorables ne peuvent en général produire effet. L'effet est frappé d'inexistence[5]. Toutefois,

---

1 V. Larombière, art. 1124, n° 9.

2 Capitant, op. cit., p. 147. — Bufnoir, p. 637. — Lamombière, I, art. 1124, n° 11. — Demolombe, XXIV, n° 80 et VII, n° 811. — Giorgi, III, n° 48. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 338. — Crome, *Allg. Theil*, p. 255.

3 La preuve s'en fera par tous moyens, Bruxelles, 27 fév. 1901, Pas, 1901, 2, 296.

4 Cf. sur cette question, Ledoud, *La démence de fait*, thèse de Poitiers, 1908, pp. 67 et suiv. — Benettini, *Sul incapacita naturale del pazzo non interdetto*, *Diritto commerciale*, 1910, II, p. 64. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 333. — Crome, *Allg. Theil*, trad. ital., p. 256.

5 V. cep. *contrà:* Bordeaux, 22 avril 1896, D. 1896, 2, 455, *Pand. fr.*, 1897, 2, 321, avec note C. de Malberg, S. 1896, 2, 232, qui admet une nullité relative se prescrivant par dix ans. — Poitiers, 30 octobre 1893, S. 1895, 2, 225, avec note Lacoste. — Cf. Nîmes, 29 janv. 1890,

on hésite plus à admettre que l'abstention émanant d'un dément ne produira pas des conséquences juridiques. Si, en matière de prescription, on peut admettre l'adage : *contra non valentem agere non currit praescriptio*[1], on ne peut étendre cette solution pour les autres cas[2].

Des raisons, principalement de sécurité, dans les affaires, ont amené les juges à considérer comme valable la procédure contre un aliéné qui ne s'est pas défendu[3]. On a de même admis que les actes adressés à un aliéné interné dans un établissement, notifications, mises en demeure produisaient leurs effets[4]. On ne peut pas paralyser l'activité juridique générale, parce qu'un aliéné est sans représentant. Cela présente cependant de sérieux inconvénients. Il serait

---

D. 1891, 2, 97, qui ne se prononce pas. — En sens opposé : Huc, VII, n° 11. — Demante, II, n° 276. — Laurent, V, n° 323. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n° 794. — Toulouse, 21 janv. 1885, D. 1886, 2, 73. — Larombière, I, art. 1124, n°s 12 et 16. — Giorgi, III, n° 60. — Demolombe, XXV, n° 81. — Planiol, I, n° 2074. — Beudant, *op. cit.*, n° 154. — Cass. Rome, 18 oct. 1912 et observat., *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 94.

1 V. cep. *contrà :* Req., 31 déc. 1866, S. 1867, 1, 153 ; D. 1867, 1, 350, qui admet que la prescription n'est pas suspendue par la simple aliénation de celui contre qui on prescrit.

2 V. Cass. req., 31 déc. 1866, S. 1867, 1, 153, avec note et renvois — *Contrà :* Larombière, art. 1167, n° 8.

3 On a dit que le juge pourvoirait à ses intérêts, ce qui est inexact, car c'est transformer le juge, estimateur impartial des prétentions apportées en un magistrat inquisiteur instruisant pour et contre chacun. Paris, 23 mai 1873, S. 1873, 2, 248. — Douai, 12 février 1848, S. 1848, 2, 563. — Trib. comm. Lille, 26 mars 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 333. — Laurent, V, n° 317. — Cf. trib. Redon, 1er mars 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, 2, 108. — Bruxelles, 23 fév. 1901, Pas. 1901, 2, 296. — Colin et Capitant, I, p. 582.

4 V. Cass. req., 11 janv. 1908, 1, 141. — Cass. civ., 13 mars 1865, S. 1865, 1, 233. — Chambéry, 22 déc. 1865, D. 1866, 2, 105. — Caen, 30 déc. 1857, D. 1858, 2, 147 ; S. 1858, 2, 625. — Rouen, 25 juillet 1894, *Rec. Rouen*, 1895, 1, 50. — Grenoble, 23 janv. 1892, *Rec. Grenoble*, 1892, 1, 100. — Laurent, V, n° 317.

à souhaiter que la loi obligeat le tiers à faire nommer un représentant à celui qu'il sait aliéné. Ce serait une sage concession du point de vue social de la sécurité au point de vue individuel de l'état psychologique[1].

Mais cette concession ne serait possible que pour les actes à personne déterminée. Les actes à personne indéterminée invitation à produire à une faillite, à inscrire une hypothèque légale, produisent fatalement leurs effets contre toutes personnes, ceux à qui l'on s'adresse pouvant être ignorés de l'auteur de l'acte.

De même, l'aliéné ne peut ester en justice. La loi du 30 juin 1838, article 29, permet seulement à l'interné qui se prétend guéri de demander sa libération aux tribunaux. Mais la jurisprudence considère ce texte comme exceptionnel. Elle refuse à l'étendre à l'interné qui s'est évadé et demande à rester libre (Bordeaux, 11 déc. 1901, D. 1905, 2, 142 et Besançon, 15 févr. 1888, D. cod. loc.)[2].

Il ne peuf pas davantage tester (art. 901)[3].

668. — Pour les actes juridiques, il n'y a aucun doute et la solution rationnelle est confirmée par l'article 504 Civ. qui en restreint l'application dans un cas déterminé.

La jurisprudence a admis en conséquence : la nullité de l'acte fait par une personne d'intelligence affaiblie[4], la nullité de l'acte fait par une personne aliénée au moment de l'acte[5], la nullité de l'acte fait par une personne dont les

---

1 V. Colin et Capitant, I, p. 582.

2 V. *Contrà :* Perreau, *Examen doctr.*, *Revue critique*, 1906, p. 77.

3 V. sur ce cas d'individus qui ont été internés mais ne le sont plus, Pilon, *Rev. de droit civil*, 1904, p. 582. — Cf. Besançon, 23 janv. 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 1, 531. — Trib. Bruxelles, 24 avril 1901, Pas. 1901, 3, 209.

4 Cass. civ., 5 juill. 1882, S. 1884, 1, 112. — Req., 7 nov. 1898, *Pand. fr.*, 1899, 1, 87.

5 Agen, 3 août 1885, la *Loi*, 8 oct. 1885. — Amiens, 26 juin 1894, *Rec. Amiens*, 1894, p. 169. — Chambéry, 1er fév. 1892, D. 1893, 2, 357. — Lyon, 24 août 1831, S. 1832, 2, 84. — Riom, 23 fév. 1907,

facultés étaient obscurcies par l'alcoolisme[1], la nullité d'un acte fait en état d'ivresse[2], la nullité du mariage d'un dément[3]. Il faut décider de même pour l'acte accompli en état de somnambulisme[4].

Les solutions précédentes empruntées à la jurisprudence montrent quelle étendue il faut donner à l'incapacité naturelle. Celle-ci frappe ceux qui sont atteints des diverses maladies mentales qui emportent irresponsabilité pénale. Elle atteint le dément, le maniaque, l'idiot, le fou mélancolique[5]. Elle atteint également celui qui agit sous l'empire de l'ivresse ou du somnambulisme[6]. Il y a donc jusqu'ici corrélation exacte entre le droit criminel et le droit civil.

Mais faut-il admettre à la suite des aliénistes qui adoptent le système de l'irresponsabilité complète du monomane[7] celui de son incapacité complète ? Il nous semble que l'affirmative s'impose : les mêmes raisons qui inspirent le droit

---

la *Loi*, 14 nov. 1907 (cet arrêt précise que la bonne foi du tiers importe peu ici). — Coviello, *Dir. civ. ital.*, I, p. 333. — Giorgi, III n° 61.

1 Nîmes, 29 janv. 1890, D. 1891, 2, 97.

2 Lyon, 24 août 1831, S. 1832, 2, 84 (*sol. implic.*). — Rennes, 10 août 1812, S. chr. — Colmar, 27 août 1819, S. chr. — Rouen, 1er mars 1825, S. chr. — Angers, 12 déc. 1823, S. chr. — Rouen. 17 juin 1845, S. 1846, 2, 555; D. 1845, 4, 366. — Rennes, 14 juillet 1849, S. 1850, 2, 36; D. 1850, 2, 5. — Trib. comm. St-Etienne, 13 mars 1906, *Pand. fr.*, 1906, 2, 332. — Toulouse, 25 juill. 1863, D. 1863, 2, 139. Mais l'arrêt de Rouen exige que l'ivresse ait été provoquée par l'autre partie, ce qui est évidemment excessif. — Bufnoir, p. 638. — Larombière, I, art. 1124, n° 14. — Demolombe, XXIV, n° 81. — Giorgi, III, n° 68. — Coviello, p. 338. — Baudry et Colin, I, n° 254.

3 Trib. Gand, 14 déc. 1846, *Belgique judic.*, 1847, 56.

4 Giorgi, *Obligazioni*, III, n° 51. — Voviello, p. 338.

5 V. sur ces variétés d'aliénés, Garraud, *Traité de droit pénal*, I, n° 255. — Vidal, n° 163.

6 V. Vidal, n° 173. — Garraud, I, nos 265-266.

7 V. Vidal, n° 165, p. 255, 3e éd. — Cf. Picardi, *Monomama e capacita civile*, *Archivio giuridicho*, 1874, II, p. 119. — V. dans le sens d'une capacité limitée, Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 338.

pénal doivent inspirer le droit civil, sauf à limiter ces idées en faisant état de l'intervalle lucide[1].

Ce n'est pas à dire cependant qu'on puisse identifier la responsabilité pénale et la capacité naturelle. Le droit pénal, en effet, peut admettre une zone intermédiaire : la responsabilité limitée[2] qu'ignore forcément le droit civil et qui rentre, selon nous, dans la zone de la capacité civile. La sécurité des transactions l'exige en principe (v. n° suivant).

Ce n'est d'ailleurs pas clore toute difficulté, car le critérium le plus connu pour déterminer la responsabilité pénale: la déterminabilité normale par les motifs est vague[3] et il semble même qu'il n'est pas dans l'état de nos connaissances de se prononcer nettement sur tous les cas[4].

Mais la même incapacité n'existe pas pour ceux atteints de maladies ou d'infirmités, mêmes graves, lorsqu'elles ne sont pas de nature à troubler les facultés psychologiques[5]. Elles peuvent tout au plus interdire certains actes, comme le testament public pour les sourds-muets[6].

---

1 V. cep. Cass., 9 avril 1862, S. 1862, 1, 229; D. 1862, 1, 336. — Bordeaux, 27 mai 1852, D. 1854, 5, 246. — Baudry et Colin, I, n° 255.

2 V. not. Grasset, *Demi fous et demi responsables. — Discussions à la Société générale des Prisons, Rev. pénit.*, 1905, pp. 43 et suiv. — V. cep. Aubry et Rau, 5e éd., X, p. 458. — Demolombe, XVIII, n° 339.

3 Von Liszt, *Lehrbuch*, 17e éd., p. 162. — Enrico Ferri, *Sociologie criminelle*. — Poletti, *La persona guiridica nella scienzia del diritto penale*.

4 Pousdoroslew, *La déterminabilité normale par les motifs*, *Melanges Chironi*, II, p. 127.

5 Capitant, *Introd.*, 3e éd., p. 152. — Aubry et Rau, 1, 5e éd., p. 581. — Baudry et Colin, I, n° 257. — Angers, 2 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 97.

6 Planiol, I, n° 2111. — Il y a d'ailleurs là plutôt l'impossibilité de faire certains actes qu'une incapacité, comme le remarque Marcadé à propos d'un arrêt de Montpellier du 1er déc. 1852, S. 1853, 2, 7, qui a validé un testament lu *par* le testateur au lieu d'être lu *au* testateur, v. *Revue critique*, 1853, p. 367. — Cf. Vincent, *Capacité du sourd-muet*, *Revue pratique*, XVII, p. 481. — Merville, *Le sourd peut-il tester par acte public*, *Revue pratique*, XXVII, p. 305. — V. aussi : *Rev. de législation*, tome 19, p. 616.

Ainsi en est-il d'une personne sourde[1], d'une personne atteinte de paralysie de la langue[2], même d'une personne sourde-muette[3] ou sourde-muette aveugle dont l'intelligence reste entière[4]. Elles restent capables.

Même certains troubles psychiques passagers ne sont pas en général cause de nullité, si la personne reste à la tête de ses affaires[5].

669. — De même la simple prodigalité, défaut d'ordre social, n'entraîne aucune incapacité. La jurisprudence n'admet même pas que les actes du prodigue puissent être annulés par extension de l'article 503 Civ., lorsqu'il a été plus tard pourvu d'un conseil judiciaire[6]. Il n'est fait excep-

---

1 Trib. Muret, 10 fév. 1900, *Gaz. Trib. Midi*, 18 mars 1900. — Larombière, I, n° 1124, n° 15.

2 Caen, 1er mai 1879, S. 1879, 2, 330.

3 Nîmes, 6 mai 1891, P. F., 1892, 2, 57. — Coviello, p. 338. — Colin et Capitant, III, p. 664. — Cf. Chambéry, 5 mars 1889, P. F. 1889, 2, 110.

4 Rouen, 18 juin 1879, D. 1880, 2, 58. — Cf. Larombière, *loc. cit.* — Giorgi, III, n° 53.

5 Cass. req., 8 juill. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 227.

6 V. Cass. req., 25 et 26 juin 1888, S. 1888, 1, 469, P. F., 1888. 1, 429 et 1889, 1, 21. — Trib. Seine, 13 mars 1891, P. F., 1892. 2, 13. — Trib. Marseille, 25 mai 1906, *Jurispr. Marseille*, 1906, p. 325. — Paris, 8 déc. 1890, P. F., 1891, 2, 155. — Bordeaux, 29 décembre 1884, D. 1886, 1, 244. — Cambrai, 24 janv. 1901, *Gaz. Trib.*, 1901. 1er sem., 2, 296. — Rouen, 22 déc. 1887, D. 1890, 1, 379; S. 1891. 1, 407. — Trib. Perpignan, 2 avril 1900, P. F., 1901, 2, 237. — Angers, 3 août 1866, S. 1866, 2, 340. — Paris, 12 mai 1867, S. 1868. 1, 325. — Cass. req., 29 janv. 1866, S. 1866, 1, 105. — Cass. req., 6 juill. 1868, S. 1868, 1, 325. — Paris, 9 fév. 1874, D. 1875, 2, 160; S. 1874, 2, 280. — Cass. req., 15 déc. 1879, S. 1880, 1, 129. — Orléans, 25 août 1837, S. 1838, 2, 66. — Trib. Arlon, 7 mars 1895, *Jur. Trib.*, XLIII, 599. — Trib. Anvers, 29 avril 1880, Pas. 1880, 3. 320. — Lyon, 23 juillet 1912, *Loi*, 4 nov. 1912. — Cf. Orléans, 10 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 466 (inattaquabilité de l'acte d'un prodigue décédé). — Capitant, *Introd.*, p. 153. — Planiol, I, n° 2144. — Huc, III, n° 556. — Laurent, V, n° 375. — Demante, II, n° 285 *bis*, X. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1025. — Larombière, I, art. 1124, n° 12.

tion qu'au cas de fraude (v. *infrà*). L'article 504 ne s'applique pas davantage[1]. Faut-il donner la même solution pour la simple faiblesse d'esprit ? Les actes de la personne, objet d'une demande d'interdiction à laquelle le tribunal répond en donnant un conseil judiciaire ne sont pas soumis à la nullité, ni au système de l'article 503 Civ.[2].

Mais tout ceci ne fait que nous amener devant une question plus générale ? A côté des cas dans lesquels la capacité se trouve entièrement supprimée ou entièrement maintenue, y en a-t-il où la capacité soit limitée ? Le droit criminel connaît aujourd'hui des cas de responsabilité limitée ? On admet volontiers aujourd'hui que l'alcoolique, l'épileptique en dehors de ses accès, le dégénéré, etc. sont des demi-fous, placés dans une zone neutre entre l'aliéné et la personne d'esprit sain, ne sont pas, pénalement, complètement responsables[3]. Faut-il admettre chez ces personnes une pleine capacité civile ? Oui, en principe[4]. Mais, on pourrait, parfois, pour des actes graves, admettre que leur capacité a été insuffisante et, dans ce cas encore, admettre un certain parallélisme entre le droit civil et le droit pénal[5].

De même, il faudra considérer celui qui fait un acte à titre onéreux ou surtout à titre gratuit sous l'influence de la colère, de la haine, de la peur, comme restant capable[6].

— Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 880. — Demolombe, VIII, n° 662. — Giorgi, III, n° 96. — *Contrà:* Paris, 12 déc. 1859, S. 1860, 2, 307. — V. Nancy, 27 janv. 1900, *Pand. fr.*, 1901, 2, 305, incapacité du prodigue qui a un administrateur provisoire, *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 195.

1 Orléans, 10 déc. 1896, *Pand. fr.*, 1879, 2, 221.

2 Trib. Seine, 22 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 369.

3 V. Garraud, *Traité de droit pénal*, I, n° 256. — Vidal, n° 175. — V. surtout Grasset, *Demi fous et demi responsables.*

4 V. en ce sens : Req., 2 mai 1910, S. 1910, 1, 544.

5 V. Demogue, *Notions fondamentales*, pp. 288 et suiv.

6 Cf. Lyon, 23 mars 1904, S. 1905, 2, 303 ; D. 1905, 2, 262. —

La passion ne devient cause de nullité que si elle amène un dérangement des facultés mentales[1].

670. — L'incapacité suppose essentiellement qu'au moment même où l'acte a été passé, les facultés psychiques étaient troublées. Par suite, si le dément a eu un intervalle lucide au moment où il a passé l'acte, celui-ci sera valable[2]. Ou il n'y a pas nullité par cela seul qu'une personne a été plus tard interdite[3] (v. cep. *infrà*).

Au point de vue pratique, c'est évidemment au juge du fait qu'il appartient de préciser si la personne est capable naturellement[4].

S'il y a des présomptions de fait à établir, il faut *a priori*, présumer ce qui est normal : supposer la signature d'un acte sain d'esprit[5]. Mais sa folie vers le moment de l'acte étant établie, ce sera à l'adversaire à démontrer l'existence d'un intervalle lucide à ce moment.

671. — La capacité naturelle telle que nous l'avons exposée est fondée uniquement sur des considérations psychologiques, partant individualistes. Le Code civil en a modifié l'application pour des raisons sociales de sécurité : pour éviter des débats trop délicats à trancher, et tantôt il restreint l'application, tantôt il l'étend.

L'article 503 civ., dit : « Les actes antérieurs à l'inter-

Colin et Capitant, III, p. 628. — Planiol, III, n° 2877. — Lambert, *Exhérédation*, n^{os} 280 et suiv. — Chironi, *Questioni*, IV, p. 217.

1 Cass. Turin, 8 fév. 1887 et Chironi, *Questioni*, IV, p. 212.

2 V. Lyon, 14 janv. 1870, D. 1876, 5, 272, à propos du pardon d'une injure grave pendant un intervalle lucide. — Caen, 19 janv. 1843, et Cass. req., 12 nov. 1844, S. 1845, 1, 246, à propos de la reconnaissance d'enfant naturel dans un intervalle lucide.

3 Cass. req., 12 brumaire an X, S. chr. — Poitiers, 18 floréal an IX, S. chr.

4 Cf. Req., 7 nov. 1898, D. 1898, 1, 565 (capacité du futur interdit). — Civ., 5 juin 1882, D. 1883, 1, 173. — Mais en cas d'incapacité habituelle, le notaire commet une faute en recevant un acte de l'incapable, Req., 12 déc. 1906, D. 1907, 1, 507.

5 Cf. Rennes, 27 fév. 1896, *Rec. Angers*, 1896, 301 (aliéné décédé).

diction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits », texte qui vise tous les actes, même les donations et les testaments[1].

Ce texte tout en maintenant les principes de l'incapacité naturelle là où ils sont applicables[2], est une extension. Il est fondé sur la difficulté de prouver l'incapacité au moment même du contrat.

Il suffit donc de prouver que l'incapacité « existait à l'époque où les actes ont été faits », c'est-à-dire vers le temps du contrat, à des moments voisins[3].

Mais, par contre, cette incapacité doit être notoire[4]. Il faut donc qu'elle soit généralement connue, qu'elle ne soit pas ignorée dans le cercle qui approche la personne[5]. Seulement, cela ne veut pas dire qu'elle doit avoir été connue du tiers qui a traité avec qui a traité la personne. Ce tiers peut avoir été de mauvaise foi ou de bonne foi, peu importe. S'il a été de bonne foi, il n'est pas très digne d'intérêt, il a commis une faute en ne se renseignant pas. On sous-entend dans des questions diverses (v. *infrà*, n° 698) cette obligation

---

1 V. Laurent, XI, n° 108. — Crome, *Allg. Theil*, § 29.

2 V. Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 809.

3 V. l'application de ce principe, Amiens, 10 août 1903, *Rec. Amiens*, 1904, 44. — Lyon, 20 mars 1903, *Mon. Lyon*, 19 mai 1903. — Caen, 4 avril 1900, *Revue Notariat*, 1900, 352. — Trib. Seine, 27 janv. 1892, *Droit*, 6 mars 1892. — Trib. Forcalquier, 29 nov. 1894, *Droit*, 19 janvier 1895. — Trib. Louvain, 31 janv. 1885, Pas. 1885, 3, 199. — Cf. Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n° 921. — Demolombe, VIII, nos 651 et 652. — Planiol, I, n° 2085. — Colin et Capitant, I, p. 581.

4 Il ne suffit pas que la folie soit connue du tiers, Laurent, V, n° 315. — Trib. empire allemand, 6 juillet 1886, P. F., 1889, 5, 23. — *Contrà:* Planiol, I, n° 2085. — *Contrà:* Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 808. — Cf. Bruxelles, 27 janv. 1868, *Belgique judic.*, 1868, 419.

5 Rouen, 25 avril 1892, *Rec.*, 1892, 1, 114. — Alger, 3 mars 1892, *Rev. Alger*, 1892, 234. — Nancy, 11 janv. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 610.

de tout contractant de se renseigner un peu sur la capacité de son cocontractant[1].

En outre, il n'y a pas pour le tribunal une obligation d'annuler l'acte. La formule du texte : « les actes pourront être annulés » laisse bien un pouvoir d'appréciation[2].

672. — L'extension de l'incapacité par l'article 503 Civ. en a-t-elle transformé la nature ? Est-ce encore une incapacité naturelle, dont la preuve est seulement facilitée ? Est-ce au contraire une incapacité légale ? Dans le premier cas, l'acte passé est inexistant, dans le second système, il sera nul de nullité relative.

Il semblerait naturel de dire que la nullité est absolue, car la loi n'a pu restreindre l'effet d'une nullité naturelle[3]. Mais le pouvoir donné au tribunal est incompatible avec une nullité absolue. Il y a donc nullité relative et prescription décennale[4].

---

1 V. Cass. req., 19 févr. 1861, S. 1862, 1, 504; D. 1861, 1, 443. — Trib. Marseille, 24 juillet 1889, *Loi*, 29 sept. 1889. — Riom, 29 fév. 1907, *Mon. Lyon*, 23 juill. 1908. — Grenoble, 30 juin 1847, D. 1848, 2, 150; S. 1848, 2, 450. — Rennes, 16 nov. 1813, S. chr. — Angers, 13 fév. 1846, D. 1846, 2, 74. — Laurent, V, n° 315. — Baudry et Bonnecarrère, id., n° 924. — Demolombe, VIII, n° 837. — Huc, III, n° 521. — Aubry et Rau, I, § 127. — *Contrà:* Lyon, 18 nov. 1898, D. 1899, 2, 103; S. 1899, 2, 172. — Cf. Caen, 29 janv. 1902, *Loi*, 7 mars 1902.

2 Cass. civ., 5 juin 1882, S. 1884, 1, 112. — Cass. req., 5 août 1824, S. chr. — Cass. civ., 7 nov. 1898, D. 1898, 1, 565; S. 1899, 1, 233. — Req., 22 déc. 1890, *Pand. fr.*, 1891, 1, 169. — Caen, 19 juillet 1912, *Rec. Caen*, 1912, 152. — Demolombe, VII, n° 657. — Aubry et Rau, I, p. 809, 5e éd. — Huc, III, n° 521. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 925. — A. Colin et Capitant, I, p. 582. — Planiol, I, n° 2085.

3 V. en ce sens : trib. Lisieux, 12 déc. 1907, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 200.

4 Douai, 17 janv. 1845, D. 1845, 2, 50. — Chambéry, 17 janv. 1886, S. 1888, 2, 16. — Caen, 26 mai 1908, *Rec. Caen*, 1909, 3, 44. Baudry et Bonnecarrère, id., n° 926. — *Contrà:* Angers, 1er mars 1845, D. 1845, 2, 61 et 13 fév. 1846, D. 1846, 2, 74. — Poitiers, 7 déc. 1854, D. 1855, 5, 293. — Cf. Laurent, V, n° 319. — Demolombe, VIII, n° 653.

Mais celui qui ne veut pas utiliser la faculté que donne l'article 503, avec les inconvénients qu'elle présente, peut toujours invoquer la seule incapacité naturelle : la folie au moment même de l'acte[1].

La circonstance que la folie était notoire à l'époque de l'acte empêche-t-elle la preuve contraire ? Non, car la loi n'impose pas au juge une obligation d'annuler. Elle dit simplement qu'il pourra annuler[2]. Par conséquent il y a un intérêt de fait pour empêcher le juge d'annuler un acte fait par le notoirement aliéné à démontrer que cet acte a été fait dans un intervalle lucide[3].

L'existence de la notoriété est bien entendu une question de fait[4].

673. — L'art. 504 Civ. restreint dans un cas, pour des raisons de sécurité pratique et pour inciter à demander l'interdiction, la possibilité de déclarer un acte nul pour incapacité naturelle. « Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué » ce qu'on n'applique pas aux actes de dernière volonté[5].

La loi présume irréfutablement valables les actes d'une personne décédée[6] pour des raisons de preuve même si la

---

1 Cf. Toulouse, 24 fév. 1891, *Gaz. Midi*, 15 mars 1891. — V. Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 809.

2 V. Cass. req., 15 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 750. — Bordeaux, 21 mai 1885, *Gaz. Trib.*, 3 sept. 1886. — Lyon, 6 mars 1886, *Mon. Lyon*, 6 mai 1886. — Cf. Bruxelles, 21 sept. 1831, Pas. 1831, 2, 58. — V. Aubry et Rau, I, 5e éd., p. 809.

3 En principe, en effet, l'interdit reste capable jusqu'au jugement, trib. paix Asprière, 19 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 441.

4 Req., 7 nov. 1898, S. 1899, 1, 223; D. 1898, 1, 565. — Req., 19 fév. 1861, D. 1861, 1, 443.

5 V. Laurent, XI, p. 110. — Crome, *Allg. Theil*, § 29.

6 V. trib. Trévoux, 10 mars 1904, *Gaz. Trib.*, 10 juillet 1904. — Cf. Rennes, 27 janv. 1896, *Rec. Angers*, 1896, 301. — V. aussi : trib

folie n'a été que passagère[1]. Etablir l'état mental du décédé est très incertain. On n'a plus l'examen de l'état actuel qui fait présumer du passé. Elle ne fait exception que si la raison d'être de la solution fait défaut. Cela a lieu d'abord si l'état mental est établi ou peut être présumé par suite d'une interdiction obtenue ou provoquée[2].

Si la demande d'interdiction a été abandonnée du vivant de l'interdit, il semble préférable d'admettre que la nullité est inapplicable. Il y a reconnaissance implicite du mal fondé de la demande[3]. Cependant, la jurisprudence est divisée sur ce point.

Si la demande a été rejetée ou est périmée, elle sera à considérer comme non avenue[4].

En second lieu elle admet une exception si l'insanité résulte de l'acte même, de sorte que le doute ne soit pas permis. Cette solution s'appliquerait si l'acte contenait des clauses étranges démontrant l'insanité, mais aussi si l'acte avait été passé à des conditions de prix dérisoires[5].

La jurisprudence avec raison se refuse à aller plus loin et

Seine, 6 juill. 1899, le *Droit*, 8 juillet, qui applique ce principe à la reconnaissance d'un enfant naturel. — Req., 1er mai 1861, S. 1861, 1, 514; D. 1861, 1, 213, qui l'applique à une adoption. — Laurent, V, n° 625. — Baudry et Bonnecarrère, V. n° 937.

[1] Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 811. — Demolombe, VIII, n° 666. — Colin et Capitant, I, p. 569. — Planiol, I, n° 2076.

[2] Cependant on a à tort refusé d'appliquer cette solution au cas de demande d'interdiction présentée *in extremis* (v. trib. Seine, 6 juill. 1899 précité). — V. en ce sens: Baudry et Bonnecarrère, V, n° 935. — Demolombe, VIII, n° 670. — Cf. Laurent, V, n° 325.

[3] Rappr. Poitiers, 18 floréal an IX, S. chr. et Cass. req., 12 brumaire an X, S. chr. — Cf. Laurent, V, n° 325. — Demolombe, VIII, n° 669. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 810. — *Contrà:* Paris, 13 juill. 1808, S. chr. — Gênes, 5 fév. 1812, S. chr. — Cass., 3 janv. 1822, D. v° *Interdiction*, n° 232.

[4] V. Aubry et Rau, I, p. 810, note 11. — Demolombe, VIII, n° 649.

[5] V. trib. Lyon, 7 août 1885, *Mon. Lyon*, 25 nov. 1885.

à tenir compte d'autres écrits que l'acte contesté[1]. Ce serait faire réapparaître le danger d'une discussion délicate.

Il faut encore admettre que l'article 504 est hors de cause si les biens d'une personne aliénée étant administrés par un tiers, celui-ci a déjà demandé la nullité d'un acte du vivant de l'aliéné. Le décès ne peut mettre fin à l'action[2] et de façon plus générale, si la nullité a déjà été soulevée du vivant de l'aliéné.

674. — La restriction apportée à l'incapacité naturelle par l'article 504 a-t-elle pour effet de la transformer et d'en faire aussi une incapacité relative ? Cela a été soutenu, et on a dit que les conditions de l'article 502 et de l'article 503 s'appliquaient ici[3]. Par conséquent il faudrait admettre que si l'aliénation est notoire à l'époque de l'acte cela suffit. Cette solution donnée par la jurisprudence est acceptable. En effet, il faut mettre à part le cas où la démence résulte de l'acte même. Dans l'autre cas, l'interdiction ayant été au moins demandée, il y a une situation très voisine de celle de l'article 503 et où il est tout naturel d'appliquer les mêmes solutions.

675. — Etant donné la gravité des actes à titre gratuit, du moins pour le donateur ou le testateur, on admet que les donations et testaments ne sont pas soumis aux principes de l'article 503 et de l'article 504, mais seulement à la règle générale de l'art. 901 Civ. qui exige la condition de santé d'esprit pour la validité des actes gratuits[4]. Ici, les con-

---

1 Orléans, 28 avril 1866, D. 1860, 2, 98. — Demolombe, VIII, n° 667.

2 Grenoble, 3 fév. 1910, *Rec. Grenoble*, 1910, p. 91.

3 Lyon, 10 mars 1909, *Mon. Lyon*, 16 sept. 1909. — Bufnoir, p. 641. — Demante, II, n° 276 *bis*, I. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 810. — On cite à tort en ce sens : Cass. civ., 26 fév. 1838, S. 1838, 1, 533. — *Contrà : Laurent*, V, n° 326. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 936.

4 Besançon, 20 janv. 1903, *Pand. fr.*, 1903, 2, 260. — Cass. civ., 23 déc. 1856, D. 1857, 1, 27. — Agen, 7 mai 1851, D. 1853, 5, 163. — Charleroi, 16 déc. 1899, Pas. 1900, 3, 71. — Cass. Naples, 17 nov.

sidérations individualistes doivent l'emporter. Les conditions de sécurité n'ont pas la même force que dans les actes à titre onéreux, que Demolombe qualifie très justement de nécessaires. En outre, les actes à titre gratuit dépouillant complètement, sans compensation, sont particulièrement graves et on doit exiger pour eux une capacité naturelle absolument certaine, existant au moment même de l'acte.

Seulement on discute pour savoir si cette règle autorise toute donation par un individu conscient de ce qu'il fait, fut-il interdit, établissant ainsi une règle nécessaire et suffisante[1], ou s'il faut en plus de la capacité ordinaire la sanité d'esprit. Nous retrouverons plus loin la question.

Nous exigerons donc qu'au moment de l'acte, le donateur ou testateur ne soit pas frappé d'une incapacité naturelle indiquée précédemment par nous[2]. Si ce testateur est un monomane, pourra-t-il valablement tester[3] ? Conformément à ce que nous avons admis, comme il s'agit d'un acte grave, on pourra facilement admettre qu'il ne le peut pas.

676. — L'article 1124 donnant la liste des incapacités légales cite comme incapables: les mineurs, les interdits, les femmes mariées « et généralement, tous ceux à qui la loi

---

Capitant, I, p. 569 et III, p. 626. — Planiol, III, n° 2875. — Bufnoir, *Propriété et contrat*, pp. 635 et 641 et suiv. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 811. — Demolombe, VIII, nos 673-674. — Baudry et Colin, *Donations*, I, n° 242. — Dejamme, *Etude sur l'art. 901 Civ.*, *Rev. critique*, 1881, p. 139, qui insiste le caractère absolu de la nullité en ce cas. — V. sur ces questions: Chiritesco, *Rôle de la volonté dans le testament* thèse Paris, 1911. — V. cep. trib. Bruxelles, 19 fév. 1909, Pas, 1909, 3, 137.

1 V. en ce sens: Cass. civ., 21 fév. 1887, S. 1887, 1, 296. — Bufnoir, p. 644. — Huc, III, n° 521. — Cf. Demolombe, VIII, nos 647 et 673.

2 V. dans le sens de la capacité au cas de séjours antérieurs dans des asiles d'aliénés, Caen, 21 déc. 1905, *Gaz. Pal.*, 13 mars 1906. — En cas de méningite chronique, Req., 2 mai 1910, *Gaz. Trib.*, 10 mai 1910, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 639.

3 Pour l'affirmative, v° trib. de Saint-Gaudens, 15 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 627.

a interdit certains contrats ». Sous cette expression il faut comprendre : le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, les personnes morales qui ne peuvent faire certains actes sans l'autorisation administrative, les aliénés non interdits enfermés dans des établissements d'aliénés. Mais il n'y faut pas comprendre les personnes en déconfiture[1], les faillis ou les personnes en état de liquidation judiciaire, lesquelles sont simplement dans l'impossibilité de faire des actes s'exécutant sur les biens de la masse que gère le syndic ou le liquidateur[2]. Il en est de même du saisi immobilièrement pour les biens saisis[3].

677. — Les incapacités légales n'ont pas toutes même étendue. L'article 217 Civ. indique que la femme mariée ne peut « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux », et cela indépendamment de toute lésion[4].

Mais cette incapacité se trouve limitée par une certaine indépendance donnée à la femme, spécialement en ce qui concerne son salaire et les produits de son travail. La loi du 13 juillet 1907 donne à la femme le droit de les toucher et de gérer les économies qu'elle peut ainsi réaliser (art. 1[er] et 2)[5]. Des lois spéciales ont été promulguées dans le même

---

1 Bordeaux, 29 juin 1898, D. 1902, 1, 337.

2 Baudry et Barde, I, n° 236. — Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 494. — Rouen, 29 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 1[er] sem., 2, 283. — Cf. Laurent, XVI, n° 60. — V. cep. Rennes, 15 avril 1893, S. 1893. 2, 156 ; D. 1893, 2, 263.

3 Req., 24 janv. 1898, D. 1899, 1, 109, *sol implic.* — Glasson et Tissier, *Procédure*, II, n° 1349. — Garsonnet et Cézar Bru, 3[e] éd., V, n° 366.

4 Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2361. — Planiol, I, n° 987. — Laurent, III, n° 157. — Larombière, art. 1305, n° 2. — Aubry et Rau, 5[e] éd., VII, p. 234. — V. au point de vue législatif, Colin et Capitant, I, p. 605. — Pascaud, *La capacité de la femme mariée et les extensions qu'elle comporte*, *Rev. gén. de droit*, 1889, pp. 385 et 481 et 1890, p. 27. — Surville, *Disparition progressive de l'incapacité de la femme mariée*, *Revue de l'Institut de droit comparé*, 1909, p. 22.

5 V. sur l'utilité de cette réforme, Tissier, *Rapport à la société d'étu-*

esprit (loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites, art. 13, al. 4 ; — loi du 1er avril 1898 sur les Sociétés de secours mutuels, art. 3, al. 2 ; — loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable, art. 3)[1].

Ensuite, le contrat de mariage peut rendre la femme capable d'administrer certains de ses biens, ou tous ses biens. Au cours du mariage, la séparation de biens judiciaire donne à la femme la capacité d'administrer librement ses biens et de disposer de son mobilier (art. 1449 Civ.)[2].

En outre, la loi du 6 février 1893, en modifiant l'article 311 Civ., a rendu à la femme séparée de corps sa pleine capacité[3].

Les solutions du Code et des lois spéciales justifient donc la formule de l'article 1123 qui déclare les femmes mariées incapables « dans les cas exprimés par la loi »[4].

Par contre, le contrat de mariage en établissant le régime dotal frappe la femme d'incapacité absolue par rapport à ces biens, c'est ce qu'implique l'article 1391 Civ. qui fait allusion à la femme capable dans les termes du droit commun[5].

---

des législatives, *Bulletin*, 1901-1902, p. 25 et la discussion. — Sur sa portée, Pichon, *Le libre salaire de la femme mariée*, *Rev. critique*, 1908, p. 213.

1 V. sur ces textes : Colin et Capitant, I, p. 622. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 2226 I, et suiv. — Beudant, I, n° 323. — Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 237.

2 V. sur l'extension possible de la capacité de la femme séparée de biens, Hermance, *Rapport à la Société d'études législatives*, *Bull.*, 1912, pp. 105, 151 et la discussion, id., p. 223.

3 V. sur cette pleine capacité, Paris, 16 mai 1902, D. 1903, 2, 225, avec note de M. Claro. — Baudry et Chauveau, *Personnes*, IV, n° 321. — Cf. en un sens plus restrictif, trib. Mayenne, 14 nov. 1902, S. 1904, 2, 149. — Bordeaux, 13 juin 1910, D. 1912, 2, 129, avec note de M. Thomas. — Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 365, note 4 *ter*.

4 Cf. Demolombe, XXIV, n° 297.

5 V. déjà cette opinion dans Gide, *Condition de la femme* et *Revue*

678. — Pour l'interdit judiciaire son incapacité légale recouvrant une incapacité naturelle, s'étend à « tous les actes passés par l'interdit » (art. 502 Civ.).

Toutefois, on admet une dérogation pour les actes où l'exercice se confond avec la jouissance, lorsqu'ils sont passés dans un intervalle lucide[1].

Les mêmes solutions sont admises pour l'interdit légal. Celui-ci ne peut faire aucun acte. Toutefois, on lui permet les actes qui ne peuvent être faits par un représentant[2], sauf la donation qui irait contre le but de l'institution.

679. — Le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire n'a qu'une incapacité limitée. Il ne peut « plaider, transiger, recevoir un capital mobilier, en donner décharge, aliéner, grever ses biens d'hypothèque » (art. 513 Civ.)[3]. Mais, pour le surplus, il reste capable. Il peut faire notamment des actes d'administration. Mais la jurisprudence tend à restreindre les actes qu'il peut faire : spécialement elle tend à annuler les obligations[4].

---

critique, 1866, I, p. 78. — Labbé, *Revue critique*, 1856, II, p. 1. — V. Planiol, III, n° 1524.

1 V. trib. Châlons-sur-Marne, 5 mars 1909, *Rev. not.*, 1909, 665 (mariage). — Colin et Capitant, I, p. 577. — Demolombe, VIII, n^{os} 636 et suiv. — Aubry et Rau, I, 5^{e} éd., p. 808. — V. Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n^{os} 908 et suiv. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev critique*, 1912, p. 456. — *Contrà:* Planiol, I, n° 2079. — Bruxelles, 20 déc. 1893, Pas. 1894, 2, 189.

2 Cass. civ., 27 fév. 1883, S. 1884, 1, 65, avec note Villey, D. 1883, 1, 113. — Massigli, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1885, p. 225.

3 Et comme tout incapable, sauf le mineur, il peut demander la nullité sans prouver la lésion dès qu'il y a intérêt, Amiens, 21 juill. 1852, S. 1852, 2, 572. — Cf. sur l'incapacité du prodigue, Matheron, *Incapacité du prodigue*, th. Aix, 1913.

4 Colin et Capitant, I, p. 596. — Planiol, I, n° 2136. — Beudant, II, n° 988. — Huc, III, n° 548. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1015. — Demolombe, VIII, n° 744. — Planiol, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1887, p. 718. — Aubry et Rau, 5^{e} éd., I, p. 875. — Cf. Laurent, V, n° 371. — Req., 7 juill. 1902, S. 1902, 1, 504; D. 1902, 1, 422 (obligations non exagérées sont valables). — Trib. Tourcoing,

680. — Le dément non interdit, mais enfermé dans un établissement d'aliénés a une situation peu nette. Il n'est pas douteux qu'il est frappé en dehors de ses intervalles lucides d'une incapacité naturelle. Mais la loi du 30 juin 1838 art. 39, dit que ses actes « pourront être attaqués pour cause de démence conformément à l'article 1304 Civ. » et cela pendant dix ans[1]. Il semble résulter de là une incapacité générale de l'interné avec nullité facultative pour le tribunal[2]. Il résulte notamment de là qu'il ne peut plaider[3].

681. — Les mineurs sont frappés d'une incapacité d'une nature plus complexe. Ils sont capables pour les actes de pure administration s'ils sont émancipés (art. 481 Civ.)[4]

---

30 avril 1901, D. 1902, 2, 342 (achat pour les besoins du commerce sont valables), *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 886.

1 L'insuffisance de ce texte est critiquée depuis longtemps, v. de la Gorce, *Examen critique de la loi du 30 juin 1838*, *Revue critique* 1871, p. 114.

2 Colin et Capitant, I, p. 586. — Capitant, *op. cit.*, 3e éd., p. 279 — Planiol, 6e éd., I, n° 2086 et II, n° 1091. — Beudant, II, n° 1002 — Huc, III, n° 533. — Demante, II nos 307 et 307 *bis*, I. — Aubry et Rau, I, 5e éd., p. 827. — Demolombe, VIII, nos 853 et suiv. — *Contrà :* Laurent, V, n° 400 sur l'art. 34, loi belge, 18 juin 1850, identique à notre art. 39. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V. n° 1058. — Sarraute, *Admin. provis. des biens d'aliénés*, *Revue critique*, 1886, p. 28. — *Contrà :* Lacoste, S. 1895, 2, 225. — Cf. Demolombe, VIII, n° 853. — V. sur la réforme de cette loi, Saleilles, *Bull. Société d'études législatives*, 1904, pp. 262, 318 et suiv., 410 et 1905, p. 135.

3 Paris, 15 janv. 1903, *Droit*, 20 fév. 1903. — Bordeaux, 20 avril 1905, *Pand. fr.*, 1906, 2, 117. — Bordeaux, 20 juillet 1900, *Rec. Bordeaux*, 1901, 1, 77. — *Contrà :* trib. Lille, 16 sept. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 669 (pour la procédure d'interdiction). — Caen, 29 janv. 1902, *Loi*, 7 mars 1902.

4 V. Trib. Nantes, 18 janvier, 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 693. — Beudant, II, nos 915 et suiv. — Huc, III, n° 483. — Demante, II, n° 249 *bis*. — Baudry et Chenaux, *Personnes*, V. nos 728 et suiv. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 840. — Demolombe, VII, nos 790 et suiv.

sous réserve de faire réduire leurs engagements excessifs (art. 484 Civ.)[1].

Emancipés ou non, ils sont capables de faire quelques actes où l'exercice se confond avec la jouissance : le testament s'ils ont plus de seize ans (art. 904 Civ.) et les autres actes de ce genre, sauf la donation (art. 903 Civ.)[2].

On se demande dans quelles conditions ils peuvent passer un contrat de travail[3].

Pour les autres actes, ils sont incapables sans condition spéciale, dès que la loi exige pour eux des formes spéciales: autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal[4].

Mais lorsque la loi n'exige pas de forme spéciale, de

---

1 V. Req., 10 février 1890, D. 1891, 1, 292. — Req., 21 août, 1882 ; D. 1883, 1, 339. — Planiol, I, 6e éd., n° 2006. — Beudant, II, n° 925. — Huc, III, n° 493. — Laurent, V, n° 213. — Baudry et Cheneaux, id., n° 768 et suiv. — Demolombe, VIII, n° 336.

2 V. Colin et Capitant, I, p. 425. — Demolombe, VIII, nos 290 et suiv.

3 V. Paris, 8 juillet, 1882, S. 1885, 2, 106. — Trib. Seine, 8 juillet, 1864, Constant, *Code des Théâtres*, p. 125. — Cass. Florence, 26 nov. 1900, S. 1904, 4, 17 avec note de M. Wahl. — Feuillet, *La minorité en matière de contrat de travail, thèse Lille*, 1912, pp. 22 à 105. — Parry, *Engagement théâtral des incapables*, thèse Paris, 1913, p. 131.

4 Cass. civ., 1er juin 1870, D. 1870, 1, 432, S. 1870, 1, 387. — Cass. civ., 25 mars 1861, D. 1861, 1, 202. — Trib. Saint-Gaudens, 2 déc. 1881, S. 1882, 2, 140. — Paris, 17 déc. 1885, S. 1886, 2, 37. — Cass. civ., 18 avril 1882, S. 1883, 1, 161, avec note de M. Lyon-Caen. — Paris, 2 juin 1885, S. 1885, 2, 163. — Nancy, 12 janv. 1875, S. 1875, 2, 52. — Rennes, 17 nov. 1837, S. 1837, 2, 354. — Cass. civ., 16 janv. 1837, S. 1837, S. 1837, 1, 102. — Besançon, 30 juillet 1811, S. chr. — Cass. civ., 26 août, 1807, S. chr. — Trib. Gand, 16 mars 1908. *Pand. pér.*, 1909, 429. (Beaucoup de ces arrêts ont été rendus pour des mineurs commerçants). — Capitant, *op. cit.*, 3e éd., p. 278. — Colin et Capitant, I, p 546. — Planiol, 6e éd., II, n° 1084. — Laurent, XVI, n° 47. — Demante et Colmet de Santerre, II, n° 270 *bis*, III. — Larombière, art. 1305, n° 5. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 416. — Huc, VIII, n° 204. — Demolombe, VII, n° 821 et XXIX, n° 95. — Cf. Req., 15 juillet 1889, S. 1889, 1, 412. — *Contrà:* Lyon, 17 août 1880, D. 1881, 2, 16.

sorte que le tuteur aurait été capable de passer l'acte seul, sans prendre l'avis de personne, le mineur est incapable seulement si l'acte passé par lui peut être considéré comme l'ayant lésé[1].

682. — La lésion a-t-elle le même sens lorsqu'il s'agit des mineurs que lorsqu'il s'agit des majeurs ? En principe, oui ; et l'art. 1306 Civ. ne fait qu'appliquer le droit commun. Mais, la jurisprudence, à propos du mineur, considère comme entaché de lésion non seulement le contrat mauvais en lui-même comme pour le majeur[2] : achat au-dessus du prix habituel, etc., mais même la lésion subjective, si l'on peut employer cette expression. Elle annule un contrat par cela seul que pour le mineur en question, c'était une mauvaise affaire. Ainsi en est-il de l'achat d'objets de luxe qui ne sont pas en rapport avec la situation

---

1 Cass. civ., 18 juin 1844, S. 1844, 1, 497. — Trib. Pau, 18 janv. 1900, Loi 25 juillet 1900. — Trib. Seine, 18 juin 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2, suppl. 10. — Lyon 1er juillet 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 19. — Lyon, 16 janv. 1889 *Mon. Lyon*, 14 fév. 1889 et 14 fév. 1889, id., 27 fév. 1890. — Trib. paix Chateldon, 2 juin 1906, D. 1906, 5, 70. — Req., 8 août 1859, D. 1859, 1, 361. — Lyon, 8 juin 1865, D. 1866, 2, 54. — Paris, 18 juill. 1864, D. 1864, 5, 257 (mineur émancipé). — Rouen, 23 juin 1858, S. 1859, 2, 630. — Toulouse, 13 fév. 1830, S. 1831, 2, 314. — Cass. civ., 5 germinal, an XIII, S. chr. — Trib. paix Bellême, 29 oct. 1903. Rev. justices de paix, 1905, 106. — Montpellier, 4 janv. 1911, *Mon. du Midi*, 12 fév. 1911. — Trib. Marly-le-Roi 8 janv. 1906, *Journ. Juges de paix*, 1907, 48, j. paix Liège, 25 mars 1907, id., 1907, 548. — J. de Paix Bruxelles, 20 oct. 1896, *Journ. Trib.*, 1897, 107. — Laurent, XVI, n° 46. — Colmet de Santerre (Demante), II, n° 270 *bis*, III. — Larombière, art. 1305, n° 11. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 419. — Demolombe, VII, n° 825 et XXIX, n° 94. — V. cep. Trib. comm. Seine, 5 déc. 1885, *Journ. Trib. comm.*, 1887, 74. — Aix, 1er juin 1888. Rec. Aix 1888, 1, 129. Cf. Bastia, 26 mai 1834, S. 1835, 2, 27. — *Contrà:* Bastia, 12 juin 1855, S. 1855, 2, 670. — Demante, II, n° 269.

2 V. Bourges, 6 juin 1881, S. 1882, 2, 147 (promesse d'indemniser une fille séduite). — Cf. Trib. Bruxelles, 20 nov. 1909, *Belgique judic.*, 1909, 1359. — Trib. Bruxelles, 2 janv. 1884, Pas, 1885, 3, 18.

du mineur[1], de l'achat de machines que le mineur ne peut utiliser[2], ou d'un achat pour lequel le mineur n'a pas de quoi payer[3].

On admet même qu'il y a lésion si le mineur a acheté un objet à sa valeur et ne peut en payer le prix[4]. On ne rejette la lésion que si elle provient d'un fait postérieur imprévu (art. 1306).

En tous cas, la lésion doit s'estimer au moment de l'acte et il n'y a pas à voir si des circonstances postérieures l'ont effacée, du moment que l'incapable a encore un intérêt à agir[5].

683. — Les incapables légalement soumis au régime de la représentation (mineurs, interdits, aliénés enfermés), restent en principe capables, si leur état psychologique le permet à ce moment, de faire les actes juridiques pour lesquels jouissance et exercice se confondent : se marier, reconnaître un enfant naturel[6], faire un testament, même une donation. Seulement ceci n'est exact que sous des réserves et distinctions tenant à la nature même de l'acte et à la situation de l'incapable.

---

1 Trib. Grenoble, 13 janv. 1910, *Rec. Grenoble*, 1911, 2, 8. — Cf. Trib. Seine, 21 avril 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 150, validité de l'achat d'une motocyclette. — Trib. Toulouse, 12 fév. 1914, id., 1914, 1e sem., 2, 463 (même cas). — Larombière, art. 1305, n° 17.

2 Lyon, 23 mars 1900, *Mon. Lyon*, 22 jun 1900.

3 Dijon, 12 avril 1880, S. 1882, 2, 213. — V aussi, Lyon, 16 janv. 1889, *Mon. Lyon*, 14 fév. 1889. — Trib. paix Castillon-en-Couyerans, 3 nov. 1897, *Rev. Justices de paix*, 1898, 96. — Paris, 12 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 527.

4 Dijon, 12 avril 1880, S. 1882, 2, 213. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 403, note 11. — Huc, VIII, n° 206. — Bufnoir, p. 691. — Demolombe, XXIX, n° 109. — Colmet de Santerre, 5e n° 271 *bis*, II. — Cf. Laurent, XVIII, n° 537.

5 Cf. Trib. Montauban, 20 nov. 1897, *Gaz. Pal*, 1898, 1, 625. — Cass. crim., 13 nov. 1840, S. 1841, 1, 96 (à propos du délit de l'art. 406, Pén.).

6 V. cep. un article très défavorable à cette capacité, Chevalier, Capacité pour reconnaître un enfant naturel. *Revue pratique*, t. 38, p. 524.

On s'est demandé si l'interdit pouvait se marier, finalement l'affirmative est admise[1], au contraire l'affirmative n'est pas douteuse pour les autres incapables. La donation est interdite complètement au mineur. Elle l'est aussi à l'interdit légal, comme allant à l'encontre du but de l'incapacité. Il y a controverse pour l'interdit judiciaire[2]. Il faudrait admettre la solution générale de la loi de 1838 pour l'aliéné interné.

Pour le testament, l'art. 904 Civ. le permet au mineur qui a dépassé seize ans dans des conditions spéciales. L'interdit légal peut le faire[3]. Pour l'interdit judiciaire, la jurisprudence[4] semble admettre la négative. Pour l'aliéné interné, il faut admettre la solution générale donnée par la loi de 1838.

Pour la demande en divorce, on la considère comme permise au tuteur qui a l'autorisation de l'interdit[5].

683 bis. — Citons pour mémoire que de nombreuses personnes morales, surtout administratives, sont incapables de faire certains actes, sans l'autorisation de l'Administration supérieure.

684. — Si l'étendue d'incapacité des diverses personnes incapables légalement est variable, une question générale se pose cependant. L'incapable a-t-il capacité pour faire

---

1 Aubry et Rau, VII, 5e éd., pp. 15 et 133. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 908 et suiv. — Colin et Capitant, I, p. 578. — *Contrà*: Planiol, I, n° 2079 (v. pour la jurisprudence *suprà*, n° 678).

2 V. pour capacité, Demolombe, n° 648 *bis*. — *Contrà*: Baudry et Bonnecarrère, V, n° 917. — Laurent, II, n° 108. — Huc, III, n° 519. — Aubry et Rau, VII, 4e éd., § 648. — Demante et Colmet de Santerre, II, n° 174 *bis*.

3 Cass. civ., 27 fév. 1883, S. 1884, 1, 65 avec note de M. Villey: D. 1883, 1, 113.

4 Cass., 27 fév. 1883 précité. — V. de même Laurent, II n° 108. — Huc, III, n° 519. — Demante et Colmet de Santerre, II, n° 174 *bis*, III. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 917. — Colin et Capitant, I, p. 579. — Planiol, I, n° 2079.

5 Caen, 2 nov. 1912, S. 1913, 2, 100.

seul les actes urgents ? Il ne peut être question de l'affirmative s'il y a incapacité naturelle. Mais s'il y a incapacité légale, faut-il permettre à l'incapable d'agir en référé, de faire des actes conservatoires, d'exercer une voie de recours contre une décision, lorsque le délai va expirer, d'accepter une offre qui n'est faite que pour un bref délai ? La jurisprudence admet l'action en référé. Bien qu'elle entraîne des frais, elle ne préjudicie pas au principal[1]. Il faudrait admettre de même que l'incapable peut faire des actes conservatoires[2], accepter une promesse de contrat qu'on lui fait, s'il s'agit d'un simple avant-acte qui lui profite sans l'obliger. Mais faudrait-il lui permettre une acceptation définitive ? Non. Il y aurait trop de danger[3] De même, et pour le même motif, l'incapable ne pourra seul faire appel ou se pourvoir, même si son tuteur ou son conseil est décédé[4].

Il y a dans ces solutions l'application d'un principe encore mal dégagé : la nécessité lorsque les circonstances l'imposent d'assouplir les formes au sens large du mot : solennités et autorisations à condition de ne pas vider les règles légales de leur substance[5].

685. — Les incapacités tant naturelles que légales peuvent

---

1 Paris, 22 mai 1906, *Gaz. Trib.*, 2 sept. 1906 (femme mariée). Cass. Req., 22 janv. 1901, S. 1901, 1, 331, D. 1901, 1, 94. *Pand. fr.* 1901, 1, 233 (prodigue). — Cf. Bruxelles, 5 déc. 1910, Pas. 1911, 3, 184.

2 V. pour la femme arg. art. 940 Civ. — Paris, 23 janv. 1919. *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 320 (inventaire). — Planiol, I, n° 939. — Beudant, I, n° 324. — Laurent, III, n° 98. — Demolombe, IV, n°s 131-133. pour le prodigue à propos des référés. — Cf. Cass., Req., 22 janv. 1901. 1, 94. — Baudry et Bonnecarrère, V. n° 988. — Demolombe, VIII, n° 751. — Pour le mineur, Demolombe, VII, n° 808.

3 Cf. Orléans, 21 avril 1898, *Pand. fr.*, 1898. 1, 654. (Cas où le conseil judiciaire est décédé).

4 Crome, *Allg. Theil*, par. 29, note 6.

5 V. une application de cette idée en droit public *Revue de droit public*, 1915, p. 479 (mesure à l'égard d'un général). — Cf. *suprà*, n° 195 *bis*.

parfois se superposer l'une à l'autre. Y a-t-il substitution de cette dernière à la précéente[1] ?

D'abord des incapacités légales peuvent s'adjoindre à des incapacités naturelles. C'est ainsi que l'enfant en bas âge est atteint en même temps de l'incapacité légale de la minorité. De même, l'aliéné peut être en même temps interdit. D'ailleurs, ces deux incapacités légales du mineur et de l'interdit n'ont été organisées que pour bien protéger des incapables naturellement.

Pour l'enfant, il n'y a guère de difficulté[2]. L'incapacité naturelle qui existera d'abord seule fera place, au jour où il sera conscient de ses actes, à l'incapacité légale du mineur: simple incapacité de se léser, telle qu'elle est prévue aux articles 1305 et suiv. Ce changement se produira le jour où l'enfant comprendra les conséquences juridiques de ses actes, moment qui sera d'ordinaire fixé entre douze et quinze ans.

686. — La question est plus délicate pour l'interdit. L'incapacité naturelle subsiste-t-elle partiellement à travers l'incapacité légale et inversement la capacité naturelle d'un fou dans un intervalle lucide subsiste-t-elle à travers l'incapacité légale ? L'affirmative serait le système le plus logique, mais il soulèverait des questions de preuve qu'il vaut mieux éviter. A tout propos on plaiderait qu'au moment de l'acte il y a eu ou non intervalle lucide. L'interdiction a en conséquence pour effet de remplacer l'incapacité naturelle limitée aux moments de folie par une incapacité permanente d'effet plus limité. L'article 502 Civ. suppose cette solution en disant « tous actes passés par l'interdit seront nuls », et l'article 503 l'implique également[3].

---

[1] Il y a une certaine tendance à le faire pour faciliter les transactions, l'incapacité naturelle étant souvent mouvante. V. Saleilles, *Bulletin Soc. d'Etudes législatives*, 1904, pp. 410 et suiv.

[2] Cf. Demolombe, XXIV, n° 294.

[3] V. note Presutti, *Rapporti fra l'incapacita naturale di consentire*

Il résulte de cette disposition sur l'incapacité naturelle absorbée dans l'incapacité légale deux conséquences importantes.

1° On ne peut prétendre que l'acte de l'interdit est valable en disant qu'il a été fait dans un intervalle lucide. Cette prétention est non recevable[1]. Ceci ne comporte que la réserve que nous avons déjà indiquée. L'interdit peut faire les actes où la jouissance du droit se confond avec l'exercice, de sorte qu'ils ne peuvent être passés en son nom par un tiers.

2° On ne peut prétendre, un acte ayant été fait par un interdit, qu'il a été fait hors d'un intervalle lucide et qu'il est dès lors inexistant pour défaut de consentement. Dans tous les cas, il n'y a qu'une nullité relative[2] et non pas une nullité absolue.

687. — Les différentes incapacités légales peuvent également coexister lorsque chacune de ces incapacités a sa raison d'être et son but spécial qui ne pourrait être atteint par une autre. Ainsi, la femme mariée peut être interdite[3]. ce que suppose l'article 506 Civ., ou encore, elle peut être pourvue d'un conseil judiciaire, si son mari n'exerce pas suffisamment son autorité[4], ou si elle est placée dans un établissement d'aliénés sans être interdite elle est frappée

---

e l'incapacita legale di obligarsi. Archivio giuridicho, 1891, I, p. 3. — Cette solution est vraie même pour les donations et testaments. V. Baudry et Colin, I, n° 24*l*.

1 Planiol, II, n° 1090 et I n° 1079. — Beudant, II, n° 976. — Huc, III, n° 517. — Laurent, V. n° 304. — *Contrà:* Lyon, 14 mai 1870. S. 1871, 2, 270 (hypothèse très spéciale de pardon de sévices).

2 V. Planiol, I, n° 2083. — Bufnoir, p. 640. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V. n° 900. — Demolombe, VIII, n° 629. — *Contrà:* Laurent, V, n° 307.

3 Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n° 807. — Huc, III, n° 525. — Cass. civ., 9 janvier 1822, S. chr.

4 Cass. Req., 12 fév. 1877, S. 1877, 1, 203: D. 1878, 1, 184. — Paris, 4 août 1866, S. 1869, 2, 132. — Poitiers, 18 mai 1881, S. 1883, 2, 8; D. 1882, 2, 247. — Trib. Toulouse, 3 juin 1911, *Gaz. Trib.*, 1911,

d'une incapacité spéciale, comme le suppose l'article 32 de la loi du 30 juin 1838. Dans ces divers cas il y a une incapacité fondée sur l'état mental qui peut coexister avec une autre fondée sur l'autorité maritale.

S'il y a interdiction, le mari étant tuteur de sa femme, son droit de représentant légal absorbera la puissance maritale. Il ne pourrait par la force même des choses être question en cas par lui de refus de faire un acte, de recourir à l'autorisation de justice. Qui, en effet, peut la solliciter ? La femme. Or, elle est interdite. Mais l'incapacité spéciale de la femme dotale ne disparaîtrait pas pour cela, les biens dotaux resteraient inaliénables.

La même solution serait donnée pour la femme non interdite enfermée dans une maison d'aliénés, si son mari était administrateur provisoire.

Ces solutions sont les mêmes que celles qui se présentent si une mineure se marie. L'autorité maritale s'absorbe dans la curatelle confiée au mari (arg. art. 506) d'après l'opinion générale[1].

Si le mari n'est pas tuteur ou s'il n'est pas administrateur provisoire, l'autorité maritale subsiste à côté de la gestion par le représentant légal ou judiciaire de la femme. Celui-ci devra donc se munir de l'autorisation du mari, ou à défaut de celle de justice[2] dans tous les cas où celle-ci eut été nécessaire. L'unité de direction dans le ménage doit toujours subsister.

La même solution s'applique si la femme est pourvue

2e sem., 2, 249. — Paris, 20 avril 1875, S. 1875, 2, 138; D. 1876, 2, 238. — Paris, 7 janv. 1856, S. 1856, 2, 223. — Demolombe, VIII, nº 697. — Aubry et Rau, I, p. 865. — Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 102. — Trib. Anvers, 11 juin 1885, *Journ. Trib.*, 1re *Inst.*, XXXIII, 867.

[1] V. Colin et Capitant, I, p. 536.

[2] Trib. Mont-de-Marsan, 28 juin 1888, *Droit*, 27 juillet 1888. — Rennes, 3 janv. 1889, S. 1889, 2, 174. — Laurent, V, nº 354.

Cf. Massigli, *Revue critique*, 1881, p. 398. — *Examen doctr. Revue pratique*, I, p. 33.

d'un conseil judiciaire. Celui-ci ne peut agir sans l'autorisation du mari.

688. — Il semble qu'il en est de même si un mineur émancipé ou un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire est interné[1] dans un établissement d'aliénés.

Enfin si une incapacité est beaucoup plus importante qu'une autre et si elle a le même but de protection, elle l'absorbe.

C'est le cas de l'internement dans un établissement d'aliénés d'un interdit (loi du 30 juin 1838, art. 31 et suiv.) d'un mineur non émancipé[2]. L'incapacité de la loi de 1838 est absorbée par l'incapacité de la personne en tutelle.

Si un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire était à un moment interné comme aliéné, l'administration provisoire effacerait pendant l'internement l'effet de la nomination du conseil, si celui-ci était administrateur provisoire. Les deux mesures se confondraient, l'administrateur s'autoriserait lui-même.

Si, par hasard, le tribunal nommait administrateur un autre que le conseil, les fonctions de celui-ci seraient suspendues jusqu'à la mise en liberté de l'interné, car les deux mesures de protection font double emploi : si l'incapable est prodigue, son administrateur ne l'est pas.

Si un prodigue devenait aliéné, l'interdiction effacerait complètement la nomination du conseil judiciaire, qui tend au même but.

Enfin un mineur qui donne déjà des signes de folie ou de prodigalité ne peut être interdit, ni pourvu d'un conseil, sauf à un moment voisin de sa majorité pour qu'il n'y ait aucun intervalle entre la fin de la minorité et l'autre incapacité[3]. Mais il n'y aura pas coexistence des incapacités.

---

1 Demolombe, VIII, n° 802.

2 Demolombe, VIII, n° 801.

3 Paris, 31 janv. 1894, S. 1895, 2, 84. — *Contrà :* trib. Châteauroux, S. 1846, 2, 329. — Bourges, 22 déc. 1862 ; D. 1863, 5, 218 ; S. 1863, 2, 132. — Paris, 15 juin 1857, S. 1858, 2, 106. — Planiol,

689. — Quand commence la capacité de jouissance.

Pour les êtres physiques elle débute à la conception, en prenant comme base les délais des articles 312 et suiv. Civ. et elle finit à la mort.

Pour les personnes morales, la question est plus délicate[1]. Il s'agit de savoir si elles sont capables pendant la période constitutive, et si des formalités spéciales sont imposées à certaines, avant de pouvoir contracter[2].

Lors de la liquidation, on admet d'autre part que toute personne morale dure même après sa dissolution et qu'elle se survit pour les besoins de la liquidation[3]. Cette solution admise pour les sociétés commerciales doit être étendue à tout groupement personnifié : société civile, association, congrégation, personne morale de droit public.

690. — Le point de départ et la fin des incapacités d'exercice est en général facile à déterminer. Si la cause est un fait (mort, majorité), ou un acte juridique (mariage, émancipation, reconciliation d'époux séparés de corps constatée par acte notarié, art. 311, al. 4), l'effet en est immédiat[4]. Si c'est un jugement, en principe, ce n'est qu'au jour où celui-ci n'est plus susceptible de voies de recours que l'effet se produit. Mais ceci ne s'applique guère qu'à la femme séparée de corps qui par là recouvre sa pleine capacité[5]. Pour la femme divorcée, en effet, c'est au jour

---

I, n° 2042. — Aubry et Rau, I, 5e éd., p. 790. — Demolombe, VIII, n° 440. — Laurent, V, n° 252. — Baudry et Bonnecarrère, V, p. 804.

1 V. Lescot, *Les personnes morales de droit privé pendant la période constitutive*, thèse Dijon, 1913, pp. 243 et suiv.

2 V. pour la nécessité de déposer un cautionnement pour les assurances, *Mon. Lyon*, 28 nov. 1912, le *Droit*, 30 janv. 1913. — Trib. Lyon, 5 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 625, S. 1914, 2, 137. — Civ., 19 déc. 1921, Gaz. Pal., 1922, 1, 190; *Revue de dr. civil*, 1922, p. 407. — *Contrà:* Nîmes, 12 fév. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 624.

3 V. Thaller et Percerou, *Faillite*, II, n° 1315. — Lacour, *Droit commercial*, 343. — Thaller, n° 446. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 366.

4 V. Giorgi, III, n° 82.

5 Grenoble, 25 novembre 1902, D. 1908, 2, 56.

de la transcription du divorce[1]. Pour l'interdit, l'article 509 dit que l'incapacité se produit du jour du jugement[2]. La jurisprudence a tiré de ce texte un système général pour éviter les fraudes qui peuvent se produire au moment du jugement par des actes passés pendant les délais de recours. Non seulement le jugement produit effet sans avoir été publié[3], mais l'incapacité se produit immédiatement même si le jugement est par défaut[4]. Elle subsiste même si l'incapable fait appel du jugement[5], sauf à disparaître

---

1 Cass. Req., 18 avril 1893, S. 1894, 1, 5, avec note Labbé. — Paris, 12 janv. 1892; *Pand. fr.*, 1892, 2, 353 et 6 juillet 1892, *Gaz. ..* 25 sept. 1892. — Baudry et Chauveau, *Personnes*, IV, n° 245. — Massigli, *Revue critique*, 1890, p. 453. — Huc, II n° 393. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 333. — Cf. Massigli, *Examen doctrinal Revue critique*, 1894, p. 129 (Omission de transcription du divorce).

2 V. sur l'origine et la raison d'être de cette règle, P. Esmein, *Les effets des décisions de justice*, etc., th. Paris, 1914, pp. 127 et suiv.

3 Paris, 15 mai 1882, S. 1883, 2, 108, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 98. — Rennes, 12 mai 1851, S. 1852, 2, 131; D. 1852, 2, 262. — Toulouse, 3 janv. 1820, S. chr. — Montpellier, 1er juillet 1840, S. 1840, 2, 314. — Trib. comm. Seine, 3 fév., 1888, *Mon. Lyon*, 9 mars 1888. — Bourges, 30 juillet 1894, P. F. 1895, 2, 80, S. 1895, 2, 15. — Gand, 2 déc. 1899, S. 1902, 4, 17, avec note Lacoste. — Aubry et Rau, I, p. 799, 5e éd. — Laurent, V, nos 283 et 312. — Huc, III, n° 516. — Demolombe, VIII, n° 550. — Demante, II, n° 274 bis, II. — Massigli, *Ex. doctr. Rev. critique*, 1884, p. 266. — Cf. Cass. civ., 29 juin, 1819, S. chr., qui dit surtout que la connaissance de fait est sans intérêt s'il y a eu publicité. — V. cep. Cass. civ., 1er août 1860, S. 1860, 1, 929; D. 1860, 1, 316, qui fait dater l'incapacité de la publicité faite dans le seul arrondissement du domicile. — Cf. Bruxelles, 27 mai 1881, Pas. 1881, 2, 244 qui atténue le principe vis-à-vis de tiers de bonne foi. — *Contrà:* Cass., 16 juillet 1810, S. chr. — Turin, 20 janv. 1810, S. chr. En cas d'absence de publicité, on pourrait agir en responsabilité contre celui qui a négligé cette mesure.

4 Paris, 6 déc. 8915, D. 1895, 2, 425, avec note Glasson. — Paris, 6 juillet 1868, D. 1869, 1, 267. — Caen, 22 janv. 1856, D. 1856, 2, 133. — Laurent, V, n° 306. — V. Gand, 27 sept. 1887, Pas. 1888, 2, 21 qui déclare que si un jugement nomme un conseil et qu'il y ait appel pour faire interdire on reste capable jusqu'à l'arrêt d'appel.

5 Angers, 3 août 1866, D. 1867, 2, 23. — Req., 27 juillet 1874, D.

rétroactivement si le jugement est réformé : conséquence évidemment grave, car il est contraire à la sécurité d'établir une incapacité conditionnelle. La jurisprudence tend à appliquer la même solution au jugement de mainlevée de l'interdiction[1].

Les mêmes solutions sont naturellement étendues au prodigue[2], soit pour la mise sous l'autorité du conseil judiciaire, soit pour la mainlevée de ce conseil[3]. Mais cette dernière solution a été contestée. On a fait valoir l'inconvénient de créer pendant le délai d'appel une période d'incapacité pendant laquelle les actes d'abord valables se trouveraient annulés si le jugement était réformé[4].

Pour la majorité une difficulté spéciale se présente s'il s'agit d'un enfant trouvé. En cas de difficulté le tribunal statuera par présomptions. La charge de la preuve se réglera d'après le droit commun.

691. — Quand on est en présence d'une incapacité quelconque d'exercice ou même de jouissance, quel en est, au

---

1876, 1, 129. — Colin et Capitant, I, p. 581. — Aubry et Rau, I, p. 795. — Laurent, V, n° 306. — Demante, II, n° 274 *bis*, II. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n° 895. — Demolombe, VIII, n°s 550 et 630. — V. cep. Toulouse, 29 janv. 1821, S. chr.

1 Cass. belge, 29 oct. 1900, S. 1902, 4, 17, avec note de M. Lacoste, — V. Req., 11 déc. 1911, D. 1913, 1, 430, pour l'acte fait après la mainlevée et avant une tierce opposition qui a fait rétablir le conseil.

2 Poitiers, 15 mai, 1882, S. 1883, 2, 108. — Bourges, 30 juillet 1894, S. 1895, 2, 15. — Trib. Liége, 29 déc. 1903, Pas. 1904, 3, 176. — Laurent, V, n° 283. — Aubry et Rau, I, p. 866. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1017. — Mais on atténue volontiers pour les actes de peu postérieurs au jugement, Lyon 25 juin 1912, *Loi*, 7 octobre 1912.

3 Paris, 30 nov. 1911, Pas. 1912, 4, 70; *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 685, D. 1913, 1, 431 en sous note, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 274, observations de M. Zapiot. — Req., 11 déc. 1911, D. 1913, 1, 431.

4 Trib. Seine, 18 janv. 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 2, 187, qui déclare que la capacité en cas de jugement de mainlevée ne reprend pas de ce jugement mais de la fin des voies de recours contre cette décision.

point de vue de l'heure, le point de départ et la fin exacte[1] ?

Si l'incapacité a comme commencement ou comme fin un fait, c'est de l'instant où ce fait s'est produit qu'elle commence ou finit : que ce soit la mort ou la naissance. Mais pour la conception la loi établit des présomptions (art. 312, 314 et 315 Civ.) en prenant des délais à partir de la naissance.

La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent que le principe légal n'étant pas une loi physiologique, il faut compter le délai par jour de minuit à minuit et non par période de vingt-quatre heures[2].

Les auteurs précisent même qu'il faut considérer que le *dies a quo* est exclu du délai, mais non le *dies ad quem*, ce qui est logique, car le premier jour n'est pas complet et le dernier a lieu après trois cents ou avant cent quatre-vingts jours[3].

Sauf cette exception fondée sur des raisons spéciales d'ordre social et une faveur pour la légitimité ou la paternité (car la loi du 16 novembre 1912, art. 1er-4° applique ces délais), le fait produit de suite la capacité ou l'incapacité. S'il la produit après un délai, ce délai se calcule de même de *hora ad horam*, et le mineur devient majeur à l'heure même où il est né, vingt-et-un ans après cet événement[4].

---

1 V. Demogue, note sous Montpellier, 28 déc. 1908, S. 1911, 2, 313.

2 Cass. civ., 3 fév. 1869, D. 1869, 1, 181, S. 1869, 1, 215, sur renvoi Orléans, 3 juin 1869, S. 1869, 2, 194, D. 1869, 1, 215. — Planiol, I, n° 1378. — Demolombe, V, n° 18. — Aubry et Rau, VI, p. 28. — Demante, II, n° 38 *bis*, II. — Baudry et Hougues Fourcade, IV, n° 441. — *Contrà :* Trib. Arras, 6 mai 1857, D. 1858, 2, 138, S. 1857, 2, 370. Poitiers, 24 juillet, 1865, S. 1865, 2, 271 ; D. 1865, 2, 129. — Laurent, III, n° 391. — Huc, III, p. 14.

3 Demante, II, n° 38 *bis*, I. — Demolombe, v° n° 19. — Planiol, I, n° 1377. — Aubry et Rau, VI, p. 29. — Baudry et Hougues Fourcade, IV, n° 442.

4 Nancy, 10 mars 1888, S. 1889, 2, 105 avec note. — Nîmes, 17 mai

Si l'incapacité ou la capacité a comme point de départ un acte juridique : le mariage, la déclaration d'émancipation, l'interdiction, ou nomination de conseil judiciaire, l'internement dans un asile d'aliénés, ou la sortie de cet asile, rejet d'un pourvoi contre une condamnation criminelle, transcription d'un jugement de divorce (art. 252 Civ.), constatation notariée de la réconciliation d'époux séparés (art. 311, al. 4 Civ.), décret de naturalisation, en général, la capacité sera modifiée sur l'heure[1]. Aussitôt, la personne deviendra capable ou incapable. Il y a intérêt à ce qu'elle devienne de suite capable ou incapable; il ne faut ni la priver plus longtemps de sa capacité, ni la laisser plus longtemps capable[2].

Si l'incapacité ou la capacité a pour point de départ l'expiration d'un délai pour recourir contre une décision, la capacité se trouve modifiée à l'heure légale où la voie de recours ne peut plus être exercée : fermeture du greffe, expiration de l'heure pour la remise des exploits (art. 1037 Proc.). Ces principes posés supposent résolues des questions de preuve délicates, car les actes ne mentionnent pas l'heure à laquelle ils sont reçus, ni les jugements l'heure à laquelle ils sont rendus. Mais les principes admis en matière de preuve, loin de compliquer, facilitent les solutions pratiques.

Il s'agit moins de déterminer l'heure d'un acte, ce qui ne sera jamais fait que par témoins pour les actes privés,

---

1888, S. 1889, 2, 109 (motifs). — Laurent, IV, n° 462. — Huc, III, n° 231. — Demolombe, VIII, n° 407. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 780. — Planiol., I, n° 1616. — *Contrà :* Demante, II, n° 13 *bis*.

V. cep. pour l'acte passé par une femme le jour de la transcription de son divorce, trib. Seine, 13 nov. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1e sem., 2, 296, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 365, qui a admis que la femme était incapable ce jour-là tout entier.

[1] V. pour la femme mariée, Demolombe, VIII, n° 407. — V. pour plus de détails, Demogue, note sous Montpellier, 28 déc. 1908, S. 1911, 2, 313. — V. cep. Rennes, 15 avril 1893, S. 1893, 2, 156 qui déclare que le dessaisissement du failli date de la première heure du jour du jugement déclaratif de faillite.

pour lesquels la loi n'exigera jamais d'indication d'heure, que de déterminer l'antériorité d'un acte par rapport à l'autre. Or, ici, intervient ce principe que la loi présume le plus normal, la régularité des actes.

En vertu de cette idée, la jurisprudence admet que si une femme mariée signe un billet non daté, on présume celui-ci signé avant le mariage, à moins de rapporter cette preuve délicate qu'il a été signé après[1].

Il faut décider *a fortiori* qu'un acte signé le jour où une personne a été successivement capable et incapable est présumé signé en état de capacité à moins de preuve contraire. La jurisprudence serait obligée d'admettre cette solution.

S'il est nécessaire de prouver l'heure où un acte a été passé, cette preuve pourra se faire par témoins, si l'écrit ne constate rien, ce qui est le cas ordinaire. Ce n'est pas prouver outre ou contre le contenu des actes[2].

692. — Le commencement et la fin de l'incapacité étant déterminées, quand doit-on considérer qu'un acte a été passé en état d'incapacité ?

Il faut que l'acte ait été décidé après le début de l'incapacité pour qu'il soit nul. Au contraire si l'acte s'exécute, si la preuve s'en établit, ou même si l'opération juridique se développe naturellement pendant l'incapacité après avoir commencé avant, il est valable.

Ainsi en est-il d'une vente faite par un majeur que réalise après sa mort un héritier mineur[3], d'une traite signée ou renouvelée par un prodigue pour des achats antérieurs à la

---

1 Cass. civ., 22 janv. 1913. D. 1913, 1, 144. *Rev. dr. civil*, 1913. p. 621. — Cass. civ., 13 juillet 1895. D. 1896, 1, 267 (prodigue). — Cf. Cass. civ., 25 fév. 1896. D. 1896, 1, 199. — Dijon, 3 déc. 1894. D. 1895, 2, 537 (présomption de cause licite).

2 Req., 11 déc. 1901, D. 1903, 1, 114. *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 381. — Montpellier, 25 déc. 1908. S. 1911, 2, 313 avec note de M. Demogue.

3 Cass. Req., 8 mars. 1852. S. 1852, 1, 393.

nomination de son conseil[1], ou du contrat pour soigner un cheval lorsque, passé avant le jugement nommant le conseil on l'exécute après[2]. Tous ces actes sont valables sans formalités spéciales. Pour savoir si l'acte a été fait par un incapable, il faut ici se placer au moment où il émet son consentement et non à celui où le contrat devient irrévocable. En effet, c'est à ce moment qu'il faut considérer son état psychologique, sa situation sociale[3].

Il en est de même des opérations qui se continuent après l'incapacité prononcée, comme un compte qui se continue avec une femme après son mariage[4], d'une procédure qui continue après que l'incapacité a débuté[5], d'une promesse de vente qui s'exécute après incapacité[6]. Mais les arrêts invoquent ici volontiers l'ignorance du tiers comme venant d'une faute de l'incapable pour déclarer l'acte valable[7].

693. — Lorsqu'un acte a été fait par une personne successivement capable et incapable, et qu'il s'agit de déterminer à quel moment il a été fait, on considère en principe comme exacte la date qu'il porte. Le mensonge, l'erreur ne se présument pas. La date mise au bas de l'acte sera donc présumée

---

[1] Lyon, 28 fév. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 112. — Trib. Seine, 6 nov. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1e sem., 2, 327. — Cf. Besançon, 20 janv. 1863, D. 1863, 2, 83 (femme mariée).

[2] Trib. Seine, 27 mars 1908, 1er sem., 2, 389.

[3] Ceci se rattache à notre théorie générale sur la formation des contrats, d'après laquelle suivant les questions posées il faut se placer à un point de vue différent (v., *suprà*, nos 577 et suiv.). Les tribunaux considèrent assez volontiers l'achèvement de l'acte, v. Req., 15 mars 1910, D. 1913, 5, 26.

[4] Trib. Seine, 5 mars 1892, *Droit*, 3 avril 1892.

[5] Cass. civ., 3 juin 1902, D. 1902, 1, 452 S. 1902, 1, 485; *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 1, 176 (erreur entretenue par la femme). — Cass. Req., 10 déc. 1812, S. chr. — Trib. Louvain, 5 fév. 1876, *Journ. Trib.* 1re *inst.*, 1876, 917.

[6] Trib. Anvers, 5 fév. 1881, Pas. 1881, 3, 314.

[7] Rapp. un arrêt de Lyon 25 juin 1912. *Loi*, 7 octobre 1912 qui a validé un paiement fait deux jours après jugement.

vraie tant à l'égard de l'incapable lui-même que des personnes qui le représentent ou l'autorisent. En effet, le représentant ou l'habilitant ne font qu'un avec l'incapable, car ils représentent le même patrimoine[1], les actes que font les uns et les autres, l'incapable ou ses conseils, et représentants agissant comme tels profitent ou nuisent à la même personne ; ils ne sont pas des tiers, les uns par rapport aux autres[2]. Il ne peut donc être question ici d'exiger la date certaine en vertu de l'article 1328 Civ. Le représentant, l'habilitant ne sont pas des tiers par rapport à l'incapable.

Ce principe comporte cependant deux réserves.

La loi ne se fie pas à la date et redoute la fraude dans le cas où l'acte est invoqué pour obtenir l'aliénation d'un immeuble dotal afin de payer les dettes de la femme ou du constituant (art. 1558-3°), mais c'est une solution exceptionnelle, bien que visant même les dettes de ceux qui ont constitué la dot.

Ensuite, conformément au droit commun, on peut établir qu'effectivement il y a eu fraude, antidate. Les tribunaux jugent souverainement si cela s'est produit et on peut le leur démontrer par tous les moyens de preuve. Ce n'est là que l'application d'un principe très général sur la preuve

---

1 La jurisprudence a appliqué cette idée en jugeant que la liquidation d'une congrégation autorisée n'est pas un tiers par rapport à la congrégation. V. Cass. civ., 26 déc. 1910 et Req., 9 mai 1911, S. 1912, 1 297 avec note de M. Chavegrin. — Cass. civ., 13 mai 1912, S. 1912, 1, 495 (2e arr.). Il en de même du liquidateur de sociétés, du tuteur, de l'administrateur par rapport aux actes des administrateurs précédents, etc.

2 Cass. civ., 13 nov. 1895, D. 1896, 1, 267; S. 1897, 1, 263. — Orléans, 5 mai 1897, S. 1897, 2, 303 (prodigue). — Orléans, 20 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 17. — Cf. Req., 24 juin 1913, S. 1913, 1, 495. — Vigié, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1900, p. 82. — V aussi Trib. Liége, 27 fév. 1857; *Jour. Trib.*, 1re *inst.*, VI, 284. — La Haye, 28 mai 1919, Pas. 1819, 392. — Trib. Bruxelles, 27 janv. 1864, Belgique judic., 1865, 440. — Trib. Anvers, 29 avril 1880, Pas, 1880. 3, 320. — Orléans, 21 mars 1838, S. 1839, 2, 326.

de la fraude[1]. Car il faudrait en dire autant pour la date d'un acte fait par un représentant, si le représenté prétend qu'il y a eu de façon frauduleuse postdate ou antidate.

Par contre, s'il s'agit d'un acte daté de sa capacité par une personne devenue plus tard incapable et qu'on veuille faire produire à cet acte des conséquences contre un autre patrimoine, il faudra la date certaine. Ainsi l'acte daté par une femme avant son mariage sera considéré au point de vue capacité comme daté exactement, mais pour l'invoquer contre le mari et en assurer l'exécution sur la communauté et les propres du mari il faudra la date certaine (art. 1410 Civ.). Mais ce problème est en dehors de celui de la capacité. Il fallait seulement l'indiquer pour éviter des confusions et montrer la double situation du mari : qui n'est pas un tiers en tant qu'habilitant la femme, mais qui est un tiers comme chef de communauté et propriétaire de ses propres.

En vertu de ces principes, la jurisprudence admet que la date portée par un acte est présumée exacte lorsque le signataire a été ensuite pourvu d'un conseil judiciaire[2], mais la preuve contraire peut être rapportée[3].

---

1 V. *suprà*, n° 345.

2 Cass. civ., 24 juin 1913, sol. implic. S, 1914, 1, 495. — Cass. civ., 13 nov. 1895, D. 1896, 1, 267, *Pand fr.*, 1897, 1, 145 avec note de M. Lambert ; S. 1897, 1, 262 et sur renvoi Orléans, 5 mai 1897, S. 1897, 2, 303 (sol. implic.). — Orléans, 26 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 17. — Paris, 29 avril 1845, D. 1846, 4, 120. — Orléans, 15 juin 1875, D. 1877, 2, 177. — Orléans, 25 août 1837, S. 1838, 2, 66. — Cass. Req., 8 mars 1836, S. 1836, 1, 236. — Orléans, 21 mars 1838, S. 1839, 2, 326. — Paris, 20 avril 1831, S. 1831, 2, 288. — Nancy, 7 mai 1842, D. 1842, 2, 185. — Bourges, 4 janv. 1831, S. 1831, 2, 288. — Huc, III, n° 557. — Laurent, V, n° 376. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 881. — Vigié, *Ex doctr. Revue critique*, 1900. — *Contrà :* Paris, 10 mai 1810, S. chr. — Cass. Req., 9 juillet 1816, S. chr. — Toulouse, 30 nov. 1903, *Gaz. Trib. Midi*, 28 février 1904. — Orléans, 3 juillet 1835, S. 1835, 2, 517. — Cass. civ., 5 fév. 1835, S. 1835, 1, 83 (même affaire).

3 Arr. précités.

Seuls quelques arrêts anciens ont admis que la présomption était plutôt en faveur de l'antidate[1], sauf à s'inspirer des circonstances pour dire que la date est exacte.

La jurisprudence est aujourd'hui très loin de ces idées, et même si un acte n'est pas daté, elle présume qu'il a été passé par le prodigue en temps de capacité[2].

Il faut dire de même que la date portée sur l'acte d'un interdit est présumée exacte[3].

Les mêmes principes s'appliqueront à l'acte signé par une femme mariée et la cour de cassation a admis la validité de l'acte non daté signé par elle[4].

En effet, en vertu de ce principe général imposé par les nécessités pratiques, qu'on présume le cas normal[5], c'est-à-dire la capacité, il faut dire que l'acte non daté doit être présumé avoir été passé en état de capacité, plutôt qu'en état d'incapacité. Mais la fraude pourra se prouver par tous moyens.

Les mêmes principes s'appliqueront à un incapable qui devient capable : à un mineur qui est émancipé ou devient majeur, à une femme mariée qui est séparée de corps ou divorcée, ou devient veuve, à un interdit ou à un prodigue qui obtient mainlevée de son incapacité. On ne présumera pas que l'acte daté peu après qu'ils sont redevenus capa-

---

1 Amiens, 15 fév. 1823, S. chr. — Paris, 26 juin 1838, S. 1338, 2, 417. — Orléans. 3 juillet 1835, S. 1835, 2, 417. — Cass., 4 fév. 1835. S. 1835, 1, 83. — V. aussi trib. Bruxelles, 17 fév. 1892, Pas. 1892, 3. 301. — Cf. trib. Bruxelles, 20 janv. 1896, Pas. 1896, 3, 235.

2 Cass. civ., 13 juillet 1895, S. 1897, 1, 262, D. 1896, 1, 267 et sur renvoi Orléans, 5 mai 1897, S. 1897. 2, 303. Toutefois, un arrêt a jugé, que si une date est reconnue fausse, c'est à celui qui prétend que l'acte est valable à prouver qu'il a été signé en temps de capacité. — Cass. Req., 30 juin 1868, S. 1868, 1, 324; D. 1869, 1, 230.

3 Bourges, 4 janv. 1831, S. 1831, 2, 288. — Laurent, V, nº 320. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, nº 931. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 808. — *Contrà :* Rouen, 22 juillet, 1828, S. chr.

4 Cass. civ., 22 janv. 1913, D. 1913, 1, 144; S. 1913, 1, 79. — *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 621.

5 V. nos *Notions fondamentales*, p. 550.

bles a été frauduleusement postdaté et qu'il remonte à une époque antérieure à la fin de l'incapacité. Mais on pourra en fait prouver que cette fraude s'est produite[1]. De même on présumera si un don manuel a été fait à une association reconnue d'utilité publique, qu'il a eu lieu après cette reconnaissance, à un moment où l'association pouvait recevoir à titre gratuit.

694. — Lorsqu'un acte a été passé par une personne incapable naturellement il est inexistant. L'acte de l'enfant, de l'aliéné est sans effet[2]. S'il y a incapacité légale, il résulte de l'article 1125 que l'acte de l'incapable est nul de nullité relative[3]. L'article 225 Civ. le suppose pour la femme en indiquant quelles personnes peuvent agir en nullité. L'article 502 Civ., en déclarant les actes de l'interdit « nuls de droit », ne rejette pas cette solution. Il veut seulement dire qu'ils sont nuls sans qu'il y ait lésion[4]. La nullité est également relative pour le prodigue[5] ou pour les personnes morales incapables[6], pour les aliénés internés (art. 39, loi du 30 juin 1838).

Pour le mineur, il est admis que l'acte nul pour lésion est frappé de nullité relative (art. 1125, al. 2).

---

1 Cass. civ., 22 janv. 1913, S. 1913; 1, 79.

2 V. Larombière, art. 1124, n° 16 — *Contrà:* Bordeaux, 22 avril 1896; P. F., 1897, 1, 321, avec note de M. Carré de Malberg.

3 V. Beudant, Oblig., I, n° 166. — Larombière, art. 1125, n° 4. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 415. — Demolombe, XXVIII, n° 298.

4 V. cass. crim., 29 nov. 1902, S. 1904, 1, 301 avec note. — *Pand. fr.*, 1903, 1, 231. — Alger, 25 octobre 1897, D. 1898, 2, 448. — Capitant, *op. cit.*, 3e éd., p. 279. — Planiol, 6e éd., I, n° 2084. — Beudant, II, n° 975. — Huc, III, n° 517. — Laurent, V, n°, 307. — Demante, II, n° 274 bis, I. — Baudry et Bonnecarrère, *Personnes*, V, n° 896. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 807, note 2. — Demolombe, VIII, nos 626 et 627.

5 Lyon, 29 mai 1872, S. 1872, 2, 96. — Cass., 13 nov. 1895; *Pand. fr.*, 1897, 1, 145. — Laurent, V, n° 373. — Demante, II, n° 285 *bis*, X. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1018. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 879.

6 Cass. civ., 16 mars 1836, S. 1836, 1, 609. — Baudry et Barde, I,

Mais pour l'acte nul sans lésion parce qu'il est soumis à certaines formes, les arrêts parlent toujours de nullité absolue[1].

Enfin, pour les interdits légaux, on peut admettre que la nullité pour être plus efficace sera absolue[2].

Toutefois quelques actes des incapables pour lesquels il y a d'ordinaire nullité relative sont frappés de nullité absolue:

C'est pour la femme mariée l'acceptation de donation[3].

Pour le mineur et les autres incapables, le contrat de mariage qui ne comporte pas de nullité relative[4]. On y ajoute aussi les actes de commerce[5].

---

nº 242. — Planiol, I, nº 2143. — Demolombe, VIII, nº 769. — *Contrà:* Laurent, XVI, nº 63. — Il n'y aurait exception que pour les incapacités établies dans un intérêt public comme pour les libéralités, vº Crome, *Allg. Theil* par. 29, 5°.

1 Cass. civ., 1er juin 1870, S. 1870, 1, 387; D. 1870, 1, 432. — Cass. civ., 16 janv. 1837, S. 1837, 1, 102. — Besançon, 30 juillet 1811, S. chr. — *Contrà:* Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 417. — Caen, 26 juin 1888; Pand, fr., 1888, 2, 312.

2 Planiol, II, nº 1092. — Beudant, *Etat et capac. des pers.*, II, p. 515. — Huc, III, nº 528 *bis*. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 564. — *Contrà:* Larombière, art. 1125, nº 3.

3 Cass., 30 nov. 1896, D. 1897, 1, 449 avec note de M. Sarrut, S. 1897, 1, 89. — Paris, 12 mai 1898; D. 1899, 2, 313. — Cass., 29 mai 1889, D. 1889, 1, 369. — Colin et Capitant, I, p. 638. — Lespinasse, *Acceptation des donations entre vifs. Revue critique*, 1872, p. 640. — Charmont, *Examen doctrinal, Revue critique*, 1890 p. 12. — *Contrà:* Labbé, S. 1881, 2, 49. — Larombière, art. 1125, nº 5. — Demolombe, IV, nº 348.

4 Cass. Req., 16 juin 1879, D. 1880, 1, 415; S. 1880, 1, 166. — Cass. civ., 19 juin 1872, S. 1872, 1, 281; D. 1872, 1, 346. — Cass. civ., 5 mars 1855, S. 1855, 1, 348; D. 1855, 1, 101. — Nîmes, 9 mars 1875, S. 1876, 2, 181. — Planiol, III, nº 839. — Guillouard, *Contr. de mar*., I, nº 316. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, nº 208. — Lebret, *Nullité du contrat de mariage d'un mineur, Revue critique*, 1880, p. 577. — Bertauld, *Nullité des contrats de mariage*, 1865, I, 289. — *Contrà:* Franquin, *Nullité du contrat de mariage pour incapacité*, thèse Paris, 1901, p. 44. — V. une controverse sur le partage d'ascendant. — Derome, *Partage d'ascendant. Revue critique*, 1866, I. p. 8.

5 Liége, 24 mars 1902, Pas. 1902, 2, 289. — Gand, 25 fév., 1895, Pas. 1895, 2, 229.

On peut rapprocher de ces cas les jugements qui sont soumis à un régime spécial[1].

Inversement le partage fait par des incapables se transforme en un partage provisionnel (art. 840 C. Civ.)[2].

695. — L'effet de cette nullité relative est délicat à déterminer. Il en résulte que l'acte est susceptible de ratification conformément à l'article 1338 Civ.

De plus, la prescription de l'action en nullité est de dix ans (art. 1304 Civ.).

Quant aux personnes pouvant demander la nullité, l'article 1125 rejette les majeurs ayant traité avec l'incapable.

Il faut faire rentrer parmi celles qui peuvent agir : d'abord le représentant de l'incapable, tant que dure l'incapacité, puis l'incapable redevenu capable ou ses héritiers. Le tuteur peut donc agir[3], mais l'administrateur provisoire des biens de l'aliéné ne le peut pas, ne pouvant ester en justice pour l'aliéné[4].

Pour les incapables soumis au régime de l'habilitation, l'habilitant ayant vu son pouvoir méconnu et l'incapable pouvant se montrer négligent à agir, on a dégagé peu à peu cette idée que l'habilitant peut agir en nullité. L'article 225 Civ. le dit pour le mari.

Pour le prodigue, la jurisprudence sous l'empire des nécessités pratiques l'a reconnu aujourd'hui dans de nombreux arrêts[5]. Le conseil judiciaire pourra donc agir en

---

1 Colin et Capitant, I, p. 638. — Planiol, 6e éd., I, n° 993.

2 V. Larombière, art. 1125, n°7.

3 Beudant, *Oblig.*, I, n° 911. — Baudry et Bonnecarrère, V. n° 901.

4 V. Aubry et Rau, I, 820, 5e éd.

5 V. Paris, 7 mars 1895, S. 1898, 1, 305 avec note de M. Lyon-Caen ; D. 1895, 2, 425 avec note de M. Glasson. — Req., 24 juin 1896, S. 1897, 1, 113 avec note de M. Lyon-Caen ; D. 1897, 1, 404. — Cass. Req., 29 juin 1881, S. 1882, 1, 125 ; D. 1882, 1, 33. — Paris, 26 juin 1838, S. 1838, 2, 417. — 13 fév. 1841, S. 1841, 2, 224. — 16 déc. 1859, S. 1860, 2, 307. — Lyon, 11 fév. 1863, S. 1865, 1, 75. — Paris, 22 mars 1895, D. 1896, 2, 261. — Nancy, 26 juin 1897 ; D 1898, 2, 512 ; le *Droit*, 28 août 1897. — Trib. Perpignan, 2 avril

nullité. Il faudra décider de même pour les mêmes raisons à l'égard du curateur de l'émancipé, lorsque la question se présentera en pratique[1].

Mais le contractant capable ne peut agir en nullité[2] (art. 1125).

La doctrine s'en tient à peu près à ces solutions[3] :

Mais la jurisprudence ne se contente pas de donner à ces personnes l'action en nullité. Quand un tiers se trouve en face d'un acte passé par un incapable, elle ne veut pas qu'il soit obligé de tenir cet acte pour valable, ce qui ferait que la nullité une fois prononcée, il verrait la situation modifiée et pourrait tenir l'acte pour non avenu. Plus simplement, tenant compte des nécessités pratiques, elle admet avec raison que le tiers peut quant à lui tenir l'acte pour non avenu. Les contractants feront entre eux ce qu'ils voudront, mais lui tiers, considère l'acte comme sans valeur.

1900; P. F., 1901, 2, 236. — Trib. Gien 11 déc. 1897; P. F., 1898, 2, 39. — Req., 10 nov. 1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 25. V. Colin et Capitant, I p. 599. — Beudant, II, n° 986. — Labbé, *Revue critique*, 1883, p. 490. — Matheron, *Capacité du prodigue*, thèse Aix, 1913, p. 108. — *Contrà:* Demante, II, n° 285 bis, IX. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1022. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 868, note 4. — Tissier, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1897, p. 632. — Demolombe, *Minorité*, II. n° 763. — Huc, III, nos 555 et 556. — Laurent, V, n° 953.

1 V. Cass. Florence, 7 déc. 1877. — *Contrà:* en thèse générale à propos du rôle du curateur: Baudry et Cheneaux, V, n° 766. — Demolombe, VIII, nos 315 et 316. — Laurent, V, n° 228. — Aubry et Rau, I, § 133, p. 852. Aucun auteur n'envisage le cas spécial de l'action en nullité.

2 V. en matière administrative trib. Montluçon, 2 nov. 1917: Gaz. Trib., 1918, 2, 423 et Naples, 15 juillet 1907, *Guir., ital.*, 1907, 2, 770.

3 V. Planiol, I, n° 988. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2352. — Beudant, I, n° 337. — Huc, II, nos 276 et suiv. — Laurent, III, n° 155. — Cf. Aubry et Rau, revu par Bertin, VII, p. 261 pour le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué par la femme. — Demolombe, XXIX, n° 23 et IV, n° 350.

Ainsi le tiers adjudicataire d'un immeuble avant surenchère peut se prévaloir de ce que la femme qui a surenchéri était incapable[1].

De même si un mineur fait des actes de commerce sans autorisation, on pourra se prévaloir de son incapacité pour faire décider qu'il n'est pas commerçant, qu'aucune des conséquences de cette qualité n'existe et qu'il ne peut être mis en faillite[2].

La jurisprudence ne se contente même pas de dire : tout le monde, sauf le cocontractant en faute de s'être mal renseigné sur l'incapacité de celui avec qui il traitait, peut invoquer la nullité.

La seule formule qui permette d'englober tous les arrêts est celle-ci. Tout le monde peut se prévaloir de ce que l'auteur d'un acte était incapable. Le contractant capable seul ne le pourra pas, l'incapable agira en nullité, ainsi que son représentant ou que l'habilitant. Le tiers étranger à l'acte déclarera qu'il lui est inopposable.

Pour le tiers, nous avons donc un cas d'inopposabilité plutôt qu'un cas de nullité. Il ne s'occupe pas de la situation respective des parties, mais quant à lui il doit rester à l'abri des conséquences de l'acte annulable. Et, par tiers, nous entendrions volontiers même celui qui a contracté conjointement avec l'incapable avec un tiers[3].

Pratiquement tout le monde peut donc invoquer la

---

1 Grenoble, 30 août 1850, D. 1853, 1, 103. — Demolombe, IV, n° 350. — Laurent, III, n° 155. — *Contrà* : Caen, 9 janv. 1849, D. 1853, 2, 36. — Cass. civ., 11 juin 1843, S. 1843, 1, 465 ; D. 1843, 1, 320. — Paris, 15 juillet 1886, D. 1887, 2, 109. — Lyon, 27 mars 1832, D. v° *Privilèges*, n° 1216. — Aubry et Rau, VII, 5e éd., p. 261. — Laurent, XXXI, n° 502. — Baudry et de Loynes, III, 2452.

2 Cass. civ., 18 avril 1882, S. 1883, 1, 161 avec note de M. Lyon-Caen. — Cass. civ., 6 août 1862, S. 1864, 1, 171. — Nîmes, 5 nov. 1863, S. 1863, 2, 256. — Amiens, 7 janv. 1853 ; P. 1855, 1, 334 ; D. 1854, 2, 9. — Paris, 2 juin 1885, S. 1885, 2, 163.

3 Cf. Crome, *Allg. Theil*, par. 29, 5°.

nullité[1], mais par faveur pour l'incapable, lui agissant contre son contractant est le maître de la situation. Il peut opter pour la validité ou pour la nullité.

En vertu de ces idées la jurisprudence a admis celui qui a traité valablement avec l'incapable à faire constater la nullité à l'égard de personnes ayant cause en vertu d'un acte annulable[2].

A plus forte raison, les personnes contre lesquelles un incapable fait une procédure en vertu d'un acte annulable : envoi d'une assignation[3] ou un acte unilatéral, acte d'opposition ou d'appel, surenchère du dixième ou du sixième, acceptation de legs, répudiation de succession, dont ils ne peuvent demander la nullité peuvent du moins dire : nous nous opposons à ce qu'on aille plus avant, à ce qu'on donne suite à l'assignation, à la surenchère, à l'acceptation de succession. Nous resterons dans le *statu quo* tant que l'incapable n'agira pas régulièrement. On ne peut nous obliger à nous engager dans une procédure annulable.

La jurisprudence a dû admettre cette solution pour les procès[4].

---

1 V. Cass. civ., 18 oct. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 464 (très net), S. 1915, 1, 148, *Revue de dr. civil*, 1916, p. 549.

2 Alger, 25 octobre 1897, D. 1898, 2, 448.

3 Demolombe, IV, n° 351.

4 Cass. civ., 4 nov. 1901, S. 1903, 1, 273 avec note de M. Pilon, D. 1902, 1, 185, Pand. fr., 1904, 1, 33 (cas du prodigue). — Cass. crim., 27 juin 1884, S. 1887, 1, 434 (prodigue). Cass. civ., 17 janv. 1838, S. 1838, 1, 638; D. 1838, 1, 282. — Cass. civ., 11 août 1840, S. 1840, 1, 858; D. 1840, 1, 274. — Req., 6 mars 1878, D. 1878, 1, 316. — Paris, 20 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 772. — Paris, 22 fév. 1870, D. 1871, 2, 164 et 4 déc. 1875, D. 1876, 2, 209 (femme mariée). — Cass. civ., 5 janv. 1859, D. 1859, 1, 34. — Demolombe, IV, n° 351. — Demante, I, n° 308 *bis*, III. — Huc, II, n° 243. — Beudant, I, n° 340. — Aubry et Rau, VII, p. 263. — Rappr., Cass. civ., *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 464, *Rev. de dr. civil* 1910, p. 823. — Rouen, 8 avril 1886, S. 1887, 2, 91. — V. cep. *contrà :* Cass. belge, 16 mars 1846, Pas. 1847, 1, 58. — Cf. Laurent, III, n° 156. — Cass. civ., 18 oct. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 464, *Rev. de dr. civil* 1900, p. 823. —

Même on a parfois jugé que le conservateur des hypothèques devait refuser d'inscrire une cession ou subrogation d'hypothèque consentie par un incapable[1].

La doctrine va même plus loin et permet au débiteur de la femme de refuser l'exécution du contrat jusqu'à autorisation[2].

Enfin, elle tend à dire que le tiers pourra mettre en demeure l'incapable de se prononcer pour la validité ou la nullité[3].

696. — La loi tenant à ce que l'incapacité, soit respectée, il faut décider de façon générale que sont nuls tous les actes faits par une personne en vue de rendre vaine son incapacité.

Ainsi serait nul l'acte de la femme qui peu avant le mariage s'associerait avec un tiers pour enlever par avance au mari la surveillance de la gestion de ses biens, en en faisant des biens sociaux gérés par le tiers et par elle de façon indépendante. Si cet acte avait lieu après la rédaction du contrat de mariage, on pourrait facilement présumer la fraude.

Mais c'est surtout à propos du prodigue que la question a été posée. La jurisprudence depuis longtemps a admis que le prodigue se sachant menacé d'une nomination de conseil judiciaire ne pouvait faire valablement des actes de dissipation pour consommer sa ruine et rendre vaine la nomination de conseil qui allait lui être faite[4].

---

tion belge admet même que le juge doit relever d'office le défaut d'autorisation. Cass., 25 mai 1883, Pas. 1883, 1, 249. — Certains tribunaux parlent non de nullité mais d'exception dilatoire, v. not. Paris, 20 janv. 1886.

1 Amiens, 14 juin 1890, S. 1890, 2, 168. — *Contrà*; Aix, 29 avril 1890, S. 1890, 2, 130 avec conclusions de M. Naquet. — Charmont *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1891, p. 73.

2 Huc, II, n° 278. — Demolombe, IV, n° 345. — Colin et Capitant, I, p. 649, 3e éd.

3 V. Démolombe, IV. n° 346.

4 Paris, 5 avril 1887, D. 1888, 2, 220. — Req., 19 déc. 1879, S. 1880.

Mais ce principe fondé sur l'idée de fraude comporte des réserves. Si le tiers contractant est de bonne foi, le désir

---

1. 129; D. 1880, 1, 177. — Paris, 26 mai 1894, D. 1894, 2. 590. — Req., 25 juin 1888, P. F., 1889, 1, 21, D. 1889, 1, 59. — — Rouen, 22 déc. 1887, D. 1890, 1, 379. — Paris, 22 mars 1889, 1, 59. — Rouen, 22 déc. 1887, D. 1890, 1, 379. — Paris, 22 mars 1895, Pand. fr., 1896, 2, 14, D. 1896, 2, 261. — Req., 5 nov. 1889, D. 1890, 1, 379. — Gand, 19 fév. 1894, D. 1895, 2, 331. — Req., 14 juillet, 1875, D. 1876, 1, 202. — Req., 13 janv. 1886, D. 1886, 1. 244. — Amiens, 14 déc. 1899, *Recueil Amiens*, 1899, 237. — Trib. Perpignan, 2 avril 1900, Pand. fr., 1901, 2, 236. — Trib. comm. Lyon, 27 juin 1901, *Mon. Lyon*, 24 oct. 1901. — Trib. Seine, 1er juin 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 120. — Rouen, 1er déc. 1897, Pand. fr., 1899, 2, 351. Req., 15 juillet, 1903, D. 1904, 1, 129 avec note Capitant, S. 1904, 1. 446, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 857. — Req., 21 avril 1898, D. 1898, 1, 413. — Grenoble, 6 mai 1902, D. 1903, 2, 335. — Trib. Seine, 1er fév. 1906, P. F., 1907, 2, 188. — Trib. Seine, 1er mai 1915, *Gaz. Trib.*, 1916, 2, 133. — Trib. Seine, 18 déc. 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, 1, 191. — Toulouse, 19 nov. 1906, *Gaz. Midi*, 20 janv. 1907. — Douai, 19 janv. 1898, Pand. fr., 1898, 2, 208. — Lyon, 10 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 2, 276. — Toulouse, 16 nov. 1906, *Droit*, 2 février 1907. — Trib. Seine, 9 mars 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 22. — Req., 15 juillet 1903, *Gaz. Trib.*, 22 juillet 1903. — Trib. Lyon, 14 juin 1899, *Mon. Lyon*, 11 août 1899. — Bordeaux, 14 mars 1899, *Rec. Bordeaux*, 1899, 1. 131. — Trib. Seine, 22 nov. 1898, Pand. fr., 1900, 2, 134, *Gaz. Trib.*, 1899, 1er sem., 2, 350. — Nancy, 26 juin 1897, Pand. fr., 1898, 2, 27, D. 1898, 2, 512. — Trib. Seine, 1er juin 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 120. — Trib. Gien, 11 déc. 1897, Pand. fr., 1898, 2, 39. — Rouen, 1er déc. 1897, Pand. fr., 1899, 2, 351. — Douai, 19 janv. 1898, Pand. fr., 1898, 2, 208. — Cass. Req., 15 juillet 1903, S. 1904, 1, 446. — Rouen, 22 déc. 1887, S. 1891, 1, 407. — Cass. Req., 24 juin 1896, S. 1897, 1, 113 avec note de M. Lyon-Caen, D. 1897, 1, 404. Pand. fr., 1897, 1, 325. — Cass. belge, 7 mai 1896, S. 1897, 4, 6. — Paris, 26 mai 1894, S. 1895, 2, 46. — Req., 30 juin 1868, D. 1869, 1. 230; S. 1868, 1, 324. — Paris, 10 mars 1854, D. 1855, 2, 246; S. 1854, 2, 597. — Trib. Seine, 22 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 300. — Trib. comm. Seine, 25 janv. 1893, P. F., 1893, 2, 349. — Besançon, 13 juill. 1886, P. F., 1886, 2, 295. — Paris, 22 mars 1895, D. 1896, 2, 261. — Bordeaux 1er mars 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 729. — Cass. Req., 15 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 156. — Cass. Req., 26 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 362. — Paris, 8 déc. 1890, P. F., 1891, 2, 155. — Paris,

de la loi d'annuler l'acte frauduleux doit tomber devant le besoin de maintenir la sécurité du tiers[1] et conformément au droit commun cette bonne foi se présume[2].

Si le tiers a eu connaissance de la demande de conseil, l'acte n'est pas exposé à nullité, s'il n'a pas cherché à frauder[3].

---

6 avril 1887, Pand. fr., 1887, 2, 371, *Gaz. Pal.*, 1887. 2, 101. — Trib. Seine, 4 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 167. — Paris, 13 août 1895, *Gaz. Pal.*, 1896. 1, 320. — Lyon, 2 mai 1894, *Loi*, 21 juillet 1894. — Paris, 7 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 17 avril 1895. — Paris, 18 nov. 1895, *Droit*, 10 janv. 1896. — Paris, 8 déc. 1890, *Droit*, 16 déc. 1890. — Trib. comm. Seine, 25 juin 1887, *Journ. Trib. comm.*, 1889, 114. — Trib. Le Mans, 1er avril 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, supp. 68. — Cass. Req., 15 déc. 1879. S. 1880, 1, 129. — Paris, 29 déc. 1877, S. 1879. 2. 299 (sol implic.). — Req., 29 juin 1881, J. P. 1882, 272. — Paris, 19 juin 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 2, 352. — Req., 10 nov. 1919, *Gaz. Pal.*, 1919, 2, 358. — Bruxelles, 18 mars 1902, Pas. 1902, 2, 320. — Gand. 17 fév. 1894, Pas. 1894, 2, 208. — Bruxelles, 1er mars 1880, Pas. 1880. 2. 178. — Matheron, *Incapacité du prodigue*, thèse Aix, 1913, p. 121. — Nancy, 26 juin 1897, Pand. fr., 1898, 2, 27. — Charmont, *Ex. doctr., Revue critique*, 1905, p. 331. — Beudant, n° 986. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1025. — Laurent, V, n° 375. — Demolombe, VIII, n° 772. — Beudant, II, p. 616. — Vigié, *Ex. doctr., Revue critique*, 1900, p. 79. — Tissier, id., 1897, p. 632. — Labbé, *Ex. doctr., Revue critique*, 1883, p. 490. — Massigli, id., 1881, p. 402. — *Contrà:* Huc, III, n° 556. — Anbry et Rau, I, 5e éd., p. 880, note 28.

1 V. Trib. Seine, 25 fév. 1892, le *Droit*, 28 août 1892. — Rouen 22 déc. 1889, D. 1890, 1, 379. — Req., 26 juin 1888, D. 1889, 1, 300. Mais la jurisprudence hésite ayant annulé l'acte à lui faire produire effet contre les créanciers hypothécaires ou cessionnaires de bonne foi. — V. pour cet effet, trib. Seine, 30 mai 1892; *Droit*, 24 juin 1892 et 3 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 6 sept. 1895. — Req., 5 nov. 1889, D. 1890. 1, 379. — *Contrà:* Paris, 23 déc. 1893, *Droit*, 31 janv. 1894.

2 Trib. Seine, 25 fév. 1892, *Droit*, 28 août 1892.

3 Amiens, 14 déc. 1899, *Rec. Amiens*, 1899, 237. — Trib. Seine, 27 nov. 1898, Pand. fr., 1900, 2, 134. — Nancy, 26 juin 1897, D. 1898, 2, 512 (sol. implic.). — *Cf.* Req., 21 avril 1898, D. 1898, 1, 413, Pand. fr., 1898, 1, 356, S. 1904, 1, 446 en note, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 1, 135 (responsabilité du banquier qui paie à un prodigue malgré notification de la demande de conseil). — V. aussi Cass., 15 juillet 1903, S. 1904, 1, 446; D. 1904, 1, 129 avec note de M. Capitant. Pand. fr., 1904, 1, 416 (responsabilité du banquier qui malgré notifica-

En tous cas il ne s'agit que d'une annulabilité[1].

697. — De même serait nul l'acte fait par l'incapable durant son incapacité, alors qu'il serait destiné à n'avoir d'effet que le jour où l'incapable serait redevenu capable : ainsi l'acte d'un mineur pour après sa majorité, d'une femme mariée pour après son divorce, d'un prodigue pour après main-levée de son conseil judiciaire[2]. Mais il en est autrement de la lettre de change frauduleusement datée par le mineur d'un jour postérieur à sa majorité. Il en doit le paiement au tiers porteur, à raison du délit commis[3].

698. — L'incapable pour contracter ou passer des actes juridiques n'a pas seulement recours à des manœuvres du genre des précédentes. Il peut, sachant que l'on refuserait de lui laisser faire des actes juridiques si on connaissait son état, le dissimuler. La loi n'est pas favorable à cette façon d'agir. Malgré celle-ci le droit commun s'applique et l'acte est nul. C'est ce que dit l'article 1307 pour le mineur. « La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution. » et il faut le répéter pour tout incapable, dut-on parfois léser des tiers de bonne foi. La loi veut que le tiers se renseigne sur la capacité de celui avec qui il traite ; en se contentant d'affirmation, il commet une faute[4].

---

tion de la demande de conseil paie sur un compte de dépôt) et Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev. crit.*, 1905, p. 331. — *Contrà:* Paris, 29 décembre 1877, D. 1878, 2, 160.

1 Req., 10 nov. 1919, *Gaz. Pal.*, 1919, 2, 358.

2 V. Paris, 19 oct. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 358.

3 Req., 15 nov. 1898, S. 1899. 1, 225; D. 1899. 1. 439. — Req., 21 mars 1899 (2 arr.), D. 1899, 1, 192; S. 1899, 1, 225 avec note de M. Wahl. — Trib. comm. Seine, 6 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 310. Tissier, *Ex. doctr. Revue critique*, 1901, p. 590. — *Contrà:* Paris 1er juillet, 1894, S. 1899, 1, 225 en sous note. — Thaller, *Traité élémentaire de dr. commercial*, n° 1150. — Thaller, *Traites en blanc et traites à date fausse*, *Ann. dr. commercial*, 1895, p. 1.

4 V. Trib. comm. Seine, 10 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 737. — Trib. Seine, 27 nov. 1897, *Droit*, 31 mars 1898. — Paris, 20 janv. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 143. — Cass. civ., 6 avril 1898, S. 1902,

Mais si l'incapable s'est livré à un ensemble de manœuvres frauduleuses, alors la sécurité des transactions[1] l'emporte sur la volonté de protéger l'incapable. On admet que la faute de celui-ci le rend non recevable à demander la nullité de son acte.

La jurisprudence a fait de nombreuses applications des principes précédents. La simple déclaration par un incapable de sa capacité ne rend pas son acte valable.

Ainsi l'affirmation de la majorité par un mineur laisse son acte nul (art. 1307)[2].

De même un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire qui affirme sa capacité, ou garde le silence sur sa situation, peut encore agir en nullité[3].

De même si un mineur mandataire d'une femme mariée déclare qu'elle est veuve alors qu'elle est mariée[4] ou si elle

---

1, 460. — Deschamps, *Dol et faute des incapables dans les contrats*, *Revue critique*, 1890, p. 271.

1 C'est le principe de la sécurité dynamique qui l'emporte ici. — V. nos *Notions fondamentales*, pp. 70 et suiv. — Cf. Emm. Levy, *Responsabilité et contrat*, *Revue critique*, 1899, p. 384, note 1.

2 Lyon, 31 oct. 1901, *Mon. Lyon*, 28 août 1903. — Trib. comm. Lyon, 7 avril 1899, *Mon. Lyon*, 30 mai 1899. — Cf. trib. comm. Seine, 10 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 737

3 Rouen, 19 juillet 1899, *Rec. Rouen*, 1899, 251. — Rouen, 30 juin 1898, *Rec. Rouen*, 1898, 2, 216. — Cass. civ., 13 mars 1900, S. 1903, 1, 26. — Amiens, 27 juin, 1877, S. 1879, 2, 229. — Paris, 16 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 441. — Trib. Epernay, 3 juillet 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 436. — Lyon, 9 juin 1883, D. 1884, 2, 83. — Paris, 23 mars 1910, *Rev. opér. Bourses*, 1910, 325. — Paris, 13 juillet 1889, *Gaz. Trib.*, 10 octobre 1889, — Paris, 30 nov. 1897, D. 1900, 1, 589. — Trib. Liége, 19 nov. 1885, *Journ. trib. 1re inst.*, XXXIV, 525. — Planiol, I, n° 2145. — Cependant on a refusé d'annuler l'acte du prodigue pourvu d'un conseil à l'étranger et qui n'en avait rien dit en affirmant qu'il y avait là un délit. Paris, 20 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 170.

4 Cass. civ., 6 avril 1898, *Gaz. Trib.*, 11 avril 1898. — Trib. Liège, 26 mai 1887, *Journ. Trib. 1re inst.*, XXXV, 433.

même se déclare fille ou veuve[1] ou si elle se déclare autorisée[2]. Toutefois, la jurisprudence est plus hésitante sur ce dernier point[3]. Et elle a parfois admis que la nullité n'était plus recevable[4].

Mais si un incapable se livre à des manœuvres pour faire croire à sa capacité, il y a là une faute qui le rend non recevable à agir en nullité, en vertu de ce principe que l'incapable légalement répond de ses délits[5]. Parfois les tribunaux ont jugé toutefois que l'acte était nul, mais qu'il y avait lieu à indemnité[6]. En tous cas, ils attachent des conséquences à ce fait qu'il y a eu un assemblage de

---

1 Cass. civ., 6 avril 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 297, D. 1898, 1, 305; S. 1902, 1, 460. — Paris, 14 nov. 1887, D. 1888, 2, 225, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 5. — Besançon, 5 avril 1879, D. 1880, 2, 6. — Cass. Req., 15 juin 1824, S. chr. — Alger, 12 mars 1901, *Journ. Trib.* Alger, 28 juillet 1901. — Dijon, 1er juin 1854, D. 1856, 2, 230. — Paris, 4 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 594; P. F., 1888, 1, 308. — Huc, II, nº 276. — Laurent, III, nº 160. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 267. — Demolombe, IV, nº 327. — Cf., Cass. civ., 15 nov. 1836, S. 1836, 1, 909. (Procédure contre une femme qui a laissé ignorer son mariage), et Cass. Req., 18 mai 1885, S. 1886, 1, 344; D. 1886, 1, 146. (Signature de bonne foi de son nom de femme que l'on a pris pour la signature de son mari).

2 Paris, 9 thermidor, an XII, S. chr.

3 Trib. comm. Seine, 9 fév. 1906, *Gaz. Trib.*, 22 mai 1906. — Cass. civ., 3 juin 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2 sem., 1, 176. — Trib. Lyon, 25 mai 1900, *Mon. Lyon*, 1er août 1900.

4 En tous cas à propos d'un procès elle a jugé que la femme était alors responsable des dépens du procès annulé, Besançon, 14 mai 1890, D. 1891, 2, 101. — Il faudrait dire de même que l'incapable qui a menti répond de tous les frais des pourparlers engagés inutilement. Il y a là un certain délit.

5 V. not. Bruxelles, 4 avril 1868, Pas, 1868 2, 361. — Grenoble, 21 mai 1912, S. 1913, 2, 252. — Req., 5 juin 1877, S. 1877, 1, 308. — Bordeaux, 25 janv. 1905, *Rec. Bordeaux*, 1905, 1, 170. — Cf. Trib. Termonde, 12 janv. 1882, Pasic, 1882, 3, 125 qui exige l'absence de faute de la victime. — Deschamps, *loc. cit.*

6 Paris, 6 nov. 1866, D. 1867, 2, 92; S. 1867, 2, 294.

moyens pour dissimuler la situation véritable. En outre, ces faits peuvent parfois constituer une escroquerie[1].

En conséquence, un mineur a été déclaré irrecevable dans sa demande en nullité s'il s'était dit majeur et avait présenté une pièce affirmant qu'il payait une patente de commerçant, ou employé d'autres moyens frauduleux[2], comme la constitution d'une société[3].

Il en est de même du prodigue qui a usé de fraude pour dissimuler son incapacité[4].

Ou de l'interdit légal[5] ou judiciaire[6].

La même solution est acceptée si une femme mariée se fait passer pour fille ou veuve[7], ou si son mariage a été

---

1 Femme qui présente de soi disant lettres de son mari, lesquelles sont d'un tiers, trib. Seine, 26 juillet, 1912, D. 1913, 2, 68.

2 Lyon, 26 janv. 1909, *Mon. Lyon*, 17 sept. 1909. — Trib. comm. Seine, 6 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 310. — Paris, 4 mai 1897, *Gaz. Trib.*, 16 mai 1897. — Req., 15 nov. 1898, S. 1899, 1, 225; D. 1899, 1, 439 et Req., 21 mars 1899, S. 1899, 1, 225; D. 1899, 1, 193 (post date d'un effet de commerce remis à un tiers de bonne foi). — Planiol, II n° 1088. — Larombière, art. 1107, n° 3. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 425. — Trib. Arlon, 28 fév. 1884, *Journ. Trib.* 1re *inst.*, XXXII, 970. — V. cep. *contrà:* au cas de faute du tiers Bordeaux, 8 avril 1897, *Rec. Bordeaux*, 8 avril 1897, 1, 321.

3 Rouen, 26 avril 1875, S. 1875, 2, 168.

4 Cass. civ., 13 mars 1900, D. 1900, 1, 588; S. 1903, 1, 26. — Cass. Req., 29 janv. 1866, S. 1866, 1, 105. — Trib. Lyon, 16 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, suppl. 26. — Trib. Seine, 14 mars 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 486. — Paris, 20 fév. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 429. — Paris, 21 mars 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 132. — Trib. Epernay, 3 juillet 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2 436. — Bruxelles, 7 mars 1900, Pas. 1900, 2, 216. — Trib. Anvers, 28 juillet 1892, Pas. 1893, 3, 51. — Trib. comm. Seine, 15 fév. 1913, *Droit financier*, 1913, 637. — Cf. trib. Seine, 27 nov. 1897, *Droit*, 31 mars 1898, *Revue de dr. civil.* 1909, p. 157.

5 Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 564. — Demolombe, I, n° 193. — Demante, I, n° 79 *bis*, II.

6 V. sur sa responsabilité délictuelle, Cass. crim., 29 nov. 1902, S. 1904, 1, 301.

7 Trib. Lyon, 25 mai 1900, *Mon. Lyon*, 1er août 1900. — Paris,

dissimulé[1], ou si elle a divorcé par fraude en pays étranger[2].

La jurisprudence n'est pas non plus favorable à l'action en nullité exercée par le mari qui vit séparé de sa femme, se désintéresse d'elle et elle justifie son refus de nullité tantôt par une idée de mandat tacite, tantôt par celle d'une faute du mari[3].

Les arrêts admettent d'ailleurs parfois facilement la faute et on a refusé d'admettre la nullité d'une procédure contre une femme d'abord majeure, puis mariée, lorsque tous les actes la qualifiaient célibataire[4].

Mais le fait de donner à l'engagement une fausse cause n'a pas été admis comme une faute rendant non recevable

---

30 déc. 1896, D. 1897, 2, 311. — Paris, 10 janv. 1901, inédit. — Trib. comm. Seine, 23 déc. 1885, *Journ. Trib. comm.*, 1887, 117. — Trib. comm. Seine, 28 sept. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 457. — Paris, 27 avril 1891, D. 1892, 2, 135. — Grenoble, 23 déc. 1822, S. chr. — Cass. Req., 15 juin 1824, S. chr. (Même aff.), trib. comm. Seine, 8 juillet 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 297. — Cass. Req., 23 mars 1888, S. 1891, 1, 294. P. F., 1888, 1, 308. — Paris, 11 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 572. — Huc, II, n° 276. — Laurent, III, n° 161. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 267. — Demolombe, IV, n° 328. — Cf. Paris, 4 août 1890, *Droit*, 26 août 1890.

1 Trib. Seine, 2 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 212. — Trb. Marseille, 24 janv. 1888, *Rec. Marseille*, 1888, 1, 152. — Cass. Req., 30 août 1808, S. chr. — Agen, 18 nov. 1822, S. 1832, 2, 563. — Trib. Seine, Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 267.

2 Paris, 4 mars 1890, *Gaz. Trib.*, 2 mai 1890.

3 Cass., 8 nov. 1905, D. 1906, 1, 14; Pand. fr., 1906, 1, 220. S. 1907, 1, 145 avec note Hémard, *Gaz Trib.*, 1906, 1er sem., 1, 129. — Charmont, *Ex. doct.*, *Rev. crit.*, 1908, p. 136. — Trib. comm. Seine, 28 oct. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 139. — Paris, 5 janv. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., 2, 434. — Cf. Trib. Seine, 28 oct. 1904. — Pand. fr., 1905, 2, 260.

4 Cass. civ., 3 juin 1902, 1, D. 1902, 1, 452, S. 1902, 1, 485. — Cf. Paris, 8 fév. 1883, D. 1884, 2, 24, S. 1883, 2, 169 (mineur étranger). — Req., 16 janv. 1861, D. 1861, 1, 193. — Demolombe, I, n° 98. — L. Renault, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1884, p. 721. — V. aussi trib. Anvers, 18 juillet 1905, Pas. 1906, 3, 231. — Trib. Anvers, 1er août 1896, *Journ. Trib.*, 1896, 997 (laisser ignorer le mariage).

à agir en nullité[1], c'est qu'en effet le tiers sait bien à quoi s'en tenir sur la cause véritable s'il a participé à la dissimuler et qu'il est dès lors peu digne d'intérêt.

Quand une personne est incapable d'après une loi ou un jugement étrangers, la jurisprudence admet volontiers la responsabilité de cet incapable qui a traité avec un Français de bonne foi, même sans exiger de façon précise qu'il y ait dol, si le Français n'a pas été imprudent[2].

Si l'incapable ne peut vu son dol agir en nullité, celui qui a un droit indépendant, comme le mari, conserve le droit d'agir[3]. Mais il en serait autrement du tuteur.

699. — Il faut à ce sujet, prévoir de façon spéciale, le cas où une femme en réalité mariée passe pour veuve, fille ou divorcée. Si c'est par son fait, elle en est responsable et la nullité ne peut être invoquée[4]. Ce sera le cas pour deux époux vivant séparés depuis longtemps, dont l'un est peut-être disparu, et où la femme se fait appeler veuve.

La même solution doit être donnée pour la femme qui se fait assister d'un tiers qu'elle présente pour son mari. Elle répond de ce délit[5].

Mais une femme de bonne foi se fait passer pour libre. Son divorce prononcé, à son insu il n'y a pas eu transcription. Son mari, l'ayant abandonnée, des lettres, des rap-

---

1 Cass. civ., 19 fév. 1856, S. 1856, 1, 301 ; D. 1856, 1, 86. Obligation d'un mineur causée faussement assurance de remplacement militaire.

2 Bordeaux, 11 avril 1906, *Journ. Clunet*, 1906, p. 1119 et les observations de M. Surville, *Rev. crit.*, 1907, p. 74. — Trib. de la Seine, 2 juill. 1878, *Clunet*, 1878, p. 502. — Cf. Weiss, *Droit international privé*, 2e éd., III, p. 343 et 423.

3 Crome, *Allgemeine Theil*, par. 423.

4 Cass. Req., 23 mars 1888, S. 1891. 1, 294. — Paris, 11 déc. 1912. *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 572.

5 Grenoble, 21 mai 1912, S. 1913, 2, 252.

ports de personnes dignes de foi lui ont fait croire qu'elle était veuve. En ce cas, ses actes seront valables en vertu de la maxime *error communis facit jus*. Des raisons de sécurité font qu'il n'en peut être autrement[1]. Cette solution est d'autant plus nécessaire qu'une personne étant mariée, on présume qu'elle l'est toujours, tant que la dissolution du mariage n'est pas prouvée[2].

Il faudrait donner la même solution pour un mineur que la date de naissance étant inconnue, on croirait faussement être majeur. S'il s'est cru également majeur, l'acte est valable. Nous arrivons donc à tenir compte de la capacité putative. Tout incapable qui, pour de sérieuses raisons, s'est cru capable et passait pour tel dans le public, fait donc des actes valables. Ce principe, de caractère social, fondé sur la sécurité des transactions, vient limiter le principe individualiste de la protection des incapables.

699 bis. — Quand un acte juridique est passé, on présume la capacité naturelle de la personne, car c'est le cas normal. Ainsi, il est admis que si un testament est présenté, on présume que son auteur est sain d'esprit[3].

Si un notaire constate dans un acte la capacité naturelle d'une des parties, la Cour de cassation emploie cette formule prudente : « L'on peut, sans être obligé de recourir à la voie de l'inscription de faux, être admis à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit, malgré l'énonciation contraire de l'acte, cette énonciation n'exprimant que l'opinion du notaire sur un état mental que la loi ne l'a pas »

---

1 V. sur cette maxime en général *suprà :* tome I, n° 276 et sur la question Agen, 18 nov. 1822, D. v° *Mariage*, n° 385. — Demolombe, IV, n° 332. — Aix, 15 oct. 1912, *Rec. Marseille*, 1913, 5. — contre cette maxime, Laurent, III, n° 161.

2 Cass. civ., 9 mai 1882, S. 1882, 1, 340. — Morizot-Thibaut, *Autorité maritale*, p. 216.

3 Req., 28 janv. 1901, S. 1901, 1, 172, P. F., 1901, 1, 205 — *Contrà :* Baudry et Colin, I. n° 245.

chargé de constater[1]. » La Cour semble dire qu'il n'y a là que l'opinion du notaire et que cette opinion n'est qu'un témoignage ordinaire auquel on aura tel égard que l'on voudra. Ceci nous semble très exact, le notaire n'étant pas un expert aliéniste. Il y a donc dans la constatation une simple présomption fortifiant la présomption de capacité naturelle[2].

700. — Dans les cas où un acte est attaqué comme passé par un incapable légalement, il y a des questions de preuve à trancher. En fait, elles se présentent surtout pour les femmes mariées, mais elles peuvent exister pour d'autres.

On doit présumer vraie la qualification qu'une personne s'est donnée dans un acte, et que les autres parties n'ont pas contestée. On présume que la vérité a été dite et non qu'il y a mensonge[3]. Donc, si une femme s'est déclarée femme séparée de biens, et que ses adversaires prétendent qu'elle n'est pas mariée, ils doivent le prouver[4], si une femme s'est déclarée veuve et qu'elle se prétende mariée, elle devra l'établir[5].

Mais si une femme rapporte son acte de mariage, ce sera à celui qui prétend qu'elle est veuve à l'établir[6], ce qui est important au cas où le mari a disparu.

Si un contractant se prétend mineur, c'est à lui à le prouver. On présume le plus normal, c'est-à-dire la capa-

---

1 Req., 21 fév. 1898, S. 1898, 1, 312, P. F., 1898, 1, 356. — Req. 5 juill., 1888, S. 1888, 2, 431. — Req., 18 juin 1816, S. chr. — Dijon, 8 déc. 1881, S. 1882, 2, 238. — Bourges, 26 fév. 1855 S. 1855 2. 498. Laurent, XIII, n° 385. — Aubry et Rau, 4e éd., VII, p. 135.

2 Rappr. Chambéry, 5 mars 1889, P. F., 1889, 1. 246, qui décide que le notaire constate valablement le consentement d'un sourd-muet en indiquant qu'il ne sait pas signer.

3 Cf. nos *Notions fondamentales*, p. 550.

4 Alger, 27 juin 1855, S. 1856, 2, 164.

5 Trib. comm. Seine, 29 déc. 1885, *Journ. Trib. comm.*, 1887, 135.

6 Dijon, 1er juin 1854, 2. 504. — Cf. Cass. civ., 12 mars 807, S. chr.

cité[1]. Et il en est de même pour toute autre personne qui se dit incapable.

700 bis. — Nous avons vu plus haut (n° 6) que, sauf à être réservé en pratique, il était possible d'admettre dans certains cas des obligations au profit de personnes indéterminées. En pareil cas, les nécessités pratiques imposent de présumer que la personne indéterminée est capable. Si une libéralité est faite avec une clause secrète ou faculté d'élire, on doit présumer que le tiers qui en profitera est capable. Mais la preuve contraire peut être rapportée par tous moyens, même par présomption, surtout qu'il s'agit ici d'établir une fraude à la loi.

701. — Mais l'incapacité prouvée, l'incapable devra-t-il établir le défaut d'autorisation. On a dit qu'il fallait le présumer[2], une preuve négative étant impossible. Nous admettrons la même solution, mais pour un autre motif. Tout acte pour être régulier doit porter la preuve de sa régularité. Ainsi, un jugement est irrégulier s'il ne mentionne pas que les formalités légales : publicité, etc. ont été remplies. L'acte de la femme qui ne mentionne pas le concours du mari ou auquel n'est pas annexé le consentement écrit est présumé irrégulier, sauf la preuve contraire. Pour une assignation qui n'est pas signée, on présume vraie la déclaration d'autorisation du mari.

Mais ceci ne s'appliquera pas qu'aux actes écrits. Pour les actes verbaux, l'autorisation devra se prouver, car elle est un de ces éléments tellement essentiels de l'acte qu'on ne peut les présumer. On ne peut présumer un consentement[3]. On le prouve. C'est une garantie raisonnable de l'indépendance des individus, laquelle est, jusqu'à un certain point respectable.

---

1 Metz, 4 mars 1817, S. chr.

2 Paris, 2 janv. 1808, S. chr. — Aubry et Rau, VII, § 472. — 7° note 19. — Demolombe, IV, n° 336.

3 V. *suprà* : tome I. n^os^ 185 et suiv., sur le silence manifestation de volonté.

Ces principes s'appliqueront à tous les incapables. Nous avons supposé une femme mariée. La solution serait identique pour un prodigue, un mineur émancipé, un liquidé judiciaire.

Supposons maintenant un incapable soumis au régime de la représentation. L'incapable pouvant être mandataire (arg. art. 1990), il pourrait être choisi comme mandataire par son représentant légal : tuteur, syndic, etc. En pareil cas, s'il agit seul, sa qualité de mandataire ne se présumera pas. Il devra la prouver. Car, normalement, celui qui agit est présumé agir directement et non pas *procuratorio nomine*[1].

702. — Pour les personnes dont la capacité est limitée, c'est au demandeur qui invoque l'acte à établir qu'il a été passé valablement, par exemple qu'une femme mariée a signé une traite pour les besoins de l'administration de ses biens[2]. En effet, pour les personnes à capacité limitée, ce sont des incapables auxquels la loi par exception permet certains actes. C'est donc à elles à prouver qu'elles sont dans les cas exceptés. On pourrait sans doute tirer de l'article 1123 un argument contraire et dire la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Mais l'article 1123 ne va pas si loin. Il veut dire seulement qu'il n'y a pas d'incapacités sous-entendues. D'ailleurs, texte pour texte, l'article 1124 ne qualifie-t-il pas la femme mariée d'incapable de contracter.

Ainsi une femme mariée agissant pour ses biens réservés, un prodigue pour les actes permis, un émancipé pour la pure administration, c'est à eux à prouver qu'ils sont bien dans les cas en question, cas où ils sont capables[3].

---

1 V. *suprà* : I, n° 129.

2 Trib. comm. Seine, 26 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 165. — Cass. Req., 24, oct. 1906, D. 1907, 1, 14.

3 V. pour la femme : Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 2226, XV et l'art. 1er, al. 4 de la loi du 13 juillet 1907 qui facilite cette preuve,

Pour la femme mariée commerçante, elle doit établir cette qualité, ensuite on présume qu'elle a agi pour son commerce[1].

702 bis. — Les notaires ont-ils à se préoccuper de la capacité de ceux dont ils reçoivent les actes ?

La question peut se présenter dans divers cas.

Un notaire peut être poursuivi en responsabilité par un contractant parce que son cocontractant était incapable.

Il a été jugé que le notaire connaissant cette incapacité avait commis une faute dont il répondait. Ce sera le cas s'il a fait intervenir par procuration une personne qu'il sait atteinte d'imbécillité[2], s'il a négligé de faire autoriser une femme mariée[3], ou un prodigue[4].

Il doit même s'enquérir de la capacité des parties, par exemple d'une personne voisine de la majorité[5]. Mais ceci ne semble accepté que dans les cas où le notaire devait avoir des doutes, ou pouvait se renseigner, par exemple, pour un interdit de son arrondissement[6].

L'idée de la jurisprudence est, semble-t-il, d'exiger du

---

1 Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 2276. Demolombe, IV, n° 300. — Huc, II, n° 266. — Lyon-Caen et Renault, I, n° 257. — Aubry et Rau, VII, p. 252, note 73, 5e éd., *contrà:* Demante, I, n° 302 *bis*.

2 Cass. Req., 12 déc. 1906, S. 1908, 1, 315, *Rev. du dr. civil*, 1908, 1, 105 — Bordeaux, 20 juillet 1866, S. 1866, 2, 351. — Cass. Req., 19 juin 1850, S. 1851, 1, 123. — Cf. Cass. Req., 24 fév. 1892, S. 1892, 1, 150 (poursuite disciplinaire). — Trib. Bar-le-Duc, 15 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 476. — Bordeaux, 3 août 1841, S. 1841, 2, 21.

3 Req., 17 août 1876, D. 1877, 1, 68. — Req., 11 août 1857, D. 1858, 1, 135. — Agen, 9 nov. 1881, S. 1882, 2, 233.

4 Trib. Lectoure, 4 mars 1881, S. 1882, 2, 233.

5 Bordeaux, 18 déc. 1866, S. 1867, 2, 145. — V. cep. Trib. Seine, 27 janv. 1869, S. 1869, 2, 56. — Trib. Seine, 8 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e dem., 2, 286 (failli), *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 185. — Orléans, 24 juillet 1856, D. 1857, 2, 17; S. 1856, 2, 561. — Dijon, 12 avril 1880, S. 1882, 2, 213. — Bordeaux, 20 juillet 1866 précité. — Cf. Alger, 17 avril 1833, S. 1833, 2, 620.

6 Aix, 23 avril 1847, D. 1847, 2, 188.

notaire une prudence moyenne et raisonnable[1]. L'art. 11 de la loi de ventôse an XI qui l'oblige à s'enquérir de l'état des parties et à se le faire attester s'il ne le connaît pas ne vise pas la capacité, mais seulement les titres ou fonctions des parties.

Il y a donc ici sur la faute du notaire une question de fait ne donnant pas ouverture à cassation[2].

Vis à vis de l'incapable lui-même, le notaire est responsable si, imprudemment, il lui laisse faire un acte devant lui[3].

Si des témoins ont faussement affirmé la majorité d'une partie, on a admis avec plus de faveur qu'ils n'en sont pas responsables[4].

D'autre part, si le notaire constate la capacité naturelle ou *a fortiori* légale d'une personne, cette constatation n'a aucune force probante et peut être contestée par tous moyens[5].

703. — Lorsqu'une personne est incapable, la loi vise à lui permettre de passer des actes juridiques par deux procédés : la représentation ou l'habilitation.

Pour les incapables, les moins à même de défendre utilement leurs intérêts, la loi établit un représentant qui fera les actes à leur place, sans prendre leur avis. C'est le cas pour le mineur non émancipé, l'interdit représenté par un tuteur, pour l'aliéné interné représenté par un administrateur provisoire.

Pour les autres, la loi établit à côté d'eux une personne qui devra autoriser les actes : le curateur pour le mineur,

---

1 Rapp. de ce devoir du notaire celui de s'assurer des pouvoirs suffisants des mandataires qu'il a devant lui. Cass. civ., 6 janv. 1890, S. 1890, 1, 459.

2 Cass. civ., 13 mars 1900, S. 1903, 1, 26.

3 Req., 7 janv. 1913, S. 1913, 1, 724. — Coviello. *Dir. civ. italiano*, I. p. 339.

4 Paris, 11 fév. 1826, D. Rep., v° *Obligation*, n° 3343.

5 Cass. Req., 4 mai 1868, S. 1869, 1, 213.

émancipé, le conseil judiciaire pour le prodigue, le mari pour la femme mariée. L'incapable a seul l'initiative de l'acte, l'habilitant ne l'a pas[1], mais l'incapable voulant agir, l'habilitant ne lui permettra que ceux qui lui semblent raisonnables. Il en est de même pour les personnes morales du droit administratif, qui ont besoin de certaines autorisations du préfet, du président de la République, etc., qui leur donnent la faculté d'accomplir l'acte[2].

704. — La loi manque d'unité concernant la façon dont se fera l'habilitation.

Pour les incapables dont l'état mental est un peu inquiétant, le mineur émancipé, le prodigue, l'habilitant doit assister à l'acte (art. 480 et 513 Civ.). Il faut donc la présence de celui-ci, pour qu'il surveille toutes les clauses de l'acte sans d'ailleurs en prendre l'initiative[3].

Une autorisation préalable ne suffirait pas[4].

---

1 *A fortiori* il ne peut agir seul, v° Bruxelles, 4 mars 1909, Pas. 1909, 2, 29. — Trib. Bruxelles, 29 juin 1904, Pas. 1904, 3, 269. — V. cep. pour les dons et legs aux établissements de bienfaisance, Roger, *Revue de droit public*, 1906, p. 41.

2 Sur la nature de cette autorisation V. Forti, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizazione governativa. Rivista di diritto civile*, 1913, p. 1.

3 V. Caen, 3 mars 1879, J. P. 1881, 1078. — Labbé, *Revue critique*, 1882, p. 349. — Trib. Seine, 18 mars 1908, *Gaz. Trib.*, 28 juin 1908. — Gautier, id., p. 654 et *contrà*: Cass. civ. 18 mars 1867, D. 1867, 1, 170 et 7 déc. 1852, D. 1853, 2, 92.

4 Saïgon. 23 fév. 1900; Pand. fr., 1901, 2, 164. — Cass. civ., 1er fév. 1876, S. 1876, 1, 153, D. 1876, 1, 80. — Nancy, 24 fév. 1892, D. 1892, 2, 293. — Trib. Seine. 28 oct. 1869, D. 1869, 3, 90. — Demante, II, n° 285 *bis*. — Demolombe, VIII, nos 752 et suiv. — Aubry et Rau, I, § 139, p. 870. — Cf Baudry et Bonnecarrère, V. n° 970 (pour les conventions). — Trib. Bruxelles, 31 oct. 1899, *Journ. Trib.*, 1899, 1237. — V cep. Laurent, V, n° 360. — Mais, on a admis la validité de l'acte dressé en minute par un notaire qui avait été signé par le prodigue et quelques jours après le conseil, en admettant que l'acte n'aurait effet que de ce dernier jour. — Bordeaux, 6 avril 1909. *Droit*, 26 octobre 1909.

Toutefois, pour le mineur qui passe son contrat de mariage, malgré l'article 1398 qui parle d'assister, on admet qu'il suffit d'une autorisation donnée à l'avance fixant les clauses du contrat[1].

Spécialement si le conseil de famille approuve le contrat[2].

Pour les incapables du droit administratif, les textes bien qu'ils se servent tantôt du mot approbation (l. du 5 avril 1884, art. 68), tantôt du mot autorisation (loi du 10 août 1871, art. 48 et 53, loi du 4 février 1901, art. 1er, 4, 5, 7 et 8), impliquent que l'habilitation sera donnée par un acte antérieur à l'acte juridique qu'il s'agit de passer. C'est aussi, semble-t-il, l'idée de l'article 910 Civ. qui admet que les actes gratuits « n'auront leur effet » qu'après un décret[3].

Pour la femme mariée, dont l'incapacité est purement légale, la loi établit plusieurs systèmes. S'il s'agit pour elle de faire le commerce, la loi exige seulement le « consentement du mari » (art. 4 Comm.), lequel peut être tacite[4].

---

1 Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 151.

2 Cass. civ., 20 juillet 1859, S. 1859, 1, 849, D. 1859, 1, 279. — Cass. civ., 15 nov. 1858, S. 1859, 1, 385; D. 1858, 1, 439. — Req., 16 juin 1879, S. 1880, 1, 166; D. 1880, 1, 415. — Limoges, 17 avril 1869, S. 1870, 2, 208. — Planiol, III, n° 788. — Huc, IX, n° 53. — Guillouard, Contrat de mar., I, n° 315. — Aubry et Rau, V, 4e éd., p. 244. — Colmet de Santerre, VI, n° 15 *bis*, IV.

3 S'il s'agit d'un procès, l'habilitant y assiste, sans prendre d'initiative. — Trib. Seine, 18 mars 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 132 (émancipé).

4 Req., 1er mars 1897, S. 1897, 1, 352. — Req., 12 juillet 1887, S. 1887, 1, 384 sol implic. — Req., 17 janv. 1881, S. 1881, 1, 405, D. 1881, 1, 225. — Req., 31 mai 1875, D. 1876, 1, 390. — Req., 27 janv. 1841, S. 1841, 1, 385, D. 1841, 1, 219. — Req., 27 janv. 1832, S. 1832, 1, 365; D. 1832, 1, 168. — Colin et Capitant, I, p. 620. — Planiol, I, 6e éd., n° 956. — Baudry et Houques-Fourcade, III, n° 2259. — Demolombe, IV, n° 197. — Laurent, III, n° 123. — Huc, II, n° 264. — Thaller, n° 100. — Lyon-Caen et Renault, I,

Pour les autres actes, l'article 217 Civ., exige « le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Le mari peut donc, par un acte écrit, dressé soit avant, soit simultanément, consentir à l'acte. Peu importe que l'acte ne reproduise pas son autorisation[1].

Au lieu de cela, il peut concourir à l'acte : c'est-à-dire y être présent et la loi présume en pareil cas que le mari a entendu autoriser sa femme[2].

La loi n'ayant rien exigé de plus, il suffira d'établir ce concours. Mais, tout d'abord, il faut l'établir. Si l'acte porte les signatures des deux époux, on présumera le plus probable : qu'ils ont signé en même temps, sauf à admettre la preuve contraire[3]. Il en sera ainsi surtout s'il y a des

---

n° 245. — Demante, I, n° 302 *bis*, II. — Beudant, I, n° 329. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 248.

1 Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 249. — Demolombe, IV, n° 195. — Baudry et Houques-Fourcade, *Personnes*, III, n° 2234.

2 V. trib. comm. Seine, 21 août 1901, *Journ. Trib. comm.*, 1903, 254. — Trib. Anvers, 16 mars 1885, Pas. 1885, 3, 159. — Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 247. — Baudry et Houques Fourcade, III, n°s 2236 et suiv. — Huc, II, n° 250 qui précise que le mari doit être partie. — Laurent, III, n° 121.

3 Montpellier, 7 janv. 1901, *Mon. Midi*, 10 fév. 1901. — Trib. Seine, 17 janv. 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 64. — Trib. comm. Nantes, 10 avril 1897, *Rec. Nantes* 1898, 1, 22. — Trib. Seine, 7 nov. 1899, *Droit*, 16 janv. 1900. — Trib. Seine, 17 janv. 1901 ; *Droit*, 11 juillet 1901. — Trib. Montauban, 17 mars 1894, S. 1894, 2, 150. — Cass. Req., 21 octobre 1890, S. 1893, 1, 182. — Paris, 22 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 738. — Trib. comm. Seine, 20 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 608. — Lyon, 15 déc. 1881, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 52. — Trib. Lyon, 15 nov. 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 278. — Trib. comm. Lyon, 10 mai 1910, *Droit financier*, 1911, 631. — Paris, 1er juillet 1870, D. 1871, 2, 2. — Riom, 31 mai 1852, D. 1854, 5, 56. — Cf. Cass. civ., 17 janv. 1870, S. 1870, 1, 217 ; D. 1870, 1, 102. — *Contrà :* Cass., 29 juin 1900, *Rec. Rouen*, 1900, 1, 193. — Req., 30 déc. 1902, S. 1903,

circonstances spéciales : si le mari a écrit lui-même l'endossement de l'effet de commerce créé par sa femme[1], s'il a écrit bon pour autorisation[2], ou s'il y a solidarité entre les époux[3].

Mais le concours ne serait pas établi s'il y avait deux actes à la suite de l'un de l'autre[4], ou même deux actes distincts comme un arrangement et un cautionnement[5], ou encore un billet du mari suivi du cautionnement de la femme[6]. Cependant la jurisprudence a hésité lorsqu'une lettre de change tirée par le mari est acceptée par la femme[7].

Techniquement, l'autorisation apparaît comme faisant-corps avec l'acte de l'incapable, notamment au point de vue des vices du consentement (v. *suprà*, n° 370 *bis*)[8]. De même

---

1, 88; D. 1903, 1, 150; Pand. fr., 1904, 1, 102. — Cass. civ., 22 fév. 1893, S. 1893, 1, 182; D. 1893, 1, 295. — Lyon, 22 déc. 1908, *Loi*, 9 mai 1909. — Trib. Seine, 22 juin 1869, D. 1869, 3, 67.

1 Trib. Seine, 17 janv. 1901, précité. — Trib. Montauban, 17 mars 1894, préc. — Trib. comm. Seine, 20 fév. 1895, précité. — Lyon, 15 déc. 1881, précité. — Trib. Lyon, 15 nov. 1881 précité. — V. aussi Gand, 15 juin 1871, Pas. 1872, 2, 74. — Bruxelles, 6 juillet 1871, Pas, 1871, 2, 360.

2 Trib. Seine, 7 nov. 1899, précité. — Turin, 17 déc. 1810, S. chr.

3 Cass. civ., 8 avril 1829, S. chr.

4 Req., 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 1, 204.

5 Cass. civ., 26 juillet 1871, S. 1871, 1, 65. — Huc, II, n° 251. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 248.

6 Limoges, 26 mai 1821, S. chr. — Riom, 2 fév. 1810, S. chr. — Bruxelles, 22 juillet 1812, S. chr. — Paris, 29 fév. 1888, *Loi*, 15 avril 1888.

7 Pour la validité, Caen, 2 août 1814, S. chr. — Paris, 2 fév. 1830 id. — Aubry et Rau, 5e éd., VII, p. 248. — *Contrà:* Paris, 10 avril 1810 et 12 janv. 1815, S. chr.

8 Sur le point de savoir si l'autorisant est partie à l'acte ou tiers v. Giovène, *Negozio guiridico respetto ai tezzi*, n° 12.

s'il s'agissait d'un jugement et qu'une personne seule : l'autorisant se soit présentée, la décision serait par défaut[1].

A un autre point de vue, il n'y a pas complète fusion des deux volontés[2]. Ainsi, l'autorisé peut ne pas utiliser l'autorisation donnée par avance[3]. En effet, l'autorisé est indépendant. Il cesse de l'être seulement en ce qu'il a besoin pour agir valablement de l'intervention de l'autorisant.

Celui qui autorise n'ayant aucun intérêt distinct, l'acte fait lui est opposable même s'il n'a pas date certaine[4].

Si le concours est établi, cela suffira. Peu importera comment le mari a autorisé. Il peut autoriser par lettre si l'acte résulte d'une lettre missive[5], ou verbalement, sauf la question de preuve[6]. L'autorisation tacite peut même être valable pour un acte comme un don manuel qui se passe sans formalité[7].

Mais la jurisprudence refuse d'aller aussi loin si elle n'y est pas forcée par la nature de l'acte principal. Elle n'admet pas en général que l'autorisation puisse résulter de simples

---

1 V. *Revue de droit civil*, 1917, p. 125.

2 Cf. de Bezin, *Autorisation et approbation en matière de tutelle administrative*, th. Toulouse, 1906, p. 130 et les auteurs étrangers cités.

3 V. de Bezin, *op. cit.*, p. 287. — Conseil d'Etat, 3 déc. 1864, *Rec.* p. 950. — 12 nov. 1880, id., p. 863.

4 Civ., 13 nov. 1895, S. 1897, 1, 262; D. 1896, 1, 267 (conseil judiciaire). — Paris, 23 déc. 1919, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 264. — Aubry et Rau, 5e éd., I, p. 881. — Laurent, V, n° 376. — Huc, III, n° 557.

5 Rennes, 23 avril 1906, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e sem., 2, 155.

6 Trib. Marvejols, 20 oct. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 523. — Demolombe, IV, n° 193.

7 Aix, 6 juillet 1904, *Jurispr. Marseille*, 1905, 282. — Trib. Montdidier, 26 déc. 1901, *Loi*, 13 fév. 1902. — Req., 22 juin 1891, S. 1893, 1. 65 avec note de M. Labbé. — Paris, 26 juin 1851, S. 1851, 2, 337. Mais il faut une certitude absolue de l'autorisation. — Alger, 13 juillet 1892, *Rev. Alger*, 1892. 452. — Cass. civ., 26 juillet 1871, S. 1871, 1. 65. — Pour un procès, il suffit que le mari intervienne au procès. — Douai, 16 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 1899, 2e sem., 2, 229. — V. cep. Cass. civ., 19 mai 1858, S. 1858, 1, 720.

circonstances[1], notamment de la simple connaissance de l'acte[2].

En vertu des mêmes idées, le mari a le droit de se faire communiquer l'acte avant d'habiliter la femme[3].

705. — Il résulte de cette nécessité du concours du mari, de l'assistance du conseil, etc. et de la raison d'être de la loi que l'incapable ne peut être autorisé après l'acte. Sans doute l'autorisation intervient en connaissance de cause. Mais l'habilitant pourrait avoir la main forcée. Il ne statuerait pas en pleine indépendance. Aussi, toute autorisation postérieure à l'acte est sans valeur[4]. Elle peut valoir

1 Cass. civ., 20 juin 1881, D. 1881, 1, 354. — Besançon, 28 fév. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 470. — Paris, 21 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 98. — Colin et Capitant, I, p. 628. — Planiol, I, n° 955. 6e éd. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2241. — Huc, II, n° 251. — Laurent, III, n° 124. — Demolombe, IV, n° 197. — Morizot-Thibaut, *Autorité maritale*, p. 211. — Cf. Beudant, I, n° 329, qui admet comme exception les cas où le mari a commis une faute en abandonnant sa femme (v. sur ce point, n° 698) id., Laurent, III, n° 124.

2 Paris, 20 juin 1881, S. 1882, 1, 301. — Trib. comm. St-Etienne, 22 avril 1902, *Loi*, 28 avril 1902.

3 Toulouse, 23 juin 1902. — Pand. fr., 1903, 2, 310.

4 V. pour l'autorisation du mari, trib. Seine, 13 mai 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 436. — Besançon, 28 fév. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 1. 470 (sol implic.). — Douai, 10 déc. 1872, S. 1873, 2, 139; D. 1873, 2. 92. — Orléans, 6 juin 1868, S. 1869, 2, 231. — Cass. civ., 1er fév. 1864, S. 1864, 1, 224 (qui pousse ce principe à l'extrême à propos d'un mandat donné par la femme au mari.) — Paris, 12 mai 1859, S. 1859, 2, 561. — Trib. Seine, 27 juillet 1885, *Gaz. Trib.*, 9 oct. 1885. — Paris, 14 nov. 1887, D. 1888, 2, 225 (sol implic.) — Cass. civ., 1er fév. 1843, S. 1843, 1, 537 (sol implic.). — Cass. civ., 26 juin 1839, S. 1839, 1, 878. — Cass. Req., 12 fév. 1828, S. chr. — Grenoble, 26 juill. 1828, id. — Rouen, 18 nov. 1825, S. chr. — Pour le prodigue, cf. Cass. Req., 10 nov. 1897, S. 1901, 1, 524. — Bruxelles, 1er juin 1857, Pas, 1857, 2, 272 (billet à l'ordre du mari). — V. cep. poun une procédure commencée, Paris, 10 fév. 1898; Pand. fr. 1899, 2, 73 et trib. Seine, 23 juin 1887, P. F., 1887, 2, 377. — V. pour l'au-

seulement comme ratification si elle en remplit les conditions. Par suite, l'autorisation de justice donnée à la femme mariée ne peut être donnée qu'avant l'acte[1].

Ces idées ne nous empêchent d'ailleurs pas de maintenir ce que nous avons dit plus haut (v. *suprà*, n° 479). L'incapable peut faire un avant-acte en vue de l'autorisation. Mais ce ne sera qu'un avant-acte. Il n'y aura acte que le jour où l'autorisation interviendra. Ensuite, cet avant-contrat n'étant qu'un projet d'une certaine valeur juridique se distingue de l'acte définitif que l'incapable voudrait faire en se faisant autoriser par la suite avec effet rétroactif.

Dans certains cas d'ailleurs, le droit administratif impose qu'un contrat ne devienne définitif qu'au moment d'une approbation donnée ensuite par l'Administration supérieure. Ainsi, certaines adjudications ne sont défini-

---

torisation à un engagement militaire trib. Mâcon, 20 fév. 1894, P. F., 1894, 2, 170 (nullité de l'autorisation postérieure). — Planiol, I, n° 950. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2369. — Huc, II, n° 253. — Demolombe, IV, n° 211 et VIII n° 759 (prodigue). — Beudant, I, n° 338. — Baudry et Bonnecarrère, V. n° 973. — Aubry et Rau, I, § 139 et VII, p. 264. — V. pour l'autorisation du contrat de mariage du mineur trib. Quimper, 23 nov. 1910, *Gaz. Trib.*, 1911, 1re sem., 2, 98. — Cf. Demante, I, n° 300 *bis*, VIII. — Rappr. Cass. civ., 10 janv. 1894, S. 1895, 1, 81 avec note de M. Lacoste. — Tissier, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1896, p. 563. — Cass. civ., 12 mars 1839, S. 1839, 1, 274 (autorisation à un tuteur de passer un acte pour le pupille). — V. cep. Liége, 21 déc. 1904, Pas, 1905, 2, 186. — Cf. trib. Villefranche 20 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 87. — Trib. Espalion, 31 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 640, acte passé pendant l'instance sur l'opposition du mari à la décision d'autorisation, opposition rejetée. — V. aussi Chambéry, 18 fév. 1861, S. 1861, 2, 282. — Dijon, 29 fév. 1862, S. 1863, 2, 38 (autorisation résultant de l'exécution par le mari du mandat à lui donné par sa femme). — V. cep. en matière administrative, trib. Monthuçon, 2 nov. 1917, *Gaz .Trib.*, 1918, 2, 423.

1 V. cep. trib. Espalion, 31 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1931, 2, 640.

tives que dans ces conditions[1]. Certains statuts de société sont soumis à approbation[2].

Ici, il y a une différence de fait avec le cas d'autorisation; non seulement l'approbation est postérieure à l'acte, mais elle se trouve en face de l'acte déjà signé devant lequel l'Administration peut avoir la main forcée, quoiqu'elle puisse refuser d'approuver et laisser entendre qu'elle approuvera si on modifie telle clause[3]. Mais, dans les deux cas, l'acte ne prend date que si toutes les volontés exigées ont été exprimées.

Dans d'autres cas, la loi exige un avis conforme. Celui-ci n'est que l'équivalent d'une autorisation. Il doit précéder l'acte[4].

Dans tous les cas, ces mesures administratives : avis

---

1 V. pour le droit italien, Ingrosso, *Il consenso nei contratti della publica amministrazione*, *Melanges Chironi*, II, p. 117. — Par exception, ici la jurisprudence a admis des autorisations postérieures à l'acte, mais en déclarant qu'il y avait là une dérogation. — Req., 26 juillet 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 1, 218, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 863 (don manuel à une personne morale). Il y a d'ailleurs ici des jurisprudences tout à fait exceptionnelles. On a admis que l'autorisation avait un effet rétroactif. — Cass. civ., 7 juillet 1868, S. 1868, 1, 435; D. 1868, 1, 467. — Cass. civ., 22 juillet 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 459 et 23 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 151, *Rev. de droit civil*, 1914, p. 158. — On a admis même que l'autorisation pouvait être donnée après que la personne morale avait été dissoute. On se demande l'utilité d'un pareil acte. D'autre part, c'est traiter comme une condition ce qui n'est qu'une éventualité (v° *suprà*, chap. IX). — V. en sens opposé, trib. Arras, 2 avril 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1re sem., 2,449, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 646.

2 V. *Loi*, 1er avril, 1898, art. 16. — Cf. Civ., 11 nov. 1919, D. 1919, 1, 92.

3 V. sur l'autorisation et l'approbation, de Bezin, *Des autorisations et approbations en matière de tutelle administrative*, th. Toulouse, 1906, pp. 58 et suiv. — Donato Donati, *Atto complesso*, etc., § 23.

4 De Bezin, *op. cit.*, p. 69.

conforme, autorisation sont de même nature que les autorisations données à des particuliers, car elles visent au but de protection : l'autorisé pouvant mal remplir son rôle[1]. Mais le souci de l'intérêt général intervient davantage dans la mission de l'Administration qui autorise.

L'autorisation peut être tacite[2], surtout si le consentement principal est tacite. Mais si la loi exige un concours, il faudra du moins intervention à l'acte. En outre, l'acte dont on tire preuve de l'approbation devra être antérieur à l'acte à autoriser.

706. — L'autorisation ou l'habilitation ayant eu lieu, conformément aux principes généraux sur les actes juridiques, elle est irrévocable dès l'instant où les tiers ont compté sur elle, c'est-à-dire où l'acte a été passé[3]. Mais l'est-elle auparavant ? Il n'y a pas, pense-t-on, en principe, contrat d'autorisation entre l'incapable et l'habilitant[4].

Toutefois, il peut en être autrement[5], dans quelques cas.

On hésite aujourd'hui à dire que la femme une fois autorisée à faire le commerce, peut voir l'autorisation révoquée, mais c'est uniquement pour des raisons de textes tirées de la loi du 13 juillet 1907[6]. Nous irons plus loin, il semble que les autorisations visant une série d'actes sont irrévocables : notamment celle de commercer pour le mineur,

---

1 V. *contrà*, de Bezin, op. cit., p. 138.

2 V. en matière administrative, de Bezin, *op. cit.*, p. 159.

3 Trib. Tours, 23 fév. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 25. — Trib. Marvejols, 20 oct. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 523. — V. Planiol, I, n° 960. — Charmont, S. 1908, 1, 226. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2334. — Demolombe, IV, n° 322. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 255. — Japiot, *Rev, de dr. civil*, 1912, p. 792. — En droit public, v. de Bezin, *op. cit.*, p. 264.

4 Cf. Crome, *Allg. Theil*, par. 29.

5 V. *suprà*, n° 487.

6 Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2338. — Cf. Aubry et Rau VII, 5e éd., p. 255.

celle de la femme de signer un engagement théâtral, celle de plaider. La sécurité de la personne autorisée l'exige.

Quand une habilitation a lieu par un jugement, un vote du conseil de famille, est-elle aussi irrévocable ? La question est très délicate. Il nous semble que cette autorisation doit être révocable comme toute autre, tant que l'acte n'est pas passé. Ceux ayant qualité pourront solliciter une nouvelle réunion du conseil de famille. Toutefois pour le jugement, on peut soutenir qu'il est de nature irrévocable et qu'il dessaisit définitivement la justice. Mais, dans une question où les textes sont muets, c'est mal raisonner. Il faut considérer les nécessités pratiques et l'utilité de la révocation[1].

707. — Quel que soit le mode employé pour faire passer valablement les actes juridiques à un incapable, représentation ou habilitation, le représentant ou habilitant ne peut agir de façon générale. En effet, il a été choisi à raison de ses qualités personnelles, il ne peut se décharger de sa mission sur un autre.

Ainsi le tuteur, l'administrateur ne pourrait déléguer de façon générale ses fonctions à un tiers. Il ne le peut que pour une opération déterminée.

De même le conseil judiciaire, le curateur ne pourrait de façon générale déléguer ses fonctions à un tiers qui assisterait l'incapable. Il ne le peut que pour un acte isolé[2]

---

1 V. en ce sens, Japiot, *Revue de droit civil*, 1912, p. 792. — Si l'autorisation est irrévocable une fois donnée, si l'acte a été fait, il faut remarquer cependant que dans un cas voisin : l'homologation de tarif de chemins de fer par le Ministre, on admet le retrait pur et simple de l'homologation (v. Thaller et Josserand, *Transports*, n° 146. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 732). Mais il ne s'agit pas d'une incapacité. Ensuite cette solution doit être jugée exceptionnelle. En principe, une homologation est irrévocable. On peut simplement homologuer par la suite un acte contraire au premier.

2 Cf. Cass. belge, 17 oct. 1889, D. 1891, 2, 355. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 971. — Demolombe, VIII, n° 760.

Surtout, on ne peut autoriser de façon générale[1] et il a été fréquemment jugé que le mari ou la justice ne peuvent pas autoriser la femme de façon générale[2], pour tous les actes ou pour un ensemble d'actes[3]. Le mari ne pourra pas davantage donner mandat à un tiers d'autoriser sa femme pour

---

[1] V. cep. Paris, 5 avril 1917, D. 1917, 2, 97 avec note de M. Binet (autorisation pour les militaires de se marier).

[2] Bien entendu, il importe peu que la formule soit imprécise, il suffit que la volonté soit limitée à un acte. Ainsi en est-il du libellé mis au bas d'un acte : j'autorise ma femme à s'obliger, Amiens, 10 juillet 1900, *Rec. Amiens*, 1900, 214.

[3] Cass. Req., 12 mars 1883, S. 1885, 1, 495. — Toulouse, 23 juin, 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 2, 359. — Paris, 10 nov. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 2, 325, P. F., 1902, 2, 263. — Aix,. 16 mars 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 1, 112. — Paris, 4 mars 1898, *Journ. des avoués*, 1898, 486. — Cass. Req., 3 janv. et civ., 16 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 323, S. 1898, 1, 400. — Trib. Seine, 18 janv. 1898, *Droit*, 25 mai 1898. — Amiens, 10 juillet 1900, *Rec. Amiens*, 1900, 214. — Montpellier, 29 nov. 1878, S. 1879, 2, 236. — Bordeaux, 12 nov. 1873, S. 1874, 2, 193. — Caen, 27 janv. 1851, S. 1851, 2, 128. — Metz, 31 janv. 1850, S. 1852, 2, 399. — Paris, 22 juillet 1908, D. 1910, 2, 378. — Req., 11 nov. 1907, D. 1908, 1, 25 avec la note de M. Colin, S. 1908, 1, 225 avec note de M. Charmont. — Cass. civ., 16 mars 1898, D. 1898, 1, 214; S. 1898, 1, 400. — Cass. civ., 4 juillet 1888, D. 1889, 1. 357; S. 1891, 1, 113. — Req., 19 juin 1888, D. 1888, 1, 478. — Orléans, 6 juin 1868, D. 1868, 2, 194. — Caen, 9 janv. 1849, D. 1853, 2, 36 et 27 janv. 1851, D. 1852, 2, 27. — Metz, 31 janv. 1850, D. 1851, 2, 156. — Cass. civ., 30 janv. 1871, D. 77, 1, 348. — Cass. Req., 14 déc. 1840, S. 1840, 1, 954. — Cass. civ., 10 août 1853, S. 1853, 1, 572. — Trib. Bruxelles, 5 juillet 1901, Pand. fr., 1901, 1, 422. — Trib. Bruxelles, 15 avril 1885, *Journ. Trib.*, 1885, 634. — Trib. Arlon, 23 déc. 1886, *Journ. Trib.*, 1re *inst.*, XXXVI, 194. — Pothier, *Tr. de la puiss. de mari*, n° 67. — Colin et Capitant, I, p. 629. — Planiol, I, 6e éd., n° 975. — Baudry et Houques Fourcade, III, nos 2243 et suiv. — Beudant, I, n° 328. — Huc, II, n° 261. — Laurent, III, nos 113 et 141. — Aubry et Rau, revu par Bartin, VII, p. 249. — Demolombe, IV, n° 203. — Marcadé, *Revue critique*, 1854, 1, 507. — Morizot Thibaut, *Autorité maritale*, p. 211. — *Rev. de dr. civil*, 1908,

tous les actes nécessaires[1]. Il ne le peut que pour un acte spécial[2].

Dans l'application, le principe de la spécialité nécessaire de l'autorisation et du mandat a soulevé de nombreuses controverses. Il faut les résoudre en s'inspirant de cette idée. Il suffit que l'autorisation ou le mandat aient été donné dans des conditions telles qu'on en aperçoive d'avance les avantages et les inconvénients.

Ainsi on a validé le mandat donné d'emprunter à concurrence d'une certaine somme[3], l'autorisation à une femme de signer tout engagement théâtral, où ce qui peut intéresser le mari peut être une question de convenance plus que d'argent[4], de régler tous les actes d'une succession[5], de cautionner un ensemble d'actes dont elle peut juger l'importance[6]. Au contraire, on a annulé l'autorisation donnée à

---

p. 99. — Perreau, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1, 908, p. 577. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 99. — *Contrà:* Bourges, 7 mai 1845, D. 1847, 2, 46.

1 Cass. civ., 2 août 1876, S. 1877, 1, 215, D. 1877, 1, 101.

2 Cass. Req., 27 mars 1907, S. 1909, 1, 33 avec note Charmont, D. 1907, 1, 387, P. F., 1907, 1, 244. — Cass. civ., 19 avril 1843, S. 1843, 1, 393. — Cass. belge, 21 nov. 1860, Pas, 1861, 1, 45.

3 Req., 19 juin 1888, D. 1888, 1, 478, S. 1888, 1, 432. — Cass. civ., 18 juin 1844, S. 1844, 1, 492, D. 1844, 1, 306. — Req., 19 mai 1840, S. 1841, 1, 60, D. 1840, 1, 310. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2246. — Laurent, III, n° 113. — Huc, II n° 261. — Beudant, I, n° 329. — Demolombe, IV, n° 207. — Aubry et Rau, § 472, p. 153. — Beudant, I. n° 328.

4 Req., 11 nov. 1907, D. 08, 1, 25, note Colin, S. 1908, 1, 225, note Charmont; P. F., 1907, 1, 327. — Cf. Morizot Thibaut, *Autorité maritale*, p. 211. — Perreau, *Ex. doctr. Revue critique*, 1908, p. 577. Ici on raisonne aussi par analogie du cas de la femme commerçante. — *Contrà:* Trib. Seine, 7 janv. 1832, *Gaz. Trib.*, 26 janv. 1832.

5 Trib. d'Espalion, 31 déc. 1912, *Gaz.*, *Pal.*, 1913, 2, 640. — V. Paris, 30 janv. 1842, *Gaz. Trib.*, 31 août 1842. — Trib. Seine, 27 nov. 1883. Pand. fr., 1886, 2, 16.

6 Req., 24 juillet 1918, S. 1918-19, 1, 200 avec note de M. Naquet.

la femme de cautionner toutes les dettes du mari sans limites[1] ou des dettes susceptibles de s'accroître[2], ou encore une dette résultant d'un compte non arrêté, donc incertaine et indéterminée[3].

Mais l'autorisation spéciale une fois donnée, elle s'étend de droit aux actes qui sont des conséquences normales de l'acte primitif[4].

Celui qui autorise ne peut qu'autoriser. Il ne peut de lui-même modifier l'acte[5]. Mais, indirectement, il peut y parvenir en disant qu'il n'autorisera que si l'acte est modifié de telle manière. Le principe tient à ce que l'autorisant n'a qu'un rôle passif. Il n'a pas d'initiative à prendre[6]. A plus forte raison il ne peut faire l'acte lui-même.

707 bis. — L'incapable soumis à habilitation ne peut, sans sa volonté, être autorisé pour partie. Ayant l'initiative il peut exiger l'autorisation totale ou un refus. De même, le cocontractant peut dire à l'habilitant qu'il ne veut passer

---

1 Cass. Req., 3 janv. et civ., 16 mars 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 523, S. 1898, 1, 400. — Paris, 10 nov. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 2, 325. — Trib. Seine, 18 janv. 1908, *Droit*, 25 mai 1908. — Req., 12 mars 1883, S. 1885, 1, 495; D. 1884, 1, 13. — Paris, 12 déc. 1875, D. 1877, 2, 149. — Gand, 12 juillet 1877, Pas. 1878, 2, 5, Cass. belge, 23 janv. 1879, Pas, 1879, 1, 71. — V. cep. trib. Bruxelles, 23 janv. 1867. *Belgique judiciaire*, 1867, 213.

2 Bruxelles, 15 fév 1875, Pas. 1875, 2, 131. — Trib. Louvain, 15 mars 1875, *Belgique judic.*, 1875, 558. — Trib. Bruges, 5 avril 1876, *id.*, 1876, 793.

3 Req., 12 mars 1883, S. 1885, 1, 495. — Cf. Huc, II, n° 261. — Laurent, III, n° 114. — Berlin, 9 nov. 1846, D. 1847, 2, 146. — Bruxelles, 9 mars 1868; Pasicr., 1868, 2, 406. — Metz, 7 juin 1849, D. 1851, 2, 156.

4 Cass. civ., 21 oct. 1913, S. 1914, 1, 211, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 357.

5 V. de Bezin, *op. cit.*, p. 272 (pour le droit public).

6 Cons. d'Etat, 18 nov. 1904, *Rec.*, p. 719. — Cf. de Bezni, *op. cit.*, p. 282.

le contrat que pour le tout. Mais pour les libéralités, l'Administration se reconnaît le droit de les autoriser partiellement[1]. Toutefois elle ne peut modifier l'acte[2].

Pour les libéralités, on discute pour savoir si un testateur peut imposer que l'autorisation de son legs n'intervienne pas pour partie[3]. En pratique ce droit a été admis[4].

708. — Du principe de la spécialité, on a encore tiré cette conséquence que l'incapable soumis à l'habilitation ne peut faire le commerce, car l'autorisation donnée à cet effet serait générale. Il en est ainsi à moins qu'un texte ne le dise (art. 4 Comm. pour la femme mariée[5], art. 2 Comm. pour l'émancipé). Aussi, on admet que le prodigue ne peut être autorisé à faire le commerce, car il recevrait par là une autorisation générale[6]. La conséquence à laquelle on

---

1 V. Colin et Capitant, III, p. 663. — Aubry et Rau, X, 5e éd., p. 506. — Req., 6 nov. 1878, S. 1879, 1, 133; D. 1879, 1, 249. — Civ., 1er mars 1893, S. 1893, 1, 177; D. 1893, 1, 217 avec note de M. Planiol.

2 Cass. 18 oct. 1892, S. 1893, 1, 12. — Angers, 23 mars 1871, S. 1871, 2, 3. — Cons. d'Etat, 4 janv. 1895, S. 1897, 3, 13. — V. cep. Cons. d'Etat, 26 janv. 1906, S. 1908, 3, 27 (conditions dans l'intérêt des services publics).

3 V. Vigié, *Examen doctrinal*, *Revue critique*, 1894, p. 401.

4 V. Civ., 25 mars 1863, D. 1863, 1, 113, S. 1863, 1, 169. — *Contrà:* Paris, 2 août, 1861, S. 1861, 2, 632; D. 1861, 2, 229 (arrêt cassé). — Lyon, 29 janv. 1864, D. 1864, 2, 59.

5 Cf. Huc, II, n° 262. — Laurent, III, n° 116.

6 Lyon, 1er mars 1 904, S. 1906, 2, 83. — Douai, 31 oct. 1901, *Rec. Douai*, 1902, 58. — Trib. des Andelys, 7 mars 1900, *Droit*, 21 avril 1900. — Angers, 10 fév. 1865, S. 1865, 2, 163. — Paris, 22 déc. 1862, S. 1863, 2, 30. — Cass. belge, 17 oct. 1889, D. 1891, 2, 355; S. 1890, 4, 4. — Gand, 20 octobre 1890, D. 1891, 2, 356. — Bordeaux, 22 avril 1896, D. 1896, 2, 279. — Demolombe, VIII, n° 760. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 971. — Laurent, V, n° 351. — On est divisé sur le point de savoir s'il peut faire des actes de commerce isolé. V. pour l'affirmative, Paris, 31 déc. 1895 *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 186; Pand. fr., 1897, 2, 15.

arrive est exacte. Mais l'argumentation toute syllogistique est défectueuse. Les articles 2 et 4 Comm. ne sont pas des exceptions et il faut dire que tout habilitant donne une autorisation suffisamment spéciale en permettant de faire le commerce, ou d'exercer une profession[1].

Seulement, ce principe vrai pour la femme, pour l'émancipé, reçoit exception pour le prodigue. Les nécessités sociales, le bon sens imposent d'interdire le commerce au prodigue[2]. Elles n'iraient pas jusqu'à lui interdire d'exercer une profession avec le consentement du conseil qui choisirait un mandataire pour l'assister à chaque embauchage. Elles n'iraient pas non plus jusqu'à lui interdire de devenir commanditaire[3] et d'exercer seul les droits résultant de cette qualité.

Nous dirons donc l'autorisation de commercer est licite bien que générale, et cela par la force même des choses. Mais le prodigue est incapable absolument de commercer. Les nécessités pratiques l'imposent dans le silence du texte: admettrait-on qu'un prodigue fut ministre des finances ? Et cependant il n'y a pas de texte, il y a une sorte d'incapacité naturelle ou plus exactement sociale.

709. — Lorsqu'un incapable est soumis au régime de la représentation il ne peut rien si le représentant se refuse à un acte. On pourra seulement obtenir la destitution du tuteur incapable (art. 444 Civ.) ou la révocation de l'administrateur provisoire. En outre, on pourra agir contre eux en responsabilité à la fin de la gestion.

---

1 V. pour ce dernier cas Req., 11 nov. 1907, précité.

2 V. Trib. comm. Courtrai, 27 juin 1903 ; Pand. per., 1903, 1170. — V. cep. Trib. Bruxelles, 27 fév. 1884, *Journ.-Trib.*, 1884, 567, qui a admis la faillite et 7 août 1884. *Belgique judic.*, 1885, 1579, qui a admis la possibilité d'actes de commerce. — Bruxelles, 1er août 1860. Pas, 1860, 2, 351.

3 Req., 28 avril 1892, D. 1892, 1. 265.

Mais lorsque l'incapable est soumis au régime de l'habilitation, c'est un principe général qui s'est dégagé peu à peu que le refus d'autorisation n'est pas sans recours (cf. *suprà*, n° 562). Pour la femme mariée, l'article 218 Civ. dit que le juge peut donner l'autorisation[1]. La procédure en est fixée articles 861 et suiv. Proc. Pour le prodigue, la jurisprudence admet qu'en cas de refus du conseil, le premier peut s'adresser au tribunal qui nommera un conseil judiciaire *ad hoc* qui assistera l'incapable pour l'acte à passer, mais dont les fonctions cesseront aussitôt[2]. La cour

---

[1] On discute toutefois pour savoir si la justice peut autoriser à faire le commerce, etc. — V. Huc, II, n° 263. — Laurent, III, n° 135. — Colin et Capitant, I, p. 633. — Planiol, I, n° 969. — Parry *Engagement théâtral des incapables*, th. Paris, 1913, pp. 15 et suiv. — V. sur les améliorations à apporter à l'autorisation judiciaire. — Francastel, *Rapport à la Société d'études législatives*, *Bull.*, 1912, p. 119. — Rapp. Morizot Thibault, *Autorité maritale*, p. 218.

[2] Req., 10 nov. 1897; Pand. fr., 1899, 1, 20 (sol. implic.). — Paris, 25 mars 1890, S. 1890, 2, 107. — Liége, 12 juillet 1882, S. 1882, 4, 47; D. 1884, 2, 200. — Rouen, 23 déc. 1908, *Droit*, 30 janv. 1909. — Paris, 3 mars 1898; Pand. fr., 1899, 2, 73. — Douai, 31 août 1864, S. 1865, 2, 139. (Cet arrêt précise que le tribunal ne peut autoriser lui-même). — Besançon, 11 janv. 1851, S. 1851, 2, 75. — Trib. Langres, 13 juin 1893; *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 423. — Riom, 23 déc. 1908, D. 1909, 2, 272; *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 272. — Nancy, 24 fév. 1892, D. 1892, 2, 293. Cass. Req., 22 août 1868, D. 1869, 1, 268. — Orléans, 15 mai 1847, S. 1847, 2, 567. — Bruxelles, 23 juillet 1863, Pas, 1864, 2, 161. — Trib. Charleroi, 2 déc. 1910; Pas, 1911, 3, 81 (sol implic.). — Bruxelles, 28 juin 1907; Pas, 1908, 2, 168. — Planiol, I, n° 3122. — Beudant, II, n° 989. — Huc, III, n° 544. — Demolombe, VIII, n° 762. — Aubry et Rau, I, § 139, 5e éd., p. 870. — Laurent, V, n° 354. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 974. — Demante, II, n° 285 *bis*, VIII. — Massigli, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1882, p. 294. — Cf. Bruxelles, 19 juillet 1862; Pas, 1862, 2, 319 et 17 mai 1862; *Belg. judic.*, 1863, 1041, qui admettent l'autorisation directe du juge. — Trib. Seine, 6 janv. 1888, P. F., 1888, 2, 25. — *Contrà:* trib. Lille, 17 nov. 1883; *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 260. — Labbé, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1883, p. 493.

de cassation admet en effet qu'il est souverain appréciateur des motifs de refus[1].

De même, l'émancipé en face du refus de son curateur peut s'adresser au conseil de famille qui enjoindra au curateur de passer l'acte ou nommera un curateur *ad hoc*[2].

Il faudrait en dire autant pour le liquidé, en cas de refus d'autorisation du liquidateur judiciaire.

709 bis. — Celui qui habilite peut abuser de son droit en ne voulant autoriser que contre argent. Cet abus le rend passible de dommages-intérêts, mais ne permettrait pas de se passer de son autorisation. Cependant cela pourrait être soutenu en cas d'autorisation à mariage où on ne peut remplacer l'autorisant.

L'autorisant est responsable pour autorisation maladroite envers l'autorisé s'il y a dol En cas de faute, celle-ci étant commune avec l'autorisé il ne peut être poursuivi que pour partie. Envers les tiers il ne répond également que de son dol[3] si du moins l'autorisation repose sur une idée sociale d'autorité (cas de la femme mariée) et non d'état psychologique de l'incapable.

710. — En droit administratif, faut-il admettre de même que la personne morale peut recourir contre le refus injustifié d'autorisation ?

Actuellement, il est possible qu'on ne l'admettrait pas[4].

---

1 Req., 16 mai 1899, S. 1899, 1, 500. — Pand. fr., 1899, 1, 519. — *Contrà :* Rennes, 3 janv. 1880, D. 1880, 2, 254; S. 1882, 2, 174. — Douai, 7 mars 1881, S. 1881, 2, 137. —Liège, 12 juillet 1882, J. P., 1882, jur. étr., 78.

2 Douai, 15 déc. 1900, D. 1903, 2, 9. — Liège, 12 juillet 1882, J. P., Colin et Capitant, I, p. 541. — Planiol, I, n° 2027. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 765. — Laurent, V, n° 228. — Huc, III, n° 487. — Demolombe, VIII, n° 314.

3 Civ., 26 avril 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 581, *Rev. de dr. civil*, 1921, p 245. — *Cf.* Demogue, *Curierul judiciar*, 19 fév. 1921.

4 Il y aurait cependant un recours hiérarchique, v. de Bezin, th. citée, p. 155.

Le pouvoir des administrations supérieures est encore trop imprégné des idées de pouvoir souverain. Mais on y arrivera forcément. Il y a une logique des événements bien supérieure à la logique des mots, aux syllogismes et qui a entraîné la jurisprudence civile bien au-delà du cercle de l'article 218 Civ. Elle conduira de même la jurisprudence administrative[1]. Les idées anciennes éclatent ainsi forcément sous certaines poussées qui sont comme l'âme, la force vive des institutions.

711. — Lorsqu'un acte fait par un incapable est annulé, il faut déterminer les effets de cette nullité. Ce sont, en principe, les effets ordinaires, soit entre les parties, soit contre les tiers[2].

S'il y a plus de deux parties en cause, comme dans un contrat de société, un partage, une transaction, l'acte peut-il subsister dans les rapports entre les personnes capables ? La jurisprudence admet la négative à propos du partage[3]. Mais pour les autres contrats, elle admet que c'est une question de fait tranchée souverainement par le juge du fait[4].

Quand le contrat ou l'acte met en présence deux personnes seulement, ou n'a été fait que par une seule, la

---

1 V. sur cette tendance, de Bezin, *op. cit.*, pp 162 et suiv., qui admet le recours pour excès de pouvoir et cela même en cas de simple silence de l'administration pendant quatre mois (p. 183).

2 Le tiers ne peut offrir de payer un supplément de prix pour éviter la nullité. — Liège, 18 mars 1911. — Pas, 1911, 2, 221. — Les clauses pénales annexes sont nulles, Cass. — Rome, 22 mai 1903, *Guir. ital.* 1904, 1, 761.

3 Req., 5 déc. 1887, S. 1888, 1, 425. — V. la seconde note de Meynial sous l'arrêt. — Huc, V, n° 313. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, n° 3529.

4 Req., 3 déc. 1889, S. 1890, 1, 160. — Besançon, 14 août 1845, S. 1847, 2, 303. — Metz, 22 août 1806, S. chr. — Req., 25 mars 1820, S. chr. — Cass. civ. 3 mars 1863, S. 1863, 1, 119. — Grenoble, 27 déc. 1820, chr. — Cf. sur ce point le droit portugais.

nullité fera tomber le contrat ou l'acte tout entier[1]. La Cour de cassation a même précisé ce point en cas de lésion et dit qu'on ne pouvait scinder le contrat, que d'ailleurs pour voir s'il y avait lésion, il fallait examiner non pas chaque clause isolément, mais l'ensemble de l'acte.

Cependant des décisions ont parfois à propos d'un contrat de travail contenant une clause pénale importante admis la nullité de la clause et respecté le surplus du contrat[2]. Il y a peut être là un simple résumé rapide de la situation exacte. Le contrat est annulé pour le tout, mais on paye le mineur, on le traite d'après les autres clauses du contrat pour empêcher que le patron ne s'enrichisse indument.

On pourrait aussi dire que les nullités à proprement parler n'effacent pas les actes juridiques, mais en limitent les effets d'après le but poursuivi par la loi en établissant cette nullité[3].

712. — Les effets des incapacités légales ou naturelles sont encore atténuées par la théorie de l'enrichissement sans cause.

L'incapable peut faire annuler l'obligation qu'il a assumé. le contrat qu'il a passé, mais il est redevable de tout son

---

1 V. Trib. Seine, 14 avril 1885, S. 1888, 2, 173. — Cass. civ., 13 fév. 1906, S. 1910, 1, 29; D. 1907, 1, 33; *Gaz. Pal.*, 1906, 1, 336; Pand., fr., 1906, 1, 163. — Grenoble, 25 juillet 1893; *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 540, D. 1896, 1, 580. — Trib. Seine, 13 fév. 1902; *Gaz. Pal.*, 1902, 1, 763. — Cf. Japiot, *Théorie des nullités*, p. 219.

2 V. Paris, 8 juillet 1882, D. 1883, 2, 93; S. 1885, 2, 106. — Paris, 1er mars 1877, D. 1878, 2, 108. — Trib. Seine, 14 avril 1885; Pand. fr., 1886, 2, 67, S. 1888, 2, 173 (sol implic.). — Paris, 27 juin 1889, S. 1889, 2, 159. — Cf. Cass. civ., 13 fév. 1906, S. 1910, 1, 29. — Perreau, *Ex. doctr. Revue critique*, 1911, p. 74.

3 V. cep. *contrà:* Nancy, 18 fév. 1896, D. 1897, 2, 436 qui n'admet pas qu'un bail annulé pour incapacité puisse produire le privilège du bailleur.

enrichissement (art. 312 Civ.). Il n'y a là qu'une application des principes sur l'enrichissement indû[1].

La jurisprudence en a fait l'application au mineur[2], au prodigue[3], à la femme mariée[4].

Il résulte de là que si l'acte a profité pour le tout à l'incapable, il faudra restituer le tout. Ainsi en est-il d'un prêt

---

1 V. Baudry et Barde, I, n° 239. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 428. — Larombière, V, art. 1312, n° 4. — Laurent, XIX, n° 66. — Huc, VIII, n° 214. — Bufnoir, p. 695. — Demolombe, XXIX, n° 172. — Laurent, XIX, n° 66. — Colmet de Santerre, V, n° 275 *bis*.

2 Trib. Seine, 18 juin 1901, *Droit*, 26 oct. 1901. — Cass. civ., 1er juin 1870, S. 1870, 1, 387; D. 1870, 1, 432. — Trib. Alais, 18 avril 1894; *Gaz. Pal.*, 1894, 1, suppl., 43. — Cass. civ., 23 février 1891, D. 1892, 1, 29; S. 1895, 1, 78. — Trib. Limoges, 19 fév. 1895, Droit, 5 mars 1895. — Aix, 1er juin 1888. *Rec. Aix*, 1888, 1, 129. — Douai, 1er fév. 1886, *Droit*, 5 mai 1886. — Cass. civ. 26 août 1861, D. 1861, 1, 490. — Req., 7 juilet 1879, D. 1880, 1, 61. — Metz, 14 avril 1821, S. chr. — Cass. Req., 5 déc. 1826, S. chr. — Trib. Béziers, 7 déç. 1904; *Mon. Midi*, 11 déc. 1904. — Trib. Gand, 18 mars 1908; Pand. per., 9109, 429. — Trib. Liège, 12 mars 1907, id., 1907, 480.

3 Orléans, 21 avril 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 654. — Trib. Seine, 19 mars 1395; *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 483. — Trib. Seine, 5 août 1873, D. 1873, 3, 87. — Montpellier, 6 janv. 1911; *Mon. Midi*, 5 nov. 1911. (Cette décision a cependant refusé la restitution d'un automobile de luxe). — Req., 21 mai 1900, D. 1900, 1, 422. — Paris, 29 déc. 1877, S. 1879, 2, 299 (sol. implic.). — Lyon, 9 juin 1883, D. 1884, 2, 83. — Aubry et Rau, I, 5e éd., p. 879. — V. aussi trib. Bruxelles, 25 juillet 1894; *Journ. Trib.*, 1894, 1047 et 3 déc. 1894, *id.*, 1326.

4 Req., 26 avril 1900, S. 1901, 1, 193 avec note Ferron, D. 1900, 1, 455; *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 1, 128; *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 682. — Cass. Req., 2 janv. 1901, D. 1901, 1, 16. — Paris, 14 nov. 1887; P. F., 1888, 2, 12. — Paris, 30 déc. 1896, D. 1897, 2, 311. — Cass. Req., 30 déc. 1902, S. 1903, 1, 88. — Req., 30 déc. 1902; S. 1903, 1, 260. — Bordeaux, 16 mars 1854, S. 1854, 2, 694. — Trib. Montpellier, 30 nov. 1912; *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 221, S. 1914, 2, 227. — Cass. Req., 24 mars 1855, S. 1856, 1, 56. — Trib. Seine, 8 juin 1886; *Gaz. Trib.*, 21 juill. 1886. — Req., 24 janv. 1855, D. 1855, 1, 96. — Civ., 16 mai 1916; *Gaz. Trib.*, 1916, 1, 28. — Huc, II, n° 276. — Laurent, III, n° 162. — Trib. Verviers, 2 mai 1888, *Journ. Trib.*, 1re *inst.* XXXVI, 962.

qui a profité à un prodigue[1]. Et la jurisprudence a été jusqu'à valider l'acte. Mais il faut que l'incapable n'ait plus aucune raison d'agir en nullité[2]. En tous cas, ce sera au tiers à prouver l'enrichissement, car il est demandeur de ce chef[3].

Ces principes s'appliqueront même au contrat entre deux incapables[4].

Mais cet enrichissement soulève des difficultés spéciales. On peut admettre que le prodigue, le mineur dont l'incapacité est à demi naturelle ne répond pas de la dissipation[5]. Il n'en est pas de même pour la femme mariée. Si elle a employé de l'argent prêté à des achats d'objets de luxe, qui se détruisent du jour au lendemain, à des dépenses futiles, elle commet une faute dont elle répond L'acte juridique est sans valeur. Elle s'est donc trouvée simple détenteur de l'argent d'autrui. Elle ne peut pas l'employer à la légère sans en être responsable.

Toutefois, ces observations ne peuvent s'appliquer au mari tenu, d'après le régime matrimonial, des dettes de la femme qui n'a retiré aucun profit des actes passés par elle[6].

Le mari n'est pas responsable des fautes de sa femme. L'article 1384 Civ. ne le cite pas comme responsable du fait d'autrui. Par suite, les biens communs et les biens propres du mari ne peuvent être poursuivis à raison de ce que la

---

1 Paris, 26 avril 1833, S. 1833, 2, 286. — V. de même Cass. Req., 2 janv. 1901, S. 1901, 1, 192 (femme mariée).

2 V. Cass. Req., 2 janv. 1901, S. 1901, 1, 192, prêt qui a profité à femme mariée, mais dans un cas où celle-ci doit les intérêts. — Trib. Lyon, 15 mai 1900; Pand. fr., 1901, 2, 230.

3 Cass. civ., 1er juin 1870, S. 1870, 1, 387. — Demolombe, XXIX, nº 174.

4 Demolombe, XXIX, nº 176.

5 Rappr. Rouen, 30 juin 1898; *Rec. Rouen*, 1898, 1, 216, qui admet qu'il n'y a pas faute du prodigue à dépenser largement de façon à laisser croire à une immense fortune.

6 Cass. civ., 11 fév. 1908, D. 1909, 1, 15.

femme a dépensé ce qu'elle a reçu. Il n'en serait autrement que si les objets ou les sommes remises à la femme avaient profité au mari lui-même, fut-ce à son insu. Il serait alors responsable dans cette mesure. Enfin, s'il avait profité de ces objets en connaissance de cause, on pourrait voir là une ratification tacite.

On s'est demandé si l'article 1241 Civ. ne contenait pas une dérogation aux principes sur l'enrichissement sans cause. Il déclare, en effet, le paiement valable quoique fait à un incapable, si le débiteur prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Il suffirait qu'au début la chose ait profité au créancier, quand même cet avantage aurait ensuite disparu. Ce serait une solution différente de celle de Pothier[1]. Il nous semble préférable ici de dire que conformément au droit commun l'enrichissement s'apprécie au jour de la demande[2]. Il y a d'ailleurs là aux yeux de la cour de cassation une simple question de fait[3].

713. — Des conventions modifiant la capacité des personnes sont-elles possibles ? Il semble que non, la capacité étant fixée par la loi en considération de l'état des personnes. Effectivement, il n'est pas admissible qu'un incapable se rende capable[4]. Il peut obtenir mainlevée de son

---

1 V. en ce sens Demolombe, XXVII, n° 196. — Huc, VIII, n° 26. — Laurent, XVII, n° 541. — Aubry et Rau, IV, § 313, note 18. — Colmet de Santerre, V, n° 180 *bis*, II et suiv. — *Contrà*: Larombière, art. 1312, n° 8. — Cf. Req., 24 janv. 1855, S. 1856, 1, 56 (le paiement d'une dette nulle pour échapper à une poursuite criminelle est un enrichissement).

2 *Contrà:* Crome, *Allg. Theil*, par. 29, note 62.

3 Req., 24 janv. 1855, précité.

4 Capitant, *Introduction*, 3e éd.,, p. 146. — Planiol, III, n° 1524. — Baudry, Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, III, n° 1667. Ainsi une femme mariée mineure ne peut par une clause de son contrat de mariage s'assurer la capacité d'une femme mariée majeure, trib. Seine, 11 janv. 1911, *Gaz. Trib.*, 24 fév. 1911, *Revue de dr. civil*, 1911, p. 625. observations de M. Hémard, et, Paris, 27 déc. 1911, *Gaz. Pal.*, 10 fév. 1912, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 489. — Laurent XXI, n° 28. — *Contrà*: Baudry, Lecourtois et Surville. I, n° 146.

incapacité (interdiction, conseil judiciaire) ou modifier son état en demandant le divorce ou la séparation de corps, de sorte qu'il recouvre sa capacité.

Inversement, une personne capable ne peut se rendre incapable par convention. La vie est une lutte. Ceux qui peuvent lutter ne peuvent renoncer à leur liberté. Ce désir, indice de dépression sociale, ne peut être admis[1].

Toutefois la loi permet, dans le contrat de mariage, d'établir une certaine dotalité. L'inaliénabilité qui en résulte est analysée comme se ramenant à une incapacité (arg. art. 1351 Civ.). Mais c'est que le contrat de mariage est traditionnellement un pacte de famille qui admet des clauses exceptionnelles.

De même on analyse en une incapacité l'inaliénabilité qui, dans certains cas, peut être imposée dans les legs et les donations[2].

Mais ce sont des cas exceptionnels où il ne s'agit d'ailleurs que d'incapacités réelles. On ne peut même par contrat de mariage déclarer une personne absolument incapable de contracter, même avec l'autorisation du mari ou de justice[3].

A plus forte raison une déclaration unilatérale ne peut rendre incapable. Un testateur ne peut déclarer nul par avance tout testament révocatoire qu'il ferait, ou tout

---

1 Capitant, *eod. loc.* — V. *suprà:* 809 *bis.*

2 Bartin, *Conditions impossibles*, etc., p. 181. — Cass. Req., 11 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 1, 88.

3 Cass. Req., 22 déc. 1879, S. 1880, 1, 125. — Lyon-Caen, note dans S. 1876, 2, 65 et 1878, 2, 161. — Valette, *Mélanges*, I, p. 513. — Surville, *Conventions matrim., et ordre public*, *Revue critique*, 1898, p. 333. — Challamel, *Une femme peut-elle se rendre incapable?*, *Revue critique*, 1880, p. 1. — *Mulle*, D. 1878, 2, 8. — Labbé, *Rev. critique*, 1881, p. 325. — Vasseur, *Jurisprudence sur la capacité civile de la femme*, *Revue critique*, 1878, p. 289. — *Contrà*: Paris, 17 janv. 1875, J. P., 1876, 321.

testament qui ne serait pas authentique. Il y aurait là tout au plus un indice de captations dont il serait l'objet.

Cependant, un arrêt de la cour de Rouen a été considéré comme ayant dit qu'une promesse d'apport franc et quitte faite dans un contrat de mariage, rendait la femme incapable dès ce moment d'engager son apport par une hypothèque. Mais cette solution serait critiquable[1]. L'arrêt ne paraît d'ailleurs pas avoir cette portée.

On ne peut donc considérer comme pleinement valables les déclarations de certains commerçants : tel patron ne reconnaît pas la validité des contrats verbaux, il ne reconnaît que les contrats constatés par une fiche, un ticket, etc.. Tout au plus, le fait qu'un prétendu contractant ne présente pas la pièce prévue est-il un indice que probablement il n'a pas contracté et est-il déjà une défaveur contre la preuve du contrat qu'il doit faire.

714. — La pratique a récemment présenté un cas où la question de l'incapacité contractuelle peut être soulevée sous un jour intéressant. Un assureur convient avec l'assuré que celui-ci sera son propre assureur pour un quart et qu'il ne pourra s'assurer pour ce quart à une autre compagnie, règle très prudente qui pousse l'assuré à se montrer soigneux pour éviter le sinistre, règle qui, par conséquent, est valable en elle-même[2]. L'assuré devrait donc une indemnité s'il la violait, bien que le chiffre à fixer soit ici déterminé de façon purement divinatoire.

Peut-on faire de cette règle une incapacité, de sorte que le contrat d'assurance passé pour le dernier quart soit nul ? La première compagnie pourrait bien agir en nullité si la seconde était de mauvaise foi, en parlant de responsabilité

---

1 Rouen 12 mars 1892, D. 1892, 2, 208. V. Planiol, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1893, p. 193.

2 V. Montpellier, 12 mars 1912, D. 1912, 2, 249 et la note de M. Dupuich, *Revue de droit civil*, 1912, p. 502 et 1913, p. 313. — Perreau, *Ex doctrinal Rev. critique*, 1913, p. 75.

du tiers complice de la violation d'un contrat[1]. Mais cela offrirait pour elle peu d'intérêt : le second assureur y gagnerait même d'être libéré s'il y avait déjà eu sinistre, ce qui serait le cas ordinaire. Il pourrait donc se voir opposer l'adage : par d'intérêt, pas d'action, par l'assuré intervenant au procès. On pourrait donc simplement le faire déclarer solidaire de l'indemnité due par l'assuré, ce qui sera peu utile; car la dette se compensera avec l'indemnité promise. Mais si la seconde compagnie est de bonne foi, sa police restera valable. C'est là la conséquence de ce que l'incapacité des personnes est en dehors des conventions privées, même dans le cas où il paraîtrait utile de toucher à la capacité par un acte privé.

714 bis. — Pourrait-on convenir que l'on aliène tout son patrimoine à venir, de sorte que tous les biens que l'on acquerra par la suite passeront sur la tête du cocontractant, qui, sans doute, promet en échange une pension ou une rente viagère ?

Deux raisons doivent faire admettre la négative. D'abord il y a une très grande indétermination de l'objet. Ensuite et surtout, il y a là une véritable atteinte à la capacité d'acquérir[2]. D'ailleurs, le Code civil ne permet la société universelle de gains en ce qui concerne les acquisitions à titre gratuit que pour la jouissance (art. 1837 Civ.). Le contrat de mariage permet bien une mise en communauté très étendue, mais il a un caractère exceptionnel.

On peut donc dire que les aliénations de biens à venir portant sur une telle étendue de biens qu'elles aboutiraient à une suppression de capacité sont seules interdites.

Quant aux actes de dispositions portant sur les biens présents, ils sont possibles. Le code civil prévoit d'ailleurs la mise en communauté de tous biens présents ou même à venir (art.

---

1 V. Hugueney, *Responsabilité du tiers complice*, thèse Dijon, 1911.

2 V. Saleilles, *Obligations*, n° 150. — V. en ce sens Code civ. allemand, art. 310. — Huc, VII, n° 73.

1526), il prévoit de même la mise en société de tous biens présents (art. 1837). Mais il ne s'agit pas de l'aliénation de l'entité patrimoine, entraînant par voie de conséquence celle de tous les biens actifs et passifs. Il s'agit seulement de l'aliénation de chaque bien séparé, et pour chacun : titre nominatif, créance, immeuble, il faudra remplir les formalités spéciales[1].

Toutefois ceci concerne surtout les personnes physiques. Si une personne morale veut céder tout son patrimoine actif et passif, les mêmes principes s'appliqueront encore, qu'il s'agisse d'une société ou d'une association, d'une fusion par absorption, ou fusion proprement dite. Mais notons qu'en même temps, le passif se trouve forcément passer à la société qui absorbe l'autre[2].

714 ter. — Il faut aller plus loin dans cette voie et dès qu'une interdiction de contracter sans l'autorisation d'autrui est un peu générale, elle doit être considérée comme inopposable aux tiers et nulle. En effet, cette dépendance absolue d'une personne vis-à-vis d'une autre est inadmissible[3].

Mais du moins, on pourrait permettre à un créancier ayant des droits particuliers dans une société, contre un débiteur, à un cessionnaire de partie des bénéfices, de collaborer à l'établissement de l'inventaire pour fixer les amortissements, les réserves[4].

715. — Pour les personnes morales la question de l'inca

---

1 V. Saleilles, *loc. cit.*, n° 151.

2 V. Paris, 9 nov. 1883, J. Soc., 1884, 14 et 24 juin 1884, id., 1885, 719. — Trib. Seine, 15 mars 1885, id., 1890, 401 et 7 avril 1884, id., 1886, 478. Il ne suffit même pas de mettre en réserve pour payer les créanciers Paris, 15 fév. 1887, *Rev. Soc.*, 1887, 576. — V. Houpin, I, n° 631. — Cf. Lyon-Caen et Renault, II, n° 339. — Vavasseur, I, n° 537.

3 Paris, 15 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 12 sept. 1908.

4 Cf. Paris, 15 janv. 1914, S. 1915, 2, 19.

pacité conventionnelle se présente avec plus d'intérêt[1]. Les statuts peuvent-ils dire que la société ne pourra vendre de marchandises qu'au comptant ? Peut-on convenir dans les statuts que la Société ne pourra émettre d'obligations pour plus de cinq fois son capital social[2] ? Peut-on en émettant des obligations, dire que la société prend l'engagement de ne conférer aucune hypothèque sur ses immeubles, ni de constituer un nantissement de son fonds de commerce jusqu'à complet amortissement[3] ? Peut-on voir là une clause de même valeur que la limitation aux émissions de billets par les Banques à monopole, limitation où on peut voir une incapacité.

Si la clause est contenue dans un emprunt, ou tout autre acte contractuel fait au cours de la durée de la société, elle lie les membres de la société, les administrateurs qui violeraient le contrat en faisant un acte interdit. Les administrateurs seraient personnellement passibles de dommages-intérêts pour le préjudice ainsi causé aux obligataires.

La clause aura donc un certain effet. Et on ne pourra objecter qu'il est contraire à l'ordre public de promettre de ne pas emprunter. Si cette promesse est limitée, et se justifie par un intérêt sérieux, elle est valable comme peut l'être une clause d'inaliénabilité.

Mais la promesse est-elle opposable aux tiers qui n'ont pas participé à l'emprunt et qui depuis ont fait avec la société les actes défendus ?

Si les tiers qui ont contribué à violer le contrat d'emprunt connaissaient la clause qu'il contenait, ils sont responsables comme tiers complices de la violation d'un contrat[4].

---

1 S'il y a interdiction légale de passer un acte, la personne morale en le passant fait un acte nul. V. pour les actes commerciaux d'un syndicat. Req., 3 avril 1912, S. 1913, 1, 489.

2 V. statuts du Crédit foncier d'Orient. — Cf. Giorgi, *Obbligazioni* III, nos 132 et 136.

3 V. émission de bons de la Société de Dietrich en 1913.

4 V. à ce sujet Hugueney, *Responsabilité du tiers complice*, thèse Dijon. — *Contrà :* Planiol, *Revue critique*, 1883, p. 673.

Les personnes qui ont souscrit l'emprunt peuvent demander que les contrats de ces tiers complices ne leur nuisent pas. La société emprunteuse pourra faire annuler ces contrats pour se tirer de la situation fausse où elle s'est mise s'il y a fraude[1]. Mais il en serait autrement si les tiers étaient de bonne foi.

Mais quelle sera la situation d'un tiers de bonne foi ? On ne peut par contrat se rendre incapable. La clause sera donc sans effet. Il est vrai que l'on tend à analyser l'inaliénabilité en une incapacité. Mais trouverait-on un tribunal pour analyser de même la clause d'interdiction d'emprunter ou d'hypothéquer Je ne le crois pas[2]. Cela choque nos idées reçues. Cependant, ce serait une audace souhaitable, car seule elle répond à des nécessités pratiques très sérieuses.

Quand une société dans ses statuts promet de ne traiter qu'au comptant, de ne pas émettre d'obligations pour plus de telle somme, elle s'engage envers les actionnaires à observer une certaine prudence de conduite. Les actionnaires auraient action contre les administrateurs s'ils violaient les statuts. Ils pourraient de même agir contre les tiers de mauvaise foi. Et les tiers seraient à présumer tels dès que la clause aurait été publiée.

Mais, n'y aurait-il pas un moyen spécial d'atteindre les tiers de bonne foi, en se fondant non sur la théorie de la capacité, mais sur celles de la spécialité des personnes morales ? Les personnes morales du droit public sont spécialisées. Elles n'existent que pour un certain but[3]. Il en est de même de celles du droit privé. Une société commerciale ne peut faire des entreprises d'ordre purement moral : organiser une propagande politique, etc. Une société peut limiter son objet aux opérations de banque, au commerce de telle marchandise, etc., et on peut soutenir que toute opé-

---

1. *Suprà :* sur la nullité des actes frauduleux ; n° 349.
2. Req., 22 août 1882 cité par M. Planiol, *Revue critique*, p. 670.
3. V. Capitant, p. 204. — Laurent, XVI n° 62.

ration étrangère au but social est nulle. La sécurité des actionnaires qui ne veulent risquer leurs capitaux que dans tel genre d'opérations l'exige.

Pourrait-on admettre la spécialité quant aux moyens ? Non seulement la société ne fabriquera et ne vendra que tels produits, mais elle ne les vendra qu'au comptant. Faut-il préférer l'intérêt nettement affirmé des actionnaires à celui des tiers, qui eux aussi méritent protection. Le conflit doit se résoudre par un moyen terme. Du moment que la clause a été publiée, elle est opposable aux tiers qui sont censés l'avoir connue. Toute personne qui traite avec une société doit être présumée avoir connu les clauses publiées des statuts. Sans doute on exige d'elle une certaine prudence. Mais, de même que l'on doit s'informer de la capacité des personnes physiques avec qui on traite, de même on doit s'enquérir des statuts publiés des personnes morales avec qui on entre en pourparlers[1]. Si on ne le fait pas, on doit s'attendre à voir l'acte argué de nullite absolue[2].

Une question plus délicate se présente si une concession faite pa l'Etat et approuvée par une loi contient cette clause que la Compagnie concessionnaire ne pourra emprunter sans autorisation du ministre. Cet acte administratif en forme de loi a-t-il pu créer une incapacité opposable à l'emprunteur? La question est très difficile[3]. Nous pensons cependant que la souveraineté de la loi lui permet de créer cette incapacité qui pourra être même opposée par le syndic de la faillite de la Compagnie.

---

1 Il faudrait admettre au contraire une incapacité et une nullité relative pour un acte interdit par la loi à la Société ; v. pour les placements de société de secours mutuels, Cass. civ., 26 mai 1894 ; S. 1894. 1, 265 ; D. 1894, 1, 556.

2 Laurent, XVI, n° 63. — V. cep. Civ., 19 nov. 1919 ; *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 306, qui admettrait une nullité relative utilisable par la Société seule, *Revue de dr. civil*, 1921, p. 243.

3 Cf. Civ., 12 janv. 1914, S. 1917, 1, 183, *Rev. de dr. civ.*, 1919, p. III.

716. — *Droit comparé*[1]. — La tendance des législations modernes est de distinguer l'incapacité naturelle et l'incapacité civile. Pour cette dernière, les codes tendent à différer quant aux listes admises. Tandis que les femmes mariées restent incapables[2] dans les pays latins, sauf l'Italie (loi du 17 juillet 1919), l'Angleterre, l'Allemagne, la Suisse admettent plus ou moins complètement la capacité de la femme mariée. Les législations présentent plus de ressemblance quant à l'incapacité du mineur et de l'aliéné[3]. Seul le droit anglais est défavorable à cette dernière incapacité. Le système de protection varie également pour les prodigues que l'on tend parfois à assimiler aux mineurs pour certains actes et à protéger par un système de représentation. Enfin, certaines législations admettent l'incapacité de l'aveugle de naissance (Italie), du sourd muet (Italie, Portugal), ou de l'ivrogne (Allemagne et Suisse).

716 bis. — *Droit anglais*[4]. — Le principe général est que toute personne est capable. On le pousse même très loin. Le contrat passé avec un aliéné est valable à moins qu'on n'ait profité de cette aliénation ou su que l'individu était aliéné[5]. Dans ce cas, le contrat est annulable, mais peut

---

1 En Hollande, la femme mariée est incapable (art. 163) sauf quelques réserves (art. 160, al. 7, 164 dépenses du ménage) 299.

2 V. en droit hollandais art. 1366, 1367, 173 (émancipé), 506 (interdit).

3 V. sur la condition de la femme, Pravansal, *Capacité de la femme mariée en droit comparé*, thèse Aix, 1901. — Lair, id., Paris, 1911. — Bridel, *Incapacité de la femme mariée en droit comparé*, *Rev. gén. de droit*, 1893, p. 153.

4 V. Fessard, *Capacité civile de la femme mariée en dr. normand et en droit anglais*, thèse Paris, 1914, spéc., pp. 147 et suiv. — Pavitt, *Droit anglais codifié*, p. 19. — Bertheau, *La femme mariée anglaise*, thèse Paris, 1902. — Cf. Morizot-Thibout, *Autorité maritale*, p. 112. — Westlatke, *La loi anglaise de 1870*, *Rev. de dr. intern.*, 1871, p. 185.

5 Stevens, *Eléments de droit commercial*, p. 49. — Lehr, *Droit civil anglais*, II, p. 125. — Encyclopaedia of Laws of England, v° *contract*,

être ratifié lorsque l'aliéné recouvre la raison. Même le fait que l'aliénation est constatée par des commissaires compétents ne change pas cette situation. Elle établit seulement de fortes présomptions de fait que l'autre partie connaissait l'aliénation[1]. Au contraire, l'engagement pris par une personne ivre est toujours annulable, le tiers étant présumé avoir connu cette situation, mais l'acte peut être ratifié. Le contrat est toujours valable s'il porte sur des *necessaries* vendues à un prix équitable.

Les mineurs de vingt-et-un ans ont été de plus en plus protégés. La *common law* leur laissait l'option entre la validité et l'annulation. L'act de 1874 (*The Infant Relief act*) déclare tous les contrats solennels ou non, pour remboursement d'argent, marchandises fournies et règlements de compte absolument nuls[2]. Un acte de 1892 déclare de même nulle, toute promesse par un majeur représentant en tout ou en partie un prêt nul fait à un mineur[3].

L'act de 1874 annule également toute action intentée à raison d'une promesse faite après majorité de payer une dette contractée pendant la minorité ou de ratifier un contrat fait en minorité, même s'il y a une cause nouvelle[4]. Mais ici l'article n'invalide que l'action. Le mineur devenu majeur peut payer de son plein gré. Ensuite, ce texte ne vise pas les baux, les contrats de sociétés, souscriptions d'actions que le mineur est censé avoir ratifié, s'il ne les répudie à sa majorité.

On considère aussi comme valables les contrats d'appren-

---

p. 541 (Lunatics). — Housset, *Capacité civile de l'aliéné en droit anglais*, th. Reanes, 1913, pp. 110 et suiv. — Laws of England, v° *Lunatics*, p. 396. — Pollock, *Principes of contracts*, p. 87. — Jenks, *Digest*, I, p. 26.

1 Lehr, II, p. 126.

2 Jenks, *Digest*, I, p. 21.

3 V. Pollock, *Principes of contracts*, p. 50.

4 Jenks, *op. cit.*, p. 24.

tissage et de travail du mineur s'ils sont raisonnables et conformes à son intérêt. On a même validé la promesse d'une clause pénale raisonnable.

Le mineur est complètement lié par le contrat fait pour son nécessaire, s'il est raisonnable. On entend par là ce qui est nécessaire vu sa condition et ses besoins réels[1]. Il y a donc ici une idée de lésion subjective. Ici, le juge a un pouvoir d'appréciation qui forcément en fait, est parfois un peu arbitraire.

Si le contrat du mineur est annulé, il ne pourra répéter l'argent versé s'il a reçu quelque avantage de ce qu'il a reçu. Dans le cas contraire, on lui accordera la restitution[2]

Les condamnés pour trahison ou félonie ne peuvent pendant la durée de leur peine contracter valablement ni poursuivre l'exécution d'un contrat antérieur. Mais un administrateur ou curateur *ad hoc* peut agir à leur place (forfaiture act. of. 1870)[3].

La femme mariée, d'après la *common Law* n'avait ni pouvoir ni capacité de contracter, même avec le concours du mari. Il y avait cependant des exceptions. Elle pouvait poursuivre conjointement avec son mari les contrats dont elle avait le mérite : ceux venant de son habileté personnelle, de son travail. D'après la cour de Chancellerie, les biens dont elle s'était réservé la jouissance lui appartenaient sans être soumis au contrôle du mari. Elle pouvait contracter librement par rapport à eux. La coutume de la cité de Londres admettait que la femme eut un commerce

---

1 Jenks, *op. cit.*, p. 21.

2 V. Stevens, pp. 35-44. — Lehr, II, pp. 122 et suiv. — Pollock, *Contract*, pp. 54 et suiv. — Encyclopaedia, etc., v° *Contract*, p. 539. — Laws of England, v° *Infants and Children*, p. 63. — Jenks, *op. cit.*, p. 23.

3 Laws of England, v° *Criminal laws and procédure*. — Jenks, *Digest*, I, p. 20.

séparé, le gérât comme si elle était seule et plaidât de même.

Mais l'act de 1882 a fait une première réforme grave. La femme peut acquérir, détenir des biens séparés, comme si elle était femme seule, mais elle n'engage que ces biens. L'act de 1893 déclare que la femme s'oblige et par là oblige ses biens réservés actuels et ceux qu'elle aura, de sorte, que n'eût-elle aucun bien, ses actes sont valables. Mais des biens peuvent encore aujourd'hui être donné à des *trustees* à charge d'en servir le revenu à une femme mariée. En ce cas, la femme ne les oblige pas[1].

Le failli n'est pas incapable de contracter[2], mais s'il obtient un crédit sans informer qu'il est failli non libéré, il est responsable. Les corporations qui ont une véritable personnalité peuvent passer des contrats, mais elles doivent le faire *under seal* ou par un représentant nommé *under seal*. Mais on admet à ce principe des atténuations pour les actes journaliers[3]. En outre elles ne peuvent agir que dans les limites du mémorandum qu'elles ont déposé[4].

717. — *Droit autrichien*[5]. — Le code autrichien prévoit les incapacités naturelles. D'après l'article 865, ceux qui n'ont pas l'usage de la raison et les enfants au-dessous de sept ans sont incapables de promettre et d'accepter[6].

D'après le code autrichien (art .21), la minorité existe jusqu'à l'âge de vingt-quatre ans. Le sourd-muet peut être

---

1 V. Stevens, pp. 44-48. — Encyclopaedia of the Laws of England, v° *Husband and wife*. — *Pollock, Principles of contracts*, p. 77. — Jenks, *op. cit.*, p. 28. — Fessard, *Capacité civile de la femme mariée en droit normand et en droit anglais* (surtout historique), th. Paris, 1914.

2 Cf Jenks, *op. cit.*, p. 28.

3 V. Stevens, pp. 48-55. — Encyclopaedia of Laws of England v° *Contract*, p. 540.

4 Lehr, II, p. 125. — Encyclopaedia, etc., v° *Company*.

5 V. Unger, *Privatrecht*, I, p. 252 et II, p. 24.

6 V. Unger, *Privatrecht*, I, pp. 281 et suiv. — Krainz, *System*, I, pp. 182 et suiv. — V. pour le mariage, art. 48.

déclaré majeur à vingt-cinq ans, s'il est apte à gérer ses affaires. Mais il ne peut ester en justice sans conseil (art. 275).

Le mineur ne peut ester en justice sans son tuteur (art. 243), ni se marier (art. 245). Il peut acquérir seul par des actes licites, mais non contracter ou aliéner sans l'assistance du tuteur (art. 244). Il peut seul louer ses services. Le tuteur alors ne peut résilier le contrat sans motif grave[1] et le mineur peut disposer de ce qu'il a acquis de cette manière ou par son travail, ainsi que des objets remis pour son usage, lorsqu'il a atteint l'âge de puberté. Il peut s'obliger quand il s'agit de ces objets (art. 246). Le tribunal pupillaire peut lui abandonner l'administration de l'excédent de ses revenus, s'il a vingt ans. Il est autorisé à s'obliger de son chef pour les sommes comprises dans sa gestion (art. 247). Le mineur de vingt ans qui se fait passer pour majeur doit des dommages-intérêts (art. 248) et l'article 866 étend cela aux autres incapables[2].

Quant aux interdits, ils sont incapables, même pendant les intervalles lucides où ils doivent se faire assister d'un curateur[3].

La femme est en principe capable[4].

Au contraire, le failli est incapable à l'égard de la masse[5].

---

1 Le texte revisé de l'art. 246 dit : Sans la volonté du tuteur, le mineur peut se lier par un contrat de services et le tuteur peut rompre prématurément le contrat conclu par le mineur seulement pour causes importantes.

2 L'ordonnance du 28 juin 1916, permet de déclarer pleinement incapables des majeurs de sept ans, qui sont alors assimilés à des enfants de moins de sept ans (art. 1er). En outre, des majeurs atteint de maladie ou faiblesse d'esprit, des prodigues, des personnes qui abusent de l'alcool ou de stupéfiants peuvent être assimilés à des mineurs de plus de sept ans.

3 Unger, II, p. 25.

4 V. Unger, I, p. 280. — Krainz, *System*, I, p. 183.

5 Krainz, *op. cit.*, I, p. 187.

Il en est de même du prodigue qui est incapable pour certains actes : aliénations et obligations.

Les prodigues déclarés tels sont assimilés aux mineurs, peuvent cependant tester.

« Si une personne prétend de façon trompeuse qu'elle est capable de contracter et par là abuse d'une personne qui ne pouvait se renseigner facilement, elle doit lui donner satisfaction (art. 866).

718. — *Droit italien*[1]. — Le droit italien admet comme le droit français la capacité de jouissance de toute personne née ou conçue[2].

Le code italien ne parle pas plus que le code français de l'incapacité naturelle de contracter. Mais les auteurs la considèrent comme sous-entendue. Ils annulent les actes faits par l'enfant en bas âge, le fou, la personne ivre, et même volontiers le sourd-muet, l'aveugle de naissance, celui qui est en état de somnambulisme ou dominé par la peur ou la colère[3].

Comme en droit français, l'incapacité est l'exception (art. 1105).

L'incapacité des mineurs de vingt-et-un ans a été plus

---

1 V. Enciclopeadia guiridica italiana ; v. *Capacita civile* et v. *Contratto*, n° 42. — Puglia, *Del incapacita naturale*, *Sterio Filangieri*, 1896, p. 20 ; *Infermita mentale ed incapacita legale di agire*, *Filangieri*. 1898, pp. 509 et 578.

2 V. Castelbolognesi, *Capacita dei nasciturі*, *Archivio guiridicho*, 1877, II, p. 23.

3 Lomonaco, I, p. 82. — Ruggiero, I, 309. — Giorgi, *Obbligazioni*, III, nos 46 à 74. — Lomonaco, *Obbligazioni*, I, p. 94. — Coviello, *Manuale*, I, p. 331. — Barassi, p. 152. — V. Cass. Rome, 18 oct. 1912 et les observations de M. Ascoli, *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 94. — Cf. Picardi, *Monomania e capacita civile*, *Archivio guiridicho*, 1874, II, p. 119. — Presutti, *Incapacita naturale e incapacita*, *Archivio Guiridicho*, 1903, I, p. 16. — Pacifici Mazzoni, II, 5e éd., p. 400. — Simoncelli, *Istit.*, p. 300. — V. cep. Gênes, 1er avril 1910, *Guir. ital.*, 1910, 2, 507. — Cass. Naples, 16 nov. 1907, *Guir. ital.*, 1908, 1, 293 (sauf mauvaise foi du co-contractant)

nettement réglementée dans l'article 1303. Il y a, d'après cet article, nullité des actes du mineur agissant seul, toutes les fois que le tuteur ou curateur devait intervenir et ne l'a pas fait sans qu'on exige la lésion[1]. L'interdit judiciaire ou légal (art. 33 Pén.) est dans la même situation (art. 329) et cette incapacité date du jour du jugement (art. 328). Elle dure d'ailleurs, comme en France, même pendant les intervalles lucides.

Les articles 336 et 337 reproduisent les articles 503 et 504 du code français. Mais l'article 336 annule dès que la cause de l'interdiction existe et que le tiers doit être déclaré de mauvaise foi[2]. Mais ces textes ne visent pas les donations[3].

De plus, le prodigue et le faible d'esprit si le tribunal le décide (art. 339), et le sourd-muet et l'aveugle de naissance majeurs, si le tribunal ne décide le contraire (art. 340), sont incapables de faire certains actes importants : emprunter, transiger, faire tout acte excédant la simple administration.

Mais le point de savoir si le jugement a ici effet rétroactif est très controversé en jurisprudence. L'affirmative l'emporte cependant[4].

Avant 1919, la femme mariée était incapable de donner, emprunter, aliéner, etc., sans autorisation du mari (art. 134)[5]. Mais le mari pouvait donner par acte public, à la femme l'autorisation générale de faire tous les actes ou

---

1 Le mineur émancipé peut faire le commerce avec une autorisation (art. 9, comm.).

2 Cette nullité est relative, Bologne, 21 déc. 1875, cité par Lomonaco, I, p. 97.

3 Giorgi, IV, n° 20.

4 V. Giorgi, IV, n^{s} 20 *bis* et III, n° 96.

5 Sur le caractère limitatif de ce texte v. Lomonaco, I, p. 89. — Cass. Florence, 18 déc. 1872. — Cf. sur l'incapacité de la femme mariée. Frugoni, *Capacita della donna. Archivio guiridicho*, 1869, I, p. 471. — Scotti, *Contratti della donna con il sua marito*, id., 1870, I, p. 605. — Vescia, *Si l'autorizatione e necessaria alla moglie il cui marito e inabilitato*, id., 1887, I, p. 33.

quelques-uns d'entre eux, sauf son droit de révoquer ladite autorisation (art. 134, al. 2). Elle pouvait faire le commerce du consentement tacite de son mari, lequel se présumait si le commerce était public et notoire (art. 13, Comm.).

La femme redevenait capable si le mari était incapable, emprisonné pour plus d'un an, absent, si la séparation avait été prononcée contre lui, si elle faisait le commerce (art. 135). Il y avait controverse si le mari était *inabilitator*[1]. Le juge pouvait l'autoriser si le mari refusait l'autorisation ou s'il y avait entre les époux certains conflits d'intérêts[2].

Récemment, la loi du 17 juillet 1919 a établi la capacité de la femme mariée en abrogeant les articles 134 et suivants, 1743 et suivants Civ., 13 et 14 Comm.; la femme est aujourd'ui pleinement capable[3].

Le condamné à l'ergastolo, à la réclusion pour plus de cinq ans est lui aussi interdit pendant la peine (art. 33 Pén).

Enfin, il y a certaines incapacités spéciales visant les faillis, les représentants d'autrui, les époux, les personnes morales voulant acquérir à titre gratuit[4].

Quelle est la sanction de ces incapacités légales. Pour les libéralités aux personnes morales, c'est une nullité absolue[5]. Il en est de même pour les actes faits par l'interdit légal et ceux où la capacité se confond avec l'objet, comme

---

1 V. Ascoli, note sous Crome, *Allg. Theil*, trad. ital., p. 282.

2 V. sur ces cas, Giorgi, IV, nos 108 et suiv. — L'étendue de ces cas est délicate à établir, surtout s'il y a cautionnement du mari ou obligation solidaire avec lui. — Chironi, *Questioni*, III, pp. 432 et suiv.

3 V. Ferrara, *Dir. civ. italiano*, I, p. 505, qui critique l'innovation. — Messineo, *La legge abolitava del autorizzazione maritale*, *Riv. di dir. comm.*, 1920, I, p. 401. — V. aussi les art. de Diena, id., I, p. 31, de Belaffio, id., p. 1. — Capitant, *Ann. de leg. étrangère*, 1919.

4 V. Giorgi, III, n° 130 et suiv.

5 Giorgi, III, n° 135.

les ventes des droits litigieux aux magistrats chargés de juger[1].

Mais c'est une nullité relative pour les actes de la femme mariée (art. 137), pour ceux de l'interdit (art. 335), de celui en état d'inhabilitation : prodigue, etc. (art. 341), du mineur (art. 1107)[2].

Pour l'interdit légal, l'article 1107, al. 2 permet formellement à toute personne intéresssée d'opposer la nullité. L'article 1305 déclare valable l'obligation du mineur qui par des moyens dolosifs s'est fait passer pour majeur. Mais la simple déclaration de majorité n'est pas considérée comme dol, et ce texte doit s'étendre aux autres incapables[3].

Pour tous les autres incapables, l'article 1307 édicte qu'ils ne sont tenus à remboursement que dans la mesure où on prouve que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

L'incapacité est considérée comme ne pouvant être opposée par un incapable à un autre incapable[4].

Signalons que le failli est considéré par le Code de commerce comme un incapable[5].

719. — *Droit portugais*. — La capacité a été accordée aux personnes nées et conçues (art. 6) et aux personnes morales sauf que la loi limite pour certaines le droit d'acquérir des immeubles (art.35).

D'après l'article 644 la capacité est la règle au point de vue de l'exercice. Les mineurs de vingt-et-un ans sont incapables d'exercer les droits civils et leurs actes et contrats ne peuvent leur imposer une obligation juridique (art. 98), sauf dans les cas formellement exceptés comme le contrat de travail (art. 299). Mais il n'y a pas nullité absolue, car les contrats passés par les mineurs ne peuvent être attaqués

---

1 Giorgi, IV, nº 23.

2 Cf. Lomonacc, I, p. 96.

3 Giorgi, IV, nº 12.

4 Giorgi, IV, nº 8.

5 V. Pagani, *Incapacita del fallato*, *Dir. commerciale*, 1886, p. 809.

par les autres parties pour incapacité du mineur (art. 99). Le mineur répond de son dol s'il se fait passer pour majeur. Mais la simple déclaration de majorité n'est pas un dol (art. 299)[1]. L'interdit pour démence est incapable comme le mineur (art. 321). Il est incapable depuis l'enregistrement et la publication du jugement d'interdiction, si ce jugement acquiert autorité de chose jugée (art. 334). Les actes et contrats de l'interdit antérieurs au jugement ne sont annulés que si à ce moment la cause de l'interdiction était déjà notoire ou était connue de l'autre partie (art. 335).

Les sourds-muets qui ne sont pas à même de gérer leurs biens sont soumis au même régime (art. 339). Mais le jugement détermine l'étendue et les limites de cette tutelle (art. 338)[2].

Le prodigue est lui aussi incapable, mais le tribunal peut à son choix le soumettre au régime de la représentation ou simplement à celui de l'assistance d'un curateur (art. 344). Mais le texte ne précise pas davantage les conditions de l'incapacité. Il semble qu'il faut l'assimiler au sourd-muet[3]. L'article 349 indique toutefois que les actes du prodigue sont nuls de droit et il semble dire que c'est du jour de la publication du jugement si celui-ci acquiert l'autorité de la chose jugée. Enfin il permet de recourir au tribunal en cas de refus d'assistance par le curateur.

Les criminels peuvent également être incapables pendant la durée de la peine. L'étendue de l'incapacité varie suivant les cas (art. 357)[4].

La femme mariée est également incapable. Elle ne peut publier ses écrits (art. 1187), ester en justice sauf dans des cas

---

1 V. sur ces points Ferreira, *Codigo civil portuguez*, I, p. 134.

2 V. Ferreira, I, p. 337.

3 V. Ferreira, I, p. 340.

4 L'art. 358 précise à ce sujet que l'annulation ou la revision du jugement rend rétroactivement capable, sauf respect des droits acquis. C'est donc un exemple de capacité rétroactive.

exceptionnels (accusation criminelle, procès contre le mari, conservation de ses droits propres, exercice de la puissance paternelle, art. 1192), acquérir, aliéner, s'obliger par contrat (art. 1193)[1].

L'autorisation du mari peut être donnée verbalement ou par écrit ou par des actes la supposant nécessairement (art. 1195). Seule celle de faire le commerce, hypothéquer, aliéner un immeuble, plaider en demandant doit être donnée par acte authentique ou authentiqué (art. 1196)[2].

L'autorisation est révocable avant commencement d'exécution et même s'il y a commencement d'exécution à condition de réparer le préjudice résultant pour les tiers (art. 1197).

L'autorisation doit être spéciale, sauf pour faire le commerce (art. 1194). Si le mari refuse l'autorisaton demandée par la femme, le juge peut autoriser (art. 1193, al. 2).

En cas d'acte fait par un incapable, l'action en nullité se prescrit par cinq ans pour le mineur et l'interdit, de la fin de l'incapacité (art. 688) et ce délai semble applicable à tous les autres incapables, sauf pour la femme où l'article 1201 parle du délai d'un an[3].

Elle s'éteint encore par ratification. L'article 1201 le dit pour le mari. Il faut l'étendre aux autres incapables.

L'action en nullité est ouverte au mari, à ses héritiers ou ayant cause pour les actes de la femme (art. 1200), pour le mineur au mineur seul (art. 99) et ceci doit être étendu aux autres incapables.

La nullité prononcée oblige l'incapable à restituer ce dont il a profité ou dont il est encore nanti (art. 698).

Elle ne profite pas aux co-intéressés capables à moins que l'objet ne soit indivisible (art. 700).

Le code portugais s'est le premier préoccupé de l'inca-

---

1 V. Ferreira, III, pp. 107 et suiv.

2 V. Ferreira, III, pp. 130 et suiv.

3 Cependant l'art. parle successivement du délai d'un an et de la prescription ordinaire.

pacité naturelle. D'après l'article 353, « les actes et contrats faits par une personne qui se trouve accidentellement privée à ce moment, de l'usage de sa raison par l'effet d'un accès de délire, de l'ivresse ou de toute autre cause de même nature pourront être rescindés ». Il établit donc une nullité relative. La personne doit dans les dix jours de son rétablissement protester devant un notaire et deux témoins et former sa demande en justice dans les vingt jours suivants. Les héritiers ont le même droit si la personne est décédée sans avoir recouvré sa raison ou dans les dix jours suivants. L'action est intentée dans les vingt jours du décès. Les termes du texte sont-ils assez larges pour envisager les cas de folie permanente ? Non. Pour ceux-ci il y aurait donc une inexistence. Cependant l'art. 1764 met sur le même pied pour l'incapacité de tester celui qui n'est pas sain d'esprit, le condamné, le mineur de quatorze ans.

720. — *Droit espagnol*. — En Espagne on distingue, comme en droit français, les incapacités naturelles qui entraînent nullité absolue (et c'est sur le terrain de cette incapacité naturelle qu'on se place pour le testament (art. 663 et 666)-et les incapacités légales entraînant nullité relative[1].

L'article 263 considère comme incapables: les mineurs de vingt-trois ans non émancipés, les fous, les sourd-muets ne sachant écrire[2] et les femmes mariées aux cas exprimés par la loi. Il faut semble-t-il, y ajouter les condamnés frappés d'interdiction[3]. Mais on n'annule pas les actes des simples prodigues non en tutelle (art. 226). On admet que les fous sont capables pendant les intervalles lucides[4].

---

1 Manresa y Navarro, *Codigo civil espagnol*, VIII, p. 638. — V. sur l'incapacité de l'épileptique, Pugliesse, *El epileptico ante el derecho civil y penal*. — Cf. Sandrez Roman, IV, p. 187.

2 V. Valverde y Valverde, *Der. civ., espanol*, I, p. 275.

3 Manresa y Navarro, II, p. 228.

4 Manresa y Navarro, VIII, p. 640. — Sanchez Roman, IV, p. 187. — Sentence du 21 avril 1896. — L'art. 665 précise que le fou peut tester

Pour la femme mariée, l'article 61, précise l'étendue de son incapacité, elle ne peut acquérir à titre gratuit ou onéreux, s'obliger, sauf lorsqu'il s'agit de l'entretien de la famille. Mais dans le silence du texte il faut admettre sa capacité[1]. De plus, l'art. 63 lui permet de tester, d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs à l'égard des enfants légitimes ou naturels nés d'un précédent mariage ou d'un autre homme. Le mari et ses héritiers peuvent seuls demander la nullité des actes faits sans autorisation (art. 65). Il résulte de la combinaison des articles 1261 et 1310 que la ratification par le mari est impossible[2].

Le prodigue doit être aussi déclaré incapable pour tous les droits que lui enlève la mise en tutelle (arg. art. 221 et 226). D'après l'article 226, les actes antérieurs à la demande d'interdiction ne peuvent être attaqués pour prodigalité. Mais on admet que le juge peut donner à sa sentence effet rétroactif, mais la demande devra alors être inscrite au registre immobilier, s'il s'agit d'annuler un acte visant des immeubles[3].

Sont considérés comme mineurs, ceux qui n'ont pas vingt-trois ans (art. 320).

Le mineur est pleinement incapable, sauf pour quelques actes qu'il fera seul. Il peut passer son contrat de mariage, administrer les biens de la société conjugale s'il a plus de dix-huit ans (art. 59), faire son testament s'il a quatorze ans (art. 662-663), acquérir la possession avec l'assistance de

---

pendant un intervalle lucide, la lucidité étant constatée par deux experts désigné par le notaire.

1 Id., p. 642 et surtout I, pp. 318 et suiv. — Cf. Menendez Parra *Capacidad de la muyer casada. Revista legislation y jurisprudenca*, 1902, II, p. 87. — Perez Arda, *La muyer casada ante el derecho civil*, id., 1909, I, Sechi, *Emancipation de la muyer y autorizacion marital*, id., 1894, I.

2 Mansera y Navarro, I, p. 228.

3 Mansera y Navarro, II, p. 225. — Valverde y Valverde, I, p. 297.

son représentant (art. 443), faire le commerce s'il a vingt ans (art. 4 Comm.)[1].

S'il est émancipé, ce qui a lieu de droit par mariage (art. 315), il peut gouverner sa personne et ses biens comme s'il était majeur, mais il ne peut emprunter, grever, vendre ses immeubles, plaider sans autorisation (art. 317). On admet que ce texte vise implicitement la donation, la transaction, le cautionnement, mais le mineur peut accepter une succession, acheter des immeubles[2].

La nullité des actes faits par les incapables est relative. Elle peut être demandée pendant quatre ans après la fin de l'incapacité (art. 301). Les obligés principaux ou subsidiaires, mais non les personnes capables peuvent demander la nullité (art. 1302). L'incapable restitue son enrichissement (art. 1304)[3].

721. — *Droit belge et luxembourgeois.* — Le Code Napoléon a été maintenu en Belgique pour l'incapacité de la femme séparée de corps. Mais la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail réglemente la capacité de la femme pour son travail. Elle peut s'engager moyennant autorisation expresse ou tacite du mari, ou à défaut du juge de paix qui statue sur simple réquisition, le mari entendu (art. 29). Elle peut toucher son salaire et en disposer pour les besoins du ménage sauf opposition du mari (art. 30). Le juge de paix peut d'autre part autoriser la femme à défaut du mari pour les procès devant son tribunal (loi du 25 mars 1876, modifiée le 4 août 1911)[4]. La femme peut

---

1 V. Manresa y Navarro, II, pp. 314-317. — Pour le mineur Ramos, *Capacidad de los minores para contratar, Revista legislacion y jurisprudencia*, 1888, I, pp. 187 et 273 et 1889, II, p. 361 et 607. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, I, p. 260.

2 Manresa y Navarro, II, pp. 685 et suiv.

3 V. Morell, El art. 1302, *Codigo civil*, *Revista de legislacion*, 1898, I. p. 96.

4 V. encore Arr., 22 nov. 1875, art. 23-25, sur le service de la dette publique.

être membre d'une union professionnelle sauf opposition du mari contre laquelle elle peut se pourvoir devant le juge de paix (loi du 31 mars 1898, art. 3).

Le mineur peut engager son travail avec autorisation expresse ou tacite de son père ou de son tuteur ou du juge de paix (loi du 10 mars 1900, art. 34). Il touche valablement son salaire sauf opposition (art. 35). Il peut même en disposer avec autorisation du juge de paix (art. 36). Son entrée dans les unions professionnelles, s'il a seize ans, est réglée comme celle de la femme mariée (loi du 31 mars 1898, art. 3), mais il n'a pas voix délibérative dans l'union (art. 3, al. 4).

L'interdiction légale est réglée par le Code pénal (art. 20 à 24). L'interdit est incapable d'administrer ses biens et d'en disposer, sinon par testament, du jour où le jugement est irrévocable (art. 22).

Pour les aliénés enfermés, l'article 34 de la loi du 28 décembre 1873 reproduit la loi française de 1838.

Le Grand duché de Luxembourg n'a pas modifié le Code Napoléon sur la capacité. Mais les lois spéciales ont précisé la capacité pour entrer dans les sociétés de secours mutuels (loi du 11 juillet 1891, art. 3). Le mineur peut y entrer à quinze ans avec autorisation et librement à dix-huit. Le juge de paix, à défaut du mari, peut autoriser l'adhésion de la femme. La loi du 14 décembre 1887 permet à la femme les dépôts et retraits à la caisse d'épargne, sans autorisation sauf opposition du mari. Un système analogue existe pour le mineur qui a plus de seize ans (art. 1er).

722. — *Droit allemand*[1]. — Un des caractères du droit allemand est de réglementer de façon précise les incapacités naturelles, et de les amalgamer dans des incapacités légales.

---

1 V. Saleilles, *Théorie de la capacité dans le code civil allemand*, *Bulletin Soc. législation comparée*, 1899-1900, p. 237.

L'article 104 Code Civ. considère incapable d'exercice « celui qui n'a pas accompli sa septième année ». Il ne peut ni faire ni recevoir une déclaration de volonté[1].

Il en est de même de « celui qui se trouve dans un état de trouble mental de caractère pathologique excluant toute libre disposition de la volonté en tant qu'il ne s'agit pas d'un état passager de sa nature ». Cette solution admise après bien des difficultés[2] entend se référer à l'état de morbidité prévu par l'art. 51 Pén[3]. Il en résulte qu'il suffit d'un état général morbide pour que l'acte soit sans valeur, mais il doit y avoir morbidité complète[4].

Est également nulle (art. 1105), toute déclaration de volonté émise en état d'inconscience ou de trouble mental passager ».

Ici; il faut prouver l'état mental, ivresse, délire fiévreux, hypnose, etc., au moment même de l'acte et cette preuve incombe à celui qui invoque la nullité[5]. Enfin, l'interdit pour maladie mentale est incapable (art. 104, al. 3), même pendant les intervalles lucides.

La sanction est dans tous les cas la nullité absolue (art. 105).

A côté des personnes pleinement incapables, il y a celles de capacité restreinte : le mineur de plus de sept ans qui n'a pas atteint vingt-et-un ans (art. 106), celui qui pour cause de faiblesse, de prodigalité ou état d'ivresse habituelle a été interdit, ou celui mis en tutelle provisoire conformément à l'article 1906 (art. 114).

---

1 *Trad. officielle*, I, p. 100. — Cf. Plank, I, p. 187. — Endemann, I, p. 127.

2 V. Planck, I, p. 188. — Dernburg, I, p. 173.

3 Planck, I, p. 188. *Trad. officielle*, I, p. 101.

4 Dernburg, I, p. 171.

5 Plank, p. 190. — Crome, I, p. 363, note 9. — Il s'agit d'ailleurs plutôt ici de défaut de consentement que d'incapacité.

Ces incapables ont besoin de l'autorisation du représentant légal (art. 107), à moins que l'acte ne leur procure exclusivement un avantage juridique[1]. L'idée émise est donc différente de celle du droit français lorsqu'il parle de lésion[2]. Il peut seul passer un contrat de travail même avec clause pénale[3].

L'approbation du représentant peut être expresse ou tacite (art. 110), mais pour les actes unilatéraux, elle doit être écrite (art. 111), elle peut intervenir même après l'acte (art. 108). Mais, en ce cas, l'autre partie peut jusque-là retirer son consentement (art. 109), soit si elle a ignoré l'incapacité, soit si l'incapable s'est à tort déclaré autorisé. On admet très largement la responsabilité de l'incapable qui se déclare autorisé. Mais on ne lui donne qu'un effet limité. De plus, la charge de la preuve pèse sur le cocontractant[4].

La sanction du défaut d'autorisation est l'inefficacité de l'acte (art. 108, al. 1 et 3).

A la différence du droit français, le droit allemand actuel innovant sur le régime antérieur, n'admet pas l'incapacité de la femme mariée (art. 1399)[5]. Mais l'article 1358 atténue cependant l'indépendance de celle-ci. Si elle passe un contrat visant une prestation qu'elle doit accomplir en personne, si le mari ou le tribunal des tutelles n'y ont pas donné leur assentiment, le mari autorisé par le même tribunal peut dénoncer le contrat (art. 1358)[6].

Cet article applicable surtout au contrat de travail de l'ouvrière, de l'actrice, de l'institutrice, etc.[7], crée non pas

---

1 Cf. sur les déclarations adressées à l'incapable, Eudemann, I, p. 130.

2 V. Planck, I, p. 191. — Crome, I, p. 365.

3 Endemann, I, p. 132, note 19.

4 Dernburg, I, p. 406.

5 V. Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, thèse Paris, 1903, et *Bull. de la Société de législation comparée*, tome 37, p. 77.

6 Dernburg, *loc. cit.* — Crome, II, p. 660. — *Trad. officielle*, III, p. 103.

7 Dernburg, IV, p. 111.

une nullité, mais une possibilité de rupture du contrat. On ne peut donc même dans ce cas parler d'incapacité[1].

723. — *Droit suisse*. — Autrefois, la capacité était régie en Suisse par la loi fédérale du 22 juin 1881[2]. Aujourd'hui, elle est régie dans le Code civil.

La jouissance des droits civils est accordée à l'enfant né ou à l'enfant conçu s'il naît vivant (art. 31). On applique ici les délais prévus par l'article 252 Civ. mais la preuve contraire est possible[3]. On l'accorde aux sociétés organisees corporativement et inscrites au registre du commerce (art. 52). On dispense même de la formalité de l'inscription « les corporations et établissements de droit public, les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille ». Les personnes tant physiques que morales ont en principe l'exercice de leurs droits : les personnes physiques dès leur majorité (art. 13), les personnes morales si elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54).

L'art. 16 prévoit comme incapacité naturelle « le fait d'être dépourvu de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, d'en être privé par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse, ou d'autres causes semblables ». Cela laisse au juge le pouvoir d'apprécier l'état d'esprit de l'enfant, de tenir compte de l'hypnose, du morphinisme, d'un haut degré de l'intoxication par la cocaïne etc.[4]. De cette façon il suffira que la faculté d'agir raisonna-

---

1 V. Dernburg, I, p 164.

2 V. sur cette loi, Rossel, *Manuel des obligations*, 2e éd., p. 77. — A. Martin, *Etude sur la loi fédérale, etc.*, *Journ. des Tribunaux* (suisses) 1882. — V. spécialement sur les aliénés, avant le code civi, *Bull. Société d'études législatives*, 1904, p. 251.

3 V. Curti Forrer. art. 31, nº 6.

4 Curti Forrer, *Droit civil suisse*, p. 18, note 10. — Cf. Rossel et Mentha. *Droit civil suisse*. I. p. 79.

blement ait été enlevée. Et on pourra attaquer pour cette raison même les actes d'une personne décédée[1].

La loi organise des incapacités civiles (art. 17 à 19). Sont incapables civilement, d'après l'article 17, les mineurs de vingt-et-un ans non mariés (arg. art. 14) et non émancipés (art. 14), les interdits pour maladie mentale, faiblesse d'esprit, prodigalité, ivrognerie, mauvaise gestion, ou pour condamnation à un an et plus d'emprisonnement (art. 369 à 371)[2]. Mais l'interdiction n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'à dater de sa publication (art. 375, al. 3). Jusque-là, l'interdit reste donc capable[3]. Mais elle est opposable à ceux qui connaissaient ou devaient connaître l'interdiction[4].

Ces incapacités ne produisent pas d'effet lorsqu'il s'agit d'acquérir à titre purement gratuit, ou de faire des actes strictement personnels (art. 19, al. 2), si l'incapable a le discernement[5].

La loi organise aussi une incapacité limitée à certains actes pour la personne pourvue d'un conseil légal, parce qu'elle a été jugée ne pouvoir être interdite, ni être laissée maîtresse de ses droits (art. 395). Ce conseil légal organisé en cours d'élaboration du Code est une personne sans qui on ne peut : plaider, transiger, acheter ou vendre des immeubles, prêter et emprunter, recevoir le capital de créances, faire des donations, cautionner, souscrire des engagements de change, construire au-delà des besoins

---

1 Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 80. — Curti Forrer, art. 375, note 14. — Nargeli, *Bevermundung und beschrankte Rechtsfähigkeit*. thèse Berne 1905, p. 5.

2 Cela semble applicable même à l'interdit volontaire. — Cf. sur cette institution. — Guex, *Tutelle volontaire des majeurs*, thèse Lausanne, 1909.

3 V. Curti Forrer, p. 301, note 13.

4 Curti Forrer, art. 35, n° 13.

5 V. à ce sujet Rossel et Mentha, I, p. 82. — Curti Forrer, p. 20. V. à la note 12 la liste de ces actes personnels.

d'administration courante. Cette énumération est limitative. L'incapacité peut consister aussi à enlever l'administration en ne laissant que la disposition de revenus. Ce conseil légal doit-il être publié et l'incapacité ne date-t-elle que de ce moment pour le tiers de bonne foi ? La question n'est pas prévue[1].

Comme en droit français les incapacités naturelles entraînent l'inexistence, « les actes n'ont pas d'effet juridique » (art. 18). Mais ce sera à celui qui prétendra à cette absence de discernement à l'établir[2].

Si le contrat a été exécuté de part et d'autre, il y aura restitution des prestations[3] ou maintien du contrat si les conditions sont normales

Pour les incapacités civiles, l'incapable doit avoir le consentement de son représentant légal (art. 19). On admet que ce consentement peut être antérieur, concomitant ou postérieur à l'acte[4] (arg. art. 410 pour le mineur). Et l'incapable peut recourir contre le refus du tuteur (art. 420).

Les actes faits par l'incapable seul ne sont pas radicalement nuls. Ils peuvent être ratifiés[5]. Il en est ainsi même pour la personne pourvue d'un conseil légal[6].

Toute convention nulle pour incapacité oblige à restituer l'enrichissement (v. pour le mineur, art. 421).

Tout incapable qui induit l'autre en erreur en se faisant passer pour capable répond envers le tiers du dommage qu'il lui cause (v. pour le mineur, art. 411, al. 2) mais il semble que c'est seulement du dommage négatif de Jhering[7].

La simple curatelle pour les malades, absents, etc. (art. 392 et 393) est considérée comme ne créant pas d'incapa-

---

1 Cf. Curti Forrer, art. 395, nº 13.

2 Rossel et Mentha, I, p. 80.

3 V. Curti Forrer, p. 19, note 8.

4 Curti Forrer, art. 19, note 5.

5 Rossel et Mentha, I, p. 82.

6 Curti Forrer, art. 395, note 8 et Rossel et Mentha, I, p. 441.

7 Curti Forrer, p. 325, note 9.

cité[1], mais comme mettant la personne en curatelle vis-à-vis du curateur dans la situation du maître et du fondé de pouvoirs.

L'incapacité de la femme mariée a également disparu[2] (arg. des art. 13 et 17). La femme mariée peut notamment ester en justice (art. 168). Mais ce principe comporte des limitations.

La femme, pour exercer une profession a besoin du consentement exprès ou tacite du mari ou, à défaut, de l'autorisation de justice (art. 167). Mais il semble que si elle exerce une profession, elle le fait régulièrement à l'égard des tiers[3]. Car, l'article 167 ajoute : « la défense faite par le mari n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publiée par l'autorité compétente ». Après cette publication, les actes seront nuls, mais les auteurs ne disent pas quel est le genre de nullité.

Si les actes juridiques sont permis entre époux (art. 177, al. 1) « leurs actes juridiques relatifs aux apports de la femme et aux biens de la communauté ne sont valables que s'ils sont approuvés par l'autorité tutélaire. Il en est de même des obligations que la femme assume envers les tiers dans l'intérêt du mari » (art. 177, al. 2 et 3). Ces règles ont pour sanction l'invalidité de l'acte. Mais les auteurs n'en précisent pas la nature[4].

De même les conventions matrimoniales passées pendant mariage doivent avoir l'approbation de l'autorité tutélaire (art. 181). Sans cela, elles ne sont pas valables.

Il y a donc une sorte d'incapacité relative des époux l'un à l'égard de l'autre (Rappr. art. 173 pour l'exécution forcée)

---

1 V. Curti Forrer, art. 417, notes 3 et 17, note 4. — Rossel et Mentha, I, p. 459 (très net).

2 V. Rossel et Mentha, I, p. 230. — V. Adam, *La femme mariée en Suisse*, *Bull. de la Société de législation comparée*, IXL, p. 80.

3 V. Curti Forrer, art. 167, note 18.

4 Rossel et Mentha, I, p. 251.

dont la sanction semble plutôt la nullité absolue et qui se couvre par une approbation ayant effet rétroactif[1].

723 bis. — *Droit tunisien et marocain*. — Le Code tunisien des Obligations et contrats (art. 3-17) distingue l'incapacité absolue de contracter qui atteint les mineurs de douze ans, les majeurs atteints d'aliénation mentale et les personnes morales que la loi assimile aux mineurs, et d'autre part (art. 6) la capacité limitée des mineurs de douze à dix-huit ans, des femmes mariées, des interdits.

Par une exception curieuse, « il y a lieu à rescision lorsque la partie qui a contracté se trouvait dans un état d'ivresse qui a troublé ses facultés » (art. 58). On abandonne à l'appréciation des juges les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues (art. 59).

Les incapables peuvent seuls améliorer leur situation (art. 9).

La personne capable ne peut opposer l'incapacité de son cocontractant (art. 14). Les incapables peuvent demander la nullité des obligations qu'ils ont contractées seuls (art. 8). La nullité peut être demandée même s'il y a eu des manœuvres frauduleuses de l'incapable pour faire croire à sa capacité (art. 10). Ce qui est supprimer ici la responsabilité pour faute.

L'incapable reste toujours obligé à concurrence de son enrichissement (art. 10, al. 2 et 13).

La nullité peut être couverte par l'approbation en la forme requise, faite par le père, tuteur ou curateur (art. 8, al. 2).

Le Code marocain des obligations et contrats déclare toute personne capable d'obliger et de s'obliger si elle n'en est déclarée incapable par la loi (art. 3). Mais l'art. 54 atténue cette règle en disant que les « motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues sont abandonnés à l'appréciation des juges ».

---

1 V. Curti Forrer, art. 181, notes 9 et 177, note 7. — *Contrà:* Rossel et Mentha. I, p. 250.

Si un mineur ou un incapable a contracté sans autorisation de son père, tuteur ou curateur il n'est pas obligé et peut demander la rescision, mais les obligations peuvent être validées par l'approbation donnée dans la forme requise par la loi (art. 4).

L'incapacité comporte deux limites : l'incapable peut rendre seul sa condition meilleure (art. 5). L'incapable est toujours tenu à concurrence du profit tiré de l'accomplissement de l'obligation par l'autre partie (art. 9). Et il faut comprendre dans le profit les dépenses nécessaires ou utiles ou les choses existantes (art. 9, al. 2). Lorsque l'incapable passe un acte, le contractant capable ne peut invoquer l'incapacité de son cocontractant (art. 10). L'obligation peut être attaquée par le tuteur ou par le mineur après sa majorité, alors même qu'il aurait employé des manœuvres frauduleuses pour induire l'autre partie à croire à sa majorité, à l'autorisation de son tuteur ou à sa qualité de commerçant (art. 6).

CHAPITRE XIII

Du rôle du juge dans la formation des contrats

724. — Pour qui se place au point de vue individualiste, le juge n'a guère d'autre mission que de constater les faits pour en déduire les conséquences juridiques. Celles-ci consisteront en des constatations d'obligations et de créances que la formule exécutoire attachée au jugement permettra de ramener à exécution.

Déjà sous cette forme, le pouvoir du juge est considérable[1]. Celui-ci ne se borne pas simplement à constater des faits. La mission qui lui appartient d'interpréter les conventions, c'est-à-dire de constater les intentions communes des parties l'amène à d'importantes opérations. Ces intentions communes sont souvent fort obscures et le juge au lieu d'interpréter une intention absente va être amené à réglementer les effets du contrat d'après les nécessités pratiques. Il fera donc plutôt œuvre de sage administrateur que d'interprète. Et cette idée est spécialement exacte lorsqu'il

1 On peut même le comprendre de façon spécialement large. V. Lerebours-Pigeonnière, dans *L'Œuvre juridique de Saleilles*, p. 417. — Cf. Carl Schneider, Das Urteil als Ersatz des Willems Erklarungs, Tubingen, 1903.

s'agit de conventions tacites, ou dans lesquelles des points importants n'ont été que tacitement fixés. Ouel rôle a été celui de la jurisprudence pour déterminer les effets du mandat tacite de la femme mariée, du domestique, les conséquences de l'achat fait dans un magasin, de la commande faite à un entrepreneur sans s'informer du prix !

Mais les nécessités pratiques ont amené les tribunaux à collaborer plus directement aux contrats dans toute une série de cas.

1° D'abord ils passent certains contrats avec des tiers, au nom de personnes incertaines ou absentes.

2° Ils collaborent à certaines ventes forcées en prescrivant dans quelles conditions elles auront lieu.

3° Ils autorisent certains actes des incapables et ils constatent les ventes faites à la barre du tribunal.

4° Ils permettent à certains contrats de se former en désignant des experts pour en fixer les conditions.

5° Ils rendent certains jugements d'où découlent des situations contractuelles.

Il n'y a là qu'un aspect de la question plus générale des pouvoirs du juge que l'on retrouve à propos de l'effet des obligations. On peut cependant dire que la tendance actuelle est de considérer le juge comme ayant qualité pour assurer la gestion des intérêts privés, à condition qu'il en ait été requis et qu'il y ait nécessité[1].

725. — Les tribunaux ont fréquemment l'occasion de passer des contrats en désignant des mandataires.

Un certain nombre de textes prévoient la nomination de mandataires par les tribunaux ; les art. 497 (administrateur provisoire de l'aliéné), 602 (séquestre du bien soumis à un usufruit), 936 (curateur au sourd-muet donataire), 812 et

---

1 Cf. à propos des séquestres, Barrault, *Fondement du droit de nomination des administrateurs commis par justice*, *Revue de dr. intern. privé*, 1919. — Demogue, *Notions fondamentales*, pp. 521 et suiv.

suiv. (curateur à succession vacante), 1961 et suiv. (séquestre judiciaire), 2174 Civ. (curateur à l'immeuble délaissé), l'art. 32 de la loi du 30 juin 1838 (administrateur provisoire des biens de l'aliéné), l'art. 12 du décret du 8 mars 1922 (nomination en référé du commissaire dans une société d'assurance quand il n'y a pas été procédé), l'art. du décret du 7 octobre 1890 (nomination d'un remplaçant de l'agent de change décédé), les art. 112 et 242 Civ. (mesures en cas d'absence et de divorce), l'art. 462 Comm. (syndics de faillite), l'art. 4 de la loi du 4 mars 1889 (liquidateur judiciaire).

Mais on est d'accord pour généraliser ces textes et pour dire « que, dans les attributions de la juridiction gracieuse de la chambre du conseil, rentre une sorte de tutelle générale pour la protection des intérêts en souffrance par suite d'une cause fortuite ou imprévue, lorsqu'aucun des intéressés n'a reçu mission régulière de pourvoir à ces intérêts »[1].

C'est ainsi qu'on nomme des administrateurs de successions, des séquestres de loyers, des séquestres en cas de déconfiture, des séquestres pour remploi de biens dotaux, des administrateurs provisoires de sociétés, d'offices, de cabinets d'affaires, des séquestres de rentes sur l'Etat[2], ou des conseils judiciaires provisoires[3].

A moins de textes spéciaux, ces nominations au cours d'un procès se font par jugement susceptible de recours

---

1 Formule de la Chambre du Conseil du Tribunal de la Seine. — V. de même, Douai, 20 janv. 1881, D. 1882, 2, 20. — Cf. Lacoin, *Des administrateurs commis par Justice*, thèse Paris, 1898, p. 11. — Bertin, Chambre de Conseil, 3e éd., II, n° 1259. — Rapp. sur d'autres mesures, trib. du Havre, 12 fév. 1915, Gaz. Trib., 1915, 1er sem., 2, 106.

2 Lacoin, *op. cit.*, pp. 15-313. — Cf. E. Leduc, *Du séquestre judiciaire en matière de remploi de valeurs dotales*, *Revue critique*, 1913 p. 12.

3 Cass. civ., 29 avril 1885, D. 1885, 1, 875. — Baudry et Bonnecarrère, V, n° 967.

dans les conditions ordinaires[1], et en cas d'urgence en référé. En dehors de tout procès, il n'y a pas d'adversaire possible à la demande, il est statué par jugement sur requête et en cas d'urgence par ordonnance sur requête[2].

L'acte judiciaire qui intervient ici est un véritable contrat[3]. Les clauses d'irresponsabilité interdites dans les contrats sont sans valeur dans ces actes judiciaires[4]. Le mandataire désigné peut refuser ses fonctions[5]. Le tribunal qui a désigné le mandataire peut le révoquer comme un mandant peut le faire[6]. La personne nommée peut démissionner[7].

Les tribunaux passent aussi des contrats de dépôts. La loi du 25 ventose an XI (art. 61) prévoit qu'en cas de décès, d'un notaire un autre notaire sera chargé des minutes et répertoires par ordonnance du président du tribunal. On

---

1 A ce sujet, la Cour de Nîmes 13 nov. 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 124 a jugé que le jugement nommant un notaire pour une liquidation, est préparatoire et non susceptible d'appel. Ceci ne doit pas être étendu aux cas où l'utilité de nommer un mandataire judiciaire est contestée.

2 Lacoin, *op. cit.*, pp 318-321. Mais on ne prend par ordonnance sur requête que des mesures provisoires, Civ., 26 nov. 1867, D. 1867, 1, 473.

3 V. sens contraire, Baudry et Wahl, *Dépôt*, n° 1291. — Domat, *Lois civiles*, *Dépôt*. Introduction. — Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., I, n° 135. — Cf. Pothier, *Dépôt*, n° 98.

4 Paris, 3 mai 1895, cité par Lacoin, p. 341.

5 V. *pour le curateur à succession vacante:* Demolombe, XV, n° 527. — Lacoin, *op. cit.*, p. 333. — Garraud, *De la déconfiture*, p. 163. — Baudry et Wahl, II, n° 1948. — Pour le séquestre : Paris, 17 janv. 1889, S, 1889, 2, 230. — Paris, 6 mars 1890, D. 1892, 1, 395. — Huc, XI, n° 278. — Baudry et Wahl, *Dépôt*, n° 1292. — Aubry et Rau, IV, 4e éd., § 409, note 8. — Cf. Lacoin, *op. cit.*, p. 332. — Il y a cependant exception pour le tuteur (arg. : art. 427 et suiv.) et l'administrateur provisoire des bien de l'aliéné, v. Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1037.

6 V. pour le curateur à succession vacante, Garsonnet, III, § 450, note 11. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n° 2005.

7 V. pour le curateur à succession vacante : Baudry et Wahl, II n° 2014. — Cf. pr le séquestre : Baudry et Wahl, *Dépôt*, n° 1306. — Guillouard, n° 188.

doit ajouter que les tribunaux en nommant des séquestres désignent souvent des personnes qui sont plus des dépositaires que des mandataires.

Les tribunaux passent aussi des contrats de louage lorsqu'ils nomment des experts. Ceux-ci en effet sont moins des mandataires faisant des actes juridiques que des personnes chargées d'un travail de constatation et d'études[1]. Les solutions suivantes que nous empruntons à la jurisprudence nous le prouvent.

La nomination d'experts qui peut se faire d'office[2] ou sur la demande des parties, ayant eu lieu, et l'expert ayant accepté sa mission, il y a un véritable contrat de passé et l'expert ne peut refuser d'exécuter sa mission à moins de motif légitime[3]. Mais étant donné le but de ce contrat, les tribunaux peuvent révoquer les experts à la demande des parties tant qu'ils n'ont pas déposé leurs rapports[4].

Mais tant que l'expert n'a pas accepté sa mission, spécialement par la prestation de serment, il peut refuser celle-ci[5].

L'expert nommé encourt une certaine responsabilité[6], limitée généralement au dol et à la fraude[7]

---

1 V. cep. Nancy, 9 fév. 1886, S. 1887, 2, 40; D 1887, 2, 25, avec note de M. Glasson.

2 Cass. civ., 21 oct. 1895, D. 1896, 1, 417, S. 1898, 1, 43 (sol. implic.). — Cass. Req., 19 mai 1909, S. 1909, 1, 556.

3 V. Besançon, 24 avril 1807, S. chr. — Bordeaux, 15 déc. 1909, *Rec. Bordeaux*, 1910, 1, 69 (sol implic.).

4 Mais il a été jugé qu'ils ne pouvaient critiquer leur révocation, Cons, d'Etat, 22 nov. 1895, S. 1897, 3, 147; D. 1896, 3, 94. Mais la partie ne peut révoquer l'expert, Cass., 16 juill. 1822, S. chr.

5 Agen, 5 mars 1903 inédit, *Gaz. Pal.*, 1903, 1, v° *Expert*. — Req. 30 juin 1873, S. 1898, 1, 319 en sans note (sol. implic.). — Garsonnet, III, 3e éd., n° 353. — Carré, *Lois de la procédure*, III, quest. 1189. — Boncenne, *Procédure*, IV, p. 478.

6 Cass. Req., 30 janv. 1900, S. 1900, 1, 403 (expert en matière criminelle).

7 Paris, 7 déc. 1904, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 655. — Trib. Seine, 30 déc. 1903, la *Loi*, 3 mars 1904. — Dijon, 25 juill. 1854, S. 1854, 2, 774, D. 1854, 2, 249. — Pau, 30 déc. 1863, S. 1864, 2, 32.

Les tribunaux passent aussi des contrats de publicité avec les journaux, lorsqu'ils ordonnent l'insertion de leurs jugements dans telle publication périodique. On n'admet pas actuellement que le tribunal en ordonnant une insertion dans un journal étranger au procès puisse imposer à ce journal de recevoir insertion[1]. Le jugement ordonnant une insertion dans tel journal se ramène donc à une offre à ce journal de publier le jugement, offre qui peut être refusée.

D'ailleurs, pour éviter cet embarras, les tribunaux ordonnent plus fréquemment que le jugement sera inséré dans un journal au choix de tel plaideur. Ici il n'y a plus offre, le tribunal déclare simplement que le fait de donner la publicité indiquée au jugement est licite, et il fixe qui paiera les frais.

Les tribunaux passent aussi des contrats pour l'éducation des enfants. Quand des époux sont en instance de divorce ou de séparation de corps et que le tribunal déclare que les enfants seront placés dans telle maison d'éducation, en réalité, pour le compte des époux en désaccord, ils passent un contrat d'éducation.

Les tribunaux imposent aussi certains contrats lorsqu'une des parties ne veut pas les passer. Ce sont les cas de contrats forcés dont nous avons parlé plus haut (v. n° 23 bis).

726. — L'analyse technique qui semble le mieux rendre compte de ces solutions pratiques est la suivante.

A la suite de ces désignations d'administrateurs, séquestres, experts, il y a un lien juridique entre celui qui a accepté ces fonctions et une ou plusieurs personnes plus ou

---

1 V. Garraud, II, p. 269. — Rapp. de M. Bertrand sous Cass., 13 août 1880, *Gaz. Trib.*, 18 oct. 1881. — Grimard, *D'une difficulté relative à l'insertion des jugements obtenus par les particuliers*, *Revue critique*, 1910, p. 540. — V. aussi, Derly, *Annonces judiciaires et légales*, thèse Caen, 1913, p. 77 et 102 qui ne fait exception que pour les annonces judiciaires de la Seine, certains journaux ayant un monopole pour ce partement.

moins nettement désignées : un absent, les appelés à une succession, l'aliéné, les plaideurs qui sont en procès si l'objet séquestré.

Ce lien juridique s'est formé de la façon suivante :

Les tribunaux ont reçu la mission de pourvoir aux intérêts en souffrance. Ils sont donc les représentants nés des personnes incertaines comme les appelés à une succession, les absents, ou incapables comme les aliénés, ou des plaideurs. Ils peuvent en cette qualité passer des contrats qui obligeront les représentés en leur conférant des droits[1]. Ils jouent un peu le rôle que les Romains faisaient jouer au *servus publicus* qui faisait acquérir des droits à qui il fallait parmi les citoyens romains.

Mais le droit de représentation de certaines personnes dont les intérêts sont en souffrance, par les magistrats, se présente avec des particularités tenant à ce que les tribunaux n'agissent qu'en une certaine forme : la forme judiciaire.

Les tribunaux ne peuvent agir d'office. Ils ne peuvent jouer le rôle de représentants que si un intéressé ayant qualité pour agir en justice le leur demande[2]. Il n'y a d'exception que pour les nominations d'experts qui peuvent avoir lieu d'office[3]. Mais il faut remarquer que si cette mesure n'a pas été spécialement demandée, un des plaideurs a commencé le procès et demandé implicitement qu'on l'instruise par les moyens que les juges estimeront les plus propres.

---

1 V. contrà : Baudry et Wahl, *Séquestre*, n° 1291, qui se refuse à voir dans le séquestre judiciaire un contrat parce que c'est un jugement. — Domat, *Lois civiles*, *Dépôt et Séquestre*. Introduction. — Cf. Laurent, XXVII, n° 172.

2 V. Glasson et Tissier, *Procédure*, I, p. 225. — Garsonnet et Cézar Bru, 3e éd., I, nos 359 et suiv.

3 Art. 319, *Proc.*, v° Glasson et Tissier, I, p. 817. — Garsonnet et Cézar Bru, II, p. 609. texte et note 10. — Cf. Civ., 31 juill. 1889, D. 1891, 1, 323.

Sur cette demande, le tribunal agit non pas automatiquement, mais en vertu de ses pouvoirs de représentant né des intérêts en souffrance. Il peut refuser les mesures qu'on sollicite. S'il les ordonne, il les fait siennes et désormais le demandeur devient irresponsable des conséquences qu'elles peuvent produire[1].

Mais le tribunal est également irresponsable de l'offre de contrat qu'il a faite, en vertu du principe consacré par l'art. 505 Proc. suivant lequel les magistrats ne sont responsables en général qu'en cas de dol ou de concussion et ne peuvent être poursuivis qu'en vertu de la procédure de la prise à partie. Enfin les offres faites par le tribunal qui passe un contrat ne sont définitives que si la décision rendue n'est plus susceptible d'être attaquée par appel, etc. Mais une fois devenues définitives, elles sont valables comme les offres ordinaires. Elles tombent après un certain délai moral et l'expert par exemple peut être remplacé dès qu'il néglige d'exécuter l'expertise, ou même simplement de répondre.

Les offres faites par les tribunaux sont-elles révocables ? Le tribunal avant que l'offre ait été acceptée par l'expert, le mandataire, etc., pourrait-il la retirer ? Il ne le pourrait pas d'office. Mais nous ne voyons pas pourquoi il ne le pourrait pas sur demande, si on lui représente que l'on a des raisons de se défier de la personne choisie.

Résumons tout ceci d'un mot. Le juge, organe d'intérêts mal défendus, manquant d'une armature complète pour se protéger eux-mêmes fait des offres. Il y a donc à côté des contrats judiciaires des offres judiciaires[2].

---

1 Ainsi des personnes qui ont sollicité la nomination d'un séquestre ne sont pas responsables de son insolvabilité. Trib. Seine, 4 déc., 1911. *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 241, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 209.

2 Je placerai ces offres judiciaires sur le même pied que les actes des administrations publiques, des concessionnaires de service publics, qui s'entendent avec les citoyens pour leur assurer le service de

Etant judiciaires, elles ont un dernier caractère : elles sont solennelles. Ce n'est pas le particulier qui fait l'offre: c'est le tribunal, le collège, le magistrat unique agissant comme tel. L'offre n'a donc de valeur que si elle est faite par un jugement se présentant avec les caractères ordinaires de ces actes judiciaires.

De ce droit des juges on pourrait rapprocher celui du saisissant qui vend au nom du débiteur, du créancier qui agit en vertu de l'article 1166 Civ. Ces personnes veulent pour autrui, malgré autrui même, en vertu d'une sorte de droit de représentation que leur donne la loi. Le saisi est garant de la chose vendue, il est censé avoir agi s'il y a action oblique. Rien donc d'étonnant à ce qu'il en soit de même quand le juge ordonne certains contrats, à ce qu'il soit lui aussi un représentant de certains intérêts.

Il faut constater ici de quelle façon modérée les juges passent des contrats au nom de personnes incertaines ou incapables. Le contrat passé consiste ordinairemnet dans la désignation d'une personne qui agira pour les intéressés. Il leur suffit donc de désigner la personne capable de représenter ceux qui ne peuvent agir eux mêmes, ce qui est moins délicat que de solutionner directement des affaires qui peuvent exiger des connaissances techniques. Ils évitent cet écueil de vouloir s'occuper des conventions les plus diverses, de manquer ainsi à cette grande loi moderne de la spécialisation et de la division du travail. En désignant des spécialistes, ce qui ne leur est pas interdit, ils échappent au reproche de ne posséder que des connaissances forcément limitées, pour s'occuper de gestions de patrimoines privés.

Ensuite il faut observer que ces personnes chargées par les tribunaux de s'occuper d'intérêts privés en souffrance tendent à ne plus être choisis arbitrairement. Leur activité

---

l'éclairage, de l'eau, du transport des lettres, etc. Là aussi on voit une des parties agir dans un intérêt général et dans un intérêt privé à la fois (v. *suprà*, n° 22 *bis*).

prend un caractère professionnel, en ce sens que les experts, les syndics de faillite, les liquidateurs, administrateurs, etc. sont surtout dans les grands tribunaux choisis sur des listes dressées à l'avance et ce système, s'il est convenablement appliqué, sans ingérence extra-professionnelle du dehors, peu donner de bons résultats.

De plus ces mandataires nommés par justice tendent à s'organiser corporativement, pour offrir plus de garanties au public[1]

727. — Le juge intervient encore dans l'élaboration de certaines opérations juridiques que nous avons qualifiées de contrats nécessaires : comme la cession de mitoyenneté, en fixe les conditions et le jugement, il supplée au consentement de celui qui se refuse à l'acte.

Le juge intervient encore plus énergiquement dans certaines opérations juridiques en ce sens qu'en cas de désaccord, non seulement il en fixe les conditions, mais il en apprécie l'opportunité. Ainsi en matière de servitude d'aqueduc, d'appui (loi du 29 avril 1845, art. 1er et loi du 11 juillet 1847, art. 1er), il apprécie s'il convient d'établir la servitude et il en fixe le prix.

Sans doute le jugement absorbe en quelque sorte le contrat puisque le juge supplée à la fois au consentement du défendeur et fixe les conditions de l'opération, mais il n'y a pas moins à la base une collaboration du juge au contrat.

En dehors de ces cas, le juge peut-il constater l'opportunité de certains contrats et les imposer ? La question se présente pour le cas où les collaborateurs d'une œuvre littéraire ou artistique ne peuvent s'accorder pour son exploitation. Récemment le tribunal de la Seine a jugé que des

---

1 V. sur les administrateurs au tribunal de la Seine : Lacoin *Des administrateurs commis par Justice*, 5e partie. — V. pour les syndics de faillite, Thaller, *Traité élémentaire*, nº 1798, 3e éd., texte et note. — Lacour, *Droit commercial*, nº 1755, texte et notes 1 et 2. — Lyon-Caen et Renault, VIII, nº 433.

collaborateurs d'un drame ne pouvant s'entendre pour céder le droit d'en faire un film cinématographique, l'intervention de justice n'était pas possible, le règlement judiciaire des difficultés qui divisent les collaborateurs n'étant autorisé que quand la difficulté porte sur les modes de publication originairement prévus[1].

Cette solution est tout à fait judicieuse dans le dernier principe qu'elle admet. Si des collaborateurs sont en désaccord sur le choix d'un éditeur, du théâtre où l'œuvre sera représentée, etc., il est naturel que l'on ne reste pas dans l'attente laissant l'œuvre inexploitée. Seul le juge est à même de mettre fin à une situation inacceptable[2].

Mais ce principe posé, pourquoi ne pas permettre au juge d'autoriser les contrats qui assureront à l'œuvre son plein succès : représentation à l'étranger, réédition, traduction, représentation cinématographique, drame à tirer du roman publié, sous la condition de respecter les droits de l'artiste. la haute valeur qu'il peut être raisonnable de garder à son œuvre, d'assurer la non défiguration.

Le droit international public admet des traités provisoires, préliminaires de paix, etc., fixant des bases sur lesquelles on traitera définitivement[3]. Le droit privé doit donner vie aux contrats qui obligent à des ententes ultérieures et cela avec la facilité spéciale qu'il possède : c'est qu'il y a ici une personne, le juge qui peut décider à défaut des parties. La vie est pleine de situations où il faut s'entendre. Si on n'y parvient pas, le juge doit créer un acte qui vaudra entente.

En ce sens une cour d'appel en face d'un contrat d'édition pour un certain genre d'édition peut décider que pour les autres l'auteur aura une rémunération à fixer d'un commun accord et désigner à cet effet un arbitre rapporteur[4].

---

[1] Trib. Seine, 6 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 394.

[2] V. en sens trib. Seine, 30 avril 1853. — Mareilhacy, *Collaboration théâtrale*, th. Paris, 1905, p. 89.

[3] V. Pardier Fodéré, *Droit international public*, II, nº 917.

[4] Req., 27 avril 1921, S. 1921. 1, 311. *Revue de droit civil*, 1923, nº 3.

728. — Lorsqu'une vente doit se faire avec l'intervention de la justice, soit de façon nécessaire, comme la vente sur saisie, la vente de biens de mineurs ou d'interdits, celle de biens dépendant d'une succession bénéficiaire, ou de façon facultative, comme la vente sur licitation de biens de majeurs, le tribunal a un certain droit d'intervention qu'il exerce à la demande des parties. Il a mission de faire faire la vente au mieux des intérêts des vendeurs, c'est même pour cela que la vente se fait en justice. Sans cela la vente en justice n'a pas de sens. Il va donc déterminer les conditions auxquelles se conclura le contrat.

Tout d'abord il détermine où se fera la vente. Sauf le cas d'adjudication sur saisie immobilière, où la loi suppose qu'elle se fera au tribunal, le tribunal détermine si la vente se fera devant lui ou devant un notaire : cela est admis pour les ventes de biens de mineurs (art. 954 Proc.), les ventes sur conversion de saisie immobilière (art. 743 et 746 Proc.), les ventes de biens de faillis (arg. art. 572 Comm.), les ventes sur licitation entre majeurs (non obstat, art. 827 Civ.)[1]

Il tient compte pour cela non seulement de la demande des parties, mais de l'intérêt de la vente, de ce qu'il y a des immeubles de peu de valeur qu'il vaut mieux vendre sur place, etc.[2].

Il choisira de préférence un notaire à proximité des

---

1 V. Civ., 30 juin 1856, S. 1856, 1, 794, Cass. civ., 20 janv. 1880, S. 1880, 1, 209 et de très nombreux arrêts de cour d'appel notamment : Douai, 22 fév. 1906, D. 1908, 5, 15. — Grenoble, 2 juin 1896, P. F., 1897, 2, 159. — Poitiers 15 avr., 1908, S. 1908, 2, 303. —Bordeaux, 28 nov. 1905, S. 1906, 2, 168 ; D. 1907, 2, 20. — Nancy, 15 mai 1901, S. 1902, 2, 168 ; D. 1901, 2, 508. — Caen, 3 janv. 1905, D. 1906, 5, 3. — Rouen, 13 nov. 1901, S. 1902, 2, 294. — Caen, 27 nov. 1901, S. 1902, 2, 294. — Lyon, 17 nov. 1893, S. 1895, 2, 31 ; D. 1894, 2, 533. — Grenoble, 2 juillet 1896, S. 1896, 2, 314. — Rouen, 19 nov. 1896, S. 1896, 2, 314. — Paris, 27 juillet 1887, D. 1888, 5, 532. — Paris, 11 nov. 1910 D. 1911, 5, 8.

2 Cf. trib. Lyon, 24 fév. 1894, *Mon. Lyon*, 23 mai 1894.

immeubles à vendre[1]. Il peut au besoin ordonner plusieurs ventes s'il y a des immeubles dans des localités éloignées l'une de l'autre[2].

Le tribunal détermine également en cas de difficulté le jour où se fera l'adjudication[3], il peut d'ailleurs remettre cette vente pour cause grave à une autre audience (art. 703 Proc.).

Quand le cahier des charges d'une vente judiciaire a été dressé soit par le saisissant, en cas de saisie immobilière, soit par le notaire chargé de faire la vente en cas de vente renvoyée devant un notaire[4], le tribunal a sur lui un certain droit de contrôle[5].

Non seulement il peut sur la réclamation des parties effacer les clauses qui ont un caractère illégal[6], mais il peut même statuer en toute liberté sur les clauses qui sont légales et les admettre, les modifier ou les effacer, pouvoir dont le caractère très important a déjà été reconnu[7].

Ainsi il peut déterminer en cas de difficulté comment se fera le lotissement des immeubles saisis[8]. Il peut prescrire qu'après la vente en détail, certains immeubles seront réunis pour être vendus en bloc[9].

---

1 Rouen, 25 mars 1878, S. 1878, 2, 304, D. 1879, 2, 92. — Grenoble, 30 juin 1877, S. 1878, 2, 76.

2 Poitiers, 15 juill., 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 390. — Cf. Bordeaux, 14 mai 1911, *Rec. de Bordeaux*, 1911, 1, 312.

3 Cass. civ., 22 juin 1859, S. 1859, 1, 829.

4 V. en ce sens, Rouen, 15 mai 1900, D. 1901, 1, 403.

5 V. cep. Pau, 1er sept. 1884, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, 334 qui admet que le saisissant rédige librement le cahier des charges, *contrà:* trib. Lodève, 21 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 177 et les arrêts cités aux notes suiv

6 V. Garsonnet et César Bru, 2e éd., IV, nos 1565 et suiv., p. 695 3e éd., no 393. — Req., 7 avril 1875, 1, 175 (sol. implic.).

7 Garsonnet et César Bru, *op. cit.*, no 1563 *in fine*, 3e éd., no 391. — V. Req., 21 janv. 1890, P. F., 1890, 1, 377.

8 Pau, 16 mars 1892, D. 1893, 2, 346. — V. aussi trib. des Andelys, 17 juillet 1900, Rep. not., 1901, p. 59. Il peut s'il y a conversion de saisie déléguer le notaire pour le lotissement, Cass. civ., 11 nov. 1894, S. 1896, 1, 137.

9 Cass. civ., 14 nov. 1894, S. 1896, 1, 137 (sol implic.).

Pour arriver de toute façon à vendre l'immeuble, le tribunal peut, entre autres mesures[1], ordonner qu'en cas d'absence d'enchérisseur la mise à prix sera séance tenante et sans publicité spéciale réduite à un chiffre inférieur[2]

On admet même qu'il pourrait dire que les enchères auront lieu en acceptant un prix quelconque sans fixer le minimum[3]:

Le tribunal pourra à son gré fixer une consignation qui sera nécessaire pour pouvoir enchérir. Il pourra d'ailleurs réduire le chiffre de la consignation qu'on lui propose[4], ou dire qu'il n'y a à ordonner aucune consignation[5], déterminer qu'on n'enchérira que par telle somme à la fois.

Il déterminera de même à quel moment l'adjudicataire pourra entrer en jouissance de l'immeube vendu[6].

Dans une vente après conversion de saisie immobilière en vente volontaire, la mise à prix est fixée comme le détermine l'art. 743 Proc. Mais si les parties ne peuvent s'accorder, il a été parfois jugé que le tribunal fixerait la mise à prix[7].

---

1 V. la liste des principales clauses dérogatoires au droit commun que le tribunal peut faire insérer au cahier des charges dans Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, IV, p. 655, note 5, 2e éd.

2 Paris, 14 fév. 1905, D. 1909, 5, 71. — *Cf.* Civ., 11 nov. 1894, S. 1896, 1, 137.

3 V. Nîmes, 28 nov. 1902, *Journ. des Notaires*, 1902, p. 148. — Caen, 28 oct. 1902 et 26 jany. 1903, *Journ. des Notaires*, 1903, p. 317. — Glasson et Tissier, *Procédure*, II, n° 1744. — Bioche, v° *Vente judic. d'imm.*, n° 85. — Garsonnet et Cézar Bru, VII, n° 2741. Bien entendu cela ne s'applique pas au cas de saisie immobilière, où faute d'enchère le poursuivant est adjudicataire (arg. art. 690 et 710 *Proc.*).

4 Lyon, 23 août 1884, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, 328. — Trib. Seine, 28 fév. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 281.

5 Lyon, 11 mai 1911, *Mon. de Lyon*, 27 juin 1911. — Cf. Bourges, 16 juin 1909, S. 1909, 2, 276 qui déclare que le juge ne peut jamais prescrire de consignation.

6 Trib. Vannes, 30 mars 1901, *Gaz. Trib.*, 1901, 2e sem., 2, 316.

7 Trib. Castelnaudary, 30 déc. 1875, D. 1913, 2, 355 en note. — Orléans, 15 mai 1858, D. 1861, 5, 435. — Paris, 28 avril 1851, D. 1852,

Dans un autre cas, le tribunal fixe également qui fera la vente. D'après la loi du 3 juillet 1861, si le tribunal de commerce autorise la vente en gros de marchandises, il la fait faire à son choix devant un courtier ou telle autre classe d'officiers publics qu'il détermine[1].

De même un tribunal de commerce autorisant une vente de marchandises neuves en gros peut préciser le minimum de lots, le fixer assez bas s'il s'agit d'objets dépareillés[2].

Les tribunaux peuvent aussi avoir à déterminer en cas de licitation d'un fonds de commerce quelle sera la situation des colicitants vendeurs et s'ils pourront se rétablir. Ils ne pourraient évidemment interdire complètement aux vendeurs de se rétablir, car cette clause illicite dans un contrat, comme en opposition avec la liberté du commerce, l'est aussi dans un cahier des charges[3]. Mais ils peuven , comme le dit la cour de cassation, « interdire à celui des communistes vendeurs dont le nom est attaché au fonds de commerce, de continuer la fabrication et la vente de produits de même nature dans des conditions qui constitueraient une rivalité abusive et une violation certaine des principes de la garantie ». En s'inspirant de ces idées, les tribunaux peuvent établir une clause prescrivant la durée

2, 213 et 10 juillet 1875, D. 1877, 2, 395 (baisse de mise à prix), Garsonnet V, n° 1688, 2e éd. — *Contrà:* trib. Vienne, 29 nov. 1912, D. 1913, 2, 355. — Cf. Glasson et Colmet d'Aage, *Procédure*, II, p. 353, qui admettent que la baisse de mise à prix n'est possible que du consentement de tous les intéressés.

1 V. sur ce texte Cass., 10 mai 1887, P. F., 1887, 1, 382.

2 Caen, 25 mars 1850 S. 1852, 2, 433.

3 Cass. civ., 28 avril 1884, S. 1886, 1, 294; D. 1884, 1, 329. — Cf. trib. Seine, 28 fév. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 281. — Trib. Sens, 28 oct. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, supp. 75. — Trib. Seine, 23 mars 1898, le *Droit*, 27 mai 1898. Ces jugements vont plus loin que la Cour suprême et semblent dire que le juge ne peut rien ordonner. Il est vrai qu'on leur demandait une défense absolue de se rétablir, qui est illégale.

pendant laquelle les vendeurs ne pourront se rétablir dans un certain rayon[1].

Mais les tribunaux apprécient et peuvent rejeter toute clause si le nom des vendeurs n'a pas une notoriété suffisante[2].

Ces diverses mesures sont prises par le tribunal non d'office, mais sur demande de l'une des parties à la vente et il statue sur ces demandes énoncées sous formes de dires par le jugement qui constate la publication du cahier des charges (art. 695 Proc.)[4]. On peut donc dire que c'est le tribunal de concert avec le poursuivant qui rédige l'offre à faire à l'acheteur[5].

De là se dégage un nouveau rôle du juge dans la formation des contrats. Le juge lorsqu'il a à prononcer concernant une vente doit se préoccuper des intérêts du vendeur. Il y a utilité à ce que la chose arrive au plus haut prix possible. Le juge comme administrateur ordonne sur la demande des parties toutes les mesures accessoires qui sont les plus propres à arriver à ce résultat. Il le fait sur la

---

1 Paris, 17 janv. 1883, D. 1884, 2, 60 et sur pourvoi, Req., 9 janv. 1884, D. 1885. 1, 32. — Paris, 7 mars 1891, D. 1892, 2, 15. — Trib. Seine, 1er août 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2. p. 257. V. cep. Paris, 13 octobre 1913, Gaz. Trib., 1914, 1er sem., 2, 278, au cas d'un fonds vendu sur un tiers détenteur. L'arrêt invoque, ce qui est faible, l'absence de lien de droit entre le saisissant et ce tiers dont il est cependant utile de préciser les obligations. Parfois, on charge le liquidateur de dresser librement le cahier des charges. — Lyon, 1er avril 1909. *Mon. Lyon*, 15 mai 1909. — *Contrà:* Lyon, 29 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2, p. 13. — Trib. Seine, 28 fév. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 281. — Trib. Sens, 28 oct. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, suppl. 75.

2 Trib. Seine, 1er fév. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 228.

3 Garsonnet et Cézar Bru, IV, 2e éd., n° 1563. — Bioche, v° *Saisie immobilière*, n° 378. — Carré et Chauveau, V, 1re partie, quest. 2.344. — Garsonnet et Cézar Bru, VII, 2e éd., n° 2736, texte et note 12.

4 V. Garsonnet et Cézar Bru, n° 1577.

5 Cf. Garsonnet et Cézar Bru, n° 1547 qui ici négligent un peu le rôle du juge.

demande des parties, mais il a bien ici un rôle d'administrateur. Il apprécie l'opportunité d'une solution avant de la prescrire.

729. — Le juge a de même un droit de contrôle sur certains contrats qui se passent en justice et qui concernent les personnes plutôt que les biens : le contrat d'adoption (art. 354 et suiv. Civ.), la délégation de la puissance paternelle (loi du 24 juillet 1889, art. 17). Ici le juge a le droit de contrôler non seulement la légalité, mais la moralité de l'acte, son utilité pour celui qui en est l'objet, adopté ou mineur.

730. — Les tribunaux autorisent aussi certains contrats des incapables. Ils autorisent les femmes mariées à passer des actes ou à ester en jugement en cas de refus d'autorisation par le mari (art. 218 et 219 Civ). Ils autorisent certains actes du père administrateur légal (art. 389, al. 6 Civ.) ou du tuteur (art. 458, 467 Civ., loi du 27 février 1880, art. 2). Ils permettent les aliénations d'immeubles dotaux (art. 1558 Civ). Ils autorisent parfois le mariage des enfants légitimes ou non (arg. art. 160 et 152, al. 2 Civ.), en tous cas, ils autorisent de nombreux actes concernant le patrimoine de ceux-ci (art. 389, al. 2). Le tribunal de commerce autorise les transactions dans les faillites (art. 487 Comm.). Le juge commissaire de faillite autorise certains actes graves du syndic.

En autorisant, les tribunaux n'ont pas seulement une formalité à remplir, ou même à choisir entre l'approbation et le refus pur et simple. Ils peuvent donner leur autorisation pour le cas seulement où l'acte serait passé dans certaines conditions[1]. Ils peuvent autoriser l'acte pour partie, imposer

---

[1] V. pour la femme mariée, Lyon, 6 mars 1811, S. chr. — Req., 1er avril 1878, S. 1879, 1, 257 : D. 1879, 1, 120. — Demolombe, IV, n° 258. — Baudry et Houques Fourcade, III, n° 2309. — *Cf.* pour le mineur, Baudry et Cheneaux, V, n° 580. — Demolombe, VII, n° 749 *bis*. — Bertin, *Chambre du conseil*, I, n° 543. Mais, le tribunal ne pour-

que l'on insère certaines clauses : que le taux d'intérêt ne dépasse pas un maximum, etc., sauf à voir si l'acte en pareil cas ne devrait pas être voté dans ces conditions par le conseil de famille (v. n° 707 *bis*), ce que je croirais.

731. — La question de ce droit d'autoriser sous conditions ou pour partie se pose d'ailleurs toutes les fois qu'une autorité autorise un acte : non seulement les autorités privées : le mari, le conseil de famille, le conseil judiciaire, etc., mais aussi les autorités d'Etat. Ainsi on se demande si le Conseil d'Etat ou tout autre autorité administrative peut autoriser un don ou un legs à certaines conditions. La difficulté doit être résolue comme pour le pouvoir du tribunal, mais avec une réserve pour les legs, où il y a une volonté qui ne peut plus se plier à une modification, c'est celle du défunt[1], du moins si elle est formelle en ce sens.

En tous cas, on voit les juges comme les administrateurs autoriser certains actes, ils font donc bien ici œuvre administrative.

732. — On peut rapprocher de ce pouvoir d'autorisation celui qui d'après certaines décisions a été donné aux tribunaux de commerce pour la vente des marchandises neuves par les art. 2 et 5 de la loi du 25 mai 1841, ces tribunaux ayant d'après elle le pouvoir d'autoriser ou de ne pas autoriser la vente[2].

733 — On peut rapprocher de là le rôle des tribunaux de commerce dans l'homologation des concordats. L'art. 515 admet que le tribunal peut en refuser l'homologation pour des « motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt

---

rait prescrire un acte tout différent. — Cass. civ., 9 fév. 1863, S. 1863, 1, 113. — Cass. civ., 17 déc. 1867, S. 1868, 1, 66.

1 V. Cons. d'Etat, 26 janv. 1906, S. 1908, 3, 27. — Cass. Req., 6 janv. 1909, S. 1910, 1, 341. — Cass. Req., 9 avril 1906, S. 1907, 1, 166. *Rev. gén. d'admin.*, 1907, 1, p. 158, art. de M. Rabany.

2 Trib. comm. Saint-Etienne, 3 nov. 1897, P. F., 1898, 2, 262. — *Contrà* : Orléans, 26 déc. 1895, P. F., 1896, 2, 316.

des créanciers ». Le tribunal peut donc rejeter le concordat régulier en la forme[1]. Mais les auteurs considèrent que le tribunal ne peut qu'accepter ou refuser d'homologuer, qu'il ne peut mettre de conditions à l'homologation, ou modifier le contrat. Peut être cependant faudrait-il ne pas exagérer. Le tribunal pourrait dire qu'il n'approuvera le concordat que si les créanciers consentent à telle clause. Il ne modifierait pas seul le contrat, mais il proposerait de le modifier et sa proposition deviendrait définitive, une fois acceptée. Il faudrait seulement après ce nouveau vote exiger une nouvelle homologation pour ceux qui, prenant à la lettre le mot homologuer, pensent que le jugement doit toujours venir après le vote et non le précéder.

734. — Les tribunaux vont même plus loin et ils rendent des jugements qui produisent tous les effets d'un contrat.

Dans le partage judiciaire, le tribunal en homologuant le projet de partage a qualité non seulement pour le rectifier s'il est contraire à des textes précis de la loi, auquel cas il fait véritablement œuvre de juge observateur de la loi, mais il peut rectifier le partage sur la demande des parties en prescrivant un lotissement qui semble préférable groupant les immeubles rapprochés dans le même lot, évitant de partager les créances, etc. Les solutions ainsi prises vont devenir obligatoires pour tous les copartageants. Et le tribunal participe si bien au contrat que le partage notarié est considéré comme un simple projet et le notaire n'est pas responsable de la façon dont il l'a dressé[2].

735. — Les tribunaux constituent des sûretés dans certains cas. L'art. 34 de la loi du 30 juin 1838 prévoit qu'ils pourront constituer une hypothèque sur les biens de l'admi-

---

1 V. Thaller, n° 2085. — Lacour, n° 1833. — Paris, 17 juin 1903, D. 1903, 2, 248.

2 Trib. Seine, 30 janv. 1912, D. 1913, 2, 88, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 409. — Pau, 30 avril 1860, S. 1861, 2, 136. — V. cep. Req., 10 mars 1898, S. 1898, 1, 398.

nistrateur provisoire d'un aliéné, hypothèque qui sera inscrite sur la demande du procureur de la République dans un délai de quinze jours[1].

Les tribunaux inclinent à dire qu'un débiteur d'indemnité devra, pour sureté de sa dette, être obligé de déposer un titre de rente sur l'État qui sera immatriculé pour l'usufruit au nom de la victime[2].

Mais dans tous ces cas, les tribunaux font plus que contracter : par voie d'autorité ils mettent une garantie : hypothèque, gage à la charge du débiteur qui ne peut s'y soustraire et le créancier n'a pas besoin de l'accepter.

736. — Les magistrats ayant à leur disposition la force publique, par le moyen des titres exécutoires qu'ils permettent aux greffiers de délivrer en rendant les jugements ou ordonnances, on peut convenir que pour faire exécuter tel acte on pourra s'adresser au juge des référés.

Ainsi un bailleur peut stipuler que faute de paiement du loyer dans les quinze jours du commandement il pourra faire expulser le locataire par voie de référé[3].

Ici le rôle du tribunal est curieux. Il agit comme tribunal, puisqu'il met en mouvement la force publique. D'autre part il agit sur entente entre deux particuliers. Cette entente l'a donc amené directement à agir dans des conditions exceptionnelles.

737. — Il arrive fréquemment dans les contrats que des contractants spécifient que la valeur de tel immeuble sera fixée par des experts qui seront désignés par le tribunal.

---

1 V. Baudry et Bonnecarrère, V, n° 1048. — Demolombe, VIII, n° 824. — Aubry et Rau, III, § 264. — Laurent, V, n° 496.

2 Paris, 4 fév. 1870, D. 1870, 2, 111. — Bourges, 8 janv. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 234. — Besançon, 22 janv. 1897, D. 1897, 2, 313. — Lyon, 26 avril 1871, D. 1871, 2, 41.

3 Req., 27 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 64, *Revue de droit civil*, 1914, p. 136. — Rapp. Cass., Req., 27 avril 1904, D. 1904, 1, 240, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 239. — Amiens, 6 nov. 1912, D. 1914, 2, 100.

Cela se présente dans les contrats de mariage, les sociétés, les assurances, les ventes, etc. Il semble bien résulter de la jurisprudence que les tribunaux en désignant ainsi des experts ne commettent aucun excès de pouvoir[1]. Il faut même dire qu'il y a pour les magistrats un devoir de leurs fonctions de faciliter ainsi le règlement des affaires privées[2].

La même solution devrait être donnée si la nomination des experts avait été confiée à un magistrat isolé : le président du tribunal. Toutefois, même dans ces affaires non contentieuses, l'ordre des juridictions paraît devoir être observé. On ne pourrait s'adresser au premier président de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation, s'il n'y consentait pas.

Mais la jurisprudence se refuse à aller plus loin et lorsque les parties ont dit qu'elles désigneraient des experts, le juge ne peut pas les nommer si un des contractants refuse de le faire[3]. Il en est de même si le représentant des obligataires d'une société cesse ses fonctions.

---

1 V. Cass. Req., 27 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 325. — Rennes, 26 janv. 1876, S. 1877, 2, 165. — Lyon, 7 mai 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, supp. 65. — Cass. 21 fév. 1887, D. 1887, 1, 297, S. 1887, 1, 273 (nomination d'un expert). — Guillouard, *Vente*, I, 102. — Baudry et Saignat, n° 139. — Aubry et Rau, V, § 349, texte et note 29. *Contrà:* Laurent, XXIV, n° 75 *in fine*.

2 *Contrà:* Baudry et Saignat, n° 139.

3 Grenoble, 1er juin, 1865, S. 1865, 2, 332; D. 1865, 2, 181. — Rennes, 26 janv. 1876, S. 1877, 2, 165; D. 1877, 2, 107. — Bordeaux, 6 fév. 1878, S. 1878, 2, 287; D. 1879, 2, 38. — Dijon, 15 déc. 1881, S. 1882, 2, 238. — Pau, 30 nov. 1859, D. 1860, 2, 36. — Dijon, 15 fév. 1893, S. 1894, 2, 144. — Limoges, 4 avril 1826, S. chr. — Toulouse, 5 mars 1827, S. chr. — Toulouse, 10 août 1844, S. 1845, 2, 152, P. — Cf. Cass. Req., 31 mars 1862, S. 1862, 1, 362; D. 1862, 1, 343. — *Contrà:* Paris, 6 juill. 1812, S. chr. — Mais si le tribunal annule l'expertise il peut arbitrer le prix. — Paris, 20 janv. 1869, S. 1871, 1, 154. — Laurent, XXIV, n° 76. — Guillouard, I, nos 100 et 101. — Huc, X, n° 37. — Baudry et Saignat, n° 134. — Aubry et Rau, V, § 349, note 29. — Saleilles, *Obligation*, n° 162. Le tribunal peut seulement prononcer une indemnité contre celui qui refuse systématique-

Ces solutions s'expliquent par un principe qu'a énoncé très nettement le tribunal de Bruxelles[1]. Le juge agit ici non pas comme juge, mais comme homme privé. C'est ce que dit d'ailleurs un auteur[2]. Le Président ne fait pas œuvre judiciaire, il est appelé à faire un choix comme pourrait l'être le Bâtonnier de l'Ordre des avocats ou bien le président d'une chambre syndicale[3]. Il est sans exemple qu'il ait refusé de faire la désignation demandée. Mais il pourrait toujours refuser de la faire.

Il y a donc une certaine timidité des magistrats dans notre cas. On en voit d'autres exemples.

Ainsi on a admis que les tribunaux ne peuvent imposer dans une liquidation que les créances héréditaires seront remises à un huissier pour recouvrement[4].

Par contre on admet très bien qu'un liquidateur de société ayant été désigné par les associés, le tribunal peut, s'il l'estime nécessaire, en nommer un autre[5].

Ou bien on admet qu'une police d'assurance impose qu'une déclaration de sinistre soit faite à un juge de paix[6].

Les parties dans une licitation peuvent-elles imposer au tribunal de présider lui-même à la vente au lieu de renvoyer à un notaire ? La question est discutée en jurisprudence[7].

---

ment à désigner des experts. — Dijon, 15 fév. 1893, précité. — Contrà : Bordeaux, 6 fév. 1878, précité. — V. l'article 60 comm. italien qui dans les ventes commerciales permet au juge de désigner l'expert. — Cf. Polacco, n° 37.

1 Bruxelles, 27 mars 1880, Pas. 1880, 2, 159.

2 Référé Bruxelles, 21 octobre 1908, Pand. per., 1908, 1182.

3 Droz, *Commentaire des polices d'assurance contre l'incendie*, p. 97.

4 Riom, 11 avril 1856, S. 1856, 2, 602.

5 Req., 29 mars 1904, P. F., 1905, 1, 144.

6 Douai, 24 mai 1896, Simonin, *Jurispr. des assurances terrestres*, 2, 476.

7 Pour l'affirmative, Bordeaux, 7 sept. 1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 61. — *Contrà:* Grenoble, 2 juin 1896, S. 1896, 2, 314 et pour le cas où il y a des mineurs : Lyon, 17 déc. 1874, S. 1876, 2, 15.

738. — Lorsque les clauses fondamentales d'un contrat ont été arrêtées et que le contrat s'est formé, mais qu'il a été convenu qu'il en serait dressé un écrit plus détaillé : acte privé ou plus souvent acte notarié, les tribunaux ont qualité pour se prononcer sur les difficultés de rédaction[1]. Et ils doivent le faire en se fondant pour préciser les points secondaires sur le but poursuivi par les parties.

Si dans un contrat certains points sont laissés à l'arbitraire du débiteur, le juge peut pour éviter les abus fixer la solution raisonnable. En ce sens l'art. 1173 Civ. italien dit que si un terme est laissé à la volonté du débiteur, le juge peut établir un délai convenable. De façon générale, je dirai que le juge peut fixer un délai raisonnable à une personne pour s'exécuter ou prendre parti toutes les fois que la solution contraire serait un abus sérieusement préjudiciable à l'autre partie. Le juge peut aussi pour certains contrats nécessaires à passer : quand il s'agit de dresser inventaire dans un intérêt commun, fixer quel notaire passera l'acte[2].

Les tribunaux peuvent encore fixer les mesures spéciales utiles pour la conclusion d'un contrat entre une Société à monopole et le public. Ainsi une compagnie ayant le monopole de l'éclairage électrique, le juge peut à la demande du propriétaire qui consent à l'installation de l'électricité chez son locataire dire que les travaux auront lieu sous le contrôle de l'architecte du propriétaire et en prenant certaines précautions pour la solidité de l'immeuble[3].

739. — Enfin les tribunaux ont encore un rôle particulier

---

[1] Trib. Seine, 3 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 171.

[2] Rouen, 22 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 422. — Req. 31 janv. 1870, S. 1870, 1, 168.

[3] Trib. Mâcon, 4 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 304, *Revue de dr. civil*, 1913, p. 192 et sur appel Dijon, 17 mars 1913, S. 1917, 2, 105 avec note de M. Mestre.

dans les ventes qui se font à la barre du tribunal. Pour les ventes judiciaires qui n'ont pas été renvoyées devant un notaire, ils ont le rôle ordinaire des officiers publics présidant une vente : c'est-à-dire un rôle de constatation. Ici à proprement parler ils ne participent pas au contrat, ils le constatent, ils agissent comme un officier public simple rédacteur d'actes[1].

740. — Les constatations que nous avons faites à la suite de la jurisprudence nous montrent les juges intervenant dans la conclusion des contrats.

Cette constatation amène à se demander si ce rôle ne pourrait pas être étendu. Sans doute on s'engage ici dans une voie dont le péril est facile à découvrir. Donner aux juges un rôle très important dans la conclusion des contrats, c'est s'acheminer directement au socialisme.

Dire que le juge, dans tous les cas, imposera à la demande d'une seule personne, ce qui est conforme à l'intérêt général serait méconnaître le besoin de sécurité individuelle, transformer le pouvoir judiciaire en un pouvoir administratif[2].

Mais sans aller aussi loin, on peut se demander si notre jurisprudence ne pourrait pas être moins timide. Les actes juridiques n'ont de valeur que parce qu'ils sont en harmonie avec les intérêts généraux, avec les besoins du moment. Le juge, placé de façon impartiale pour apprécier l'utilité sociale, ne pourrait-il pas intervenir et aider le contrat à se former et à vivre.

Nous verrons par ailleurs que le juge intervient dans l'exécution des contrats : il donne des délais supplémentaires pour exécuter avant de prononcer la résolution d'un contrat synallagmatique en vertu de l'article 1184, il révo-

---

1 Aussi ces jugements ne sont pas susceptibles d'appel, Toulouse, 26 janv. 1858, S. 1858, 2, 128 et n'ont pas autorité de chose jugée, Cass. Req., 29 juill. 1890, S. 1894, 1, 11.

2 Cf. Trib. Compiègne, 22 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 476.

que le personnel dirigeant d'une société lorsque le désaccord dans ce personnel ne permet plus une utile gestion.

Pourquoi ne pourrait-il, de façon discrète et mesurée, faciliter les conclusions des contrats.

Un contrat doit être passé à des conditions fixées à dire d'experts. Un des contractants se refuse ensuite à la désignation des experts. Pourquoi le juge ne pourrait-il les désigner ? On dira qu'en toute matière, l'avis d'une personne compétente n'est pas toujours celui d'une autre personne également compétente. C'est possible. Mais le fait de dire qu'il n'y a pas de contrat du tout n'est-il pas plus en opposition avec la volonté des contractants au moment où ils se sont entendus ? Nous admettrions donc ici le droit du juge de nommer des experts[1].

On peut se demander aussi si le juge dans les actes qui se font en justice, comme la lecture du cahier des charges de l'adjudication, a besoin d'avoir reçu une demande pour pourvoir aux intérêts du vendeur. Le fait que la loi lui fait examiner un acte ne doit-il pas avoir pour conséquence de lui en permettre le contrôle[2].

Ce sont là sans doute des mesures de détail, mais elles peuvent avoir leur influence dans beaucoup d'affaires. Elles s'imposeront sans doute un jour, les nécessités pratiques tendant à faire sortir le juge de son rôle de simple constatation des faits et de déductions juridiques[3].

---

1 V. cep. Saleilles, *Obligation*, n° 162.

2 C'est ce qu'autorisait le projet sur la saisie immobilière de 1838. Ce fut rejeté par la commission, v. Garsonnet et Cézar Bru, 2e éd., IV, n° 1563.

3 On peut arriver à ces résultats dans certains cas, du moins par d'autre procédé. L'art. 155 Civ. allemand décide que « Lorsque les parties dans un contrat qu'elles considèrent comme conclues, en réalité ne sont pas tombées d'accord sur un des points qui devraient être objet de convention, ce qui a été réellement convenu est valable, en tant qu'il y a lieu d'admettre que le contrat, même à défaut de toute disposition prise sur le point dont il s'agit, n'en aurait pas moins été conclu. »

De même, une offre et une acceptation sont en présence. Elles concordent sur les points principaux. Mais un désaccord se manifeste sur des points secondaires. Pourquoi le juge ne pourrait-il pas régler ces points au mieux des intérêts en présence[1]. Cela est vrai surtout si les parties ont cru s'être accordées et si le désaccord éclate devant le juge. Ou encore si une clause d'un contrat est nulle. Le juge ne pourrait-il pas, si cette clause n'est pas fondamentale, dire qu'elle est nulle et qu'il va admettre l'existence du surplus du contrat en remplaçant la clause annulée par une solution raisonnable que lui-même fixera. C'est un peu ce que les juges tendent à faire pratiquement[2].

Ou bien encore, des colicitants ne sont pas d'accord sur les conditions de la licitation à faire. Pourquoi le tribunal, sur la demande de l'un d'eux, ne déciderait-il pas que la procédure de folle enchère sera appliquée au colicitant adjudicataire, comme à un étranger ? La jurisprudence ne paraît pas l'admettre jusqu'ici[3]. Et cependant cela ne serait-il pas utile ?

Ainsi le désaccord sur un point secondaire à l'insu des parties n'empêche pas le contrat. Mais le code ne dit pas comment on règlera le point en désaccord. Ce sera sans doute d'après les usages, car on ne peut parler de commune intention. On évite donc ici d'étendre les pouvoirs du juge, au moins en apparence.

1 V. en ce sens trib. Mâcon, 4 juillet 1912, Gaz. Trib., 1912, 2e sem., 2 304 et sur appel, Dijon, 17 mars 1913, D. 1914, 2, 39, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 192. Ce jugement a déclaré qu'une Compagnie d'électricité devait être condamnée à faire l'installation électrique chez un locataire à certaines conditions raisonnables imposées par le propriétaire (surveillance par son architecte, mesures des précautions). — Cf. Alger, 2 juill. 1904, *Journ. des Trib. Algériens*, 2 mars 1905. — V. une tendance contraire dans Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 275.

2 V. not. l'annulation des clauses pénales excessives consenties par des mineurs.

3 Cass. Req., 5 août 1902, S. 1903, 1, 21. — Bourges, 27 mars 1901, S. 1901, 2, 128. — Cass. Req., 13 avril 1891, S. 1895, 1, 308.

Ou bien une police d'assurance stipule qu'en cas d'aggravation du risque, une déclaration sera faite et que la compagnie pourra « exiger une prime supplémentaire ». Si on ne s'accorde pas sur son taux ne serait-il pas préférable, au lieu de dire que le contrat sera résilié ou qu'il sera maintenu tel quel[1], de décider que le juge arbitrera d'après les tarifs généralement en usage le supplément de prime équitable ?

Autre difficulté : un locataire ruiné veut déménager. Il est débiteur de loyers. Le bailleur ne veut pas perdre son gage sur le mobilier. Ils pourraient s'entendre pour confier ces meubles à un tiers convenu (art. 2076 Civ.). Mais ils ne s'entendent pas, le juge peut-il déclarer que le locataire déménagera et que le nouveau propriétaire sera pour les loyers primés par l'ancien ? Le consentement du juge suppléera ainsi celui du bailleur et du tiers. La Cour de Paris l'a admis dans un arrêt qui a été cassé et repoussé dans deux autres[2]. Nous pensons que si le nouveau propriétaire accepte le juge pourra bien suppléer au consentement de l'ancien bailleur. Si celui-ci et le locataire s'entendent, ils pourront en fait trouver un tiers qui consente. Mais le juge ne peut pas suppléer le consentement de ce tiers. Ce serait le léser.

Une solution de ce genre a été donnée récemment par le Conseil d'Etat[3] dans un cas important. Les compagnies gazières se sont fait concéder le monopole du droit de placer

---

1 Paris, 1er fév. 1894, *Simonin, Rec. des assur. terrestres*, II, Trib. de paix de Montmorillon, 17 mai 1889, même Rec., III, Cf. Trib. Agen, 13 janv. 1898, id., III, 453.

2 Paris, 29 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 360. — *Contrà:* Paris, 10 janv. 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 123, *Gaz. Trib.*, 1919, 1, 46 et Paris, 7 juill. 1917, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 359, *Revue de droit civil*, 1918, p. 123. — Civ., 6 mars, 1919, *Gaz. Trib.*, 1919, 1, 46, *Revue de droit civil*, 1919, p. 521.

3 3 mai 1912, Ville d'Argenton. S. 1914. 3. 65 avec note de M. Haurion.

leurs tuyauteries sous les voies publiques. Souvent le cahier des charges de la concession stipule qu'en cas de découverte d'un mode d'éclairage plus perfectionné la compagnie sera mise en demeure de l'établir et même le Conseil d'Etat sous-entend cette clause, si elle n'a pas été insérée[1].

Comment fonctionnera cet éclairage ? C'est un nouveau contrat à rédiger. Ces clauses, dit le Conseil, « doivent être débattues entre les parties, et à défaut d'un accord amiable, être fixées par la juridiction compétente, de façon à ce que l'exploitation soit régulièrement assurée et normalement rémunérée ». Ainsi le concessionnaire n'est pas tenu d'accepter la règle que passe la ville, en se fondant sur les offres que fait une compagnie concurrente.

Il y a bien dans cette décision, comme le remarque l'annotation, la marche intensive des pouvoirs du juge vis-à-vis des traités de concession.

Parfois les tribunaux arrivent à un résultat voisin par interprétation de la volonté des parties. Ainsi une autorisation de faire des fouilles indiquant qu'à l'expiration du délai elle pourra être renouvelée, les tribunaux admettent que les parties ont entendu dire que le juge pourrait apprécier le mérite du refus[2].

741. — En résumé, quand un contrat est passé, il y a des cas dans lesquels le juge peut utilement intervenir, pour fixer dans quelles conditions il aura lieu. Les cas divers dans lesquels cela se présente donnent lieu à des hésitations de la jurisprudence. Celle-ci est poussée à intervenir parfois par des textes précis, toujours par l'utilité pratique de faciliter la conclusion des contrats, ces grandes nécessités de la vie en société, en fixant les conditions d'après les règles les plus utiles. Mais les juges hésitent parfois. Il leur

---

1 Cons. d'Etat, 22 juin 1900, S. 1902, 3, 79 et 10 janv. 1902. S. 1902, 3, 17.

2 Cass. Req., 13 mars 1905, S. 1905, 1, 392.

semble que la mission du juge n'est pas de collaborer ainsi à la formation des contrats. C'est la vieille conception du juge simplement chargé de dire le droit[1]. Mais celle-ci doit nécessairement reculer devant le plus fort des arguments : les nécessités pratiques. Nous pensons donc non seulement que les solutions données par nous comme déjà admises se maintiendront, mais que celles proposées par nous s'imposeront.

742. — Lorsque le juge intervient ainsi pour la formation des contrats, quel est son rôle ? M. Jèze estime que ce qui caractérise l'acte juridictionnel, c'est la constatation d'une chose contestée avec force de vérité légale[2]. Le juge ne fait rien de semblable lorsqu'il collabore à un contrat. Il fait donc des actes d'administration. Mais ses décisions ont la force de jugements. Une fois rendues, elles sont définitives après les délais de voies de recours. Il y a en effet intérêt à ce que la question jugée ne puisse être remise en question. D'autre part, ces décisions ont souvent un caractère contentieux, elles interviennent pour mettre fin à un débat. Ainsi donc elles ressemblent plus à la décision contentieuse qu'à la décision gracieuse. Ce sont donc plutôt des actes d'administration d'intérêts privés faits dans un intérêt public, en forme de jugements contentieux. Et ceci ne doit pas étonner pour qui admet que le juge peut avoir un rôle actif dans le procès[3].

742 bis. — *Droit suisse*. — A l'étranger, le droit suisse nous offre l'exemple d'une législation faisant intervenir acti-

---

1 V. sur le rôle du juge Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 522 et suiv.

2 *L'acte juridictionnel*, *Revue de droit public*, 1909. p. 667. — V. surtout nos 685 et suiv. — Rappr. Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, même Revue, 1906, p. 446.

3 Ferrone, *Il processo civile moderno*, pp. 111 et suiv. — Cf. nos *Notions fondamentales*, pp. 519 et suiv.

vement l'autorité (laquelle est déterminée par le droit cantonal) dans les rapports privés.

Le Code civil suisse prévoit de nombreux cas où il est nommé un administrateur des biens d'autrui : art. 554 (administrateur de succession), art. 593 et suiv. (liquidation officielle de succession), art. 356 (nomination d'un gérant du bien constitué en asile de famille), art. 368 et 369 (nomination d'un tuteur).

En cas de partage, l'autorité compétente a pouvoir pour former les lots (art. 611). Elle détermine si la vente sera publique ou n'aura lieu qu'entre héritiers (art. 612).

Mais la disposition la plus importante du droit suisse est l'article 2 du Code fédéral revisé des obligations. « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

Ces points secondaires sont ceux qui sont tels en eux mêmes à moins que les parties ne leur aient attaché une importance très grande[1]. Les auteurs citent comme exemples : la forme écrite de la convention, le terme de la livraison, la fixation de la clause pénale, les frais de transport, le pesage au poids brut ou net, les délais de résiliation, les termes de paiement d'une rente[2]. En ce cas, le juge a un pouvoir considérable[3], bien que la loi indique de quelle façon il doit en user. En cas de désaccord des parties, il indique comment le contrat doit s'appliquer. Il participe donc véritablement à la confection du contrat.

---

1 Cf. Oser, *Obligationenrecht*, p. 25, III, n° 2.

2 V. Rossel, *Code revisé des Obligations*, p. 27. — Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, art. 2, n° 12.

3 Aussi M. Oser cherche-t-il plutôt à le limiter, en disant qu'en principe les parties doivent s'accorder aussi sur les points secondaires, v. p. 26, IV, n° 1.

742 ter. — *Droit allemand*. — En Allemagne, le Code civil prévoit dans des cas assez généraux la nomination d'administrateurs par les tribunaux. Le curatelle d'une succession a lieu dès que l'héritier le requiert (art. 1981 Civ.). Dans la loi sur l'exécution forcée du 24 mars 1897, les articles 59, 60 et 63 prévoient nettement le droit du tribunal de statuer sur demande sur les conditions de la vente aux enchères. L'article 65 permet même au tribunal au lieu d'ordonner la vente d'une créance de nommer un mandataire pour la recouvrer, ou même de l'attribuer en paiement à l'intéressé qui y consent.

CHAPITRE XIV

De l'objet et de la cause [1]

743. — La loi a donné force aux actes juridiques unilatéraux ou bilatéraux parce qu'elle estime qu'en général, ce qui a été voulu par un seul dans certains cas, ou par plu-

---

[1] V. Pandectes belges : v° *Objet* (convention) et *Cause* (convention) ; Pandectes françaises : v° *Obligations*, n^os^ 7609 et suiv. — *Dalloz*, Rep. v° Obligations, n^os^ 405 et suiv. et suppl., n^os^ 127 et suiv. ; Rep. prat., v° *Contrats*, n° 270. — Rep. gén. du droit français, v° *Obligations*, n^os^ 701 et suiv. — Enciclopedia giuridica italiana, v° *Causa*, par M. Barassi. — Digesto italiano, v° *Contratto*, n^os^ 222 et suiv., 319 et suiv. — Brissaud, *La notion de cause dans les obligations conventionnelles*. — Dubreuil, *Les mobiles dans les contrats*, th. Lyon, 1909. — Timbal, *De la cause dans les contrats*. — Laborde, *Application de la théorie de la cause aux matières du droit et principalement aux obligations*, *Rev. générale de droit*, 1881, p. 344. — Villon, *La cause dans les contrats synallagmatiques*, id., 1900, p. 101. — Perozzi, *Sul concetto di donazione*, *Archivio*, 1897, p. 550. — Manenti, *Sul concetto di donazione*, *Rev. di diritto civile*, 1911, p. 328. — Venezian, *La cause nei contratti*. — Dabin, *La théorie de la cause*, th. Liège 1919. — Labbé, *La cause dans les donations*, *Rev. crit.*, 1884, p. 641. — Cornil, *De la cause dans les conventions*, art. 1108, 1131 à 1133. — Hamel, *Notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920. — Ernst *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*

sieurs personnes ayant des intérêts divergents est conforme à l'intérêt général, théorie individualiste qui suppose l'harmonie préétablie de l'intérêt d'un seul ou de quelques-uns avec celui de tous.

Mais elle ne s'est pas contentée de cette idée en quelque sorte formelle, de cette présomption générale, car elle contient bien une large part de vérité, mais non pas toute la vérité. Aussi la loi exerce un contrôle, discret, il est vrai, mais suffisant sur le contenu des actes juridiques par la théorie de l'objet et celle de la cause[1] (art. 1126 à 1133 Civ.) qui sont dominées par les deux idées suivantes :

1° Ce contrôle a pour but de s'assurer que l'obligation ne manque pas trop complètement d'utilité sociale[2]. Le principe est donc la liberté, l'interdiction sanctionnée par la nullité est l'exception. C'est ce qu'on rattache d'ordinaire aussi à l'art. 1134 Civ. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; c'est ce qu'on peut rattacher aussi à l'art. 1126. « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire », cet article prévoyant la variété que peut avoir l'obligation.

2° Comment ce contrôle est-il organisé ? Il l'est en principe en ne considérant l'acte juridique qu'en lui même, c'est-à-dire dans ses résultats immédiats et directs et non pas dans ses buts éloignés ou ses résultats indirects.

Liège, 1826. — Capitant, *De la cause* (sous presse). — Cf. sur l'objet et la cause dans les conventions internationales. — Pradier-Fodéré, *Droit international public*, II, n° 1081. — De Martens, id., I, p. 532. — Pasq. Fiore, id., I, p. 460. — Mérighnac, II, p. 640.

1 Formulée à propos des contrats, la théorie de la cause est beaucoup plus générale et s'applique à tous les actes juridiques, v. Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 249.

2 Cf. Beudant, n° 209. — Les idées que nous allons développer doivent être rapprochées de celles de M. Duguit, *Transformation du droit privé*, pp. 94 et suiv., qui lui, parle aussi beaucoup, du but des actes juridiques.

Ici apparaît une distinction importante, admise par tous les auteurs, entre le motif, ou but éloigné et la cause et l'objet qui concernent le résultat immédiat. On répète traditionnellement que la loi ne se préoccupe pas des motifs, tandis qu'elle se préoccupe de la cause et de l'objet[1]. Peu importe même que le motif ait été exprimé, si on n'en a pas fait une condition[2].

La jurisprudence elle-même oppose parfois le motif à la cause ou à l'objet[3].

Qu'est au juste cette cause opposée au motif ? Les définitions sur ce point rivalisent de subtilité. Certains auteurs avec M. Bartin la définissant disent: c'est la raison immédiate de la volonté[4]. D'autres, dont le premier fut M. Gauly: « ce qui rend intelligible l'acte par lequel le débiteur s'est obligé », définition qui pour les actes à titre gratuit ferait rentrer

---

1 V. Baudry et Barde, I, nos 302 et 306. — Colmet de Santerre, V, nº 46 *bis*, I. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., § 345, note 2. — Demolombe, XXIV, nº 355 (qui oppose le motif ou cause impulsive à la cause ou cause finale). — Larombière, art. 1131, nº 15. — Beudant, *Obligations*, nº 216. — Simoncelli, *Istitutioni*, p. 296. — Laurent, XVI, nº 109. — Bufnoir, p. 530. — Planiol, II, nº 1034. — Thiry, II, p. 586. — Lomonaco, I, p. 156. — Gauly, *La cause dans les obligations*, *Revue critique*, 1886, p. 51. — Laborde, *loc. cit.*, p. 349, qui nomme le motif cause occasionnelle. — Bartin, *Théorie de la condition*, p. 363. Giorgi, III, nº 437. — Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 395. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 250. — Cf. Magnette, *La cause en droit civil*, *Revue de droit belge*, I, p. 385. — P. Colin, *La cause*, th. Paris, 1896, p. 54. — Crome, *Allg. Theil*, par. 30.

2 Larombière, art. 1133, nº 17.

3 V. Cass., Req., 15 fév. 1870, S. 1871, 1, 197. — M. P. Colin,, th. citée, p. 58, prétend que le motif n'est pas le motif de l'obligation, mais du contrat. C'est exact. Mais indirectement le motif est celui de l'obligation.

4 *Théorie de la condition*, p. 362. — V. de même, Aubry et Rau, IV, p. 321. — *Addé*, Larombière, art. 1131, nº 2. — Demolombe, XXIV, nº 352. — Crome, *Allg. Theil*, par. 31. — Chironi, *Istituzioni*, II, p. 47. — Rappr. Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 183.

le motif dans la cause[1]. Dans le même sens Beudant définit la cause : l'intérêt juridique que les parties ont en vue et qui détermine leur volonté : il aboutit au même résultat[2].

Aussi certains auteurs, au moins pour les donations déclarent-ils que la cause n'est pas autre chose que le motif[3].

Ce qui caractérise les définitions des auteurs français, comme de la plupart des auteurs italiens, c'est comme l'observe M. Ferrara[4] leur caractère subjectif. Elles examinent ce qui détermine la volonté du contractant. En face se dresse principalement chez certains auteurs italiens ou allemands[5] une conception objective. On fait remarquer avec raison que la cause envisagée subjectivement prouve seulement que le contractant n'est pas un fou, mais qu'elle laisse dans l'ombre la qualité de l'intention. Aussi pour van Bemmeler et M. Ferrara, la cause est l'équivalent économique de l'obligation, pour M. Venezian c'est le fait d'où dérive le changement dans le patrimoine du promettant, pour Endemann, c'est ce qui répond aux besoins de la vie commerciale[6].

---

1 *Essai d'une définition de la cause*, *Revue critique*, 1886, p. 57.

2 *Obligations*, pp. 110 et 117.

3 Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 705. — Chironi, *Quest. di. dir., civ.*, 1re éd., p. 135. — Colin et Capitant, II, p. 318. — Cf. Barassi, *Istituzioni*, p. 157, qui considère que la théorie de la cause est ici inutile. — V. Chironi, *Questioni*, 2e éd., II, p. 272, qui déclare que cause et motif font un dans les actes unilatéraux. — Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, 5e éd., IV, p. 183 qui voit la cause dans l'intention libérale.

4 *La causa illecita*, *Mélanges*, Chironi, I, p 121.

5 Endemann, *Burg. gesetzbuch*, I, § 108. — Van Bemmelen, *Notions fondamentales de droit civil*, p. 145. — Venezian, *La causa nei contratti*, p. 32. — Barassi, *Istituzioni*, p. 156. — Rappr. Colin et Capitant, II, p. 313 qui sous entendent cette définition de la cause en voyant dans le motif le mobile personnel. — Ruggiero, *op. cit.*, I, p. 250.

6 Rappr. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, th. Toulouse, 1920, I, p. 31, qui montre ce que l'idée d'équivalence peut contenir de subjectif à raison du côté subjectif de la notion de valeur (valeur d'usage).

Il y a déjà une vue plus juste de la cause, mais celle-ci est encore trop étroite. Nous verrons un peu plus loin que partant de ces idées trop économiques, c'est-à-dire trop peu soucieuses du côté moral du droit, ces auteurs comme les subjectivistes n'arrivent pas à annuler les donations pour cause illicite et qu'il faut se placer sur le terrain autrement large de l'utilité sociale.

Cette opposition du motif ou but éloigné et de la cause ou objet, ou but immédiat n'a pas été cependant complètement respectée. La jurisprudence soucieuse d'assurer plus de moralité dans les relations juridiques a profité de ce que la théorie de la cause était vague et obscure pour qualifier parfois de cause un simple motif[1]. La jurisprudence trouve d'ailleurs un précédent dans le Code civil, art. 2055 qui déclare nulle la transaction sur pièce fausse, bien qu'il ne s'agisse là que d'un motif[2]. Il en est résulté un domaine propre de la théorie de la cause que nous aurons à étudier chemin faisant.

Indiquons, dès maintenant que cette pratique des tribunaux faisant rentrer le motif dans la cause s'explique par des raisons sociales puissantes[3]. Les tribunaux gardiens de l'ordre public ont voulu atteindre les actes qui sont les complices des actes illicites ou immoraux, qui les favorisent. Ils ont voulu par là lutter contre les actes illicites pro-

---

1 Spécialement pour les donations et les legs. — V. Beudant, nos 221-225. — Cf. Masseran, *Liberté des actes juridiques*, th. Montpellier, 1904, p. 111, qui montre-là un procédé employé par le juge pour accroître ses pouvoirs d'investigation.

2 V. cep. Larombière, art. 1131, n° 10.

3 On peut dire à un point de vue plus juridique, qu'il y a là une manifestation de la tendance subjective du droit civil moderne (v. en ce sens Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, thèse Lyon, 1909). Mais cette tendance ne doit pas être exagérée, car le droit civil à certains points de vue a une tendance toute objective en droit moderne, tendance qui a pour point de départ le besoin de sécurité sociale dans les transactions.

prement dits. Mais arrêtés par le trouble que ce système aurait pu causer, ils n'ont été qu'à moitié chemin. Selon les cas, ils ont annulé ou non l'acte inspiré par un motif illicite.

Les questions que nous allons examiner sont donc curieuses parce qu'elles montrent le conflit entre le désir légitime de moraliser les rapports privés et le désir de respecter la sécurité individuelle, de ne pas se mêler sans motif des raisons lointaines pour lesquelles on agit.

Nous sommes donc en présence d'un de ces conflits déjà signalés par nous[1] entre l'idée de l'intérêt collectif et celle de la sécurité. Ce conflit n'a pu se résoudre en détournant la difficulté vers une autre institution qui satisfasse les intérêts opposés. Il ne peut donc que s'atténuer par des demi-mesures, de là la jurisprudence un peu subtile, un peu hésitante que nous relèverons dans la suite et dont nous allons dégager l'esprit après l'examen d'une question préalable.

744. — Nous avons jusqu'ici confondu la cause et l'objet des obligations[2].

Indiquons rapidement la raison de cette manière de faire. Les auteurs définissent traditionnellement l'objet des obligations, ce qui est dû, ainsi l'objet se détermine par la réponse à cette question : *quid debetur ?*

Quant à la cause, c'est, dit-on, la cause finale, du moins la cause finale la plus rapprochée, par opposition à la cause occasionnelle qui n'est qu'un but éloigné. Ainsi dans une vente la promesse du prix a pour cause la promesse de livrer un immeuble, un meuble et la cause occasionnelle c'est le motif de cet achat : désir d'avoir une maison de campagne,

---

1 V. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, pp. 63 et suiv.

2 Beudant, n° 208, reconnaît que la cause se confond presque toujours avec l'objet ou le consentement. — V. aussi Giorgi, III, n° 445 qui montre l'inutilité de la cause.

un meuble artistique, etc. La cause se détermine par la réponse à la question : *cur debetur ?*[1]. La cause serait donc la raison immédiate et directe[2] tandis que le motif serait le mobile personnel à chaque individu.

On voit de suite que la cause et l'objet présentent entre elles le plus grand lien. Dans les contrats synallagmatiques, chaque obligation est la cause de celle de l'autre partie, de sorte que si l'une a un objet nul comme inexistant ou illicite, et se trouve annulée, l'autre tombe[3]. La cause est donc l'objet d'une obligation vu en se plaçant au point de vue du cocontractant et non de l'obligé[4] et en tenant compte du lien qui réunit les obligations émanant de personnes différentes et qui fait que l'une tombant, l'autre tombe aussi.

---

1 V. Baudry et Barde, I, nos 297 et 302. — Gauly, *Essai d'une définition de la cause, Revue critique*, 1886, p. 44. — Aubry et Rau, IV, p. 546, note 2. — Bufnoir, p. 529. — Huc, VII, p. 75. — Larombière, art. 1131, nos 2 et 15. — Demolombe, XXIV, nos 345 et 355. — Laurent, XVI, n° 109. — Colmet de Santerre, V, 46 et 46 *bis*, I. — Cf. Planiol, II, n° 1036, qui considère ce procédé comme imprécis et ne distinguant pas la cause du motif. — Paris, 13 fév. 1877, S. 1877, 2, 233. — Bordeaux, 6 fév. 1885, S. 1886, 2, 16 ; D. suppl., v° *Obligations*, n° 189. — Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV. p 203, 2e éd.

2 A. Colin et Capitant, II, p. 313.

3 Aubry et Rau, IV, p. 547. — Baudry et Barde, I, n° 298. — Bufnoir, p. 530. — Demolombe, XXIV, nos 346 à 350. — Laurent, XVI, nos 108 à 110. — Colmet de Santerre, V, nos 46 *bis*, II. — Dubreuil, *Mobile dans le contrat*, th. Lyon, 1909, p. 41. — P. Colin, thèse citée, p. 65. — Giorgi, III, n° 438.

4 MM. Baudry et Barde, I, n° 301, objectent que celui qui s'oblige le fait en raison de l'obligation de l'autre, et non de l'objet de l'autre obligation. Mais cet objet (qu peut être futur, aléatoire) est le soutien nécessaire de cette autre obligation, donc l'objet se ramène à l'idée de cause. On peut, il est vrai, dire qu'une obligation peut être nulle pour des raisons ne tenant pas à l'objet : absence de consentement, mais alors il n'y a pas contrat. — V. en notre sens Laurent, XVI, n° 110. — Cf. Larombière, art. 1126, n° 3. — Demolombe, XXIV, n° 348.

Dans les contrats unilatéraux, il en est autrement. Dans les contrats dits réels, la cause est la prestation fournie : l'argent prêté, le gage remis[1].

Dans les contrats à titre gratuit, même le cautionnement, la confirmation d'obligation naturelle, la cause de l'obligation est l'esprit de libéralité, le désir d'être généreux, simplement motivé par la reconnaissance, l'amour paternel, etc.[2].

Il faut encore ajouter que dans les contrats aléatoires, la cause est moins dans l'objet promis qui peut-être ne se réalisera pas que dans l'obligation de l'autre partie de livrer l'objet s'il se réalise et dans la mesure où il se réalisera : par exemple la récolte future vendue.

Dans la transaction, on a encore été obligé de reconnaître

---

1 V. Colin et Capitant, II, p. 315. — Ruggiero, *Solituzioni*, I, p. 255.

2 Baudry et Barde, I, n° 299. — Aubry et Rau, IV, p. 547; Bufnoir, p. 531. — Demolombe, XXIV, n° 352. — Colmet de Santerre, V, 46 bis, II. — Laurent, XVI, n° 108. — Larombière, art. 1131, n° 19. — Pothier, n° 42. — Domat, *Lois civiles*, livre I, titre I, p. 20. — Artur, *De la cause*, p. 143. — Ruggiero, I, p. 255. — Planiol, II, nos 1029-1031. — Bigot Preameneu, Locré, XII, p. 325. — V. P. Colin, th. citée, p. 94, qui emploie une formule un peu différente. — Ferrara, Causa illicita, Mélanges Chironi, I, p. 126.

M. Planiol a critiqué très énergiquement cette conception de la cause (II, n° 1038). Il montre avec raison que la cause volonté de donner dans les libéralités, cela n'a pas de sens, que la cause ici ne peut utilement être que le motif. Dans les contrats réels, la cause est la source productive d'obligations, tandis que dans les contrats synallagmatiques elle serait la cause efficiente. Il y aurait donc, dans les deux cas, deux conceptions différentes de la cause. La critique ici est moins solide. Car dans le contrat réel, la cause est aussi la cause efficiente, elle a même nature que dans le contrat synallagmatique. Ensuite, M. Planiol critique vainement cette idée que deux obligations soient mutuellement causes l'une de l'autre. Cela est très acceptable si on y voit seulement cette idée qu'il y a un lien entre les deux obligations (v° *infrà*, n° 744).

une autre nature à la cause : c'est la volonté de terminer une difficulté déjà existante[1].

Déjà on pourrait améliorer cette manière de voir en remarquant que les prétendus contrats réels sont des contrats synallagmatiques exécutés d'un côté. Le prêt est un contrat synallagmatique où l'emprunteur a déjà exécuté sa prestation qui était d'avancer de l'argent[2]. Ensuite on peut remarquer que même si on rejette cette idée, comme dans ce contrat, la cause est la chose remise, il y a confusion entre la cause et l'objet[3].

Quant à la libéralité, ou elle est pure et simple, en ce cas rarement sa validité soulève un doute et ici la théorie de la cause est vaine. On a pu dire que la cause se confond avec le consentement[4] ou encore que la cause est ici un motif[5]. Ou il y a tacitement chez le donateur une promesse de relations immorales, d'usage d'influence politique, etc., alors dans ces cas importants, elle se ramène à un contrat à titre onéreux où une des prestations a un objet illicite[6].

On peut donc au total dire que la théorie de la cause, sauf dans quelques cas, n'est qu'une façon d'envisager celle

---

1 Cf. Seferiadès, Théorie de la cause, th. Paris, 1897, p. 207. — Bufnoir, p. 533. — Colmet de Santerre, V, n° 46 *bis*, II.

2 *V. suprà*, n° 502. — *Contrà:* Seferiadès, *Critique de la théorie de la cause*, p. 133.

3 V. Seferiadès, *Théorie de la cause*, th. Paris, 1897, p. 134.

4 Baudry et Barde, I, n° 326. — Timbal, pp. 228 et suiv. — Seferiadès, pp. 152-160. — Laurent, XVI, p. 156. Si le consentement a été violenté, la théorie de la violence suffit parfaitement. — Rappr. sur l'inutilité de la cause dans les libéralités : Dubreuil, *Mobiles dans les contrats*, th. Lyon, 1909, p. 82. — M. Magnette, *De la cause*, *Revue de dr. belge*, I, p. 385, lui assimile la cause et la *volonté* dans les actes à titre gratuit. C'est au fond plus exact.

5 Gauly, *loc. cit.*, p. 57.

6 V. Bartin, *op. cit.*, p. 371, qui d'ailleurs limite étroitement la portée de cette solution. — MM. Colin et Capitant, II, p. 318 arrivent au même résultat en disant qu'ici la cause se confond avec le motif.

de l'objet[1], à condition de bien comprendre le mot objet, de ne pas y voir une chose matérielle, immeuble, etc., mais d'y voir le contenu de l'obligation, action de donner, de faire ou de ne pas faire, comme le dit l'art. 1126 « une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. »

Il suffit d'ajouter que la cause, point de vue spécial de l'objet est aussi la constatation du lien qui dans l'intention des parties relie les promesses émanant de personnes distinctes[2].

Le lien de ces théories est tellement étroit en fait, que les tables des recueils de jurisprudence qui sont obligées de se mouler sur les faits plutôt que de faire rentrer les arrêts dans des cadres préconçus, sont amenées très souvent à étudier simultanément l'objet et la cause, voyant que pour les séparer on aboutirait sinon toujours, du moins souvent à une classification arbitraire. Faisons comme eux. Les faits ont parlé. Inclinons-nous. A l'inverse de Royer Collard, il n'y a rien que j'estime autant qu'un fait.

On a aussi tenté parfois de rapprocher la cause et le consentement en disant que l'absence de cause ou l'erreur sur la cause se rapprochent de l'absence ou de l'erreur de consentement[3]. Mais ce n'est qu'une vue très superficielle.

---

1 Cf. Huc, VII, nos 75-80 et n° 65. — Rappt. Larombière, art. 1126, n° 3. — Demolombe, XXIV, ns 348. — Laurent, XVI, n° 111. — Colmet de Santerre, V, n° 49 bis, II, Beudant, n° 208. — MM. Baudry et Barde objectent que la cause c'est l'obligation de l'autre partie dans le contrat synallagmatique, tandis que l'objet c'est la chose même. C'est une conception bien matérielle de l'objet. Celui-ci n'est pas la chose matérielle, mais plutôt le contenu de l'obligation, c'est-à-dire quelque chose de bien voisin de l'obligation même. — Laborde, *Application de la théorie de la cause*, *Rev. gén. de dr.* 1881. — Artur, *De la cause*, p. 142. — Gauly, *Cause dans les obligations*, *Rev. critique*, 1886, p. 53. — Seferiadès, th. citée. — Dubreuil, th. cit:, p. 84.

2 V. Colin et Capitant, II, p. 314, qui voient là une nécessité.

3 Colmet de Santerre, V, n° 47 *bis*, II. — V. de même pour les actes à titre gratuit : Artur, th. citée, p. 142. — Laborde, art. cité.

Il suffit d'observer que l'erreur produit une nullité relative tandis que la cause erronée entraîne une nullité absolue.

M. Planiol a même été plus loin et il présente la théorie de la cause comme inutile[1]. En effet, l'absence de cause ne peut intervenir que dans les contrats synallagmatiques et là le contrat est déjà nul faute d'un des objets[2]. S'il s'agit de la cause illicite ou immorale la théorie de la cause est encore inutile, dit-il, car la promesse d'argent pour faire commettre un crime a déjà un objet immoral. Cela est exact, mais c'est forcer un peu le sens du mot objet et y voir non le contenu : mais le but poursuivi. C'est donc un peu confondre l'utilité subjective de l'obligation et son utilité sociale ou objective. MM. Baudry et Barde critiquent fortement la théorie de la cause en disant que si une obligation fait défaut, le contrat perd sa nature synallagmatique et ne peut se former[3].

La théorie de la cause qui a été tirée plus ou moins arbitrairement du droit romain où la question de cause se présentait autrement[4], a été le résultat d'une confusion entre deux sens du mot cause. La cause peut être soit la cause efficiente, c'est-à-dire celle qui engendre l'obligation, soit la cause finale, c'est-à-dire le but poursuivi. Que toute obligation ait une cause efficiente, c'est-à-dire une source : délit, contrat, etc., cela est évident. Et c'est avec ce sens que Pothier parle tout d'abord de la cause, en disant que « les causes des obligations sont le contrat, le quasi-contrat, etc. »[5].

— Brissaud, th. citée, p. 22. — *Contrà:* Seferiadès, thèse citée, p. 77.

— Coviello, *Dir. civ.*, I, p. 399.

1 Planiol, II, n° 1039.

2 N° 1039. — V. de même Baudry et Barde I, n° 322. — Cf. P. Colin, th. citée qui reconnait p. 260 que la théorie de la cause n'a que l'avantage d'une abréviation.

3 II, n° 323. — Timbal, pp. 200-203.

4 V. sur ce point note Bonfante, *Il contratto e la causa*, *Rivista di diritto commerciale*, 1908, I, p. 115.

5 *Obligations*, n° 2.

Mais lui-même, et les auteurs modernes ont suivi son exemple, il prend ensuite le mot cause dans le sens de cause finale, de but. Alors ici on entre dans les confusions avec le motif, et la théorie déroule ses conséquences déplorables[1].

745. — Le lien qui existe entre les obligations de deux contractants doit être précisé un peu.

Les obligations de deux contractants sont toujours liées ensemble de sorte que si l'une ne se forme pas, l'autre tombe[2]. Il est trop évident que, dans un contrat synallagmatique, il faut deux obligations. De même dans les conventions unilatérales, l'obligation ne naît que si l'état de fait envisagé existe réellement. C'est ce qui résulte de l'article 1131 : l'obligation sans cause est nulle.

Les deux obligations une fois formées restent-elles soudées ensemble ? Cela dépend.

Il n'en est pas ainsi si le contrat est aléatoire. Ainsi en cas de vente d'un coup de filet, le prix est dû, même si on ne relève aucun poisson. L'assuré doit ses primes même si l'immeuble assuré ne brûle pas. Le contrat peut aussi entrevoir des éventualités et les régler de sorte qu'il n'y aura pas toujours équivalence des prestations. Ainsi un bail avec promesse de vente peut dire que si le bailleur reprend l'immeuble il gardera gratuitement les constructions élevées par le locataire[3].

Au contraire si le contrat n'est pas aléatoire, les obligations restent liées : si je vends une chose future qui ne se réalise pas, on ne me doit pas le prix[4]. Lorsque je fais une promesse successive, comme la promesse de jouissance d'un immeuble par le bailleur, si à un moment la promesse ne

---

1 V. en ce sens Seferiadès, *Etude critique de la théorie de la cause*, th. Paris, 1897, pp. 219 et suiv.

2 V. Huc, VII, n° 77. — C'est à cette idée que Beudant, n° 228, rattache l'art. 1184 civ.

3 Trib. Seine, 6 février 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 320.

4 Colmet de Santerre, V, 17 *bis*, I.

peut se réaliser, tout tombe. Le locataire ne doit plus le prix du jour où l'immeuble loué périt[1]. L'assuré ne doit plus la prime contre l'incendie du jour où une inondation détruit sa maison.

De même, en cas d'assurance, si le risque vient à diminuer, une partie du personnel du patron assuré ayant disparu, il y a lieu à diminution de la prime, à moins que des clauses spéciales de la police ne disent le contraire[2].

Ou encore, si un contrat prévoit des risques établis par une législation déterminée, il peut y avoir lieu à disparition de l'assurance si une loi nouvelle augmente les risques[3].

Si le contrat consiste soit des deux côtés, soit d'un seul en une série de prestations successives, comme dans le bail, l'assurance, le contrat de travail, si une série de prestations disparaît, l'autre tombe aussi à moins qu'il n'en ait été convenu autrement[4]. C'est le cas lorsque la chose louée périt, lorsque l'ouvrier meurt. Il n'est plus dû de prix de location, ni de salaire. On considère alors que les obligations naissent successivement dans le temps. On en conclut même que si le débiteur fait faillite, les prestations postérieures à la faillite échappent à la loi du dividende[5].

---

1 C'est ce qu'Aubry et Rau, IV, p. 548 nomment promesse sans cause. — V. aussi Bufnoir, p. 539. — Demolombe, XXIV, n° 358. — Baudry et Barde, I, n° 303, II.

2 Trib. paix Lyon, 5 juill. 1910. *Gaz. Trib.*, 2e sem., 2, 209. — Rappr. au cas où une croisière ne peut être faite par le touriste, trib. Seine, 3 fév. 1905. *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 438.

3 Trib. Lyon, 10 juin 1910; *Gaz. Trib.*, 1910. 2e sem., 2, 433. — V. cep. Civ., 15 fév. 1910. D. 1911. 1. 11, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 140 (hypothèse spéciale venant de la substitution de la loi de 1905 à la loi de 1898. — V. nos observations, *Revue de droit civil*).

4 Parfois on parle ici de cause successive, v. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 205.

5 V. pour l'assurance, Paris, 13 déc. 1906, *Gaz. Trib.*, 1907. 1er sem., 2, 339. — Req., 6 avril 1902, D. 1905. 1, 107 avec note de M. Percerou. — Paris, 21 août 1850, S. 1852, 2, 408. — Rappr. Chambéry, 17 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 307 (un peu plus restrictif) *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 125.

Mais cela n'a rien de nécessaire. Ainsi dans l'assurance, si l'assuré commet certaines négligences, l'effet de l'assurance est suspendu. Et cela n'empêche pas l'assuré d'être débiteur de toutes les primes sans aucune réduction[1].

Bien entendu, dans les contrats qui en fait ont un but successif, mais ne sont pas envisagés comme tels par la loi ou les contractants, peu importe que l'une des parties à un moment cesse d'atteindre le but visé. Ainsi je dois le prix d'un immeuble acheté ou d'un usufruit acquis même si celui-ci périt quelques jours après la vente[2]. Quand cette situation se produit-elle exactement ? C'est l'usage qui le détermine. Ainsi on admet volontiers que, s'il y a une donation avec charges successives à exécuter, les charges devenant impossibles à observer, la donation sera restituée.

De même le contrat une fois formé, c'est encore la loi et l'usage, et non pas de prétendues nécessités techniques, qui déterminent dans quelle mesure les obligations des deux contractants sont liées dans leur réalisation. Ainsi tandis qu'au cas de promesse de corps certain les risques pèsent sur le créancier, de sorte qu'il doit le prix même s'il n'obtient pas la chose, les deux obligations étant considérées comme indépendantes dans leur réalisation, au contraire si une partie ne s'exécute pas, l'autre peut rester sur la défensive et exercer un droit de rétention, l'*exceptio non adimpleti contractus*[3]. Elle peut même en vertu de l'art. 1184 Civ. exercer une action en résolution[4].

De même c'est la volonté de la loi et non une nécessité technique qui fait que l'acheteur expulsé de la totalité d'un

---

1 Cass. civ., 13 janv. 1914, S. 1914, 1, 376, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 171.

2 Colmet de Santerre, V. n° 47 *bis*, I.

3 V. sur cette exception l'important travail de M. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution*, th. Paris, 1914.

4 Ceci est bien entendu en dehors de la théorie de la cause. — V. Seferiadès, *op. cit.*, p. 194. — Crome, *Allg. Theil*, par. 31. — *Contrà :* Demolombe, XXV, n° 489. — Larombière, art. 1184, n° 1. — Cf. En cas de donation avec charges, Hamel, th. citée, pp. 177 et suiv.

immeuble peut considérer que le prix ne doit rester pour aucune part au vendeur (art. 1630), tandis qu'en cas d'éviction partielle l'acheteur a droit à de simples dommages-intérêts (art. 1637).

Enfin ce sont des raisons d'équité qui font que la jurisprudence soude jusqu'à un certain point les diverses obligations nées d'un contrat et consacre l'adage : *temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*[1].

Un certain lien existe donc soit entre les prestations même nées d'un contrat, soit même entre les obligations issues de ce même contrat. Mais ce lien n'a rien de nécessaire, il découle de la volonté de la loi ou de l'usage, il dérive de considérations pratiques, de traditions plus ou moins justes, il ne vient pas d'une nécessité technique d'où on voudrait faire découler des conséquences très étendues.

746. — Cet exposé de la théorie classique de la cause et de l'objet et leur groupement en une seule ne suffit pas à rendre compte des constructions de la jurisprudence et de leurs racines profondes dans les nécessités sociales.

La théorie classique formulée d'abord par Domat au XVII^e^ siècle, puis à la fin du XVIII^e^ siècle par Pothier est une de ces tentatives remarquables et impuissantes qui sont le charme de l'esprit français, en ont la clarté et un peu la faiblesse, pour enfermer le droit dans des cadres rigides qui donnent la pleine sécurité dans les relations juridiques. Avec la réponse à ces deux questions : *Quid debetur ? Cur debetur ?* on doit pouvoir trancher mécaniquement toutes les difficultés.

Mais la vie si puissante et si complexe se joue de ces

---

1 Chambéry, 25 juill. 1889, S. 1893, 1, 33. — Agen, 7 juin 1886, S. 1886, 2, 189. — Civ., 7 janv. 1868, S. 1868, 1, 150. — Guillouard, *Prescription*, I, n° 54. — Aubry et Rau, VIII, p. 424, 4^e^ éd. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 683. — *Contrà :* Laurent, XIX, n^os^ 57-60. — Baudry et Tissier, n^os^ 609-612. — Thaller et Josserand, *Transport*, n° 708. — Cf. Req., 21 juin 1880, S. 1881, 1, 297. — Addé, *Revue de droit civil*, 1905, p. 911.

digues en apparence rigides, et la jurisprudence, voisine des réalités, ne pouvait pas ne pas en tenir compte, de là une théorie plus flottante, il est vrai, mais plus adaptée à la vie et qui peu à peu se dégage des arrêts et paraît être la suivante.

Une personne s'oblige, elle promet une chose, un fait, une abstention (art. 1126 Civ.), les tribunaux ont en faveur de son obligation une présomption de validité (art. 1132 Civ).

Mais si l'acte même, ou des circonstances qui l'accompagnent et dont la preuve a été admise, le permettent, les tribunaux ne ferment pas les yeux à la réalité, ils ne délivrent pas mécaniquement contre le promettant un jugement destiné à être revêtu de la formule exécutoire.

Ils voient dans la réalité des choses si l'obligation est socialement utile. L'utilité sociale de l'obligation, tout est là.

Et cette utilité peut être envisagée à deux points de vue. Elle peut être envisagée à un point de vue individuel, et par réaction sociale, elle peut l'être à un point de vue social.

1° L'obligation ne doit pas être sanctionnée lorsqu'elle est manifestement inutile pour celui qui l'assume.

Elle l'est lorsqu'elle ne s'explique pas par les désirs courants des hommes : d'abord un des plus intenses : le désir d'acquérir soit un objet existant, soit une chose future (art. 130), soit une chance aléatoire, soit un avantage assez précaire d'usage ou de possession (art. 1127), ensuite, car l'âpreté au gain n'est pas tout, elle est encore inutile si elle ne s'explique pas au moins par un sentiment désintéressé ou peu intéressé de reconnaissance, de piété, d'amour, de tout ce qui fait la grandeur de l'homme[1]. S'il est démontré que ces explications font défaut, le débiteur s'est engagé sans raison suffisante, contre une promesse impossible, sans résultat sérieux (art. 1129), l'acte n'a pas de cause, pas d'objet juridiquement protégé, il est nul.

---

1 Beudant, n° 232.

Car inutile au point de vue de l'individu, il l'est par suite socialement, ce n'est qu'une exploitation condamnable ou du moins à ne pas approuver.

2° A un point de vue nettement social[1], l'obligation quoique profitable aux intéressés (comme peut l'être un trafic d'influence; une vente de maison de jeu, etc.) peut être condamnable.

D'abord son exécution peut amener directement les résultats que le droit prohibe.

Ces résultats prohibés sont formulés tantôt par les lois pénales qui les qualifient infractions (coalition, loterie non autorisée, vol, escroquerie, etc.), tantôt par des lois civiles qui formulent des règles d'ordre public et prohibent par suite le résultat contraire à ces règles (responsabilité du patron en cas d'accident, droit d'indemnité pour l'ouvrier en cas de renvoi abusif, droit de certains parents à des pensions alimentaires de leurs parents, droit à la puissance paternelle, à l'autorité maritale, droit inaliénable sur certains biens, etc.) : souvent enfin ils se sont dégagés par le temps de textes très vagues et de nécessités de la vie sociale, avec les variantes que comportent celle-ci. Le droit d'ester en justice, de pouvoir aliéner ses biens, de pouvoir acheter aux enchères, de travailler, de se marier, de n'entretenir aucun rapport en dehors du mariage, etc., formulés de façon imprécise, modelés avec une certaine diversité suivant l'état des mœurs créent par opposition toute une série de résultats prohibés, comme détruisant tous ces droits: renonciation à plaider pour quelque motif que ce soit, renonciation à jamais aliéner le bien qu'on achète, promesse de ne jamais se marier, promesse de concubinage, etc.

Ici la loi protège non seulement les dispositions légales, mais encore les bonnes mœurs. Par là, les textes que nous allons étudier, spécialement l'art. 1133 Civ. sont plus lar-

---

[1] Rappr. les idées de M. Duguit sur le but des actes juridiques, *Transformations du droit public*, pp. 157 et suiv.

ges que l'art. 6 Civ. qui prohibe seulement les conventions contraires aux *lois* qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs[1].

Ainsi se dégage la théorie de la cause à laquelle on reproche à tort de se confondre avec l'ordre public[2]. Il y a là une tendance individualiste qui nous semble peu en harmonie avec les idées actuelles.

Il est inutile de dire que la jurisprudence condamne les promesses dont l'exécution amènerait directement ces résultats prohibés.

Mais la jurisprudence va plus loin. Regardant la réalité des faits, elle ne pouvait pas ne pas observer qu'à côté des contrats réalisant des situations prohibées par les lois ou les mœurs il y a ceux qui y contribuent, qui y tendent. Les tribunaux gardiens de l'ordre social ne pouvaient pas les ignorer et consacrer des prêts pour achats de maison de tolérance, des prêts intéressés pour encourager au jeu, des donations à des enfants adultérins à raison de leur qualité, etc. Elle a donc nettement entrepris de lutter contre les conventions contribuant à un résultat illicite.

Mais il est dans la nature des choses sociales qu'une série de gens honnêtes tirent profit, vivent parfois de situations immorales. Allait-on annuler le contrat d'engagement d'un employé de maison de jeu, les fournitures faites dans une maison de prostitution, le contrat dit boule de neige, etc.? Il a fallu s'arrêter.

De même il est parfois dangereux de scruter trop loin les motifs. Allait-on permettre de prouver par tous moyens qu'une libéralité est motivée par une filiation adultérine. C'eût été troubler davantage la société par cette recherche scandaleuse.

---

1 Rappr. Seferiadès, *Théorie de la cause*, th. Paris, 1897, p. 99. — Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, th. Poitiers, 1906, pp. 339 et 370.

2 V. Louis Lucas, *Volonté et cause*, p. 126.»

Ainsi la jurisprudence, partie d'un bel idéal a du s'arrêter impuissante devant le réseau serré des entrecroisements d'intérêts, se contentant de porter quelques coups lorsqu'elle le pouvait et la doctrine très stricte sur la notion de cause l'a encouragée à cette prudence qu'elle trouve encore trop hardie. De là cette chose complexe, délicate qu'est la théorie des contrats illicites, théorie toute de mesure, de doigté où les limites sont flottantes.

Telle est la jurisprudence. Il faut l'approuver[1], sauf à discuter des détails. La vie est complexe, ce ne sont pas huit articles du Code qui pourraient l'endiguer, il fallait construire à côté. C'est ce qu'elle a fait.

Si son esprit général ne donne pas une formule pour tout résoudre, il fait pénétrer les difficultés et agir en pleine connaissance des faits sociaux.

746 bis. — Nous rejetons donc les conceptions différentes de la cause. Nous ne pouvons admettre celle qui y voit une « nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait »[2] ce qui exclurait la théorie de la cause des actes à titre gratuit et établirait cette idée que toute prestation appelle une autre prestation, idée combattue par nous. La cause n'est pas non plus la considération de l'avantage que l'autre partie procure à la première par l'effet de la prestation réalisée[3]. C'est la théorie de l'utilité subjective de l'engagement et selon nous la théorie de l'ob

---

1 V. dans le même sens, Colin et Capitant, II, p. 317, qui admettent qu'il y a lieu de tenir compte d'un motif lorsqu'il est connu des parties. Car s'il est licite et que le but ne soit pas atteint, il y a lieu à résolution en vertu de l'art. 1184 et s'il est illicite ou immoral, le contrat ne peut, disent-ils, être exécuté. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 404, qui admet la nullité si le motif immoral est commun aux deux parties de sorte que tous deux ont visé au but immoral.

2 Louis Lucas, *Volonté et cause*, p. 134.

3 P. Colin, *Théorie de la cause des obligations conventionnelles*, th. Paris, 1896, pp. 50-53.

jet : celui-ci comprenant l'objet pris non matériellement, mais juridiquement, c'est-à-dire comme l'utilité subjective que peut avoir une chose.

La cause n'est pas non plus un motif spécial : la raison immédiate et directe opposée au mobile personnel à chaque contractant[1]. La limite de la cause et du motif est dans la mesure où les juges peuvent scruter les affaires privées.

Venezian[2] avait déjà fait sentir le caractère social de la cause, en observant qu'elle a pour source non pas la volonté de chaque contractant, mais la coopération qui se réalise, de sorte que l'antécédent de l'effet juridique est non pas une première et une seconde volonté, mais les deux combinées, la volonté commune. Il en tire cette conséquence que la cause peut aussi bien constituer une promesse, un fait.

C'était une première tentative pour s'évader des conceptions individualistes de la cause, en replaçant celle-ci dans la théorie sociale des contrats compris comme actes de coopération sociale placés sous la tutelle de la loi.

Plan

747. — Toute obligation, toute promesse ou dation qui a de la part du promettant une explication normale dans l'état actuel des mœurs est valable[3]. Ainsi une transaction est valable dès qu'il y a doute sur leurs droits dans l'esprit des parties[4].

Cette explication normale est ce qu'on nomme l'objet. On dit tantôt l'objet du contrat, tantôt objet de l'obligation, au fonds cela importe peu[5].

---

1 A. Colin et Capitant, II, p. 313.

2 *Causa nei contratti*, Opere guiridiche, I, p. 391.

3 V. cette notion de la cause très bien expliquée par un jugement du tribunal de commerce d'Anvers, 8 avril 1899, *Journ. Trib.*, 1899, 729.

4 Trib. Tongres, 29 juillet 1890 ; Pas. 1891, 3, 48.

5 V. Huc, VII, n° 63. — Demolombe, XXIV, n° 300. — Colmet de Santerre, V, n° 40. — Cf. Bufnoir, p. 510. — *Contrà :* Beudant.

Il ne faut pas chercher à donner des moyens purement mécaniques pour savoir si une obligation doit être respectée comme ayant un objet suffisant. Il faut se demander si dans la réalité des faits telle promesse doit être consacrée par le juge parce qu'elle a une explication plausible pour celui qui l'a fait et qu'elle ne contredit pas directement l'intérêt général.

C'est ainsi au fonds que procède la jurisprudence.

Nous allons en voir le développement soit à propos des obligations insuffisamment utiles pour le créancier (théorie de l'objet), soit à propos des obligations contraires à l'intérêt général (théorie de la cause).

En traitant ainsi la théorie de l'objet comme celle de l'utilité du contrat, nous rejetons à dessein la conception toute matérielle de l'objet que l'on admet d'ordinaire. Selon nous, c'est sur des concepts que des contractants s'accordent. Si cet accord existe la convention se forme. Quant à la réalité extérieure, si elle a été méconnue, il peut y avoir nullité pour erreur ou même aucune nullité si cette réalité autre a été éventuellement acceptée, ou encore on sera en face d'une non réalisation du contrat pour défaillance d'une condition.

SECTION I

UTILITE SUBJECTIVE DE L'OBLIGATION (THEORIE DE L'OBJET)

748. — La loi n'entend protéger que les obligations qui sont utiles pour le créancier. Une obligation qui pour celui-ci serait absolument vaine n'aurait pas besoin d'être protégée. Aussi cette obligation est-elle nulle[1].

---

n° 172. — Baudry et Barde, I, n° 243. — V. Planiol, II, n° 997, qui montre qu'à proprement parler le contrat n'a pas d'objet, mais des effets.

1 V. trib. Termonde, 13 fév. 1886, Pas. 1886, 3, 238 (promesse d'engagement militaire avec dédit faite à un particulier sans contrepres-

Ainsi une société est nulle, si elle résulte d'apports fictifs[1], à moins toutefois que la reconnaissance d'un apport fictif ne soit une donation déguisée[2].

Mais peu importe que l'obligation ne vise pas un objet matériel. Il suffit qu'elle vise un avantage, ainsi l'électricité[3], le froid industriel, une force motrice, peuvent être objets de conventions[4]. Elle peut viser un droit réel ou personnel, une simple détention qui sera transférée[5] ou un fait, une abstention[6], l'assurance contre le remboursement au pair d'une obligation sortie au tirage[7].

---

tation). — Cf. Besançon, 31 oct. 1894, *Gaz. Pal.*, 1894 ,2, 630. — Cf. Aubry et Rau, 5e éd, IV, p. 532. — Colmet de Santerre, V, n° 41. — Larombière, art. 1128, n° 7.

1 Cass. Req., 12 mars 1888, S. 1889. 1. 304. — Cass. Req., 14 juin 1887, S. 1887, 1, 407, avec note de M. Lyon-Caen. — Req., 25 mars 1903. D. 1904, 1, 241. — Douai, 6 août 1903, D. 1907, 2, 377. — Paris, 9 juill. 1883, *Rev. soc.*, 1883, 592. — Besançon, 27 mars 1903. S. 1904, 2, 89; D. 1904, 2, 241. — Lyon, 14 juin 1895, S. 1896, 2, 203. — Civ., 21 oct. 1895, S. 1898, 1, 43. — Req., 17 mars 1905, S. 1905, 1, 324. — Thaller et Pic, II, n° 833 et I, n° 41. — Hémard, *Nullités de sociétés*, n° 23.

2 Civ., 5 janv. 1886, S. 1886, 1, 241 avec note de Labbé. — Aubry et Rau, IV, § 377, note 3. — Laurent, XXVI, n° 144. — Baudry et Wahl, n° 6. — Arthuys, I, n° 30. — Houpin, I, n° 36 — Guillouard, n° 65.

3 V. not. trib. corr. Toulouse, 12 mai 1897, D. 1897, 2, 367. — On traite ici seulement sur la nature du contrat de fourniture d'électricité, v. Pilon. *Le problème juridique de l'électricité*, *Revue de dr. civil*, 1904, p. 5. — Mouttet, *Contrat d'abonnement*, thèse Berne, 1909. — Cattaneo, *Contratto. di distribuzione d'énergia. electrica. Archiv. guiridio*, 1895, II, p. 94. — *Studii sull. energie come oggetto. di contratto Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. 354.

4 V. Trib. corr. Lyon, 3 juin 1909. D. 1910, 2, 319 (froid industriel). — Huc, X, n° 274 (force motrice).

5 Aubry et Rau, IV, p. 533. — Baudry et Barde, I, 286. — Bufnoir, p. 511. — Huc, VII, n° 66. — Demolombe, XXIV, n° 303. — Larombière, art. 1127, n° 2. — Laurent, XVI, n° 74. — Colmet de Santerre, V, n° 41. — Beudant, n° 176.

6 V. Planiol, II, n° 998.

7 Trib. Boulogne-sur-Mer, 22 déc. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 531.

En vertu de cette idée, il faut déclarer nulle la vente ou le contrat d'assurance portant sur un objet inexistant ou qui a déjà péri[1] : un animal mort, un navire en mer qui a sombré[2], ou encore la cession d'un bail résilié[3], d'une créance inexistante[4] ou remboursée, même par un lot, si c'est une valeur à lot[5]. Il faut annuler aussi l'entente et le versement d'argent pour des opérations fictives[6], le contrat sur le privilège de l'exercice d'une profession, alors qu'il était aboli[7], sur un brevet d'invention nul, un droit d'au-

---

1 Cass. civ., 21 fév. 1837 et 15 juin 1842 et Req., 22 août 1844. D., v° Brevet, n°s 214 et 82. — Cass. Req., 15 juin 1858, D. 1858, 1, 453. — Trib. Nice, 15 avril 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 2, 263 (contenu d'un coffre-fort presque vide). — Laurent, XVI, n° 113. — Beudant, n° 178. — Baudry et Saignat, n° 98. — Demolombe, XXIV, n° 321. — Baudry et Barde, I, n° 246. — Planiol, II, n° 1006. — Bufnoir, p. 512. — Cf. art. 359 comm. — Hémard, *Nullités de sociétés*, n° 22.

2 Cass., 5 frim., an XIV, S. chr. — Huc, VII, n° 67.

3 Pau, 21 mars 1893, S. 1893, 2, 168.

4 Cf. Montpellier, 21 fév. 1895, S. 1896, 2, 185 avec note de M. Wahl. — V. Cass. civ., 23 déc. 1902, D. 1904, 1, 280. — Paris, 7 ventose, an XI, S. chr. — Grenoble, 19 mars 1875, D. 1877, 2, 202. — Trib. comm. Seine, 29 déc. 1897, *Journ. Trib. comm.*, 1899, 257. — Trib. comm. Seine, 12 nov. 1897, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 249, obligation sortie au tirage et 8 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 28 janv. 1898. — Cf. pour une autre chose inexistante, Bordeaux 10 nov. 1836, D. v° *Vente* n° 471.

5 Trib. Seine, 21 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 710. Ici, comme le droit au lot est le prolongement de l'obligation, il me semble plus exact de parler d'erreur sur la substance. — Cf. Paris, 2 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 2, v° *Ag. de change*, n° 19. — Trib. Seine, 14 avril et 15 oct. 1887, id., 1888, 1, v° *Agent de change*, n°s 2 et 5 implic.).

6 Trib. comm. Seine, 13 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 238. D'où cette conséquence que les bénéfices touchés de bonne foi seront restitués.

7 Turin, 6 juin 1807, S. chr. — Cf. un cas analogue, Req. 30 juill. 1873, S. 1873, 1, 448.

teur éteint[1], ou sur des betteraves pourries par suite de gelées[2].

Le contrat en pareil cas n'a pour celui qui devient créancier de cette chose qu'une utilité tellement dérisoire qu'il n'y a pas à le protéger en le déclarant valable.

Il faut déclarer nulle la vente des actions d'une société nulle si du moins le titre révèle la nullité[3], l'apport d'une concession de mine dont la cession est refusée par le Gouvernement[4].

Si une des parties a connu la perte de la chose, le contrat reste nul. Mais cette partie doit-elle des dommages-intérêts? On peut soutenir qu'il y a une faute commise, un dol[5].

Si les deux parties avaient connu la situation, il y aurait alors absence d'indemnité, vu qu'il y a faute égale de chaque côté[6].

Cette connaissance de fait s'établit par tous moyens de preuve, mais pour l'assurance maritime, les art. 365 et suiv. établissent des présomptions.

Si aucune des parties n'a connu la situation, ne peut-on pas dire que l'une pourra être tenue de dommages-intérêts pour ne pas s'être informé. On ne l'a pas admis au cas où un banquier assure contre le remboursement de titres au pair, sans vérifier les listes de tirage[7]. On peut discuter

---

1 V. Cass., 28 fév. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 24 mars (marque tombée dans le domaine public).

2 Req., 5 fév. 1906, D. 1907, 1, 468.

3 Cas. civ., 3 juin 1885, S. 1885, 1, 259; D. 1885, 1, 25. — Cf. Beudant, *Vente*, n° 87. — V. *infrà*, n° 752.

4 Riom, 30 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 244.

5 Baudry et Barde, I, n° 246, admettent qu'il y a toujours faute, car celui qui promet sa chose même de bonne foi, doit savoir si elle existe. Cette opinion doit être approuvée. — V. de même Jhering, *Œuvres choisies*, *Culpa in contrahendo*, II, n° 25. — Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, 5e éd., IV, p. 177.

6 V. sur ces points, Larombière, art. 1128, n° 9.

7 Trib. Boulogne-sur-Mer, 22 déc. 1916, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 5, 31, v. *Revue de dr. civil*, 1918, p. 117.

cette solution et admettre que celui qui professionnellement est spécialement à même de se renseigner doit le faire.

749. — Partant de la même idée, la jurisprudence annule tout contrat d'apparence aléatoire où une personne ne risque que de supporter des pertes sans avoir de chances de gain[1] ou inversement[2].

Ainsi la cour suprême annule un syndicat d'émission où les syndiqués ne courent pas un risque sérieux[3].

Cette jurisprudence a déjà un précédent dans l'art. 1971 Civ. qui annule le contrat de rente viagère sur la tête d'une personne vivante (art. 1975), qui décède dans les vingt jours du contrat d'une maladie dont elle était déjà atteinte au moment de la convention, l'aléa ayant été ici insuffi-

Elle ne fait exception qu'au cas où le prétendu contrat aléatoire n'est dans l'intention des parties qu'une donation déguisée[5].

Mais un risque même minime est suffisant pour valider le contrat. Ainsi un prêteur peut se faire assurer par le débiteur même contre le risque qu'il courra si un ordre est ouvert, pourvu que cela ne dissimule pas une convention usuraire[6].

---

1 Cass. civ., 11 nov. 1889, D. 1890, 1, 293.

2 Trib. Seine, 24 juillet, 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, supp., 20, et 20 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2, 153 (syndicats d'émission). Cass. Req., 28 janv, 1879, S. 1880, 1, 212; D. 1880, 1, 54. (Vente contre rente viagère payable le jour où le vendeur viendra habiter chez l'acheteur, lorsque le vendeur meurt avant ce moment).

3 Cass. civ., 11 déc. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 1, 187, S. 1904, 1, 262; D. 1901, 1, 257, *Rev. de droit civil*, 1904, 561. Cf. Leroy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, p. 261.

4 V. sur la raison d'être de ce texte, Colin et Capitant, II, p. 692. — Planiol, note dans D. 1905, 1, 89.

5 Cass. Req., 9 juill. 1879, D. 1881, 1, 27. — Cass. civ., 3 déc. 1912, Gaz. Trib., 1913, 1er sem., 1, 80, D. 1913, 1, 175. — Poitiers, 6 mai 1901, *Gaz. Pal.*, 1902, 1, 378, sol implic.

6 Paris, 9 août 1899, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 2, 73.

Le contrat peut cependant être conclu de façon aléatoire. On peut acheter, assurer un navire en mer, une cargaison sur bonne ou mauvaise nouvelle (cf. art. 367 Comm. pour l'assurance)[1], prendre un commerce à liquider en renonçant à tout recours en cas de perte[2], partager une succession sans se préoccuper de l'étendue de ses droits[3].

Mais la jurisprudence entend cet aléa de façon sévère. Il faut dans le contrat aléatoire qu'il ne soit pas impossible qu'un des contractants ait des bonnes chances en même temps qu'il en a de mauvaises[4].

Ainsi est nulle l'assurance sur bonne ou mauvaise nouvelle si l'assuré sait que la chose a péri.

En vertu de la même idée, si la vente contre rente viagère est faite pour une rente inférieure au revenu du bien vendu, elle est nulle. Elle n'a pas de prix réel et sérieux, dit la jurisprudence. Il faudrait plutôt dire : l'aléa n'existe pas à plein jeu, pouvant donner un bénéfice ou une perte. Il est en réalité, exclu comme dans l'assurance du navire que l'on sait péri, détruit.

Cette jurisprudence très bien établie[5] a été cependant dis-

---

1 L'art. 2 de la loi allemande des assurances du 30 mai 1908, valide cette assurance, sauf mauvaise foi d'un contractant : l'art. 9 et l'art. 10 de la loi suisse du 2 avril 1908, annulent le contrat sauf certaines réserves.

2 Lyon, 21 nov. 1901, *Mon. de Lyon*, 18 janv. 1902.

3 Cass. civ., 19 avril 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 173. D. 1883, 1, 77. — S. Feriadès, *Etude critique de la cause*, th. Paris, 1897, p. 90.

4 Req., 27 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 2 juin 1908.

5 Limoges, 5 mai 1880, S. 1881, 2, 148 ; D. 1881, 2, 50. — Douai, 14 juin 1852, S. 1853, 2, 97 ; D. 1853, 2, 89. — Pau, 29 déc. 1886, S. 1888, 2, 107. — Req., 7 août 1849. D. 1849, 1, 245. — Orléans, 24 mai 1831, S. 1831, 1, 226. — Cass, 28 déc. 1831, S. 1832, 1, 300 — Angers, 21 fév. 1828, S. chr. — Paris, 25 juill. 1826, S. chr. — Bourges, 10 mai 1826, S. chr. — Paris, 12 juill. 1808, S. chr. — Cass., 2 juill. 1806, S. chr. — Poitiers, 23 therm. an XI, S. chr. — Bordeaux, 7 août 1849, S. 1850, 2, 113. — Req., 15 mai 1899, D. 1899,

cutée. M. Planiol[1] observe que c'est une règle inapplicable aux choses non frugiferes et qui pour les choses frugiferes est peu exacte : certains domaines rapportant moins qu'ils ne coûtent d'entretien et le prix, la valeur d'une chose pouvant être élevée sans qu'elle donne de revenus. Cela est vrai, mais l'inverse est moins exact. Il ajoute que la jurisprudence si elle veut contrôler le taux des rentes va à l'arbitraire. Mais nous avons vu qu'en fait elle se montre très prudente pour annuler les contrats aléatoires.

Si un contrat apparaît réellement aléatoire, le fait qu'il a un objet sauf que les risques en pèsent sur celui qui en est créancier ne l'empêche pas d'avoir une utilité suffisante[2].

750. — Si une chose objet d'un contrat n'a péri qu'en partie, faut-il dire qu'on généralisera ce que l'art. 1601 dit

---

1, 312. — Req., 26 avril 1893, D. 1893, 1, 359; S. 1893, 1, 413. — Req., 28 oct. 1895, D. 1896, 1, 36. — Civ. 16 mai 1866, S. 1866, 1, 349 (impl.). — Req. 1er mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1. 654; D. 1911, 1, 353; S. 1911, 1, 429. — Cass. Req., 27 mai 1908, D. 1908 1, 480, *Gaz.* Pal., 1908, 2. 229, S. 1911, 1, 459. — Cass. 15 mai 1899, S. 1900, 1, 175; D. 1899, 1, 312, Pand. fr., 1900, 1; 101. — Trib. Tours, 22 déc. 1896. *Gaz. Pal.*, 1897, 1, supp., 26. — Orléans, 3 fév. 1898, Pand. fr., 1898, 2, 294. — Trib. Toulouse, 7 mars 1912, *Gaz. Trib.*; 1912, 2e sem., 2, 223. — Aubry et Rau, IV, § 349. note 26. 4e éd. — Laurent, XXIV nº 85. — Colmet de Santerre, VII, nº 14 *bis*, III. — Guillouard, *Vente*, I, nº 97. — *Contrà:* Agen, 17 fév. 1830, 5 mai 1829, S. 1832. 2, 109. — Cass., 16 mars 1822, S. chr. — Cf. Baudry et Wahl, *Contrats aléatoires*, nos 182 et 246. et Wahl. S. 1892, 2, 225, qui voit là une donation. — S'il y a un prix réel peu importe que le crédi rentier meure avant le premier terme, trib. Castelnaudary, 23 juin 1897, *Droit*, 8 août 1897.

1 Note Dall., 1911. 1. 353. — V. de même Baudry et Saignat, *Vente*, nº 131.

2 Il nous semble donc inutile de faire appel ici à l'idée que dans l'assurance l'assureur est un professionel et que vu la loi des grands nombres il n'y a pas aléa pour l'ensemble des assurés, ce qui n'éclairera qu'un contrat aléatoire, celui d'assurance.

pour la vente et que le créancier pourra abandonner la vente ou exiger une ventilation[1] ?

Larombière l'a soutenu. Il semble plus exact de dire que le contrat est nul si la partie périe est de telle importance qu'il est évident que sans elle on n'aurait pas contracté. Sinon le contrat restera intact[2]. Nous le dirons même pour le bail où l'on a proposé d'étendre l'art. 1721 Civ et de laisser le choix entre la résiliation et la réduction[3].

751. — Le contrat par lequel un généalogiste révèle, moyennant rétribution, à une personne une succession qui lui est échue est valable, car il a une utilité pour l'héritier en lui faisant connaître une nouvelle qu'il aurait ignoré sans cela. C'est en somme la vente d'une nouvelle. Elle est tout aussi valable que les ventes de nouvelles que les agences de dépêches font à leurs clients sous le nom d'abonnement.

Aussi la jurisprudence admet-elle que le contrat de révélation de succession est légal[4]. Peu importe

---

1 Larombière, art. 1128, n° 8. — Demolombe, XXIV, n° 322. — Baudry et Barde, I, n° 246. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 129. — Guillouard, I, n° 73. — Cf. sur la portée de l'art. 1601, Aubry et Rau, V, 5e éd., p. 12 qui exige que la partie périe soit importante, v. de même Colmet de Santerre, VII, 30 *bis*, II. — Cf. Req., 12 juin 1901, S. 1902, 1, 232. — *Contrà:* Huc, X, n° 70. — Guillouard, I, n° 168.

2 V. pour la société, Req., 30 avril 1900, D. 1901. 1, 315, Pand. fr., 1901, 1, 79. — Pour une transaction, Cass. Req., 18 janv. 1904, S. 1905, 1, 86.

3 V. en ce dern. sens Guillouard, I, n° 73. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 160. — Baudry et Saignat, *Vente*, n° 99.

4 Trib. Saumur, 31 juill. 1915, S. 1915, 2, 78; D. 1917, 2, 75. — Rennes, 29 juill. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 460. — Trib. Seine, 23 avril 1909, id., 1er sem., 2, 480. — Poitiers, 2 fév. 1907, D. 1908, 2, 332 (impl.). — Trib. Nevers, 15 mars 1905, D. 1906, 5, 14;

qu'un court délai ait séparé le décès et le contrat[1].

Mais si la révélation n'est pas un secret véritable, si l'héritier aurait de lui-même facilement découvert son droit, le contrat n'a pas pour lui d'utilité sérieuse et il est

---

S. 1906, 2, 219. — Trib. Seine, 21 mars 1905, D. 1906, 5, 5. Bordeaux, 18 juill. 1898, D. 1899, 2, 95; S. 1899, 2, 235 — Paris, 12 mars 1894, D. 1894, 2, 484; S. 1894, 2, 193. — Rouen, 14 mai 1872, D. 1874, 5, 357. — Paris, 27 juin 1863, D. 1863, 2, 164 et sur pourvoi, Cass. civ., 7 mai 1866, D. 1866, 1, 247; S. 1866, 1, 273. — Trib. Montauban, 17 mars 1894, S. 1894, 2, 150. — Paris, 28 juill. 1879, S. 1880, 2, 262. — Paris, 17 mai 1867, S. 1868, 2, 5. — Trib. Corbeil, 29 déc. 1911, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 123. — Lyon, 13 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 544. — Trib. Lyon, 19 jánv. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 194. — Rouen, 15 mai 1909, S. 1909, 2, 207. — Trib. de Châteaudun, 23 mai 1903, *Gaz. Pal.*, 1903, 1, 318. — Trib. Saint-Mihiel, 7 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 1899, 2e sem., 2, 476. — Trib. Seine, 23 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 599. — Trib. Seine, 1er avril 1908, *Gaz. Trib.*, 23 sept. 1908. — Caen, 5 juin 1907, *Rec. Caen*, 1907, 1, 220. — Trib. Nantes, 13 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 102. — Trib. Seine, 24 mars 1891, *le Droit*, 9 avril 1891. — Trib. Seine, 20 janv. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 315. — Trib. Seine, 12 juin et 9 août 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 800. — Cass. belge, 12 juill. 1894, Pas. 1894, 1, 263. — Bruxelles, 26 juin 1895, Pas. 1896, 2, 161. — Liège, 12 mars 1893, D. 1894, 2, 381; S. 1893, 4, 21. — Cass. Belgique, 12 juill. 1894, D. 1896, 2, 4, avec concl. de M. Melot. — Trib. San-Remo, 20 avril 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 123. — Trib. Seine 21 mars 1905, *Loi*, 12 avril 1905. — Trib. Montauban, 17 janv. 1894, S. 1894, 2, 150. — Trib. Seine, 9 mai 1883, D. 1884, 3, 111. — Trib. Courtrai, 22 juill. 1892, S. 1893, 4, 21. — Cass. Turin, 9 mai 1882, S. 1882, 4, 33; D. 1882, 5, 12. — Paris, 12 août 1880, S. 1881, 2, 87; D. 1882, 2, 115. — Trib. Charleroi, 10 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 43. — Paris, 28 nov. 1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 106. — Aubry et Rau, IV, p. 556. — Demolombe, XXIV, n° 335 *ter*. — Laurent, XVI, n° 119. — Huc, VII, n° 72. — Baudry et Barde, I, n° 312. — Malézieux, *Le généalogiste devant la loi*, thèse Lille, 1910. — Dabin, *op. cit.*, p. 114. — Cf. trib. Nevers, 13 mars 1905, S. 1906, 2, 219.

[1] Trib. Saumur, 31 juillet 1915, *Gaz. Trib.* 1915, 1er sem., 2, 264.

sans valeur[1]. Mais l'héritier doit prouver cette circonstance[2].

Dans la pratique, les tribunaux ont parfois tenu compte pour valider le contrat de ce qu'un héritier connaissant son droit avait intérêt à rechercher s'il y avait des cohéritiers, ce qui semble admissible, car le généalogiste a, en exécutant ce mandat, a été utile à l'héritier ignorant[3], ou de ce que le généalogiste avait facilité les recherches pour dire qu'il y avait gestion d'affaires[4].

La jurisprudence bien fixée sur le principe de la validité du contrat en général hésite seulement parfois pour savoir si les tribunaux peuvent réduire la quote-part stipulée par le généalogiste[5].

---

1 Rouen, 15 mai 1909, D. 1910, 2, 167; S. 1909, 2, 207. — Dijon, 21 juill. 1880, S. 1881, 2, 85, D. 1882, 2, 115. — Trib. Seine, 31 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 254. — Paris, 28 juillet 1879, précité. — Paris, 29 nov. 1919, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 220. — Trib. du Puy, 13 août 1908, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1908. — Trib. Seine, 23 avril 1900, cité. — Caen, 5 juin 1907, précité (succession de la mère). — Trib. Seine, 25 mars 1908, *la Loi*, 26 mai 1908. — Caen, 20 juill. 1898, *Rec. Rouen*, 1898, 2, 181. — Trib. Belfort, 21 nov. 1899, *la Loi*, 9 janv. 1900. — Agen, 30 nov. 1885, *Rec. Agen*, 1885, 308. — Trib. Seine, 4 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem. 2.230. — Liège, 17 déc. 1902, Pas. 1903, 2, 206. — Trib. Bruxelles, 24 fév. 1909, *Belgique judic.*, 1909, 392. — Trib. Liège, 25 mars 1893, Pas. 1893, 3, 195, S. 1893, 4, 21. — V. dans le même sens, Thiroux, *Les chercheurs de successions*, *Revue pratique*, tome XXIII, p. 357. — Huc, VII, n° 72. — Giorgi, III, n° 392.

2 Trib. Seine, 23 avril 1909, précité. Et il suffit que les renseignements aient pu être utiles pour que le contrat soit valable. — Lyon, 1er mars 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 75.

3 Bordeaux, 18 juill. 1898, précité. — Bordeaux, 12 déc. 1910, *Rec. Bordeaux*, 1911, 1, 87. — Caen, 11 mars 1908, *Rec. Caen*, 1908, 140.

4 Trib. Belfort, 21 nov. 1899, précité.

5 V. pour la négative, Rennes, 29 juill. 1909, précité. — Paris, 12 mars 1894, précité. — Paris, 27 juin 1863. — Bordeaux, 18 juill. 1898 (sous réserve de faute du généalogiste). — Trib. Montauban, 17 mars 1894. — *Contrà:* Trib. Brest, 9 déc. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 460.

752. — Les mêmes solutions doivent s'étendre aux autres agences de renseignements. Ainsi est sans cause la promesse à un agent de location, si elle vise un immeuble qu'on a loué, mais dont on a eu l'indication par ailleurs[1]. Mais il pourrait être stipulé que le contrat est fait à tout risque, quelque soit son utilité réelle.

Inversement est valable le contrat par lequel une agence de renseignements vend une fiche de renseignements à une personne qui se présente. Malgré l'ingérence que cela suppose dans les affaires des tiers, ce renseignement peut être objet de contrat, vu le besoin de connaître la solvabilité de tiers avec qui on a traité[2].

Ou encore est valable la promesse d'indication d'un office ministériel à vendre, même s'il est convenu qu'on considérera le renseignement comme utile dès qu'on n'aura pas reçu dans un certain délai indication de son inutilité[3].

753. — Pour la vente d'une clientèle de médecin, la jurisprudence a décidé dans d'anciens arrêts qu'elle était nulle, car elle ne correspondait à rien de réel, le client ne pouvant continuer à venir chez le successeur que pour des raisons purement personnelles[4]. L'argument était faible, car on peut en dire autant de toute vente de clientèle, même de celle d'un fonds de commerce, où il y a toujours une part de considération personnelle.

Aussi la jurisprudence a-t-elle indirectement annihilé son principe, en disant que l'on pouvait valablement promettre

---

1 Just. paix. Bruxelles, 23 mars 1904, Pand. per., 1904, 437. — V. de même trib. Seine, 5 mars 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2. 309 (agence de cessions d'offices).

2 Sumera, *Responsabilité des agences de renseignements*, *Ann. dr. comm.*, 1899, p. 48.

3 V. Trib. Seine, 4 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 450.

4 Trib. Seine, 25 fév. 1846, D. 1846, 3, 62; S. 1846, 2, 142 et Paris, 29 déc. 1847, D. 1847, 5, 495; S. 1848, 2, 64. — Trib. Beaupreau. 29 août 1848, D. 1850, 2, 193. — Trib. Meaux, 27 août 1849, D 1851. 2. 185. — Trib. sup. des 2 Ponts, 28 nov. 1900, S. 1903, 4, 7. — Beudant, nº 178.

de présenter un nouveau médecin dans sa clientèle et de ne plus exercer dans un certain rayon[1]. Alors on n'annulerait plus que la vente après décès par les héritiers[2]. Elle est même arrivée à dire que l'expression vente de clientèle visait en réalité cet engagement[3] et finalement à affirmer plus simplement que la vente de clientèle est valable[4] A.

---

1 Douai, 25 mai 1906, D. 1911, 2, 332 (chirurgien dentiste). — Nancy, 23 fév., 1909, D. 1909, 5, 76. — Trib. Châteauroux, 25 juill. 1898, D. 1899, 2, 255; S. 1899, 2, 286. — Paris, 3 août 1894, D. 1896, 2, 31; S. 1895, 2, 43. — Paris, 25 juin 1884, D. 1886, 1, 175. — Paris, 6 mars 1851, D. 1851, 2, 185; S. 1851, 2, 278. — Angers, 8 déc. 1848. D. 1850, 2, 193; S. 1849, 2, 105. — Amiens, 30 nov. 1905, S. 1906, 2, 298, *Rev. de dr. civil*, 1907, 415. — Trib. Seine, 22 nov. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 208, Pand. fr., 1905, 2, 52. — Riom, 13 mars 1894, S. 1895, 2, 43. — Trib. de Charleville, 30 juill. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 166. — Paris, 29 avril 1865, S. 1865, 2, 123. — Lyon, 2 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 23 août 1912. — Paris, 20 juill. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 308. — Trib. Versailles, 8 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 62. — Cf. Giorgi, III, n° 396.

2 V. Paris, 25 juin 1884, S. 1884, 2, 176; D. 1886, 1, 175. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2106. — Baudry et Barde, I, n° 258. — Cf. Req., 12 mai 1885, S. 1885, 1, 440; D. 1886, 1, 175. — V. cep. trib. Versailles, 8 juin 1894, précité. Et encore la jurisprudence arrive après décès à valider le contrat, par lequel on promet de céder le bail, le mobilier, de remettre la liste de clients, trib. Seine, 3 déc. 1917. *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 236.

3 Req., 13 mai 1861, D. 1861, 1, 326; S. 1861, 1, 638. — Paris, 3 août 1894, S. 1896, 2, 158; D. 1896, 2 31. — Riom, 13 mars 1894; S. 1895, 2, 43. — Angers, 28 déc. 1848, S. 1849, 2, 205; D. 1850, 2, 193. — Trib. Seine, 17 mars 1846, D. 1846, 3, 62. — Aubry et Rau, IV, p. 538. — Baudry et Barde, I, n° 258. — Bufnoir, p. 515. — Demolombe, XXIV, n° 342. — Laurent, XVI, n° 96. — Baudry et Saignat, n° 103.

4 Paris, 10 mars 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 491; D. 1911, 2, 332 (chirurgien dentiste). — Trib. Seine, 22 fév. 1906, *Gaz. Trib.*, 8 août 1906 (vente de maison de santé). — Trib. Seine, 17 mars 1846, D. 1846, 3, 62. — Huc, X, n° 58. — Baudry et Saignat, *Vente*, n° 103. — V. cep. *contrà:* Loubers, *Cession de clientèle médicale, Rev. générale de droit*, 1905, p. 524. — Cf Perreau, *Nature juridique des cessions de clientèles civiles, Rec. Académie de législation*, 1912, p. 389. — Fubbini, *Studii di jurisprudenze civile*, p. 104.

A. — Formule de vente de clientèle médicale.

Quelques décisions seules ont jugé nulle la vente de clientèle de médecine, même lorsque la cession du mobilier, du droit au bail, la promesse de ne plus exercer s'y joignent accessoirement[1].

Ces solutions devraient être étendues à l'apport d'une clientèle dans une société : par exemple une société pour exploiter une clinique, un établissement thermal.

754. — *A fortiori*, il faut considérer comme valable les autres ventes de clientèle où la qualité de la personne a bien son importance, mais où, comme il ne s'agit plus de la vie humaine, elle est moins prépondérante.

Ainsi il faut admettre la cession d'une clientèle de dentiste[2], de médecin vétérinaire[3], celle d'un cabinet d'archi-

---

Le docteur N..., promet de ne plus jamais exercer la médecine à dater du... dans les communes de... Il promet en outre, par tous moyens en son pouvoir de faciliter à M. le Dr X..., l'acquisition d'une clientèle en le présentant lui-même à ses anciens clients.

Il déclare, en outre, lui céder le droit au bail de l'immeuble où il habite rue..., dans les conditions suivantes...

En échange de quoi M. le Dr X..., promet la somme suivante payable.

Pour chaque contravention constatée à ses obligations, le Dr N..., paiera au docteur X... une somme de... à titre d'indemnité.

1 Trib. Seine, 22 nov. 1904, Pand. fr., 1905, 2, 52. — Trib. Saint-Brieuc, 20 janv. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 179. — Trib. Seine, 17 fév. 1905, *Gaz. Trib.*, 5 août 1905. — *Adde*, Req., 12 mars 1885, S. 1885, 1, 440; D. 1886, 1, 175 (vente par les héritiers après décès).

2 Trib. Montpellier, 5 juin 1890, *le Droit*, 14 oct. 1890. — Paris, 10 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 2, 406, D. 1911, 2, 332, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 491. — Paris, 20 juill. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 308. — *Contrà :* trib. Pau, 14 fév. 1903, *la Loi*, 7 mai 1903.

3 Trib. Seine, 20 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., 2, 439. — Trib. Doullens, 8 mai 1908, D. 1910, 2, 92. — *Contrà :* Aix, 15 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 347, S. 1906, 2, 299. Mais les circonstances spéciales de la cause expliquent cette décision.

tect[1], celle d'un pensionnat[2], la cession d'une maison de santé dirigée par un non médecin[3].

Ou encore il faut valider les ventes de clientèles soumises à certains agréments : celle de tenancier d'un bureau de placement payant[4], d'agréé au tribunal de commerce[5], de commissionnaire au Mont de Piété[6], celle d'un portefeuille d'agent d'assurances[7], en ajoutant bien entendu que la cession sera nulle si l'agrément nécessaire n'est pas obtenu. Il faut de même valider leur mise en société[8].

Mais par contre, il est admis que la clientèle d'un avocat est incessible[9]. Cela tient non pas à ce que l'avocat ne peut poursuivre le paiement de ses honoraires, car les tribunaux le lui permettent, mais aux règles de la profession. De même le poste de syndic de faillite résultant d'un mandat tout personnel ne peut être cédé[10].

---

1 Trib. Nancy, 19 fév. 1895, D. 1895, 2, 433, qui toutefois se contente de valider la promesse de non concurrence. — Toulouse, 4 janv 1900, *Gaz. Midi*, 18 mars 1900. — Huc, X, n° 58. — Baudry et Saignat, *Vente*, n° 103, 1.

2 Trib. Seine, 26 déc. 1902, *Gaz. Trib.*, 1903, 1er sem., 2, 363.

3 Trib. Seine, 7 janv. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 58.

4 Baudry et Saignat, *Vente*, n° 107, II.

5 Req., 14 déc. 1847, S. 1848, 1, 98 ; D. 1848, 1, 12. — Bordeaux, 23 janv. 1865, S. 1866, 2, 32. — Baudry et Barde, I, n° 256. — *Vente*, n° 173. — Baudry et Saignat, n° 102.
Aubry et Rau, IV, p. 539. — Demolombe, XXIV, n° 341. — Guillouard.

6 Aubry et Rau, IV, p. 539. — Baudry et Barde, I, n° 257. — Guillouard, *Vente*, n° 173. — Req., 15 janv. 1855, S. 1855, 1, 366 ; D. 1855, 1 ,345. — Req., 2 août 1852, S. 1852, 1, 708, D. 1852, 1, 217. — Paris, 10 août 1850, S. 1850, 2, 533 ; D. 1851, 2, 157.

7 Besançon, 29 déc. 1875, S. 1878, 2, 65 ; D. 1877, 2, 123. — Lyon, 12 juillet 1877, S. 1878, 2, 65 et la note. — Guillouard, *Vente*, n° 173. — Baudry et Saignat, n° 104.

8 Paris, 5 mars 1881, S. 1881, 2, 130 ; D. 1882, 2, 39 (facteur des Halles). — Guillouard, *Soc.*, n° 52. — Baudry et Wahl, n° 69. — Houpin, I, n° 33.

9 Demolombe, XXIV, n° 343. — Baudry et Saignat, n° 103, II.

10 Besançon, 29 déc. 1875, précité.

755. — Les mises en société de clientèles des professions libérales sont-elles possibles ?

Pour la pharmacie, qui est un commerce réglementé, la jurisprudence très ferme fondée sur l'édit du 25 avril 1777 art. 1er, interdit la mise en société des officines[1].

Mais il en est autrement pour la médecine. On a admis la validité de société entre un médecin et un non diplômé pour établir une maison de santé[2], pour établir une clinique où le médecin aura seul, la direction médicale[3]. Il faudrait à plus forte raison admettre les sociétés entre médecins pour organiser une clinique, certains établissements thérapeutiques, etc., ou les sociétés entre vétérinaires[4], architectes, etc., avec apports de clientèle, entre facteurs aux halles[5].

756. — Aubry et Rau ont représenté les actes d'une profession littéraire, scientifique ou artistique comme ne pouvant eux-mêmes et directement faire l'objet d'un contrat. Tel l'engagement de traiter un malade[6]. Mais si un objet matériel doit résulter de la profession littéraire, etc., ils admettent qu'il y a un contrat valable. Enfin ils admettent que l'exercice de la profession libérale peut être la cause d'une rémunération.

Il y a là cette vieille idée aristocratique que les professions libérales sont hors du commerce, ne dérogent pas. Il est bien plus simple de ne pas raffiner tant et d'admettre que toute profession libérale peut donner lieu à contrat.

757. — Lorsqu'une société par actions est déclarée nulle,

---

1 Cf. Alger, 1er avril 1904, *Mon. Lyon*, 30 mars 1905, v. *infrà*.

2 Trib. Seine, 6 déc. 1899, *le Droit*, 24 janv. 1900. — V. *infrà*.

3 Trib. Seine, 3 juin 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e. 2, 494. — Cf. *Ann. dr. comm.*, 1905, p. 93.

4 V. cep. trib. Marseille, 24 mars 1904, S. 1906. 2, 299.

5 Guillouard, *Société*, n° 52. Adde, décr. 8 oct. 1907, art. 23 (mandataires).

6 IV, p. 533, Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 180, qui excepte les œuvres de l'esprit et de la main : un roman, un tableau, etc. — Cf. Req., 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401. — *Contrà :* Laurent, XVI, n° 80

cette société d'après une jurisprudence constante ayant une existence de fait, les négociations auxquelles les actions ont pu donner lieu restent valables, à moins que la nullité ne résulte de la seule vue des actions. Cette solution était d'ailleurs imposée par de puissantes considérations pratiques. La nullité de toutes les transactions sur les actions aurait jeté la plus grande perturbation dans les affaires : les mêmes actions ayant pu être négociées un grand nombre de fois[1].

En outre, on peut rattacher cette solution à la très importante jurisprudence qui s'est formée sur les nullités de société[2], jurisprudence qui fait ressembler beaucoup plus la société annulée à une société valable, mais dissoute qu'à une société rétroactivement nulle. Dès lors, l'action a un objet véritable, elle s'est rapportée à une société qui a duré, qui a produit des effets qui subsistent. Sa négociation ne peut être assimilée à celle n'ayant qu'un objet fictif.

La même solution doit être donnée *a fortiori* pour les négociations des autres titres d'une société plus tard annulée : obligations, parts de fondateurs, titres de créances. La société nulle ayant une certaine existence de fait qui a des conséquences juridiques, les titres en question ont été valablement négociés ou cédés.

---

1 Paris, 28 avril 1887, S. 1891, 1, 321. — Orléans, 24 juill. 1890, S 1891, 2, 154 — Cass. civ., 9 nov. 1892, S. 1893, 1, 361, 2 arr. — Lyon, 23 janv. 1884, D. 1884, 2, 153; S. 1884, 2, 49, avec note de M. Lyon Caen. — Lyon, 8 mai 1884, S. 1884, 2, 107. — Cass. civ., 3 juin 1885, S. 1885, 1, 259 avec concl. de l'av. gén. Desjardins; D. 1886, 1, 25, 2 arr. — Lyon, 22 août 1882, *Journ. Sociétés*, 1883, p. 123. — Req., 8 nov. 1920, D. 1921, 1, 241. — Thaller, *Rev. critique*, 1883, p. 319. — Vavasseur, *Société*, I, n° 477. — Pelagot, *Journ. Val. mobilières*, 1883, p. 419. — Thaller, *Dr. comm.*, n° 618. — Lacour, n° 509. Lyon-Caen et Renault, II, n° 787. — A. Colin et Capitant, II, p. 428. — V. cep. *contrà:* Cass. civ., 30 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 1, 180, S. 1913, 1, 139, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 424. — Trib. Lyon, 5 janv. 1884, S. 1884, 2, 53 en note. — Paris, 1er juill. 1886, S. 1888, 2, 182 (négociations d'action de société non encore constituée).

2 V. Loubers, *Nullité de sociétés*. — Hémard, *Nullité de sociétés et sociétés de fait*.

De même encore on doit admettre la validité de la négociation de titres pour lesquels la loi du 30 janvier 1907 n'a pas été observée[1].

Si on fait cession d'un brevet d'invention nul, il n'y a pas de contrat valable[2]. On considère qu'au rebours du cas précédent, il a été dans l'intention des parties de subordonner le contrat à la valeur du brevet.

758. — L'obligation doit avoir une utilité pour les intéressés. Elle doit avoir un objet, dit la théorie classique.

Mais comment s'entend l'utilité de l'obligation ? Doit-elle être objective ? Oui, en général. Le contrat est nul si la chose vendue, assurée a déjà péri à l'insu de tous. La rente viagère est nulle même si la maladie dont le crédi-rentier meurt dans les vingt jours était ignorée. Cette utilité objective est suffisante : ainsi est valable la promesse d'une chose utile en soi, mais non adaptée aux besoins spéciaux du créancier[3]. La sécurité des transactions l'exige.

Toutefois elle n'est pas toujours nécessaire. Etant donné qu'à travers l'intérêt individuel le droit poursuit un but social, parfois une utilité subjective suffit. La transaction est valable dès que les parties ont cru leurs contestations sérieuses. Un contrat aléatoire est valable, même si certaines personnes pouvaient prévoir ce qui arriverait. Car dans tous ces cas, la nullité du contrat présenterait des inconvénients, nuirait à la tranquillité, soulèverait des discussions délicates[4].

---

1 Les travaux préparatoires sont en ce sens, v. de même Wahl, *Journal des Sociétés*, mai-juin, 1907. *La publicité des placements*, n° 61. — Thaller, n° 573 bis. — Lyon-Caen et Renault, II. : n° 687. Lacour, n° 420. — *Contrà* : Lyon, 21 juin 1910, D. 1912, 2, 286, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 195.

2 Req., 15 juill. 1858, S. 1859, 1, 208 ; D. 1858, 1, 463. — Req., 22 avril 1861, S. 1861, 1, 735 ; D. 1861, 1, 423. — Trib. Nantes, 28 fév. 1912, D .1913, 2, 101. — Req., 22 août 1844, S. 1844, 1, 831. Liège, 9 fév. 1884, Pas. 1884, 2, 187. — Trib., 24 mai 1893, Pas. 1894, 3, 28. — Dabin, *op. cit.*, p. 110.

3 V. Barassi, *Contratto di lavaro*, 2e éd., I. n° 30.

4 De là, la validité en général d'un confrat de travail improductif, v. Barassi, *op. cit.*, n° 32.

Ce côté subjectif ne doit pas être exagéré : le but est si l'on veut de mettre fin à un litige[1]. Mais il est plutôt d'obtenir un avantage en fait incertain.

La question se pose encore sur un autre terrain. La tendance de la jurisprudence est de dire qu'il y a nullité dès que manque une condition du contrat stipulée implicitement par les parties : validité d'un brevet, mais aussi à dépasser ce stade et à annuler dès que manque une condition que les parties avaient rationnellement en vue : utilité du renseignement dans une révélation de succession (v. *suprà*), fait qu'un terrain acquis pour élever une école est insuffisant d'après les règlements administratifs[2]. Ainsi la théorie de la nullité que nous envisageons voisine avec celle pour erreur sur la substance[3].

759. — Les auteurs déclarent en outre que l'objet promis doit être susceptible d'appréciation pécuniaire : bien plus, que cet avantage doit être appréciable en argent, non seulement pour le débiteur (promesse de faire un voyage par exemple), mais pour le créancier, à moins que la stipulation n'ait pour but l'accomplissement d'un devoir moral[4].

Mais cette idée perd à l'heure actuelle du terrain[5]. Les auteurs ont d'abord admis que l'obligation n'ayant qu'un intérêt moral était sans valeur. Puis ils ont accepté que l'obligation morale pouvait donner lieu à un contrat dès qu'elle pouvait indirectement se traduire par un intérêt pécuniaire: ainsi en serait-il de la promesse de donner une leçon d'une

---

1 Bufnoir, p. 526.

2 Orléans, 18 janv. 1895, D. 1895, 2, 417.

3 Dabin, *op .cit.*, p. 133.

4 Aubry et Rau, IV, p. 532. — Baudry et Barde, I, nos 243, 293-294. — Bufnoir, p. 511. — Larombière, art. 1127, n° 1. — Colmet de Santerre, V, 42 *bis*. — Demolombe, XXIV, n° 302. — Laurent, XVI, n° 74. — Beudant, n° 193. — Giorgi, III, nos 434-536.

5 Aubry et Rau, IV, p. 545. — Baudry et Barde, I, nos 293-294. — Laurent, XVI, n° 81.

langue étrangère, de jouer un morceau de musique, etc.[1].

Certains auteurs, comme Giorgi, en proclamant la nécessité d'un objet appréciable en argent reconnaissent ensuite que les obligations non estimables en argent peuvent cependant produire des conséquences diverses. C'est admettre le contrat à objet moral, du moment qu'on accepte que celles-ci comportent des sanctions spéciales[2].

La doctrine récente et la jurisprudence admettent que l'obligation fut-elle même faiblement sanctionnée est valable et qu'on peut condamner à l'exécuter[3]. Il n'y a pas de raison pour décider le contraire. Mais il restera le point de savoir si on peut accorder des dommages-intérêts.

L'obligation ayant un objet moral et le droit à dommages-intérêts sont donc choses indépendantes[4]. Mais certains auteurs nient cette indépendance et n'admettent l'obligation à contenu moral qu'après avoir justifié le droit à dommages-intérêts pécuniaires[5]. C'est négliger que l'intérêt non économique peut être protégé par d'autres moyens: des astreintes, une reconnaissance judiciaire du droit moral, qui bien qu'imparfaits ont leur importance.

Quoi qu'il en soit de ce désaccord spécial, il nous semble que la protection des contrats à but non économique doit s'imposer sous peine de ne donner au droit qu'un but tout matériel inacceptable dans une civilisation développée. Sans doute l'Ancien droit avait une doctrine contraire[6]. Mais ce n'est pas suffisant. De plus, le Code ayant passé la question

---

1 V. Dernburg, *Pandéklen*, II, § 17. — Endemann, *Einfuhrung*, I. p. 468. — Kohler, *Archiv. fur Burgerlisches Recht*, 1897.

2 Giorgi, *Obligazioni*, IV, n° 177.

3 Cf. Cass. Req., 22 fév. 1862, S. 1862, 1, 242. — Huc, VII, n° 74. — Demolombe, XXIV, n° 491. — Saleilles, *Obligations*, n° 8. — Planiol, II, n° 1000. — Jhering, *Œuvres choisies*, II, n° 145. — Sur ce point, les idées de la jurisprudence française ont devancé le code allemand, Jhering le reconnaît.

4 Chausse, *L'intérêt d'affectation*, *Rev. critique*, 1895, p. 436.

5 Dorville, *L'intérêt moral dans les obligations*, th. Paris, 1901, p. 185.

6 Pothier, II, n° 139.

sous silence elle doit se résoudre au mieux des intérêts sociaux.

760. — Le contrat portant sur une chose future, ou de façon plus générale sur un fait qui n'est pas susceptible d'être exécuté maintenant, mais le sera normalement plus tard, est valable. Ce contrat peut déjà présenter suffisamment d'utilité pour celui qui en bénéficie et il est suffisamment utile au point de vue de l'intérêt général. Aussi l'article 1130 le dit : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation »[1].

Ainsi on peut cautionner et de façon plus générale garantir soit par nantissement, soit par hypothèque une dette future[2], on peut louer une chose future[3]. On peut vendre une créance future, par exemple celle qui naîtra d'un contrat d'assurance non encore passé, d'un contrat de travail non encore conclu[4], ou la commission à toucher dans une opération à traiter[5], ou les loyers futurs d'un immeuble[6], ou encore une indemnité à obtenir par suite d'une loi non encore votée[7].

---

1 V. Aubry et Rau, IV, p. 533. — Larombière, art. 1130, nos 1 à 3. — Demolombe, XXIV, 394 à 308. — Planiol, II, n° 1008. — Colin et Capitant, II, p. 307. — Huc, VII, n° 73. — Bufnoir, p. 513. — Baudry et Barde, I, n° 247. — Laurent, XVI, n° 76. — Colmet de Santerre, V, 44 *bis*. — Cf. l'intéressante étude de M. de Visscher, *La Vente de choses futures en droit romain*, Bruxelles, 1912.

2 Paris, 13 mars 1816, S. chr. — Cass. 16 juin 1846, S. 1846, 1, 440. — Guillouard, *Cautionnement*, n° 52. — Gand, 21 fév. 1906, Pas. 1906, 2, 252.

3 Cass. belge, 29 nov. 1845, Pas. 1846, 1, 220.

4 Req., 17 mars 1891, D. 1892. 1, 27. — Huc, VII, n° 73. — Cass. belge, 5 déc. 1907, Pas. 1908, 1, 59.

5 Paris, 23 déc. 1859, D. 1860, 5, 389.

6 Req., 27 janv. 1875, D. 1875, 1, 363. La loi du 23 mars 1855, art. 2, prévoit d'ailleurs cette cession. — Rouen, 23 nov. 1825, D. v° *Vente*, n° 1700. — Laurent, XVI, n° 76.

7 Paris, 26 août 1841, D. v° *Vente*, n° 1698. — Laurent, XVI, n° 76. — Cf. Req., 18 juillet 1843, D. *Vente*, n° 1741.

On peut de même vendre une récolte qui n'est pas encore faite[1]. On peut constituer une société pour exploiter une concession de chemin de fer qui n'est pas encore obtenue[2].

On peut vendre par avance le droit de souscrire à une émission[3]. On peut avant le décret de concession de mine fixer par contrat la redevance due au propriétaire de la surface[4].

Les actions d'une société non encore constituée sont, elles aussi, susceptibles d'être l'objet d'un contrat : donation, cession[5]. Mais l'art. 14 de la loi du 24 juillet 1867 punit la négociation de ces actions et la jurisprudence admet que cette opération, qui consiste à transférer la propriété des actions par les modes spéciaux de la remise de la main à la main, de l'endossement ou du transfert est nulle[6].

On peut vendre par avance ses droits d'auteur sur des œuvres futures, si elles sont déterminées[7].

On peut sous le régime dotal constituer en dot ses seuls

---

1 Aix, 11 juin 1908, D. 1910, 2, 305. — Trib. Narbonne, 27 janv. 1904, *la Loi*, 24 mars 1904. — Trib. paix Brignoles, 28 nov. 1903, *Revue, just. de paix*, 1904, 270.

2 Req., 20 déc. 1887, D. 1888, 1, 377.

3 Cass., 24 nov. 1886, D. 1887, 1, 228, Chausse, *De la rétroactivité*, *Revue critique*, 1900, p. 535.

4 Paris, 22 mars 1879, S. 1880, 2, 297. Le décret n'aura plus alors à statuer sur ce point, v. Lyon-Caen, *Revue critique*, 1881, p. 626 et note S, *loc. cit.*

5 Civ., 22 déc. 1885, S. 1887, 1, 163; D. 1886, 1, 261. — Beudant, *Obligations*, n° 179 et *Vente*, n° 88. — Le Roy, *Syndicats d'émission*, p. 206.

6 Trib. Lyon, 5 janv. 1884, S. 1884, 2, 49, avec note en sens contraire de M. Lyon-Caen. — Paris, 1er juill. 1886, S. 1888, 2, 182, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 590. — Thaller et Pic, *Sociétés*, II, nos 756 et suiv. — Thaller, *Ex. doctrinat*, *Revue critique*, 1885, p. 278. — Cf. Le Roy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914. p. 206. — *Contrà:* Lyon, 18 mai 1854. D. 1855, 2, 13.

7 Berbié, *Cession à titre onéreux du droit des auteurs*, th. Toulouse, 1914, p. 38. — Paris, 6 nov. 1913, Gaz. Trib., 1914, 1er sem 2, 343.

biens à venir[1]. Sous le régime de la communauté, la communauté réduite aux acquêts ne porte que sur des biens futurs : les revenus des propres et les gains du travail.

A plus forte raison, on peut passer convention sur des droits qui existent déjà, mais ne seront réalisés pratiquement ou ne seront liquidés qu'un peu plus tard : tel le droit résultant d'un marché à livrer[2], ou d'un compte actuellement soumis à la justice[3], la somme à obtenir à la suite d'un accident[4]. On peut donner en gage une créance non liquidée[5]. De même on peut promettre de payer tous les créanciers d'un tiers qui est en faillite[6].

De même un copropriétaire indivis peut céder d'avance à un tiers la part éventuelle qu'il a dans le prix de licitation de l'immeuble indivis[7]. Il peut de même céder d'avance sa part à son cohéritier, ce qui aboutit à faire que celui-ci s'il devient acquéreur, soit à la fois créancier et débiteur de ce prix[8].

La loi du 12 août 1885 (art. 334 et 347 Comm.) permet aujourd'hui d'assurer le profit espéré. Il suffit pour cela qu'il soit mis en risque, c'est-à-dire que la marchandise ait été mise à bord du navire[9]. On peut sinon donner en

---

1 V. Demogue, *De la constitution en dot des biens à venir sous le régime dotal*, Paris, 1896.

2 Cass. civ., 16 déc. 1876, D. 1877, 1, 228 (implic.).

3 Bordeaux, 8 juill. 1891, D. table déc., v. Transport cession n° 9.

4 Trib. Seine, 19 oct. 1910, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 44.

5 Cass. civ., 8 janv. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 216.

6 Trib. comm. St-Dizier, 10 juin 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 404.

7 Orléans, 1er mars 1873, S. 18-3, 2, 300. — Cass. civ., 26 mai 1886, S. 1886, 1, 256, Pand. fr., 1886, 1, 255. — Paris, 16 avril, 1821, S. chr. — Huc, *Cession de créance*, I, n° 175.

8 Req., 4 fév. 1901, Pand. fr., 1903, 1, 49 avec note de M. Charmont. — V. Charmont, *Ex. doctr.*, *Rev. crit.*, 1904, p. 459.

9 Paris, 19 déc. 1893, *Journ. Marseille* 1894, 2, 129. — V. Lyon-Caen, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1895, p. 365.

gage, du moins promettre en gage une chose future[1]. L'article 2130 Civ. prévoit l'hypothèque de choses futures.

MM. Baudry et Saignat, à propos de la vente de créances[2] indiquent une théorie plus restrictive. On ne pourrait vendre que les créances existant déjà en germe. Ainsi expliquent-ils la jurisprudence qui annule la cession du prix d'un office non encore vendu, la cession d'une créance contre un éditeur avec qui on n'a pas traité pour une œuvre projetée[3], ou la nullité de la cession de la créance d'un entrepreneur pour un travail qu'il a l'intention d'entreprendre[4].

Mais cette solution restrictive ne trouve aucun appui rationnel ou dans les textes. Pourquoi une chose future qui n'existe pas en germe ne pourrait-elle être l'objet d'un contrat ? La jurisprudence n'a-t-elle pas validé les cessions d'indemnités aux émigrés faites avant la loi qui a créé ces indemnités.

De même on peut faire des actes unilatéraux portant sur un droit futur. Ainsi on peut renoncer à un droit futur, même conditionnel ou éventuel[5]. Il y a toutefois certaines limites : l'article 791 interdit les renonciations à successions futures (v. *infrà*, 802 et suiv.), l'article 2220 interdit de renoncer d'avance à la prescription. Il semble également que les saisies-arrêts sur des créances futures présentant plus d'inconvénients que d'avantages sont nulles[6].

---

1 V. *Revue de dr. civil*, 1903, p. 172, *contrà:* Bourges, 29 avril 1901, S. 1902, 2, 275, avec note en sens contraire de M. Wahl.

2 *Vente*, n° 760.

3 Paris, 31 janv. 1854, S. 1854, 2, 734; D. 1855, 2, 179.

4 Guillouard, II, n° 749.

5 V. Lessona, *Théorie générale de la renonciation*, *Revue de droit civil*, 1912, p. 364. — Fadda et Bensa, *Pandekten*, IV, p. 857. — Demogue, *Revue de droit civil*, 1906, p. 306. —Cf. en un sens plus restrictif, Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 332. — Pacifici Mazzoni, *Diritto civ. ital.*, II, p. 397, qui n'admettent pas en général la renonciation aux simples expectatives.

6 V. Japiot, *Rev. de dr. civil*, 1913, pp. 487 et suiv.

761. — Une société peut-elle par avance donner en nantissement ses propres obligations ?

Plusieurs arrêts ont admis l'affirmative[1]. La cour de cassation a décidé que ces titres « ayant une existence légale complète et étant matériellement transmissibles, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, peuvent faire l'objet d'un nantissement ».

La même solution a été donnée à plus forte raison si les obligations non encore libérées sont déjà souscrites[2].

Déjà en matière fiscale la jurisprudence avait admis implicitement la validité du nantissement sur obligations non émises en disant que les obligations existent matérielle ment et sont dès lors transmissibles, que la remise en gage en implique l'existence[3],

---

1 Req., 1er août, 1906, S. 1908, 1, 68 (oblig. déjà émises mais non libérées), *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 173 (v. sur l'arrêt de Douai attaqué, Ann. de dr. comm., 1906, p. 69). — Civ., 23 fév. 1909, S. 1909, 1, 390. — Cass. Req., 13 juin 1903, *Journ. Soc.*, 1904, p. 114 (v. sur cet arrêt, *Ann. de dr. comm.*, 1904, p. 101), D. 1904, 1, 326 ; S. 1905, 1, 497, avec note de M. Wahl.—Douai, 29 nov. 1904 ; S. 1905, 2, 294 ; v. cep. Lyon, 12 fév. 1906, *Mon. Lyon*, 4-5 nov. 1906 et la critique de cette décision, *Ann. dr. comm.*, 1907, p. 80. — Besançon, 5 août 1903, S. 1905, 2 294; D. 1904, 2, 465 avec note de M. P. Appleton. — Bruxelles, 25 mai 1897, Pas. 1897, 2, 234 et 27 juillet 1899, *Rec. gén.*, 1900, 462. — Demogue, *Revue de droit civil*, 1906, p. 173. — Arthuys, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1906, p. 203. — Cf. Wahl, *Nantissement d'obligations non émises*, *Journ. Sociétés*, 1904, p. 99. — Chatel, *Nantissement des obligations de sociétés non placées*, th. Rennes, 1907. — V. aussi cass. civ., 26 juin 1905, S. 1905, 1, 434 avec note de M. Lyon-Caen. — Lyon-Caen, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1912, p. 592, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 919.

2 Civ., 15 nov. 1911, S. 1912, 1, 404; D. 1912, 1, 201 avec note de M. Chéron et 1er août 1906, précité, *Revue de dr. civil* 1912, p 755 — Lyon-Caen, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1912, p. 592.

3 Cass. civ. 6 avril 1870, S. 1870, 1, 273 ; D. 1870, 1, 410. — Req., 19 juin 1875, S. 1876, 1, 39. — Trib. Seine, 9 août 1878, *Rep. per.*, *de l'Enreg.*, art. 5138.

reçu une existence juridique, le créancier étant investi d'un droit propre[1].

M. Wahl objecte à cela avec la cour de Besançon que le titre non émis n'est encore qu'un projet de titre sans existence juridique. La cour de Bordeaux répond qu'une chose future peut être donnée en gage[2]. On est d'accord qu'une chose future peut être l'objet d'un contrat. Mais n'y a-t-il pas une impossibilité à ce qu'elle soit l'objet d'un gage, étant donné que le gage suppose la mise en possession du créancier ? L'objection n'est pas décisive. Il peut déjà y avoir une promesse de gage. Ensuite n'y a-t-il pas déjà ici mise en possession dans toute la mesure voulue, puisque les titres sont remis au créancier. Enfin on peut remarquer que la loi elle-même prévoit quelques cas de nantissement de choses futures (loi du 21 juin 1874, art. 6 et loi du 13 décembre 1901, art. 6, al. 2), et admet quelquefois l'hypothèque de biens à venir (art. 2130 et 2131 Civ.)[3].

Le nantissement étant valable, on a hésité pour déterminer sur quoi il porte. Généralement, on admet qu'il a pour objet la créance future des obligataires contre la société, de sorte que le créancier gagiste pourra utiliser les hypothèques ou autres garanties attachées aux obligations. Et si l'obligation est chirographaire, on pourra produire pour le montant des sommes avancées plus une part de la prime et non pour le montant nominal des titres[4].

Dans cette conception, le débiteur donne en gage une créance contre lui-même, ce qui semble singulier. Mais il la donne non comme chose présente, mais comme chose

---

1 Cass., civ., 6 avril 1897, S. 1898, 1, 103, avec note de M. Wahl. — Cass. Ch. réunies, 16 mars 1904, S. 1905, 1, 363 ; D. 1904, 1, 321, avec note de M. Thaller. — *Cf.* civ., 6 mars 1895, S. 1897, 1, 193 avec note de M. Wahl ; D. 1895, 1, 265. — Cass. Rome, 9 sept. 1903, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, 2, 300 avec note de M. Segré.

2 28 nov. 1900, sous Cass., 13 juin 1903, précité.

3 V. Chatel, thèse citée, p. 147. — Wahl, art. cité.

4 Cf. Demogue, *loc. cit.*, p. 174. — Chatel, *op. cit.*, p. 183.

future, pour le jour où elle existera. Cela s'explique pratiquement : il la donne parce qu'il en est encore maître, elle ne recevra vie que par l'émission. Techniquement cette solution s'explique par cette idée que des actes juridiques avec soi-même sont possibles dès qu'ils peuvent se manifester extérieurement de façon certaine comme dans la prénotation[1]. Nous admettons ce système.

M. Segré[2] voit ici une constitution en gage du papier auquel est incorporé une créance, mais ceci suppose admises les théories allemandes de l'incorporation de la créance dans le titre[3].

La cour de Bordeaux dans l'arrêt précité a admis que le gage portait sur la créance de la société contre les souscripteurs, ce qui s'explique mieux en ce que la créance est remise par le créancier. Mais on n'explique pas comment le gagiste bénéficiera alors des garanties de la créance. Aussi cette solution, acceptable si le gagiste place les obligations et s'en applique le prix, doit être abandonnée si le gagiste a gardé les titres.

M. Wahl a cherché à expliquer autrement l'opération, en y voyant un mandat de placer les obligations[4], mais ce mandat produirait des conséquences moins satisfaisantes : se trouvant révoqué par la faillite. Aussi cette théorie n'est acceptable qu'au cas exceptionnel de remise de titres chirographaires.

M. Chatel la modifie légèrement et voit ici un mandat d'émettre avec possibilité de se payer par rétention, ou à défaut de placement d'être considéré somme souscripteur des titres à concurrence de son dû. Mais ce droit de réten-

---

1 V. comme l'admettant à peu près Cass. civ., 20 déc. 1911, D. 1912, 1, 486. — V. surtout sur l'acte juridique avec soi-même, *suprà*.

2 *Costituzione in dei titoli al portatore*, *Riv. dir. comm.*, 1904, 1, 240.

3 V. la théorie de Bekker, *Die geldpapiere*. — V. l'exposé de cette théorie dans Wahl, *Titres au porteur*.

4 V. de même Appleton, note citée.

tion aurait à l'égard des tiers toute la faiblesse du droit de rétention[1].

762. — Dans quelques cas, la jurisprudence a semblé méconnaître l'article 1130 et annulé des conventions sur choses futures.

Elle a annulé un contrat de gage portant sur une part indivise de marchandises en cours de fabrication[2], ou un fonds de commerce non ouvert ou d'autres choses futures[3]; la vente d'œuvres littéraires simplement projetées[4], à moins qu'elles n'aient été l'objet d'un traité avec un directeur de théâtre ou un éditeur[5], la cession d'indemnité à obtenir pour le cas de suppression d'un bureau de placement[6].

Il faut voir surtout dans ces arrêts de cours d'appel, qui logiquement sont critiquables, une tendance à annuler des conventions d'un objet trop peu déterminé, et à assurer la protection de débiteurs qui ne se rendent pas compte de ce qu'ils aliènent. Derrière ces arrêts se cachent une crainte de lésion, une idée prétorienne de protection des faibles dont on ne peut contester l'importance.

763. — La jurisprudence se montre également restrictive pour les cessions faites par avances des indemnités accordées au titulaire d'un office en cas de suppression, ou de desti-

---

1 M. Chatel fait encore au nantissement une objection : le gagiste devant placer les titres, il y aurait là un pacte commissoire nul. Mais ici, il n'y a pas à vrai dire aliénation. C'est seulement la chose future qui devient chose actuelle. Interdire l'émission au créancier, c'est rendre vain son gage.

2 Rouen, 20 juin 1883, D. 1885, 1, 59. — Trib. comm. Marseille, 25 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 91.

3 Trib. comm. Marseille, 25 avril 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 91, *Rev., de dr. civil*, 1914, p. 142. — Bourges, 29 avril 1901, S. 1902, 2, 275. — *Contrà :* Wahl, en note et *Revue de droit civil*, 1903, p. 176. — Trib. Seine, 3 août 1901, Pand. fr., 1903, 2, 267, *Rev. de dr. civil*, 1904, p 172 (gage de recettes futures).

4 Paris, 31 janv. 1854, S. 1854, 2, 734; D. 1855, 2, 179.

5 Paris, 27 nov. 1854, S. 1856, 2, 47.

6 Trib. Seine, 21 déc. 1911, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 350.

tution[1]. Elle donne cet argument, qui est très faible, que le Gouvernement n'a pas voulu faire reposer cette indemnité sur la tête de l'officier ministériel. Ceci n'est guère exact, car l'indemnité est accordée à l'ancien titulaire ou ses ayants droit. Au fonds, on a voulu sur cette somme assurer l'égalité entre créanciers, éviter un avantage au profit de l'un d'eux, lequel serait accordé souvent au plus exigeant, non au plus intéressant. L'idée dernière de la jurisprudence est un peu celle qui a fait en droit commercial créer la période suspecte.

De même certains arrêts anciens n'admettent pas la cession par avance du prix d'un office, lorsque le nouveau titulaire ayant passé le traité, celui-ci n'est pas encore approuvé[2] ou avant le traité de cession[3].

On a été heureux de profiter de ce que les offices ne sont pas une propriété ordinaire pour admettre des solutions prétoriennes.

En tous cas, après nomination, même avant prestation de serment, le prix est cessible[4].

---

1 Bordeaux, 21 juill. 1902, S. 1903, 2, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 886. — Nîmes; 30 nov. 1898, S. 1900, 2, 33. — Montpellier, 21 fév. 1895, S. 1896, 2, 185 avec note de M. Wahl. — Charmont, *Ex. doctrinat*, *Revue critique*, 1904, p. 463. — Civ., 8 déc. 1852, S. 1853, 1, 106. — Angers, 18 juill. 1855, S. 1855, 2, 615. — La cour de cassation admet que la créance est cessible, mais que le gouvernement peut ordonner le dépôt de l'indemnité à la Caisse des consignations, cass. civ., 23 juin 1905, P. F., 1905, 1, 367.

2 Angers, 12 août 1840, S. 1840, 2, 394. — Paris, 25 déc. 1843, S 1846, 2, 401. — Bourges, 11 déc. 1844, S. 1844, 2, 271. — *Contrà*: Req., 11 déc. 1855, S. 1856, 1, 112. — Req., 8 nov. 1842, S. 1842, 1, 929. — Civ., 15 janv. 1845, S. 1845, 1, 84. — Paris, 11 janv. 1851, S. 1851, 2, 6. — Req., 16 janv. 1849, S. 1849, 1, 282. — Demolombe, XXIV, n° 308. — Guillouard, *Vente*, n° 743.

3 Trib. Toulouse, 24 janv. 1866, S. 1867, 2, 89. — Caen, 27 déc. 1858, S. 1859, 2, 283.

4 Trib. Blois, 28 juill. 1886, sous Orléans, S. 1888, 2, 189. — Bourges, 18 nov. 1890, S. 1892, 2, 241.

Et certains arrêts admettent même la cession du prix après le traité passé, mais avant[1] enregistrement de celui-ci[2].

Ce qu'il faut voir dans certaines décisions audacieuses, mais appelées à se maintenir, c'est le désir raisonnable de faire que l'office reste bien la garantie de l'ensemble des créanciers, et non du plus adroit. L'officier ministériel doit inspirer confiance au public par son honorabilité, et aussi par la valeur de son office qui répondra de ses fautes, de ses dettes. C'est une sorte de cautionnement qui ne peut par un acte préventif être attribué en totalité à un seul. Il y avait donc des raisons sérieuses pour adopter cette jurisprudence.

764. — Il faut observer que lorsqu'on traite sur une chose future on peut le faire de deux façons. Ou bien on peut faire un contrat qui, de chaque côté, ne sera exécuté que si la chose future se réalise et dans la mesure où elle se réalisera. Ou bien on peut traiter de façon aléatoire : de sorte qu'une des prestations sera due même si l'autre ne peut être fournie, la possibilité ne s'étant pas réalisée[3].

Pour savoir quelle solution a été admise, il faut voir l'intention des parties[4].

Si un propriétaire vend la récolte prochaine de son verger en bloc, il peut entendre que le prix sera dû même s'il n'y a pas de récolte. Si un courtier stipule une commission

---

1 Lyon, 17 mars 1906, *le Droit*, 17 mai 1906. — Req., 11 déc. 1856, S. 1856, 1, 112. — Toulouse, 30 mars 1905, *Loi*, 8 juin 1905.

2 Bastia, 26 oct. 1903, D. 1905, 2, 351.

3 V. *Rivista per la scienze giuridiche*, 1887, I, p. 266, *Emplio spei aut rei speretae*. — De Visscher, *La vente des choses futures et la théorie du risque contractuel*, p. 7. — Bufnoir, p. 514.

4 Beudant, n° 179. — Baudry et Barde, I, n° 247. — Chironi, *Quest. di dir. civile*, p. 207. — Colmet de Santerre, V, n° 44, présume la première solution. — V. de même Larombière, art. 1130, n° 3. Demolombe, XXIV, n° 306. — Cf. Planiol, II, n° 1008. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 180.

pour un contrat, il peut entendre qu'elle sera due si le contrat est signé même s'il n'est pas exécuté[1].

Si la vente est fixée à tant par mesure ou poids de la chose vendue on doit dire qu'il y a vente *rei speretae*[2].

De même si un actionnaire vend le droit de souscrire des actions, le contrat tombe si l'émission n'a pas lieu[3].

Quelquefois la nature même du contrat indique qu'on n'a pas voulu traiter de façon aléatoire. Ainsi dans un bail si la maison est détruite en totalité ou en partie, si le locataire n'a plus la jouissance des lieux loués, il ne doit plus le loyer, ou il a droit à une réductoin. Il en est de même dans le contrat de travail et plus généralement dans les contrats qui ont une cause successive. Si la prestation n'est plus fournie, la contre-prestation n'est plus due[4].

On peut même aller plus loin et M. F. de Visscher[5] estime avec raison qu'il n'y a pas à vrai dire de vente d'espérance, ce qui ne se conçoit guère, mais des ventes où le risque est tantôt pour le vendeur, tantôt pour l'acheteur. Le second cas supposerait, selon lui, un contrat parfait, le premier un contrat imparfait : soit à raison de l'indétermination relative du prix, soit à raison de ce qu'on a promis une chose de genre. Le critérium serait donc objectif et nullement subjectif.

Le système bien que séduisant ne nous semble pas complètement acceptable. Car tout contrat sur une chose future est éventuel et en ce sens imparfait. Le fait de subordonner une vente à un pesage, etc., peut simplement indiquer l'intention de ne payer que si cette opération a pu s'exécuter. Le contrat sur chose future est la disposition d'un droit

---

1 Cass. civ., 28 oct. 1889, D. 1890, 1, 52.

2 V. Chironi, *Questioni*, I, p. 157.

3 Civ., 28 nov. 1886, S. 1887, 1, 72; D. 1887, 1, 228.

4 V. Baudry et Barde; I; n° 303, II. — Demolombe, XXIV, n° 358. — Bufnoir, p. 539. — Larombière, I, art. 1131, n° 7.

5 *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*, pp. 22 et suiv.

éventuel, la promesse d'une prestation ferme ou liée à la circonstance que l'autre droit viendra à existence.

764 bis. — La question des contrats visant une situation future a donné lieu à une question délicate.

Si une femme mariée dont les biens sont soumis à l'obligation de remploi achète un immeuble comme remploi futur du prix d'un autre bien qu'elle espère vendre, si elle ne peut obtenir la somme à remployer, son acquisition est-elle nulle comme manquant de cause[1] ? La cour de cassation ne l'a pas admis. Cette solution a besoin d'être précisée. La somme à remployer n'étant pas obtenue, le remploi ne se produit pas. L'immeuble acquis n'est pas dotal comme le précédent. Mais la vente faite en vue du remploi est-elle nulle pour cela, bien que la circonstance en vue de laquelle on l'effectuait ne se produise pas ? Le contrat n'a pas l'utilité que la femme en escomptait, mais objectivement il n'est pas inutile. Il faut aussi tenir compte de l'intérêt du vendeur à maintenir la vente. L'acte doit donc rester valable. C'est ce besoin de sécurité qu'on traduit dans la théorie classique en disant qu'ici le contrat ne manque pas de cause, mais qu'il y a eu erreur, déception à propos d'un simple motif.

Sur un terrain voisin : sur le point de savoir si la vente entre époux est permise pour solder les dettes d'un conjoint envers l'autre avant que la séparation de biens soit prononcée, la jurisprudence et la doctrine admettent la négative surtout par argument de texte de l'art. 1595[2]. Ce qui ne concorde pas très bien avec la solution précédente.

---

1 Req., 24 fév. 1884, S. 1885, 1, 156. — Req., 14 juin 1881, S. 1882, 1, 97 avec note Lacointa. — Planiol, *Ex. doctr.*; *Revue critique*, 1886, p. 614. — Pascaud, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1883, p. 173. — *Contrà:* Toulouse, 23 juill. 1852, sous Cass., S. 1853, 1, 243.

2 Civ., 1er juillet 1873, S. 1873, 1, 320; D. 1873, 1, 464. — Bourges, 25 janv. 1871, S. 1871, 2, 9; D. 1871, 2, 172. — Caen, 4 janv. 1851; D. 1854, 2, 48. — Grenoble, 28 août 1847, S. 1848, 2, 469; D. 1848, 2, 137. — Bordeaux, 16 mai 1881, S. 1882, 2, 59. — Baudry et Saignat, n° 207. — Guillouard, I, n° 151. — Laurent, XXIV, n° 34. — Huc, X,

Mais un arrêt de la cour de Grenoble a admis cette cession faite de façon conditionnelle, ce qui paraît le plus sage. En effet, toute combinaison en vue d'une situation future doit être valable sous la condition que celle-ci se réalise[1] :

En tous cas, il est certain que si la séparation n'avait pas lieu, la dation en paiement serait nulle.

Ces solutions opposées données dans des cas voisins concordent au fonds. On tient compte du but poursuivi par les parties et qui ne peut être atteint, mais sous réserve de ne pas troubler la sécurité des tiers, ce qui serait le cas si un achat d'immeuble était nul parce qu'il ne peut pas dans le patrimoine de l'acquéreur avoir la qualité de dotal.

765. — L'obligation doit avoir un objet en ce sens tout matériel non seulement qu'elle doit porter sur une chose ou un droit existant ou devant exister, mais elle doit présenter une utilité pour le créancier. Aussi la vente d'un objet appartenant déjà à l'acheteur est nulle[2]. Il faudrait en dire autant de la location, du prêt d'un immeuble à une personne qui en est déjà locataire, usufruitier ou propriétaire[3]. Il en est de même de la promesse d'un travail déjà exécuté par un tiers, de la promesse d'une abstention qui est déjà obligatoire[4], du mandat déjà exécuté[5], de la transaction sur une difficulté déjà terminée par un jugement

---

n° 41. — Aubry et Rau, V, p. 38, note 21, 5e éd. — *Contrà:* Bourges, 17 avril, 1867, S. 1867, 2, 233; D. 1868, 2, 23.

1 Grenoble, 1er juin 1869, S. 1865, 2, 332; D. 1865, 2, 182. — Guillouard, *Vente*, n° 151. — Nous verrions plutôt ici une cession éventuelle, dont les effets dateront du jour où la séparation sera définitive, car il manque ici une des conditions essentiellles au contrat.

2 Guillouard, *Vente*, n° 169. — Huc, X, n° 60. — Aubry et Rau, V. 5e éd., p., 13. — Gand, 27 mai 1905, Pas. 1908, 2, 62.

3 Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 623.

4 Cf. infrà, n° 761 *ter*.

5 Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 444. — Guillouard, n° 60. — Aubry et Rau, IV, p. 634, note 3.

définitif (art. 2056 Civ.) à moins qu'on ait voulu transiger sur les difficultés d'exécution[1].

On peut rapprocher de cette idée la nullité des promesses de ne pas aliéner, de ne pas habiter un certain lieu, de ne pas exercer une industrie faite sans utilité (v. *infrà*), celle d'enterrer des objets de valeur avec une personne[2].

Mais les parties peuvent parfois établir des clauses limitant la portée de cette règle. Un intermédiaire pour la vente d'offices ministériels peut convenir qu'il aura droit à commission pour tout office indiqué, au sujet duquel on ne lui dira pas dans les deux jours qu'on le connaissait déjà[3].

Faudrait-il considérer comme sans objet une société entre des personnes déjà liées par un contrat de société. Non, car la société nouvelle peut poursuivre un autre but, exploiter des objets nouveaux dans des conditions différentes.

L'utilité du contrat peut être pécuniaire ou d'ordre moral. On peut même rendre valable une obligation d'un objet quelconque en y ajoutant une clause pénale[4].

766. — L'obligation doit présenter une utilité non seulement pour le créancier, mais encore pour le débiteur qui, en l'assumant, a poursuivi un certain but. Notons toutefois que ceci nous fait glisser vers l'utilité objective et sociale du contrat.

Un acte juridique se trouve nul lorsque son but se trouve déjà atteint par ailleurs[5]. Ainsi en serait-il d'une donation

---

1 Req., 12 nov. 1902, D. 1902, 1, 566. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 1251. — Guillouard, *Transaction*, n° 158. — *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 175.

2 Giorgi, III, n° 409.

3 V. trib. Seine, 2 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 543 et la note; id. 4 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 450.

4 Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, 5e éd., IV, p. 176.

5 Larombière, art. 1128, nos 37-39. — Demolombe, XXIV, n° 310. — Cf. Baudry et Barde, I, n° 305. — La formule un peu différente que nous donnons, explique ce que dit Larombière, n° 41 que la même règle s'applique à la charge et non pas à la condition, car dans le premier cas le but est déjà atteint, mais non dans le second.

faite par une femme parce que son mari défunt avait le désir de la faire, s'il apparaît que la libéralité a déjà été faite autrement[1], ou d'une promesse de rembourser des aliments à des cohéritiers, alors que le défunt les a fournis par libéralité[2], d'une rémunération donnée par un service déjà rémunéré par la même personne[3].

Une autre application de la même idée se trouve dans cette règle que s'il y a plusieurs assurances de la même chose, dont le total excède la valeur de la chose, les dernières assurances sont nulles (v. pour l'assurance maritime, l'art. 359 Comm.)[4]

C'est ce que dit expressément la loi suisse du 2 avril 1908 (art. 54). Au contraire la loi allemande du 30 mai 1908 admet la responsabilité proportionnelle des assureurs (art. 59). Dans le même ordre d'idées, notre Code civil, à l'article 2056, déclare nulle la transaction sur une difficulté tranchée par un jugement passé en force de chose jugée.

Mais le contrat deviendrait-il valable si le but cessait d'être atteint comme il l'était lors du contrat ? si, par exemple, la première assurance était frappée de déchéance, si on cessait d'être propriétaire de la chose qu'on vous a promise ?

Nous le pensons en général. Cette solution mieux adaptée aux nécessités pratiques doit l'emporter toutes les fois que cela ne nuit pas à l'autre contractant, c'est-à-dire que celui-ci n'a pas connu la nullité du contrat.

Il ne faut pas abuser du raisonnement syllogistique : les conditions de validité d'un contrat s'apprécient à sa naissance et non après[5]. Du moment que le but de simple indem-

---

1 V. pour un legs, trib. Seine, 9 mai, 1913, *Gaz., Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 262. — Colin et Capitant, II, p. 316.

2 Trib. Tournon, 15 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 677.

3 Civ., 22 nov. 1909, D. 1910, 1, 407, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 824.

4 Cf. Lyon-Caen et Renault, VI, n° 1116. — Desjardins, VII, n° 1500. — Rev. de dr. civil, 1913, p. 938.

5 V. cep. Demolombe, XXIV, 310. — Cremieu, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 942.

nisation de l'assuré n'est pas dépassé, en fait, le cumul des assurances ne nuit qu'à l'assuré.

Si un patron s'assure, contre les accidents visés par la loi de 1898 alors que cette loi ne l'atteint pas, l'assurance est nulle[1] et les primes sont remboursées. S'il n'est tenu qu'en partie des accidents de son personnel, l'assurance est nulle pour partie[2].

Une promesse absolument anormale et sans équivalent est nulle si elle ne s'explique pas par certains sentiments du débiteur.

Le tribunal de Liège en a conclu avec raison qu'une proposition d'assurance contenant promesse en tous cas de payer la première prime était nulle de ce chef, l'assuré ne pouvant être obligé à un paiement si la Compagnie ne contracte pas[3].

Mais il en serait autrement, si la promesse n'était que l'équitable rémunération de recherches : par exemple la consignation faite à l'appui d'une demande de renseignements précis pour des billets circulaires.

Dans le même esprit, on a annulé comme sans motif suffisant la rémunération sur les bénéfices promise à un administrateur démissionnaire[4].

766 bis. — Des solutions que nous venons de donner ne résulte cependant pas l'impossibilité de refaire un acte qui n'a pas encore été annulé judiciairement ou conventionnellement. Un mariage, une donation, une constitution d'hypothèque ont été faits. Les intéressés y découvrent ou croient y découvrir, une cause de nullité, relative ou abso-

---

1 Lyon, 17 nov. 1904, *la Loi*, 12 avril 1905. — Paris, 9 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 716. — Trib. Seine, 29 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 614. — V. cep. Aix, 8 avril, 1908, D. 1909, 2, 367, qui dit qu'il y avait dans l'espèce une erreur de droit non admissible de l'assuré.

2 Trib. Seine, 20 fév. 1908. *Gaz. Pal.*, 18-21 avril 1908.

3 24 janv. 1901, Pas. 1901, 1, 321.

4 Civ., 22 nov. 1909, D. 1910, 1, 407, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 824.

lue. Rien ne les empêche de refaire l'acte dès maintenant de façon valable. Les effets de l'acte fait deux fois se produiront à partir de la seconde date, sauf à prouver que le premier acte était réellement valable. L'officier public ne peut, à notre avis, se refuser à recevoir l'acte, étant donné qu'il n'est pas garant de la valeur des actes qu'il passe, mais seulement de ses fautes.

767. — D'après l'article 1129 « il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée »[1].

Cette solution pourrait être comprise de deux manières. On pourrait dire qu'il faut que l'obligation soit déjà assez délimitée pour que le débiteur prévoie à quoi il s'engage[2], de sorte que toute obligation assez imprécise serait nulle ; Cette manière de voir se comprendrait, car le débiteur risque d'être lésé lorsqu'il ne sait pas la portée de son engagement. On peut dire simplement que l'art. 1129 n'a d'autre but que d'empêcher le débiteur de se libérer par une prestation infime, sans utilité sérieuse pour le créancier. En réalité, c'est la solution vers laquelle la pratique semble incliner par de nombreuses décisions[3]. On n'a pas vu le côté social que pourrait présenter l'art. 1129.

---

[1] V. Aubry et Rau, IV, p. 535. — Larombière, I, art. 1129, n° 4. — Bufnoir, p. 517. — Huc, VII, n° 74. — Demolombe, XXIV, n^{os} 313 à 315. — Laurent, XVI, n^{os} 77 et 78. — Colmet de Santerre, V. 43 *bis*, I à III. — Giorgi, III, n^{os} 424 et s. — Cf. Metz, 20 mars 1833, S. 1833, 2, 49. — Req., 16 juin 1846, S. 1846, 1, 440 ; D. 1846, 1, 284. — Paris, 26 déc. 1853, D. 1854, 2, 156. — Req., 2 juin 1856, D. 1856, 1, 457. — Cass. civ., 1er juill. 1862, S. 1862, 1, 863. — Civ., 12 janv. 1870, S. 1870, 1, 157 ; D. 1870, 1, 60. — Orléans, 2 mars 1881, D. 1882, 2, 244. — Lyon, 10 mars 1864, S. 1864, 2, 256.

[2] Comme dans la promesse d'une part de produits de la chose louée.

[3] C'est l'opinion de Huc, VII, n° 74. — Laurent, XVI, n° 77. — Pothier, *Oblig.*, n° 131. — Colmet de Santerre, V. n° 43. — Beudant, n° 186. — Demolombe, XXIV, n^{os} 313-315. — Planiol, II, n^{os} 1001-1005. Baudry et Barde, I, n^{os} 282-284. Aussi MM. Colin et Capitant quali-

On n'en tient compte que pour expliquer certaines solutions comme l'interdiction des pactes sur successions futures.

La jurisprudence, sans se prononcer expressément sur cette question se montre très large[1].

Si elle a annulé une vente dont l'acheteur fixera le prix[2], elle a admis la validité du cautionnement visant tout ce qu'un tiers devrait à raison d'endossements valables[3], la vente de la partie d'un immeuble qui serait fixée par experts[4], la vente d'un terrain faite d'après la contenance[5], une vente de rente sur l'Etat déclarée faite « à bon prix »[6], la vente d'un procédé de fabrication à un prix fixé d'après la quantité de marchandises fabriquées en vertu de ce procédé qui seront vendues[7], la rémunération d'un représentant d'après les affaires qu'il fera[8], la livraison des marchandises d'après les besoins de l'acheteur, avec un minimum fixé[9], la vente de la nue-propriété d'un mobilier qu'on pourra diminuer[10], la vente de résidus de fabrication de quantité variable[11],

---

fient l'art. 1129 de simple truisme, II, p. 308. — Pacifici Mazzoni, *Ist.*, IV, p. 181, 5e éd.

1 V. cep. Douai, 5 déc. 1849, D. 1850, 5, 463 (frais accessoires indéterminés, nullité du contrat).

2 Trib. Saint-Sever (aud. corr.), 23 mars 1900, D. 1903, 5, 779. — V. *contrà:* Douai, 15 mars, 1886, D. 1888, 2, 37 (cas où le prix raisonnable avait été fixé).

3 Metz, 28 mars 1833, S. 1836, 2, 49. — Req., 16 juin 1846, D. 1846, 1, 284. — Paris, 28 déc. 1853, D. 1854, 2, 156. — Cass. civ., 10 janv. 1870, D. 1870, 1, 60. — Laurent, XVI, n° 78.

4 Montpellier, 13 fév. 1828, S. chr.

5 Req., 4 juill. 1848, D. 1848, 5, 364.

6 Paris, 6 mai, 1819, S. chr. — Cf. Cass., 22 vendémiaire, an X, S. chr.

7 Req., 5 mai 1905, D. 1906, 1, 360. — Rappr. Pau, 2 janv. 1907, S. 1909, 2, 302 (vente de toute la fabrication d'un établissement).

8 Paris, 11 fév. 1887, D. 1887, 2, 140.

9 Req., 2 juin 1856, D. 1856, 1, 457.

10 Req. 4 juin 1859, D. 1859, 1, 461.

11 Douai, 20 janv. 1859 et 23 déc. 1858, D. 1859, 2, 99-100. Mais disent-ils, si l'excédent est très considérable on pourra le refuser.

la vente de coupes de bois sans garantie de contenance[1], la renonciation à appel sur tous les procès à naître d'un contrat[2], la promesse d'une surprime en cas d'aggravation de risques assurés, surprime conforme aux tarifs de l'assureur à cette époque[3], la promesse de réserver à une personne des travaux dont les plans sont fixés par un cahier des charges et le prix déterminable d'après certaines bases[4], la vente à un prix à déterminer d'après une cote officielle, même si celle-ci a eu des fluctuations anormales[5], la société pour un commerce où un associé fera seul les achats[6].

On admet de même la police d'assurance dite flottante, c'est-à-dire couvrant tous les objets mis en risque par l'assuré dans un certain délai, et cela malgré l'art. 322 Comm. qui paraît exiger de très grandes précisions[7], ou encore les traités généraux de réassurance[8]. On admet de même que le contrat est parfait, son objet étant assez déterminé, si on convient qu'une personne acheteur d'un fonds de commerce reprendra les marchandises en magasin au prix de facture[9], si une mère propriétaire indivise avec son enfant mineur convient avec un tiers qui promet d'enchérir jusqu'à un certain prix, qu'elle lui remboursera le surplus s'il achète au-delà[10].

---

1 Cass. civ., 19 mars 1913, S. 1913, 1, 183.

2 Req., 26 juin 1855, D. 1856, 1, 9. — V. Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, 3e éd., VI, n° .

3 Trib. comm. Nantes, 27 déc. 1911, *Rec. Nantes*, 1912, 1, 246.

4 Trib. comm. Seine, 24 fév. 1902, *le Droit*, 8 mai 1902.

5 Rouen, 20 juill. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e p. 300.

6 Bruxelles, 20 nov. 1830, Pas. 1830, 215. — Laurent, XVI, n° 78.

7 Choppard, *Assurances flottantes*, *Revue critique*, 1880, p. 600. — Dubreuil, *Des polices flottantes*, thèse Bordeaux, 1911. — Desjardins, VI, p. 76. — Lyon-Caen et Renault, VI, n° 1197. — H. Rousseau, *Assurances sur police flottante*, *Ann. dr. commercial*, 1910, p. 5.

8 V. Thaller et Ripert, *Droit maritime*, II, n° 2376.

9 Trib. Tours, 26 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 273.

10 Cass. civ., 19 mars 1879, S. 1881, 1, 410.

La jurisprudence a de même souvent validé la promesse d'entretenir un enfant, sans autre précision[1].

Elle paraît même inclinée à valider une clause d'assurance suivant laquelle l'assureur répartira une partie des bénéfices aux assurés, qui déclarent s'en rapporter sur ce point à la compagnie[2].

Sur un terrain voisin on a validé comme suffisamment déterminé un legs prescrivant aux héritiers de ne pas laisser une personne dans la misère.

Mais les auteurs sont parfois plus restrictifs. Huc annule la promesse à titre gratuit ou onéreux de tous les biens à venir[3].

Cela est exact. Mais c'est plutôt parce que ce serait indirectement se priver de la faculté d'acquérir, ce qui va contre l'ordre public[4]. Ainsi s'explique que la loi permette la société universelle de gains, puisqu'elle ne fait pas perdre complètement la faculté d'acquérir.

La jurisprudence s'est encore montrée large en validant un contrat qui pouvait être modifié plus tard[5]. Elle a accepté la clause d'une société d'habitations à bon marché par laquelle le sociétaire se soumet d'avance à tous les votes de l'assemblée générale[6]. De même, les actionnaires d'une société acceptent d'avance que les statuts soient modifiés sur les points non fondamentaux (loi du 22 novembre 1913).

Et ceci doit être généralisé. Il faut valider tous les contrats

---

1 Orléans, 2 mars 1881, D. 1882, 2, 144.

2 V. Baudry et Barde. I, n° 284. — Trib. Seine, 26 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912. 2e sem., 2, 360. — Paris, 18 déc. 1902, *Gaz. Trib.*, 1903, 1er sem., 2, 185. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 199.

3 VII, n° 73. — Larombière, art. 1129, a prévu au sujet de l'objet, diverses questions plus théoriques que pratiques qui sont plutôt de l'interprétation du domaine du juge du fait : promesse de plus ou moins, chose indéterminée précisée par une alternative.

4 V. sur cette question, *suprà*, n° 711 *bis*.

5 Paris, 12 juin 1909, *Gaz. Trib.*, 1910, 1er sem., 2, 11, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 443.

6 Besançon, 31 mars 1909, *Gaz. Trib.*, 1910, 1er sem., 2, 31.

multilatéraux où les adhérents déclarent s'en remettre d'avance aux décisions de la majorité, à condition qu'il ne s'agisse pas de modifier les points fondamentaux des statuts.

Le montant de la prestation peut avoir été prévu comme devant être fixé par un tiers ou par une des parties. En ce cas, la fixation doit toujours avoir lieu en s'inspirant de l'équité, sinon les tribunaux pourraient rectifier cette estimation[1]. Nous rejetons ici toute distinction entre appréciation libre et appréciation équitable du droit allemand (article 319). Si le montant de la prestation est indéterminé, il sera fixé selon les prévisions des parties tantôt par le créancier : comme au cas de promesse de tout le charbon nécessaire pour une usine, tantôt par le débiteur : comme au cas de vente de toute la fabrication. Mais aucune partie ne peut abuser de son droit.

Si un tiers doit fixer l'objet du contrat, le juge peut-il en cas de refus du tiers désigner une autre personne ? Cela dépend de la conception des pouvoirs du juge[2] (v. *suprà*, chap. XIII).

768. — Il faut considérer également comme nulle la promesse d'une chose impossible[3], ou celle de ne pas faire

---

1 V. Saleilles, *Obligation*, n° 162, le code allemand, art. 319, admet ce pouvoir du juge en cas d'appréciation équitable ; l'art. 1718 du code italien précise qu'on peut remettre à un associé la fixation des parts dans les bénéfices ; l'art. 1173, que le terme peut être à la volonté du débiteur. En ce cas, le juge peut l'établir. — *Cf.* Polacco, Obbligazioni, n° 37. — V. Fubini, Locazione di cose I, n° 219 qui rejette la fixation par une des parties à moins qu'elle ne soit limitée par un maximum et un minimum, cas où d'ailleurs la validité a été admise en jurisprudence. — V. Pau, 22 mars 1898, D. 1900, 2, 98.

2 V. pour la négative, civ. allemand, art. 319, al. 2, si le tiers doit fixer la prestation à sa libre apprécation. — *Cf.* Saleilles, *op. cit.*, n° 162.

3 Aubry et Rau, IV, p. 534. — Demolombe, XXIV, n^{os} 318 et 319. Huc, VII, n° 67. — Baudry et Barde, I, n° 246. — Laurent, XVI, n° 80. — Ainsi est impossible l'exécution d'un ordre d'achat en Bourse « au

une chose impossible. L'impossibilité peut être physique, ou juridique, c est le cas où il y a exigence d'une chose impliquant contradiction juridique[1]. Mais il faut remarquer que la difficulté n'est pas l'impossibilité[2]. Ainsi la promesse du fait d'autrui bien que difficile à réaliser est valable[3]. L'impossibilité peut être absolue ou relative. Cette dernière laisse le contrat valable[4]. Et on devra des dommages-intérêts d'après les principes ordinaires. Mais on n'encourrait pas de responsabilité si le stipulant connaissait ou devait connaître cette impossibilité[5]. Il en est de même de l'impossibilité temporaire[6], c'est-à-dire qui doit nécessairement disparaître. Mais il est douteux qu'il faille en dire autant de celle qui peut disparaître, sauf si on en a fait une condition au moins implicite[7]. Les prestations personnelles sont possibles dès qu'elles n'excèdent pas la force humaine commune[8].

Si l'impossibilité est partielle, c'est une question de fait

---

début » si l'ordre arrive pendant la séance, v. Paris, 22 déc. 1908, *Gaz. Pal.*, 13 janv. 1909. — Cf. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 11.

1 V. Bartin, p. 16.

2 Krainz, *System*, 4e éd., I, p. 313.

3 V. Huc, VII, n° 67.

4 Aubry et Rau, IV, p. 544. — Huc, VII, n° 67. — Baudry et Barde, I, n° 289. — Laurent, XVI, n° 80. — Larombière, art. 1128, n° 5. — Pacifici Mazzoni, IV, p. 176. — Polacco, n° 37. — Giorgi, III, n° 288. — Planiol, II, nos 1006-1007. — Sauf si on a promis la chose d'autrui, v. *suprà*. — Cf. Feq., 8 janv. 1894, D. 1894, 1, 128.

5 Baudry et Barde, I, n° 289. C'est déjà la solution de l'art. 307, civ. allemand. — Ainsi le bail d'une chose qu'on a déjà donné à bail est valable. — Cf. Baudry et Wahl, Louage, I, n° 137.

6 Larombière, art. 1128, n° 5. — Demolombe, XXIV, nos 318-319, à moins que l'obligation ne doive être exécutée de suite. — Giorgi, III, n° 289.

7 V. Giorgi, II, n° 298. — Cf. Saleilles, *Obligation*, n° 146. En effet, normalement on a envisagé la chose comme possible immédiatement.

8 Krainz, *loc. cit*

de voir si le contrat est nul pour le tout[1] ou au contraire, s'il reste totalement valable.

Si on prétend qu'une prestation est impossible, on doit prouver qu'elle est telle et le restera. Donc, si on promet un travail peut être actuellement impossible, mais qui sera peut-être plus tard possible, la promesse est valable, à moins que les parties n'aient entendu viser l'exécution immédiate. Ainsi on peut promettre de faire un jour tel trajet en aéroplane qui n'a pas encore pu être réalisé.

On ne doit pas considérer comme impossibilité le fait qu'un débiteur insolvable assume une obligation. C'est une simple impossibilité subjective[2]. L'impossibilité ne s'entend ici que de celle existant lors du contrat et non de celle qui surviendrait par la suite[3].

L'impossibilité d'un acte peut résulter d'ailleurs soit du but visé, soit du moyen employé, étant donné le but énoncé dans le contrat. En ce sens, on a annulé un testament créant une fondation avec une organisation telle qu'elle n'avait aucune garantie de durée[4].

Lorsque l'obligation a un objet illicite, la nullité ne se produit pas toujours. Si la prescription légale d'où dérive l'impossibilité ne repose pas sur un motif d'ordre public, on peut prévoir la disparition de cet obstacle légal. L'obligation peut être considérée comme soumise à la condition tacite de la disparition de l'obstacle juridique : désaffectations d'un bien du domaine public par exemple[5]. Mais si les parties ont ignoré l'impossibilité même temporaire, le

---

1 Cf. Baudry et Barde, I, n° 290 qui renvoie implicitement, mais à tort selon nous à l'art. 1601, car selon nous, il n'y a pas à faire de ventilation. — M. Bartin, *op. cit.*, p. 12 vise par impossibilité partielle un cas où une créance ne peut être remplie et il l'efface en partie.

2 V. Ricca Ferraris, *L'impossibilita*, *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 155.

3 V. Colin et Capitant, II, p. 308.

4 Req., 4 août 1856, D. 1856, 1, 433.

5 Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 146.

contrat est nul si le délai est de durée telle qu'il soit incompatible avec le but des contractants. Ainsi il ne faut pas apprécier les choses trop strictement et dire que l'obligation ne pourra pas acquérir force. On peut la considérer comme sous condition tacite[1].

L'impossibilité juridique visant seulement une impossibilité complète et non des difficultés ne comprend pas le consentement de plusieurs personnes à obtenir. Elle ne vise pas davantage des contrats concernant les choses hors du commerce, mais compatibles avec le but qui les a fait déclarer choses publiques[2].

Si l'impossibilité survient après conclusion du contrat, elle libère le débiteur par force majeure.

L'impossibilité ne se présume pas, il faut la prouver.

769. — La promesse du fait d'autrui n'est pas impossible toutes les fois qu'elle contient une clause implicite de porte fort que la loi valide (art. 1120 Civ.).

La promesse de la chose d'autrui incontestablement valable s'il s'agit de chose de genre l'est-elle pour un corps certain ?

Les contrats sur la chose d'autrui ne sont pas nuls lorsqu'ils ont été faits en connaissance de cause par les deux parties. En effet, il s'agit ici de contrats visant un fait actuellement impossible juridiquement, mais dont on a envisagé l'impossibilité comme pouvant cesser. On peut donc valablement vendre, louer, mettre en gage la chose d'autrui[3]. En pareil cas, le créancier ne pourra réclamer l'exécution du contrat que le jour où il sera possible au débiteur d'exécuter : étant devenu propriétaire, locataire principal, etc.

Il n'y a qu'une exception pour un acte unilatéral : le legs. L'art. 1021 Civ. déclare que ce legs est toujours nul.

---

1 *Contrà :* Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, IV, 5e éd., p. 178.

2 Saleilles, *op. cit.*, n° 146.

3 V. Saleilles, *Obligations*, n° 152.

Lorsque le contrat sur la chose d'autrui est valable, Gabba propose de l'analyser en une promesse bilatérale de contrat[1]. Nous y verrons un contrat éventuel, s'achevant le jour où la chose est entrée dans le patrimoine du promettant.

Mais si le contrat est valable lorsqu'on a agi en connaissance de cause, c'est-à-dire en mettant comme condition implicite : si on acquiert, avec ou sans fixation de délai, ou encore en se portant fort pour le propriétaire[2]; elle est entachée d'erreur si on a traité croyant promettre sa chose (v. *suprà*, n° 230)[3]. D ailleurs, peu importe que l'erreur ait été commise par les deux parties ou par l'une d'elles.

En outre, il faut tenir compte de l'art. 1599 Civ., dont la portée est si controversée et en matière hypothécaire des conséquences de l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir.

770. — L'utilité subjective de l'obligation ne doit pas être appréciée seulement d'un point de vue matériel, comme au cas d'objet inexistant, futur, impossible ou indéterminé. Elle doit s'apprécier aussi au point de vue moral[4].

L'homme ne vit pas seulement de pain, il faut se préoccuper de ses besoins élevés. Ainsi les actes qui sont moins des actes de disposition que le fait d'imposer sa volonté : comme la déclaration isolée qu'une libéralité est par préciput et hors part (art. 919), déclaration qui ne nuit qu'aux cohéritiers, doivent être considérés comme ayant une utilité subjective suffisante.

Une obligation n'est nulle que si elle vise à satisfaire certains désirs moraux et qu'elle ne peut y atteindre.

Le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur constitue une cause suffisante d'engagement[5].

---

1 *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 157.

2 V. pour le bail, Baudry et Wahl, I, n° 100.

3 Cf. sur ces questions, Giorgi, *Obligazioni*, III, n°s 305 et suiv.

4 V. Colin et Capitant, II, p. 308.

5 Aubry et Rau, IV, p. 548. — Laurent, XVI, n° 115. — Req.,

Plus spécialement la promesse justifiée par une cause morale : comme celle de réparer un accident est valable même si depuis l'absence de faute de l'auteur du préjudice est établie[1].

De même la promesse de se fournir exclusivement chez un brasseur pour la reconnaissance de services rendus est valable[2].

De même la promesse faite *pietatis causa* est valable[3].

Si un tiers cautionne une dette, le seul désir de cautionner est une explication suffisante, une cause valable. Ainsi en est-il au cas où la femme cautionne son mari[4], ou un frère déclare promettre de payer pour sa sœur[5].

De même il y a explication suffisante de l'acte si un fonds de commerce étant vendu, le neveu du vendeur qui avait dans la gestion du fonds un rôle de fait important promet de ne pas se rétablir dans un certain rayon[6].

L'explication de l'acte gratuit, malgré l'opinion contraire[7] nous semble suffisante si un legs s'adresse à des personnes incertaines déterminées par des qualités raisonnables : legs

---

12 juill. 1869, S. 1870, 1, 300; D. 1871, 1, 59. — Req., 5 mai 1868, S. 1868, 1, 251; D. 1869, 1, 285. — Grenoble, 4 juin 1860, S. 1861, 2, 152. — Douai, 6 mai 1825, S. chr. — Req., 10 mars 1818, S. chr.

1 Trib. Bruxelles, 8 fév. 1893, *Journ. Trib.*, 1893, 724. — Lyon, 1er mars 1894, Mon. Lyon, 8 déc. 1894. — Au cas inverse, si la responsabilité est plus tard établie, la renonciation est nulle, trib. Brugges, 5 mars 1884, Pas. 1884, 3, 210. — V. *suprà:* le chap. *Erreur.*

2 Trib. Mons, 11 déc. 1888. *Journ. Trib.*, 1889, 56. — Cf. Bruxelles, 28 avril 1887, Pas. 1887, 2, 356.

3 Gand, 12 mai 1870, Pas. 1870, 2, 308.

4 *Contrà:* trib. Liège, 1er avril, 1904, jur. Liège, 1904, 155.

5 Trib. Bruxelles, 19 mars 1890, Pas. 1891, 3, 20.) — Gand, 18 nov. 1891, Pas. 1892, 2, 154 (qui déclare qu'ici la cause est la dette primitive. C'est bien contestable). — Trib. Liège, 23 janv. 1892, Pas. 1892, 3, 290.

6 Trib. Seine, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 215, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 994.

7 V. Baudry et Colin, I, n° 361. — *Contrà:* Planiol, III, n° 2924.

de 1.000 francs à l'ouvrier le plus ancien d'une usine, à chacun des blessés de la guerre dans telle commune.

L'idée de justification subjective suffisante dans les libéralités a conduit la jurisprudence à considérer comme valables ou comme nulles des libéralités suivant que le but visé par le disposant était ou non atteint. Ainsi en est-il d'une libéralité en vue du mariage qui est faite en dehors du contrat de mariage[1]. Ou encore si une personne adresse successivement à une autre deux libéralités qui ont la même raison d'être : legs pour rétablir l'égalité déjà assurée par une donation[2]. Même un legs peut être nul si sa raison d'être disparaît avant le décès[3].

771. — La théorie de l'utilité subjective des actes s'applique même aux actes gratuits.

Si une personne fait un don ou un legs à une autre par ce qu'elle lui a rendu service, parce qu'elle a géré ses intérêts, etc., parce que c'est son enfant naturel, ou même adultérin (à supposer la libéralité non excessive), si elle commet une erreur, l'acte doit être considéré comme nul[4].

Mais il faut un lien véritable entre la libéralité et le fait antérieur. Ce lien doit résulter d'une déclaration ou des circonstances nettement établies, par exemple ce fait que l'on déclare dans l'acte le gratifié son enfant naturel. Cette mesure restrictive s'impose, étant donné le besoin de sécurité dans les transactions dont nous avons déjà parlé (v. n° 745 *in fine*). S'il faut se préoccuper du lien entre la libé-

---

1 Toulouse, 4 août 1881, S. 1882, 2, 242. — Liège, 4 fév. 1865 Pas. 1865, 2, 88. — V. Hamel, th. citée, p. 276.

2 Rouen, 3 déc. 1846, S. 1847, 2, 332. — Bourges, 15 mars 1847, D. 1847, 2, 332. — Req., 27 avril 1852, D. 1852, 1, 121.

3 Rennes, 11 avril 1905, D. 1906, 2, 257 avec note de M. Planiol, S. 1905, 2, 241.

4 V. Larombière, art. 1131, n^os^ 18-19 qui admet ce système pour les donations mais est hésitant pour les legs. — Colin et Capitant, III, p 630. — Cf. Paris, 9 fév. 1867, S. 1867, 2, 129 et 8 mars 1867 S. 1867, 2, 185.

ralité et tel sentiment ou croyance, il ne le faut pas au point d'admettre des enquêtes indiscrètes ou dangereuses[1]. Sinon, la libéralité s'explique par la simple affection et les circonstances sont sans influence.

Toutefois dans certains cas la jurisprudence s'atténue. On a autorisé des plaideurs à se servir de lettres spontanément versées aux débâts[2] en matière de donations entre concubins.

On a admis la preuve extrinsèque qu'une donation entre époux avait pour but d'assurer l'exécution d'une convention amiable de séparation de corps et de biens[3].

Mais en réalité, comme l'a démontré M. A. Colin, en matière de filiation, il y a une raison spéciale qu'on ne trouve pas ailleurs. Il s'agit de faits qui doivent plus difficilement être soumis à un débat judiciaire. La théorie de la preuve intrinsèque doit donc se limiter à cette hypothèse.

La jurisprudence arrive sur le terrain des libéralités à faire entrer en ligne de compte le motif déterminant, au point de faire tomber la libéralité dont le motif disparaît ensuite: désir d'assurer l'égalité entre enfants lorsque celle-ci est

---

1 Req., 31 juillet 1860, D. 1860, 1, 458. — Req., 6 déc. 1876, D. 1877, 1, 492. — Req., 29 juin 1887, S. 1887, 1, 358. — Grenoble, 6 fév. 1845, S. 1846, 2, 579; D. 1846, 1, 344. — Caen, 11 déc. 1876, S 1877, 2, 8; D. 1878, 5, 192. — Paris, 11 août 1866. S. 1867, 2, 137; D. 1866, 2, 168. — Limoges, 27 fév. 1900, D. 1902, 2, 281. — Alger. 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Poitiers, 11 juin 1889, D. 1892, 2, 145. — Paris, 14 nov. 1894, D. 1895, 2, 115. — Paris, 15 fév. 1893, D. 1893, 2, 416. — Orléans, 27 mai 1875, D. 1877, 2, 127. — Amiens, 9 août 1865, D. 1866, 1, 378. — Demolombe, *Don.*, I, n° 566. Demante, IV, p. 62. — Aubry et Rau, § 563, n° 16. — Cf. Huc, VI, n° 42. — Baudry et Colin, I, n°s 471 bis et 466. — *Contrà:* Planiol, III, n° 2509. — Sarrut note dans D. 1897, 1, 449. — Cf. Crome, *Allg. Theil*, par. 31, notes 19 et 20.

2 Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909, 2, 266.

3 Civ., 2 janv. 1907, D. 1907, 1, 137 avec note de M. A. Colin, S. 1911, 1, 585 avec note de M. Wahl.

ensuite rétablie par ailleurs[1], ou d'écarter un prodigue si ce motif disparaît[2].

De même un tiers peut n'avoir pas de juste motif pour promettre de payer la dette d'une autre personne, en ce cas sa promesse, son cautionnement sera nul.

Ainsi un régisseur n'a pas de juste motif de payer une dette qu'il croyait à tort venir de fournitures profitables au domaine faites à son prédécesseur[3], un employé qui représente une maison au loin n'en a pas pour promettre de payer la dette de son patron[4] surtout s'ils ont été victimes d'erreur ou de dol.

On peut regarder aussi le modus qui donne un caractère partiellement onéreux à la donation ou au legs comme lié intimement à la prestation du donateur[5].

L'utilité subjective est suffisante si on veut par un acte à titre gratuit reconnaître une obligation naturelle[6].

772 — Inversement toute promesse qui, sans être rattachée à une contre prestation fournie par l'autre partie et ayant une valeur pécuniaire vient à la suite de services rendus, d'avantages auxquels on a contribué, de soins non estimables en argent est valable et doit être respectée[7].

Ainsi la clause d'un bail d'après laquelle le locataire paiera une augmentation de loyer si son commerce prospère dans une certaine proportion est licite[8].

Il en est de même des promesses faites à des tiers pour

---

1 Rouen, 31 mars 1835, S. 1847, 2, 332. — Rouen, 3 déc. 1846, *eod. loc.*

2 Rennes, 11 avril 1905, D. 1906, 2, 257, S. 1905, 2, 241.

3 Trib. Toulouse, 25 fév. 1905, D. 1906, 5, 5.

4 Cour de l'Afrique occidentale, 7 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 14 juin 1908. — Bastia, 6 août 1892, D. 1893, 2, 359.

5 Crome, *Allg. Theil*, par. 31.

6 Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, 5e éd., IV, p. 184.

7 Larombière, art. 1131, n° 13. Cet auteur admet cependant leur réductibilité. Ce qui est difficile à justifier.

8 Pau, 22 mars 1898, D. 1900, 2, 97 avec note de Boistel. — Cf. Rennes, 2 mars 1825, S. chr. (augmentation conditionnelle du prix).

bons services rendus, ou à des personnes de confiance pour des soins donnés à un malade[1].

Ou encore de la promesse d'un courtage sur un prix de cession, lorsque la cession n'a manqué l'effet attendu que par la faute du cessionnaire[2].

Ou encore de la promesse d'une commission pour indication d'un office à vendre, alors qu'on connaissait déjà cet office, mais qu'on a omis, comme le prévoyait le contrat, de signaler ce fait à l'intermédiaire dans un bref délai[3]. Ici il n'y a eu à l'indication aucune utilité réelle, mais la promesse a une raison d'être sérieuse : l'office aurait pu être ignoré, elle n'est donc pas une base suffisante.

Le débiteur ayant un stricte devoir de satisfaire son créancier, la promesse de sûreté qu'il lui fait a par cela même une cause suffisante, même si le débiteur n'obtient rien en échange[4].

Mais le tribunal de la Seine s'est refusé dans cette voie à considérer comme ayant une cause, le billet du débiteur signé contre une promesse d'atermoiement[5]. Cette solution doit être critiquée. Un délai pour payer est une valeur qui a son prix[6].

De même le désir d'éviter une action en rescision, un procès injustifié peut être une cause suffisante d'une pro-

---

1 Grenoble, 19 mars 1881, D. 1881, 2, 188. — Douai, 2 juill. 1847, D. 1849, 2, 239. — Caen, 10 juill. 1854, D. 1855, 2, 162. — Paris, 8 nov. 1892, S. 1894, 2, 191, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, 364. — Trib. Orthez, 25 juin 1890, *Loi*, 30 déc. 1890. — Cf. Req., 8 août 1871, D. 1871, 1, 240. — Il y a là une appréciation de fait, v. Cass. civ., 22 nov. 1909, D. 1910, 1, 407 (2 arr.).

2 Req., 23 juill. 1866, D. 1867, 1, 68 (cession d'un droit né d'une adjudication, suivie d'une surenchère faite sur lui même par le cessionnaire sous un autre nom).

3 Trib. Seine, 2 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 543 avec note.

4 Trib. de Saint-Pol, 30 août 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 407.

5 Trib. comm. Seine, 21 juill. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e partie, 136.

6 V. Cass. civ., 4 juill. 1870, D. 1870, 1, 363.

messe d'argent[1]. Il en est de même d'un simple devoir de conscience comme celui de donner une compensation pour un droit aboli[2].

772 bis. — Lorsque le contrat est nul faute d'objet, une des parties peut-elle demander des dommages-intérêts à l'autre en disant qu'elle aurait dû connaître la nullité ? Cela est possible dans certains cas. Si une des parties est un professionnel, on peut dire qu'il y a faute si elle ne se renseigne pas sur certains points qu'elle peut plus facilement découvrir que l'autre partie. Ce sera le cas si une personne assure contre le remboursement au pair un titre déjà sorti au tirage. Le banquier assureur était en faute, pouvant le faire facilement, de ne pas avoir vérifié les listes de tirage[3].

SECTION II

TILITE SOCIALE DE L'OBLIGATION (THEORIE DE LA CAUSE ILLICITE OU IMMORALE)

773. — La loi exige que le contrat ait une utilité subjective, qu'il ait pour but de procurer un avantage aux parties. Mais elle condamne les contrats qui tout profitables aux parties qu'ils sont, nuisent à l'utilité sociale. Les contrats ne sont pas des produits de la libre volonté, mais des moyens pour atteindre dans la liberté, avec la variété qu'elle comporte, des buts d'utilité sociale. Chaque contractant est comme à un poste de direction sociale[4] où il agit

---

1 Larombière, art. 1131, n° 11.

2 Larombière, *eod loc.*

3 V. cep. *contrà:* trib. Boulogne-sur-Mer, 22 déc. 1916, *Gaz. Trib.* 1917, 2, 531, *Rev. de dr. civil*, 1918, p. 117.

4 Rappr. Duguit, *Transformations du droit privé*, pp. 38 et suiv., sur tous les actes qu'un individu fait contrairement à sa fonction sociale, et *Transformations du droit public*, pp. 157 et suiv. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 252 « La cause est le but économique et social reconnu par le droit ».

par sa volonté de contracter. Il doit avoir à honneur de s'y adapter à des intérêts généraux. Aussi non seulement on parle aujourd'hui du rôle social de l'acheteur par exemple, non seulement on crée des mouvements d'opinion pour diriger les contractants (boycottage de certains produits étrangers, propagande pour faciliter la fermeture des magasins à telle heure, etc.), mais la loi a toujours annulé dans cet esprit certains contrats.

La loi entend frapper de nullité les obligations qui poursuivent un but contraire aux lois ou aux mœurs[1]. Ce but peut être visé de plusieurs manières. Tantôt un des contractants promet directement un acte contraire aux lois, ou l'exécute moyennant une contre prestation : ainsi un officier de police judiciaire promet contre argent de ne pas dresser de procès-verbal d'un délit. L'art. 1131 déclare l'obligation nulle. « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. » Tantôt le but illicite n'est poursuivi que de façon indirecte et voilée. Les prestations prévues sont licites en elles-mêmes, mais une d'elles ou toutes deux ne seront dues que si telle condition se réalise, amener la réalisation de la condition est poursuivre un but illicite. Ici les deux parties ou l'une d'elles, théoriquement libres, vont avoir intérêt à poursuivre le but illicite pour que l'obligation principale ait effet. L'obligation est alors nulle, et le contrat tout entier l'est également. Ainsi je vous achète telle maison à tel prix si je trouve à me défaire avantageusement de telles denrées falsifiées que je détiens. Ou encore, je vous donne 1.000 francs, si je trouve à me défaire de ces mêmes denrées. Dans ces cas, il est trop clair que mon cocontractant

---

1 C'est ce but du cotrat que Beudant, nos 195-198 nomme but de contrat. A ce point de vue on distingue parfois l'impossibilité juridique et le caractère illicite, v. Bartin, *Condit. impossibles*. — Giorgi, III, n° 311. — Ceci offre peu d'intérêt pratique.

va faire tout son possible pour que la condition illicite se réalise, afin que le contrat soit exécuté[1].

Aussi la loi frappe-t-elle l'acte soumis à une condition de ce genre. « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend » (art. 1172). L'art. 900 établit même une sanction plus sévère pour les actes à titre gratuit. « Les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites ».

Tantôt enfin les prestations principales sont valables en elles-mêmes, mais accessoirement un des contractants assume une charge illicite. Ainsi une personne vend une maison et l'acheteur promet de continuer à y loger gratuitement la maîtresse du vendeur. La loi ne prévoit pas cette difficulté. Mais elle doit se résoudre comme le premier cas prévu. L'obligation ainsi assumée sera nulle. Seulement, en fait, il faudra examiner si elle est de telle importance par rapport à l'ensemble du contrat qu'elle doive entraîner la nullité de l'acte juridique tout entier.

Ces trois cas se ramènent à une idée centrale. Toutes les fois que le but direct poursuivi par un acte juridique est contraire aux lois ou aux mœurs, il y a nullité[2].

Les théories de l'objet, de la cause, de la condition, de la charge, ne sont donc que des applications diverses de la même idée. Les mêmes questions se représentent dans ces divers cas : ce qui est illicite comme objet l'est comme charge ou comme condition.

Aussi ne nous étonnons pas de voir poser dans ces divers cas certaines règles semblables. Pour savoir si dans un

---

1 La condition a avec la cause un tel rapport que Demolombe, XXIV, n° 359, considère avec raison que la condition à la réalisation de laquelle le stipulant a un intérêt, est en réalité une cause.

2 *Cf.* Colmet de Santerre, V, n° 49 *bis*, à propos de la cause. — Bartin, *op. cit.*, p. 128.

contrat pur et simple on poursuit un but illicite, on s'attache presque exclusivement au but immédiat, à la cause, dit-on, Si la cause est illicite on annule, même si le but ultime est licite. De même dans le cas de condition, on annule dès que le but immédiat est illicite, même si le but ultime est licite. Ainsi la promesse d'une somme d'argent si l'on embrasse la profession ecclésiastique est nulle, comme atteignant la liberté de la personne, même si on l'a fait par affection pour elle[1].

Cependant il y a des nuances : la promesse d'un acte illicite, ou la charge visant un acte illicite sont nulles. Au contraire lorsqu'un acte illicite figure comme condition, il n'y aura condition illicite, malgré les termes trop rigides de l'art. 1172 Civ., que s'il résulte de là en fait une pression pour déterminer à l'acte illicite[2].

Ainsi la promesse d'une somme à des grévistes qui promettent d'incendier la maison de leur patron est illicite. Au contraire, la compagnie d'assurances qui promet à un patron de l'indemniser si les grévistes viennent piller son établissement est valable. Et cependant le même fait : le pillage a été prévu comme condition. Mais dans le premier cas seulement on cherche à l'encourager.

Ces différences se rattachent au fonds à cette même idée : le contrat qui pousse à l'acte illicite est nul, peu importe le moyen employé. Inversement le contrat qui n'encourage pas à l'acte illicite est valable.

On ne peut pas en terminant ne pas signaler le lien que présentent ces questions, où l'on envisage le droit de façon subjective, avec la théorie de l'abus du droit, où l'on envisage le droit individuel sous le même angle. Sans doute validité de la cause, l'abus du droit, se reconnaissent à

---

1 Bartin, *Conditions impossibles*, etc., p 131.

2 V. Bartin. Théorie des *conditions impossibles*, pp. 127 et suiv.

des critériums différents, mais ces deux ordres d'examens dérivent d'une même préoccupation de moralité[1].

773 bis. — Il faut considérer comme nuls les contrats illicites ou immoraux.

De façon générale sont illicites non seulement les contrats qui violent une loi déterminée[2] ou les principes généraux du droit, mais ceux qui visent à frauder une loi comportant une application extensive.

Sont immoraux les contrats qui sont contraires aux bonnes mœurs. Celles-ci ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et l'opinion commune[3]. Cette opinion contribue donc à constituer le droit sur des points importants. Elle est créatrice. Ainsi le droit se constitue et se modifie lentement suivant la pensée générale du public. Et l'acte sera nul s'il contrevient aux bonnes mœurs, sans qu'on ait à examiner si son auteur a vu qu'il agissait contrairement au sentiment commun. Seront donc valables des actes en eux-mêmes à désapprouver si l'opinion publique ne les condamne pas.

Ce que les bonnes mœurs font annuler, c'est tantôt un acte en lui même jugé immoral, tantôt une atteinte à la liberté par rapport à un acte déterminé. Nous verrons qu'en vertu de cette idée on annule les promesses de divorcer, de ne pas se marier, de voter, de ne pas voter pour tel candidat, etc.[4].

L'acte où la liberté est employée dans une fin illicite est nul, car il contient de la part de l'individu un acte que l'on peut rapprocher du détournement de pouvoir en droit public[5].

---

1 V. Dubreuil, *Mobiles dans les contrats*, th. Lyon, 1909, pp. 150 et suiv.

2 Il faut toutefois mettre à part les contrats des incapables soumis à un régime spécial.

3 Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p. 348.

4 V. Crome, *Allgemeine Theil*, par. 30, *in fine*, texte et note 14

5 Cf. Duguit, *Transformations du droit public*, p. 205

774. — La méthode la plus naturelle pour étudier les causes ou objets illicites, c'est donc d'énumérer les principaux buts qui dans l'état de nos lois et de nos mœurs[1] envisagées dans leur moyenne[2] doivent être considérés comme condamnables[3], les autres étant au contraire considérés comme valables. Cette méthode fait une place raisonnable au subjectivisme, si important en notre matière[4].

Rappelons à ce sujet qu'il faut s'occuper à la fois de la loi et des mœurs, l'art. 1133 Civ. étant plus large que l'art. 6 qui ne parle que de loi.

Les buts illicites peuvent être tels en vertu de la loi[5] ou des mœurs[6]. Au premier cas la nullité est rigide et limitée au texte. Au second, elle s'étend à tous les cas qui choquent les mœurs. Elle peut donc être plus souple. Dans ce second cas les mœurs doivent être envisagées dans leur moyenne au moment où le juge statue. Pour déterminer si le but poursuivi est contraire aux mœurs, résout-on une question de droit ou de fait ? M. Bartin estime qu'il y a là une question de fait et que la cour de cassation examine seulement si l'objet touche aux mœurs[7]. Mais la cour de cassation

---

1 Car les mœurs qui ne sont pas immuables ont ici un grand rôle. V. Larombière, art. 1133, nos 2-3. — Demolombe, XXIV, n° 334.

2 Larombière, art. 1133, n° 4.

3 Les auteurs disent d'ordinaire la promesse du fait illicite est nulle (v. Aubry et Rau, IV, p. 550. C'est trop évident mais ils doivent de suite rectifier et dire qu'il y a encore d'autre cas d'obligations illicites).

4 Cf. Dubreuil, *Mobiles dans les contrats*, th. Lyon. 1909.

5 Stammler, *Richtiges Recht*, pp. 401 et suiv., distingue ici les prohibitions directes de la loi civile, celles résultant de la loi pénale et atteignant les actes juridiques favorisant un délit, prohibitions civiles en vue de détourner d'un autre acte.

6 Stammler, *op. cit.*, pp. 421 et suiv., distingue les contrats comportant la mise de la personne ou d'un tiers sous l'arbitraire d'un autre, les engagements par lesquels on se laisse exploiter patrimonialement et ensuite les renonciations de ces trois catégories.

7 *Conditions impossibles*, p. 247.

semble admettre beaucoup plus simplement qu'elle contrôle si les mœurs permettent tel acte[1].

Les buts valables peuvent d'ailleurs se rattacher à un fait passé[2], présent ou futur. C'est ce qu'on exprime en disant que la cause peut être un événement passé, présent ou futur[3].

Ces buts valables peuvent se rattacher à une simple licéité, à cette honnêteté générale conforme aux usages suivis, aux bonnes mœurs, enfin à l'ordre public proprement dit, c'est-à-dire à une subordination de nature à donner à l'ensemble de la vie sociale unité dans le régime politique ou économique.

Quant aux buts prohibés, ils doivent être considérés comme tels dès qu'il s'agit d'aller contre une loi concernant les personnes. S'il s'agit d'une loi visant les choses, cela est plus douteux : il faut que la loi le dise ou qu'il y ait des motifs très graves de décider[4].

775. — Si le contrat ne poursuit pas un but illicite, il est valable. Ainsi la vente de marchandises de contrebande ou volées sera valable comme contrat si le tiers acheteur est de bonne foi. Elle sera au contraire nulle si l'acheteur a voulu faciliter la disparition de ces objets[5].

776. — Tout acte juridique qui tend directement ou indirectement à faire commettre un acte défendu par la loi pénale est nul comme illicite

Du moment qu'un fait est un délit pénal, la loi civile ne peut indirectement encourager à le commettre. La chose est trop évidente et les tribunaux ont constamment à faire l'application de cette idée[6].

---

1 Civ., 1er mai 1855, S. 1855, 1, 337 et le rapport Laborie. — Cf. Civ., 22 déc. 1896, S. 1897, 1, 397.

2 Cf. Seferiadès, *Théorie de la cause*, th. Paris, 1897, p. 99.

3 Larombière, art. 1131, nos 6 à 8.

4 V. Larombière, art. 1133, nos 13-15.

5 Larombière, art. 1133, nos 35-37. — V. *infrà*, n° 764.

6 Ainsi est nul l'engagement de travail d'un mineur de treize ans trib. Montdidier, 3 août 1905, S 1908, 2, 86. — Douai, 12 déc. 1906,

En vertu de ces principes la vente des objets contrefaits est nulle[1], le fabricant n'a pas d'action contre le commerçant à qui il a vendu ces objets[2]. Est nulle aussi la convention pour colporter une brochure calomnieuse[3], ou pour imprimer un écrit licencieux[4], le mandat d'accomplir un acte illicite[5], ou la vente d'une liqueur dont le seul emploi possible est de servir à colorer frauduleusement une boisson[6].

De même le contrat en vue de commanditer une maison de prêts usuraires sur reconnaissances du Mont de Piété est nul et le capitaliste peut seulement se faire restituer le capital[7].

De même encore il faut déclarer nulle non seulement la vente de remèdes secrets (loi du 21 germinal an XI, art. 36), mais la société ayant pour but de vendre ces remèdes[8].

Ou le contrat qui n'a pour but que d'amener un enfant moyennant argent à solliciter la charité publique[9].

Ou encore le bail d'un local destiné à établir des paris aux

S. 1907, 2, 71. — Lyon, 24 déc. 1907, S. 1908, 2, 199. — Req., 1er mars 1910, D. 1911, 5, 64. — Cass. civ., 8 déc. 1909, D. 1910, 1, 320. — Le contrat pour lever un régiment d'insurgés, Paris, 21 juin 1833, D. v° *Oblig.*, n° 599.

1 Trib. comm. Nantes, 29 déc. 1897, *Rec. Nantes*, 1898, 1, 144. Trib. comm. Charleville, 17 août 1898, *Gaz. Trib.*, 5 janv. 1899.

2 Colmar, 28 janv. 1869 D. 1874, 5, 355.; S. 1869, 2, 208.

3 Bruxelles, 7 août 1865, Pas. 1866, 2, 69.

4 Bruxelles, 5 fév. 1831, Pas. 1831, 1, 17. — Laurent, XVI, n° 156.

5 Huc, XII, n° 26.

6 Civ., 2 déc. 1901, S. 1902, 1, 333; D. 1902, 1, 48.

7 Paris, 27 mars 1902, *Gaz. Trib.*, 1902, 2e sem., 2, 132.

8 Paris, 5 fév. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 1, 620. — Paris, 15 juin 1838. D. v° *Obligations*, n° 586. — *Cf.* Paris, 4 août 1909, D. 1910, 2, 304. — Req., 5 nov. 1906, D. 1907, 1, 64. — Paris, 6 avril 1906, D. 1907, 2, 117. — V. dans le même sens, Laurent, XVI, n° 144. — Beudant, n°s 202 et 250. — Larombière, art. 1133, n° 5. — Colmet de Santerre, V, n° 49 bis, II.

9 Trib. paix Paris, 27 déc. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 354.

courses[1], le prêt d'objets destinés à commettre un crime[2], la vente d'objets de contrebande[3], d'ouvrages contraires aux mœurs[4].

Toutefois, cette dernière solution ne doit pas être exagérée. On tolère le contrat pour faire représenter une revue assez leste devant un certain public[5], la vente de livres assez licencieux à des bibliophiles.

La seule difficulté qui se présente, c'est dans chaque cas, de déterminer si le but poursuivi est bien un délit pénal, s'il en a bien les caractères.

Ainsi les sociétés de capitalisation sont licites, mais si l'organisation de la société est telle qu'elle se rapproche beaucoup d'une loterie, elle est illicite, car elle tend en fait à une loterie[6].

Sont de même nuls les autres contrats qui sous des apparences licites présentent le danger de la loterie, comme l'achat à prime de valeurs à lots au moment du tirage, opération qui équivaut à l'achat l'un billet de loterie[7].

777. — Les contrats tendant à entraver les poursuites pénales sont nuls également[8].

---

1 Trib. Seine, 26 juin 1885, *Loi*, 18 juill. 1885.

2 Guillouard, *Prêt*, n° 16. — Baudry et Wahl, n° 628.

3 Guillouard, *eod. loc.* — Baudry et Wahl, n° 626.

4 Guillouard, *eod. loc.* — Baudry et Wahl, n° 625.

5 V. trib. Pontoise, 2 août 1904, *Gaz. Trib.* 30 nov. 1904.

6 V. Lyon, 19 juill. 1898, S. 1901. 2, 257 avec note de M. Wahl. — Cass. Req., 18 déc. 1899, S. 1903. 1, 133, Pand. fr., 1900, 1, 481. — Trib. Seine, 24 juill. 1912, *Gaz. Trib.* 1912, 2e sem., 2, 42

7 Trib. Narbonne, 28 avril 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 377. — Trib. corr. Seine, 22 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 1899, 2e sem., 2, 130. — Cf. trib. Chartres, 6 janv. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 469. — V. cep. *contrà:* au cas où ces chances avaient été vendues en gros, trib. Seine, 21 sept. 1871, D. 1873, 3, 80, ce qui est dans l'esprit de la loi, qui vise à protéger la petite épargne.

8 Bordeaux, 20 fév. 1839, S. 1839, 2, 462 (promesse qu'on ne serait pas poursuivi pour un délit). — Aubry et Rau, IV, p. 550. — Baudry et Barde, I, n° 310. — Demolombe, XXIV, n° 378. — Larombière, art. 1133, n° 12. — Beudant, n° 252.

Il en est ainsi de la promesse de ne pas porter plainte d'un délit[1], de la promesse contre argent de retirer une plainte[2].

Evidemment une personne, d'ordinaire le délinquant, peut s'entendre avec la victime pour la réparation du préjudice. La victime indemnisée peut ne pas porter plainte, retirer sa plainte, mais elle ne peut pas vendre son silence ou le retrait de sa plainte, car ce serait aller à l'encontre de cette idée que les délits doivent pouvoir être connus de l'autorité. Il en est ici comme du droit de divorcer, dont on peut user ou non, mais qui ne peut être l'objet de conventions.

De même le contrat par lequel une personne répondra des amendes encourues par une autre est nul[3].

778. — Les auteurs[4] déclarent aussi illicite l'engagement pris envers une personne pour obtenir d'elle la promesse qu'elle s'abstiendra de commettre un fait délictueux ou qu'elle remplira un devoir dont elle est déjà légalement

---

[1] Trib. Bruxelles, 21 avril 1898, Pas. 1898, 3, 181. — Trib. Bruxelles, 10 nov. 1886, Pas. 1887, 3, 272. — Bordeaux, 20 fév. 1839, S. 1839, 2, 462. — Bordeaux, 21 avril 1891, *Recueil Bordeaux*, 1891, 1, 361. — Trib. Pau, 31 oct. 1901, *la Loi*, 12 nov. 1901. — Riom, 12 déc. 1898, *Rec. Riom*, 1898-99, p. 322. — Larombière, art. 1133, n° 12. — Baudry et Barde, I, n° 310. — Demolombe, XXIV, n° 378. — Aubry et Rau, IV, p. 322 . — Giorgi, III, n° 380. — Trib. Seine, 12 mars 1895, *le Droit*, 26 avril 1895 et 16 déc. 1896, *le Droit*, 18 mars 1897. — Trib. Bourges, 26 déc. 1905, *la Loi*, 5 avril 1906. — Trib. Seine, 16 fév. 1906, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e sem., 2, 269. — *Contrà:* Rennes, 20 juill. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 497, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 795.

[2] Trib. Bruxelles, 21 nov. 1883, Pas. 1884, 3, 202, v. cep. trib. Seine, 16 déc. 1896, *Droit*, 18 mars 1897 et 7 nov. 1899, *Gaz. Trib.* 1900, 1er sem., 2, 64. — Riom, 15 mai 1912, inédit.

[3] Trib. Dinant, 2 fév. 1876, Pas. 1876, 3, 114.

[4] Baudry et Barde, I, n° 310. — Huc, VII, n° 83. — Laurent, XVI, n° 125. — Bufnoir, p. 540. — Aubry et Rau, IV, p. 550. — Demolombe, XXIV, n° 380. — Larombière, art. 1133, nos 7 et 12. — Pacifici Mazzoni, Ist., 5e éd., IV, p. 184, en notre sens. — Cf. Colmet de Santerre, V, 49 *bis*, II. — Beudant, n° 251.

tenue : restituer un objet volé, un dépôt, un prêt[1], ne pas diffamer un tiers[2].

Ici un des promettants ne promet rien qu'il ne doive. Il y a donc plutôt défaut d'objet d'une des promesses[3]. Mais comme le but visé est licite, on peut fort bien donner à condition que l'on s'abstiendra de tel délit, de sorte que l'exécution du délit rendra la donation non avenue. Et alors pourquoi recourir à un subterfuge de donation sous condition? Pourquoi ne pas dire nettement: la promesse est licite. Elle l'est selon nous, sauf à dire qu'il y a parfois nullité pour violence, si on a menacé de commettre le délit pour forcer à promettre. En effet, en général, la promesse n'est pas sans utilité, puisqu'elle favorise l'observation de la loi. Mais il y aurait des exceptions : un fonctionnaire ne peut se faire promettre de l'argent pour faire acte de sa fonction. C'est qu'il y a ici un motif spécial : le fonctionnaire ne doit rien toucher en dehors de ses émoluments réguliers pour les actes de sa fonction[4].

Non seulement un fonctionnaire ne peut se faire payer un acte juste de sa fonction (art. 177 Pén.), ce qui serait une corruption de fonctionnaire, mais il ne peut même pas se faire payer pour exercer sa fonction à d'autres jours et heures que les jours réglementaires[5]. Il ne peut agir ainsi que gratuitement, par pure complaisance.

Ainsi un vétérinaire municipal ne peut valablement stipuler d'un boucher une somme pour examiner les viandes de boucherie à d'autres moments que ceux établis par le règlement municipal[6]. Un greffier ne peut se faire payer

---

1 Mais un tiers peut se faire promettre une rémunération pour indiquer où est un objet volé, Larombière, art. 1133, n° 12.

2 V. cep. Schneider et Fick, art. 163, qui valident une clause pénale, pour garantir cette promesse.

3 Cf. Seferiadès, *Théorie de la cause*, p. 104. — V. aussi *suprà*, n° 756 *bis*.

4 V. Demogue, note sous Cass., 5 déc. 1911, S. 1913, 1, 467.

5 Civ., 5 déc. 1911, S. 1913, 1, 497. — Cf. Dabin, *op. cit.*, p.113.

6 Civ., 5 déc. 1911, précité.

par un imprimeur pour laisser prendre copie des décisions de son tribunal de manière à créer au profit de l'imprimeur un véritable monopole[1].

779. — Si l'acte juridique a pour but de faire commettre un délit en pays étranger, cet acte est-il nul ? La question ne peut faire aucun doute pour les délits de droit commun, comme l'assassinat, le vol. Mais elle a été discutée pour la contrebande à l'étranger.

La jurisprudence actuelle plus consciente à l'heure actuelle de la solidarité qui doit exister entre les Etats admet aujourd'hui avec raison que la société constituée pour la contrebande en pays étranger est nulle[2].

Il en est de même du contrat pour commettre un délit fiscal à l'étranger[3].

Il a été admis de même que le contrat en vue de corrompre les agents d'un gouvernement étranger est nul[4].

---

1 Civ., 2 fév. 1886, S. 1887, 1, 25 et la note de M. Chavegrin.

2 V. Douai, 11 nov. 1907, S. 1907, 2, 308; D. 1908, 2, 15. — Pau, 2 juill. 1886, *Journ. Clunet*, 1887, p. 57. — Bruxelles, 17 fév. 1886, *Journ. Clunet*, 1887, p. 214. — Trib. sup. Stuttgart, 25 sept. 1891, id., 1894, p. 896. — Trib. comm. Bruxelles, 2 août 1905, Pand. per., 1906, 646. — Colmet de Santerre, VIII, n° 2 *bis*, V. — Guillouard, *Soc.*, n°s 53 et 54. — Baudry et Wahl, n° 77. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 70. — Weiss, *Dr. intern. privé*, 2e éd., IV, p. 383. — Laurent, *Dr. civ. intern.*, VIII, p. 114. — Bar, *Dr. intern. privé*, I, p. 246. — Houpin, *Soc.*, n° 32. — Rod., Rousseau, I, n° 199. — Dealngle, *Soc.*, I, n°s 103 et 104. — Despagnet, *Dr. intern. privé*, n° 307. — Fiore, *Dr. intern.*, I, n° 173. — Pillet, *Journ. de Clunet*, 1896, p. 8. — Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 30. — *Contrà:* Aix, 30 août 1833, S. 1834, 2, 161 (assurance pour a contrebande à l'étranger). — Cass. Req., 25 août 1835, S. 1835, 1, 673 (société pour la contrebande par ruse, non par corruption). — Aubry et Rau, I, § 31, p. 162, 5e éd. — Huc, XI, n° 12. — Rodière, *Revue de législation*, IV, p. 385. — Larombière, art. 1133, n° 41. — Cf. Pau, 2 juill. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 488.

3 Rennes, 1er déc. 1826, D. v° *Obligations*, n° 591. — Laurent, XVI, n° 134.

4 Req., 15 mars 1911, D. 1911, 1, 382, avec note M. P. — Trib.

Mais au contraire on a déclaré valable la vente d'armes destinées à être envoyée en Turquie où l'importation d'armes est prohibée[1]. Cette solution exceptionnelle s'explique dans le cas spécial par le désir que devait avoir le juge d'éviter un enrichissement indû. Mais elle doit être considérée comme une décision d'espèce.

Dans le même sens on a déclaré valable dans des circonstances spéciales, la corruption de juges étrangers pour empêcher une décision injuste dans un pays où la justice est vénale[2].

780. — Si un délit est un délit d'habitude, c'est-à-dire suppose la répétition du même acte pour être punissable, un contrat visant l'exécution d'un seul de ces actes n'en est pas moins nul. Ainsi le contrat passé entre une personne exerçant illégalement la médecine et un malade, ainsi que le billet qui est signé en conséquence par ce dernier sont nuls[3]. En effet la loi condamne suffisamment l'acte en faisant de sa répétition un délit. De plus, il serait singulier qu'un acte isolé fut licite et répété devint illicite.

781. — Les contraventions aux lois fiscales constituant des infractions, bien que d'une nature particulière, les conventions qui ont ce résultat direct et unique de dissimuler des actes à l'Enregistrement, de frauder le Trésor sont nulles[4]. De plus, on annule le contrat qui sans cons-

---

comm. Liège, 28 oct. 1908, Pand. per., 1908, 1285. — Req., 25 août 1835, D. 1835, 1, 404. — Larombière, art. 1133, n° 43.

[1] Aix, 3 janv. 1899, *Rec. Marseille*, 1900, 1, 119.

[2] Cass., 2 août 1827, S. chr. — Larombière, art. 1133, n° 44. —

[3] Besançon, 19 janv. 1872, D. 1872, 2, 136. Il s'agissait ici, il est vrai, de soins prolongés. Cependant, il a été jugé très subtilement, que la loi ne punissant que la tenue de maison de prêt sur gage (art. 411, Pen.), le prêt sur gage fait par le tenancier de cette maison était valable. Aix, 3 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 1er sem., 2, 46.

[4] Req., 8 nov. 1880, D. 1881, 1, 115; S. 1881, 1, 248. — Trib., comm. Seine, 15 oct. 1901, *Gaz. Trib.*, 1902, 1er sem., 2, 91. — Limoges, 18 août 1879, S. 1879, 2, 248 (association entre négociants pour frauder le Trésor). — Liège, 11 juin 1812, D. v° *Obligations*.

tituer à lui seul la fraude n'a d'autre but que la fraude : comme une location de cave en commun faite uniquement pour frauder la Régie des contributions indirectes[1].

Est encore nulle la promesse de faire pour un tiers à l'enregistrement une déclaration inexacte et de garantir le tiers contre les conséquences de cette déclaration[2].

La jurisprudence a même été, à certaines époques, jusqu'à annuler un mandat de vendre donné à un tiers comme dissimulant une vente des biens du prétendu mandataire qui avait l'intention de les revendre à son profit[3]. Mais cette solution est critiquable, car on ne peut pas dire que l'acte ait exclusivement un but frauduleux puisque le mandant voulait réellement vendre.

Mais ces solutions doivent être considérées comme exagérées et abandonnées. Le contrat est bien nul s'il a pour but unique ou principal de tromper le fisc. Mais si le contrat a une explication normale et si accessoirement, on le rédige de façon à le soumettre à des droits fiscaux moins élevés, il reste valable. Ainsi en est-il du cas où en vendant des meubles on inscrit dans l'acte un prix inférieur, le surplus étant payé au même moment au vendeur, ou encore de la liquidation déclarée approuvée par les parties pour éviter

---

— Paris, 18 fév. 1837, D. v° *Obligations*, n° 593. — Aubry et Rau, IV, p. 551. — Laurent, XVI, n^{os} 148 et 132. — Guillouard, n° 53. — Baudry et Wahl, *Soc.*, n° 72. — Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n° 423. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 70.

[1] Pau, 11 mars 1907, D. 1907, 5, 31.

[2] Trib. Seine, 15 août 1901, Pas. 1902, 4, 53.

[3] Paris, 16 déc. 1875, D. 1876, 2, 223 ; S. 1878, 2, 331. — Cass. Req 23 août 1843, S. 1844, 1, 183. — Toulouse, 2 mars 1870, D. 1872, 2, 256. — Req., 13 mars 1872, D. 1872, 1, 255 ; S. 1872, 1, 443. La Cour de Cassation a statué ici sur un cas spécial : promesse de renouveler tous les trois mois l'acte de vente jusqu'à la revente. Il y avait évidemment là quelque chose d'illicite. — Cf. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 137. — Bourges, 10 mars 1830, S. 1831, 1, 305. — Cass., 16 août 1831, D. v° *Enregistrement*, n° 5123. — Laurent, XVI, n° 148. — Contrà : Larombière, art. 1133, n° 47.

des droits d'enregistrement, mais qu'elles se réservent ultérieurement de discuter[1].

De même ne serait pas nul le contrat concernant un procédé permettant de frauder le trésor (en renaturant des alcools), si l'Administration a donné son approbation[2].

De même est valable la vente à l'étranger entre un Français et une autre personne, de marchandises prohibées en France, même si l'acheteur veut les introduire en France[3]. Ou encore la vente de marchandises soumises à des taxes, même si on doit les enlever frauduleusement[4].

A plus forte raison est licite la promesse de rechercher les surtaxes indûment perçues par le fics[5].

782. — Serait aussi nul l'acte tendant à violer une loi qui sans être sanctonnée par ,une peine serait cependant d'ordre public.

Ainsi est nul tout mandat en vue de commettre un fait illicite[6].

Ainsi encore serait nulle la société pour émettre des billets de banque contrairement au monopole de la Banque de France[7], la vente entre époux qui permettrait à une femme

---

1 Req., 10 avril 1900, S. 1901, 1, 20; D. 1902, 1, 11, Pand. fr., 1901, 1. 173, *Rev. de droit civil*, 1902, p. 401. — Cf. trib. comm. Seine, 15 oct. 1901, *Gaz. Trib.*, 1902, 1er sem., 2, 91.

2 Cass. Req., 16 août 1869, S. 1869, 1, 378; D. 1870, 1, 38.

3 Colmar, 10 juin 1814, S. chr. — Larombière, art. 1133, n° 40. — Mais la loi de finances du 27 février 1912, art. 7, annule toute convention pour dissimuler le prix d'un immeuble ou d'un fonds de commerce. Mais le tribunal de commerce de la Seine le 31 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 683, a décidé toutefois qu'en pareil cas il n'y avait pas lieu à répétition du supplément de prix payé, par application de la maxime *nemo auditur turpitudinem allegans*.

4 Larombière, art. 1133, n° 46.

5 Cass. belge, 3 nov. 1898, Pas. 1899, 1, 7.

6 V. Huc, XII, n° 26.

7 Cass. civ., 18 déc. 1850, S. 1851, 1, 167. Cet arrêt a au contraire validé des billets à terme au porteur comme non contraires au monopole de la Banque. — V. de même Cass., 10 nov. 1829. S. chr.

non séparée de biens d'être couverte de sa dot[1], le contrat de travail à vie[2], le contrat entre époux simplement séparés de fait pour régler leur situation pécuniaire, ce qui va contre l'immutabilité des conventions matrimoniales[3], le contrat de vente à un prête nom d'un étranger d'un navire français, la vente à un étranger étant nulle (loi du 11 novembre 1915)[4].

Sont nuls les clauses ou contrats tendant à tourner la protection que la loi a voulu établir en fixant les règles de la rescision pour lésion. Ainsi l'art. 1674 annule la renonciation à la rescision ou la donation du surplus dans la vente. Il faut annuler de même la renonciation gratuite ou pour une faible somme postérieure à l'acte faite sous l'empire du même besoin d'argent que la vente[5].

Les principes de droit public ne peuvent davantage être atteints par des contrats privés.

Ainsi en est-il des principes concernant les impôts ; lorsque la loi tient à ce que la taxe soit supportée par telle personne, une convention ne peut modifier ce point[6].

782 bis. — Rien n'empêche par un contrat de prévoir des mesures destinées à suppléer les mesures de protection légales établies par la loi en cas de mauvaises affaires, de décès. Ainsi on a admis la validité d'un règlement de banquiers à la Bourse de Paris, prévoyant les mesures à prendre

---

1 Cass. civ., 15 juill. 1881, S. 1883, 1, 473 avec note de Bufnoir. — Nîmes, 9 janv. 1882, S. 1883, 2, 253.

2 Lyon, 19 déc. 1867, D. 1869, 2, 30.

3 V. Alger, 24 fév. 1897, S. 1898, 2, 263. — Pau, 20 juin 1894, S. 1894, 2, 232 ; D. 1895, 2, 11. — Civ., 14 juin 1882, S. 1882, 1, 421 ; D. 1883, 1, 248. — Nancy, 22 janv. 1870, S. 1870, 2, 54 ; D. 1870, 2, 76. — Nîmes, 9 mai 1860, S. 1862, 2, 577. — Aubry et Rau, IV, p. 553. — Cf. *infrà*, n° 842.

4 Trib. comm. Seine, 19 mars 1918, *Gaz. Trib.* 1918, 2, 296.

5 Baudry et Saignat, n° 675. — Laurent, XXIV, n° 430. — Guillouard, II, n° 690. — Huc, X, n° 192. — Aubry et Rau, V, § 358, note 3. — Colmet de Santerre, VII, n° 120 *bis*, VI.

6 Giorgi, *Obbligazioni*, III, n°s 399 et suiv.

en cas de défaillance de l'un d'eux pour faciliter la liquidation, ou en cas de décès pour gérer sa maison[1]. Ainsi le droit professionnel peut par des contrats donner des solutions plus adaptées à la situation que le droit légal.

783. — On peut en général valablement promettre de s'abstenir de faits conformes à l'ordre public. Mais cette idée doit être appliquée avec mesure. Un fermier de chasse peut promettre à son co-adjudicataire de la chasse de ne pas détruire les animaux nuisibles[2]. En effet, si certaines destructions d'animaux sont conformes à l'ordre public, il faut tenir un certain compte de la conservation du gibier, dont certains animaux nuisibles font partie. Il y a donc parfois des cas frontières entre ce qui est vraiment d'ordre public et ce qui ne l'est pas.

784. — Les fautes disciplinaires des officiers publics ayant un caractère spécial, n'étant pas de véritables délits, n'existant pas en nombre limité, de sorte qu'on ne sait jamais par avance si le fait sera puni disciplinairement, le contrat en vue de commettre un acte reconnu plus tard comme ayant le caractère de faute disciplinaire, n'est pas nul par cela seul. Il ne le sera que si le contrat apparaît en même temps contraire à l'ordre public[3].

785. — Le contrat fait pour frauder des tiers est également nul[4]. Ainsi le contrat pour frauder des créanciers[5].

Ainsi encore un ingénieur ayant promis de ne pas ren-

---

1 Trib. Seine, 30 janv. 1914 (implic.), *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 220, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 385.

2 Trib. Langres, 30 janv. 1889, S. 1889, 2, 94. — Huc, VII, n° 70.

3 Larombière, art. 1133, n° 48. — Giorgi, *Obbligazioni*, III, n° 319. Cf. Cass., 23 janv. 1909, Gaz. Trib., 1909, 2e sem., 1, 58 qui refuse d'annuler les actes de spéculation d'un directeur de magasin général et n'admet qu'une peine disciplinaire.

4 V. cep. Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 55 pour la société en vue de frauder des créanciers.

5 Giorgi, III, n° 385. — Cf. Paris, 10 janv. 1912, S. 1914, 2, 17. — *Contrà:* Req., 2 mai 1911, D. 1913, 1, 395 (pour les présomptions de fraude en cas de faillite).

trer dans une usine similaire pendant un certain temps et un autre établissement du même genre l'ayant engagé en connaissance de cause, cet engagement ainsi que les clauses qui l'accompagnent sont nulles[1].

Il en est de même de la promesse d'un courtier de tromper le public sur l'origine d'une œuvre d'art[2], ou de celle d'articles de presse mensongers sur un produit[3], de l'entente pour tenir une comptabilité de manière à tromper des créanciers[4].

Pour la même raison est nulle la vente d'un billet de faveur donné par un directeur de théâtre et portant la mention qu'il ne peut être vendu[5]. Il en est encore ainsi de l'entente entre une femme mariée et un créancier pour faire passer fictivement à son nom une créance et pouvoir obtenir frauduleusement sa séparation de biens[6].

Ou de l'entente pour permettre à un commerçant de se servir d'un nom pour créer une confusion avec une entreprise similaire[7].

Le mandat ayant pour but un acte frauduleux : comme faire passer les avaries particulières en avaries communes est nul[8].

On a cependant admis la validité de la vente faite pour faire disparaître les biens d'une succession[9]. Cette solution

---

1 Cass. civ., 23 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 490. — Aix, 6 juill. 1909, *Rec. Marseille*, 1909, 1, 340 (contrat avec un fournisseur malgré la promesse antérieure de se fournir chez un autre).

2 Trib. comm. Lille, 12 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 27 juin 1911.

3 Trib. comm. Lyon, 16 fév. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e, p. 398.

4 Trib. comm. Marseille, 13 avril 1894, D. 1899, 1, 162.

5 Trib. paix Paris, 31 août 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 1, 351.

6 Trib. paix Picquigny, 9 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 351.

7 Lyon, 21 mars 1894, *Mon. Lyon*, 2 juin 1894. — Paris, 27 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 166. — Paris, 4 déc. 1889, *Gaz. Pal.* 1890, 1, 14.

8 Trib. comm. Marseille, 6 juill. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906, 1, 204. — Aix, 28 nov. 1905, Pand. fr., 1906, 2, 36.

9 Req., 1er juill. 1889, D. 1891, 1, 305.

n'est admissible que si l'on établit que l'on voulait surtout vendre et acheter et que la fraude n'a été qu'accessoire. Si elle a seule motivé la vente, la solution est critiquable.

De même le bail d'un immeuble accessoire d'une vente illicite d'office ou de fonds de commerce est nul[1].

786. — De même dans les rapports internationaux, si les nécessités de la vie imposent de faire une certaine place à des actes faits selon les lois étrangères, il faut déclarer nuls les actes faits suivant ces lois pour frauder l'application de la loi française.

Ainsi est nulle une société qui, sans raison sérieuse, se constitue suivant une loi étrangère, même en se donnant une apparence de siège social à l'étranger[2].

Dans le même esprit, on n'annule les mariages célébrés à l'étranger sans publication en France (art. 170 Civ.) que si on a voulu par là frauder la loi française[3].

787. — Les contrats pour frauder les lois de caractère économique sont pareillement nuls. Ainsi aux époques où le billet de Banque a cours forcé, la promesse de ne payer qu'en espèces monnayées est nulle[4].

787 bis. — De façon générale, comme l'a remarqué

---

1 Trib. Marseille, 1er juill. 1890, *Rec. Aix*, 1890, 2, 260. — Cf. Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 159.

2 Cass., Req., 22 déc. 1896, S. 1897, 1, 84. — Cass. crim., 11 nov. 1889, id. — Trib. Lille, 21 mai 1908, S. 1908, 2, 177, avec note de M. Demogue. — Deloison, n° 164. — Vavasseur, n° 951. — Hémard, Nullité de sociétés, n° 56. — Rappr. la jurisprudence qui, sur l'art. 170 civ., annule pour défaut de publications en France, s'il y a un but de fraude, v. Weiss, *Traité de dr. intern. privé*, IV, p. 536, 2e éd.

3 V. en dern. lieu Paris, 12 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 107, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 97.

4 Rennes, 1er avril 1874, Pand. fr., Alphab. v. *Obligations*, n° 7823. — Beudant, n° 252. — Civ., 11 fév. 1873, S. 1873, 1, 97. — Trib. Seine, 17 mars 1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 3. — Demogue, *Du cours forcé du billet de banque*, *Journ. Notaires*, 1921, p. 137. — Giorgi, III, n° 398.

Coviello[1], sont nuls les actes en fraude de la loi lorsque celle-ci a un caractère extensif, et que l'acte, sans être contraire à la lettre du texte est contraire à son esprit. Au contraire, il n'y a pas nullité lorsque la loi ne se prête pas à une interprétation extensive. En pareil cas, il est licite de tourner la loi. Ces solutions éclairent la question des libéralités aux enfants naturels ou adultérins dont la filiation n'est pas légalement établie. Reconnus, ils sont frappés d'incapacité par les art. 762 et 908 Civ. Mais la base de cette disposition est une filiation légalement établie (art. 756 et 908). Par suite les libéralités aux enfants non reconnus sont libres. Les interdire serait autoriser un scandale que la loi veut éviter surtout pour les enfants adultérins. Mais ce que la jurisprudence prohibe, c'est seulement la volonté exprimée d'enfreindre la loi[2]. Il faudra donc que l'acte même de libéralité contienne la déclaration de paternité. On n'admettra pas la preuve résultant de correspondances ou de témoignages. En outre on tiendra compte uniquement de la croyance, de l'opinion de l'auteur[3], on ne pourra discuter si en fait il était réellement le père.

Ici la notion de cause se transforme un peu. Ce que l'on atteint, c'est le désir manifesté d'enfreindre la loi. Ce n'est donc ni le fait objectif de gratifier l'enfant, ni l'intention

---

1 Coviello, *Dir. italiano*, I, p. 402.

2 Civ., 7 déc. 1840, S. 1841, 1, 140.

3 Civ., 3 fév. 1841, S. 1841, 1, 117. — Civ., 7 déc. 1840, S. 1841, 1, 140. — Req., 31 juill. 1860, S. 1860, 1, 833; D. 1860, 1, 458. — Amiens, 14 janv., 1864, S. 1864, 2, 11. — Civ., 22 janv. 1867, S. 1867, 1, 49. — Req., 6 déc. 1876, S. 1877, 1, 67; D. 1877, 1, 492. — Req., 29 juin, 1887, S. 1887, 1, 358; D. 1888, 1, 295. — Limoges, 27 fév. 1900, S. 1903, 1, 273, 1e esp.; D. 1902, 2, 281. — Grenoble, 6 déc. 1845, D. 1846, 1, 344. — Amiens, 9 août 1865, D. 1866, 1, 378. — Lyon, 13 mars 1847, D. 1847, 2, 75. — Paris, 15 fév. 1893, D. 1893, 2, 416. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Rappr., Aix, 5 janv. 1882, S. 1882, 2, 278. — *Contrà:* trib. Seine, 27 avril 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 375, *Revue de droit civil*, 1919, pp. 143 et 506. — Cf. *infrà*, n° 872.

interne de violer la loi, mais la déclaration de volonté d'enfreindre la loi[1].

787 ter. — Quand une loi pénale interdit un acte, le contrat passé dans des conditions contraires à cette loi est frappé de nullité absolue[2] avons nous vu (*suprà*, n° 776). Il en est autrement si l'interdiction légale n'a qu'un caractère de police : visant seulement l'heure, le lieu; etc.

Par exception aussi, la loi pénale peut n'avoir pas de sanction dans la nullité du contrat si cela résulte de l'intention du législateur. C'est le cas pour les ventes de titres sans observer les formalités de la loi du 27 janvier 1907; art. 3[3].

788. — La liberté des droits politiques étant en principe essentielle, tout contrat qui tend directement ou indirectement à aliéner cette liberté est nul.

Serait donc nul non seulement la vente directe d'un vote[4], la renonciation moyennant argent à une candidature posée ou à poser[5], mais le contrat tendant à peser sur la liberté des votes : ainsi la convention entre un candidat et un débitant ayant pour but de faire donner des consommations gratuites à des électeurs pour peser sur leurs votes[6].

---

1 Un arrêt dit fort bien : ce sont les termes même qui sont la violation de la loi. Limoges, 27 fév. 1900, précité.

2 V. une application civ., 26 nov. 1919, D. 1919, 1, 112; S. 1920, 1, 252, *Revue de dr. civil*, 1921, p. 244.

3 Lyon-Caen et Renault, II, n° 687. — Thaller, n° 573 *bis*. — Lacour, n° 420. — Wahl, *La publicité des placements*, *Journ. Sociétés*, 1907, n° 61. — *Contrà:* Lyon, 21 juin 1910, D. 1912, 2, 286. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 195.

4 V. Demolombe, XVII n° 237. — Demante, III, n° 16 *bis*, VI. — Bartin; *Conditions*, p. 144.

5 Cf. pour la candidature à une fonction publique, Lyon, 12 janv. 1822, S. chr. — Baudry et Wahl, *Sociétés*, n° 67. — Guillouard, n° 45. — Huc, XI, n° 13.

6 Trib. Tarbes, 14 mars 1899, S. 1900, 2, 219; D. 1902, 2, 201. — Trib. Castelnaudary, 25 juin 1902, D. 1904, 2, 201. — Riom, 21 avril, 1862, S. 1863, 2, 81 (implic.). — Cf. Cass., Florence, 6 mars 1902, S. 1904, 2, 7, qui admet le droit à indemnité pour les dépenses d'affiches faites par un agent électoral pour un candidat.

Le tribunal de Rome a même été jusqu'à annuler la subvention promise à un journal à condition de ne pas attaquer telle personne[1]. Ceci doit être approuvé. Mais par contre, il faudrait valider la subvention accordée pour développer telles idées. Faut-il approuver la subvention en vue de défendre tel homme politique, tel candidat? La question est délicate. En logique, c'est porter atteinte à l'indépendance du journal. Mais en fait ? *Quid leges sine moribus !*

789. — Les contrats visant des objets hors du commerce sont nuls[2]. Mais le sont-ils comme visant une chose juridiquement impossible, de sorte que tout contrat les concernant sera nul, ou comme visant à violer une prohibition légale ? La seconde solution est plus exacte. On peut traiter sur une chose hors du commerce pour le jour où elle rentrera dans le commerce : acheter le sol d'un chemin pour le jour où il sera déclassé[3], de façon plus générale passer tout contrat qui ne va pas contre le but que la loi s'est proposé en mettant la chose hors du commerce[4].

Pour qu'un contrat soit valable, il suffit que l'intérêt qui a déterminé la mise hors du commerce soit sauvegardé.

Ainsi l'usage des médailles et distinctions honorifiques peut être cédé accessoirement au fonds de commerce qui les a obtenues[5] Le domaine public de l'Etat est l'objet sinon de contrats du moins d'actes juridiques de concession révo-

---

1 Trib. Rome, 30 janv. 1901, Pasicr, 1902, 4, 26.

2 Aubry et Rau, IV, p. 535. — Baudry et Barde, I, n° 248. — Bufnoir, p. 514. — Larombière, art. 1128, n° 1. — Demolombe, XXIV, n^{os} 330 à 332. — Laurent, XVI, n° 79. — Huc, VII, n° 67. — Colmet de Santerre, V, n^{os} 42 et 42 bis. — Beudant, n^{os} 181. 183.

3 Cf. Grenoble, 11 janv. 1864, D. 1866, 2, 18. — Saleilles, *Obligation*, n° 146. — V. cep. Huc, VII, n° 69.

4 V. Huc, VIII, n° 66. — Larombière, art. 1128, n° 16. — Baudry et Barde, I, n° 248. — Saleilles, *Obligation*, n° 146.

5 Cass. Req., 16 juill. 1889, D. 1891, 1, 61. — Huc, VI, n° 68. — Baudry et Saignat, n° 108. — Cf. Bordeaux, 1er juin, 1887, D. 1888, 2, 287 (implic.).

cables. De même les arrérages des pensions alimentaires légales en principe incessibles peuvent être cédés pour cause d'aliments[1]. Il en est de même des fruits de l'usufruit paternel qui peuvent être cédés pour faciliter l'entretien de la famille[2].

Le commerce de certaines choses est prohibé et leur vente est nulle[3], par considération morale (cadavres, sépultures)[4]. Il en est de même de la vente de certains droits moraux[5]. Mais en principe, tout droit est dans le commerce. La situation contraire est l'exception[6]. Mais il n'y a pas besoin d'un texte pour cela. Il suffit d'une utilité sociale évidente[7].

Pourquoi ces objets sont-ils hors du commerce, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un contrat ? C'est pour des raisons diverses : la loi voulant les conserver à leur titulaire par humanité (pensions, etc.)[8], par intérêt artistique (collection de musées), par intérêt fiscal[9], ou économique[10], etc.

---

1 Pau, 15 avril 1861, S. 1862, 2, 228 ; D. 1862, 2, 14. — Lyon, 15 mai 1835, D. 1836, 2, 40. — Demolombe, IV, n° 69. — Guillouard, *Vente*, n° 175. — Baudry et Saignat, n° 114. — Aubry et Rau, VI, § 553, note 48.

2 V. d'autres exemples *infrà*, n° 777 *ter*.

3 Paris, 7 mars 1846, D. 1846, 4, 376 (marchandises dont l'entrée en France est prohibée). — V. pour les remèdes secrets, L. 21 germinal, an XI, art. 32.

4 V. Coviello, *Dir. civile italiano*, I, p. 287. — V. cep. trib. Seine, 15 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 16 déc. et nos observations, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 145.

5 V. Req., 6 juin 1848, D. 1848, 1, 197 (droits de chapellenie). — Baudry et Saignat, n° 108 (décorations).

6 Larombière, art. 1128, n°s 2 et 3.

7 Cf. sur les traitements de fonctionnaires, Baudry et Saignat, n° 115.

8 Paris, 19 mai 1877, D. 1879, 2, 84.

9 V. la liste de ces prohibitions dans Guillouard, *Vente*, n° 172. — Cf. Baudry et Saignat, n° 107. — Beudant, *Vente*, n° 91 et suiv. — Huc, X, n° 59.

10 Billets d'aller et retour, billets de faveur, v. not. Huc, X, n° 59.

789 bis. — Un acte peut avoir un but illicite fait dans certaines conditions et non dans d'autres. Ainsi les arrérages d'une pension alimentaire peuvent être cédés pour cause d'aliments à un fournisseur mais non à une autre personne[1]. Et il en est de même de toute cession d'une rente déclarée incessible parce qu'elle a un but alimentaire[2]. Ceci montre que l'acte juridique doit bien, comme nous l'avons indiqué, être apprécié d'après son utilité sociale.

On trouve à d'autres points de vue encore des mises hors du commerce limitées. Ainsi on peut louer des places dans des halles, sur des terrains de foire, on peut louer des biens inaliénables[3]. La mise hors du commerce peut donc varier suivant les contrats.

De même une dette peut être l'objet de certains actes par le débiteur, mais elle ne peut être cédée sans l'assentiment du créancier[4].

Un billet de retour par chemin de fer peut être donné comme garantie à un créancier qui le retiendra jusqu'à parfait paiement.

Il est bien connu que le pacte par lequel une personne se fait rémunérer l'emploi de son influence près d'une Administration pour obtenir des fonctions publiques, des marchés ou des emplois publics est nulle. Le tribunal de la Seine a eu toutefois l'occasion d'appliquer ce principe dans des conditions délicates. Une sage femme des hôpitaux contracte dans ses fonctions une maladie grave. Un agent d'affaires se charge moyennant rémunération d'obtenir une

---

1 Pau, 15 avril 1861, S. 1862, 2, 228; D. 1862, 2, 14. — Demolombe, IV, n° 69. — Guillouard, Vente, n° 175.

2 Je citerai les pensions civiles et militaires, les pensions des médaillés militaires, les rentes de la Caisse nationale des retraites à concurrence de 360 francs, les rentes pour accidents du travail, les pensions de retraite de la loi de 1910.

3 V. Guillouard, *Louage*, I, n° 67. — Aubry et Rau, 5e éd., V. p. 274, note 9.

4 Ce point sera étudié plus tard.

réparation moyennant soit une indemnité, soit une pension ou un emploi. La cocontractante est nommée à un emploi pour lequel elle était déjà proposée antérieurement.

Le tribunal a refusé à l'agent d'affaires sa rémunération[1]. Il a eu soin de motiver sa décision à la fois sur ce qu'il y avait obligation sans cause et sur ce qu'il y avait des raisons touchant à l'ordre public. Il voit un défaut de cause dans ce fait que l'Administration, dans la plénitude de son autorité, par une décision, *œuvre exclusive* et propre de sa volonté, a nommé à un emploi et une atteinte à l'ordre public : toute stipulation en vue de rémunérer des démarches auprès des pouvoirs publics en vue de l'obtention d'un emploi étant nulle.

L'affaire, à notre avis, appelle des distinctions.

Si des démarches sont faites pour obtenir une fonction publique, elles ne peuvent jamais être rémunérées. L'objet des démarches l'exige. L'Administration ne doit pas être sollicitée par des tiers ayant un intérêt pécuniaire. S'il s'agit d'un acte où l'Administration agit comme un particulier : passation de marché, nomination à emploi, indemnisation d'un dommage de guerre, les démarches rémunérées ne nous semblent pas illicites, pas plus que si elles s'exerçaient près d'un particulier.

Ce qui est illicite, c'est le trafic d'influence : c'est la promesse d'user d'un crédit politique, administratif, de parenté direct ou indirect[2].

Le tribunal nous semble donc aller trop loin lorsqu'il invoque l'ordre public. La sage femme sollicitait une indemnité, ou une pension ce qui n'est qu'une forme d'indemnité à laquelle la loi du 9 avril 1898, art. 21 fait allu-

---

1 19 nov. 1915, *Gaz. Trib.*, 1916, 2, 194.

2 Req., 5 fév. 1902, S. 1902, 1, 389. — Paris, 31 déc. 1903, S. 1905, 2, 206. — Toulouse, 21 juill. 1870, S. 1873, 1, 217. — Req., 15 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 456. — Civ. 3 avril 1912, S. 1912, 1, 382. — Trib. Seine, 26 juill. 1894, P. F., 1895, 2, 282. — Trib. Sedan, 23 mai 1900, D. 1901, 2, 203.

sion. Demander une indemnité est licite pour un tiers rémunéré, s'il ne s'y mêle pas d'abus d'influence.

Un autre argument tenant à l'inutilité des démarches pouvait peut-être être donné. La sage femme n'avait fait qu'obtenir après sa maladie un emploi pour lequel elle était déjà proposée avant. La démarche avait peut-être été inutile et somme toute le contrat aurait manqué d'objet s'il n'avait visé à une alternative, une indemnité ou un emploi.

790. — Les fonctions publiques devant, pour répondre à leur but, de bonne coordination des efforts sociaux, être exercées avec indépendance, tout contrat qui tend directement à un résultat opposé est nul. Cela est vrai, soit des contrats pour amener une Administration à prendre une décision, soit des contrats tendant à une véritable exploitation commerciale de la fonction publique, soit des actes tendant à amener l'Administration à donner à telle personne telle fonction.

En conséquence, la jurisprudence a eu souvent l'occasion de déclarer nul le trafic d'influence, c'est-à-dire le marché par lequel une personne, se vantant d'une influence vraie ou fausse sur les pouvoirs publics, a promis moyennant argent d'en user pour obtenir à son contractant ou à un tiers désigné une grâce, faveur, décoration, concession, commande, etc.[1].

---

1 Cass. Req., 5 fév. 1902, S. 1902, 1, 389; D. 1902, 1. 158. — Paris, 31 déc. 1903, S. 1905, 1, 206, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 723. — Toulouse, 21 juill. 1870, S. 1873, 1, 217; D. 1872, 1, 65, — Trib. Seine, 21 juill. 1894, Pand. fr., 1895, 2, 282. — Trib. Sedan, 23 mai 1900, D. 1901, 2, 203. — Cass. civ., 3 avril 1912, Gaz. Trib. 1912, 2e sem., 1. 115. — Trib. comm. Nice, 31 janv. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 393. — Paris, 12 avril, 1858, D. 1858, 2, 160. — Nîmes, 4 fév. 1901, *Mon. jud. du Midi*, 12 mai 1901. — Aix, 3 juill. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, 245, *Mon. de Lyon*, 25 juill. 1900. — Cass. civ., 3 avril 1912, S. 1912, 1, 382; D. 1915, 1, 71. — Trib. Seine, 19 nov. 1915, *Gaz. Trib.*, 28 juill. 1916 (emploi public). — Bruxelles, 16 oct. 1907, Pas. 1908, 2, 248. — Colmar, 25 juin 1834, S. 1834, 2, 661. — Civ., 20 mai, 1828, S. 1828, 1, 348. — Aubry et Rau, IV, p. 552. — Demolombe,

Dans le même ordre d'idées, on a annulé les contrats tendant à peser sur la liberté des électeurs comme ceux pour leur offrir des libations[1], ou ceux atteignant la liberté du gouvernement pour des nominations[2].

Mais on peut promettre à une personne de lui faire acquérir un office, si on ne promet pas d'influencer le gouvernement.

Remarquons la nullité non seulement des contrats visant des fonctions, distinctions, mais de ceux visant de simples marchés ou emplois publics pour lesquels l'Administration agit à la façon d'un particulier[3]. Toutefois nous apporterions une limitation si l'intermédiaire, en ce dernier cas, n'avait servi que de truchement sans utiliser une influence politique ou autre[4].

De même est nul tout contrat dont le résultat direct est de donner à la fonction publique un véritable caractère commercial ; le fonctionnaire cessant alors d'être une personne indépendante ayant une rémunération raisonnable, pour être une personne visant à tirer de sa fonction le plus grand produit possible, sans souci de l'exploitation du public, il y a là un grave danger. Et cette idée est vraie tant des fonctions publiques proprement dites, que des offices ministériels.

XXIV, n° 378. — Laurent, XVI, n° 128. — Cass. Req., 15 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 456 ; *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 1, 185 (démarches près d'un gouvernement étranger). — Laurent, XVI, n° 112. — Beudant, nos 202 et 252. — Thaller et Pic, I, n° 430.

1 Trib. Tarbes, 14 mars 1899, S. 1900, 2, 219. — Trib. Castelnaudary, 25 juin 1902, D. 1904, 2, 201. — Cf. Cass., Florence, 6 mars 1902, dans Pacifici Mazzoni, *Ist.*, IV, 5e éd., p. 316.

2 Entente entre deux candidats au même emploi pour que celui nommé partage avec l'autre ses appointements, trib. Campobasso, 26 janv. 1906, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 735.

3 V. pour un emploi de l'Assistance publique, trib. Seine, 19 nov. 1915, *Gaz. Trib.*, 1916, 2, 194.

4 V. cep. trib. Seine, 19 nov. 1915, précité. — V. en notre sens *infrà*, à propos de la cession d'emplois publics.

Ainsi est nulle l'association entre un fonctionnaire forestier et un adjudicataire de coupe en vue de partager les bénéfices résultant de cette coupe[1], ou encore celle entre un notaire et un tiers pour acheter et revendre des immeubles[2], entre un greffier et un agent d'affaires[3], un officier d'administration et un fournisseur[4].

De même est nul le contrat entre un avoué et un huissier en vertu duquel ce dernier, moyennant remise sur ses émoluments s'assure la clientèle complète du premier[5], la société entre un acheteur de créances et un huissier[6].

Est nul aussi le contrat entre un imprimeur et un greffier pour que celui-ci lui laisse prendre copie de décisions dans des conditions qui constituent un véritable monopole[7], ou entre un vétérinaire municipal et un boucher pour que celui-ci puisse à tout moment, même en dehors des heures réglementaires, faire examiner la viande de boucherie[8], et ce contre argent. La promesse contre argent de faire un acte licite de la fonction alors qu'il doit être fait gratuitement est en effet nulle.

Les officiers ministériels ne peuvent pas davantage stipuler de leurs clients des honoraires plus élevés que ceux

---

1 Dijon, 15 mars 1894, D. 1894, 2, 471.

2 Cass. civ., 14 mai 1888, D. 1888, 1, 487 et sur renvoi Besançon, 9 janv. 1889. D. 1890, 2, 19. — Dijon, 25 juin 1884, S. 1889, 1, 12. — Guillouard, *Soc.*, n° 50. — Huc, XI, n° 11. — *Contrà:* Baudry et Wahl, n° 73.

3 Trib. Verviers, 18 mai 1864, *Jur. Trib.*, 1re *inst.*, XIII, 321.

4 Aix, 22 juin 1878, S. 1879, 2, 19. — Guillouard, *Soc.*, n° 53. — Baudry et Wahl, n° 74.

3 Req., 29 déc. 1845, D. 1846, 1, 57. — Aix, 2 déc. 1854, S. 1861, 2, 438. — Trib. Tarascon, 21 juin 1861, S. *eod. loc.* — Aubry et Rau, IV, p. 551. — Laurent, XVI, n° 129. — Guillouard, *Sociétés*, n° 49.

6 Cass. Req., 10 janv. 1865, S. 1865 1, 110. — Aubry et Rau, IV, p. 552.

7 Cass. civ., 2 fév. 1886, S. 1887, 1, 25, avec note de M. Chavegrin

8 Civ., 5 déc. 1911, S. 1913, 1, 497 avec note de M. Demogue.

établis[1], ce qui serait faire de la fonction un moyen d'exploitation du public. Les notaires ne peuvent, pour se faire une concurrence incompatible avec leur dignité, accorder des remises partielles sans autorisation de la chambre de discipline[2].

Les officiers ministériels ne peuvent non plus convenir que leurs honoraires devront échapper à la taxe[3]. L'entente amiable avec le client même suivie de paiement par celui-ci n'empêche pas de réclamer la taxe.

Ils ne peuvent davantage passer avec les avocats des pactes de *quota litis*[4].

De même serait nulle la promesse de démission faite contre argent par un fonctionnaire, pour amener la nomination à sa place de l'autre contractant[5]. La loi du 9 juin

---

1 V. Trib. Bougie, 23 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 503.

2 Décr., 25 août 1898, art. 4. — V. Aubry et Rau, IV, p. 552. — Cf. Civ., 7 déc. 1847, S. 1848, 1, 129; D. 1847, 1, 360. — Req , 7 avril 1875, S. 1875, 1, 175; D. 1876, 1, 346.

3 Civ., 13 juill. 1896, S. 1899, 1, 182, D. 1897, 1, 74. — Req., 22 août 1882, S. 1883, 1, 449; D. 1883, 1, 121. — Req., 2 janv. 1872, S. 1872, 1, 57; D. 1872, 1, 252. — Civ., 4 avril 1859, S. 1859, 1, 197; D. 1859, 1, 161. — Req., 22 août 1854, S. 1854, 1, 614; D. 1855, 1. 23. — Req., 14 mars 1853, S. 1853, 1, 251. — Civ., 1er déc. 1841, S. 1842, 1, 221. — Paris, 14 mars18 48, S. 1848, 2, 645; D. 1849, 2, 54. — Req., 21 fév. 1906, P. F., 1907, 1, 147. — Aubry et Rau, IV, p. 552.

4 Civ., 22 avril 1898, D. 1898, 1, 415, S: 1902, 1, 343. — Demolombe, XXIV, n° 378. — Aubry et Rau, IV, p. 553. — Beudant, nos 202 et 252.

5 Paris, 30 janv. 1857, S. 1857, 2, 108. — Lyon, 21 juillet 1856, S. 1857, 2, 108. — Montpellier, 17 déc. 1849, D. 1850, 5, 329. — Paris, 8 nov. 1825, S. chr. et., 23 janv. 1814, S. chr. — Rennes, 13 juill. 1840, S. 1840, 2, 414. — Nancy; 12 nov. 1829, S. chr. — Paris, 30 déc.. 1857, D. 1859,. 5, 194. — Paris, 18 nov. 1837, S. 1838, 2, 63. — V. Just. paix Enghien, 14 août 1901, *Journ. just. paix*, 1902, 137 (fonctions de clerc). — Bordeaux, 22 déc. 1832, S. 1833, 2, 622. — Baudry et Barde, I, n° 250. — Bufnoir, p. 514. — Laurent, XVI, n° 127. — Demolombe, XXIV, n° 337. — Larombière, art. 1128, n° 19. — Aubry et Rau, IV, p. 535. — Beudant, n° 183. — Baudry et Saignat, n° 100.

1853, art. 27, prive même en ce cas le fonctionnaire du droit à une pension.

Ou à plus forte raison la vente ou la mise en société d'une fonction publique qui n'est pas érigée en office ministériel[1], cas où, la fonction publique étant l'objet d'un droit de présentation contre argent, il y a, à un certain point de vue, mise de l'office dans le commerce par la loi elle-même (lois du 26 avril 1816 et du 2 juillet 1862)[2].

Ou encore est nulle la promesse d'un supplément au prix apparent de cession d'un office ministériel, car c'est pousser le cessionnaire à exploiter le public[3]. Mais la cession même reste valable. La promesse de supplément seule est annulée.

— Beudant, *Vente*, n° 91. — Giorgi, III, n° 394. — Cf. trib. Marseille, 21 janv. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 247 (vente d'une place de commissionnaire au mont-de-piété dans une ville où le mont-de-piété entend librement choisir ces commissionnaires), *contrà:* Liège, 11 juin 1827, Pas. 1827, 206. — Bordeaux, 5 déc. 1845, S. 1846, 2, 328 (un bureau de tabac). — Amiens, 18 janv. 1820 et 18 juin 1822, S. chr. — Grenoble, 3 juill. 1825, S. chr.

1 Lyon, 21 janv. 1856, D. 1856, 2, 263 (exécuteur des hautes œuvres). — Bruxelles, 4 fév. 1881, Pas. 1881, 2, 143 (poste de maître sellier d'un régiment). — Cf. Bruxelles, 2 août 1882, *Journ. Trib.*, 1882, 721. — V. Aubry et Rau, IV, p. 535. — Bufnoir, p. 514. — Baudry et Barde, I, n° 249. — Baudry et Saignat, Vente, n° 100. — Cf. Req., 13 déc. 1853, S. 1854, 1, 93. — Pour la société, v. Guillouard, *Société*, n° 45. — Huc, XI, n° 13.

2 Aubry et Rau, IV, p. 537. — Baudry et Barde, I, n° 251. — Bufnoir, p. 515. — Demolombe, XXIV, n° 236. — Larombière, art. 1128, n° 18. — Mais la qualité d'audiencier pour un huissier est incessible. — Rouen, 7 juillet 1846, D. 1846, 2, 205. — Paris, 30 mai 1843, S. 1843, 2, 257.

3 V. Aubry et Rau, IV, p. 551. — Demolombe, XXIV, n° 377. — Baudry et Barde, I, n° 310. — Larombière, art. 235, n° 11. — Colmet de Santerre, V, n°° 174 bis, IX. — Bufnoir, p. 542. — Beudant, n° 252. — Larombière, art. 1128, n° 18. — Demolombe, XXIV, n° 377. — Baudry et Barde, I, n° 1310. — Bartin, *Contre lettres*, thèse Paris, 1885, p. 174. — Civ., 20 juill. 1868, S. 1869, 1, 69. — Paris, 8 déc. 1868, S. 1869, 2, 182. — Toulouse, 30 juin 1864, S. 1864, 2, 136. — Cass. crim., 5 janv. 1846, S. 1846, 1, 116. — Cass.

Malgré le monopole de l'Etat sur le tabac, la cession de gérance des bureaux de tabac est valable[1], non seulement si le traité a été approuvé par l'Administration[2], mais même s'il y a un traité dissimulé qui vise avec la vente du tabac un commerce accessoire[3]. Mais la cession du bureau lui-même serait nulle[4].

Pour les concessions de service faites par l'Etat, celles-ci peuvent en principes être cédées, sauf à exiger l'autorisation administrative.

---

civ., 30 juill. 1844, S. 1844, 1, 582. — Cass. Req., 23 août 1842, S. 1843, 1, 123.

M. Machavoine, *Contre lettres en matière de cessions d'office*, pp. 92 et suiv., a cependant essayé de soutenir que les contrelettres ne sont pas contraires à l'ordre public, qu'elles ne poussent pas à pressurer le public s'il y a un tarif, comme si l'officier public ne peut pas être poussé à faire des actes inutiles, et estimant que les dangers que la jurisprudence veut combattre viennent d'un mauvais choix des officiers ministériels et de rien d'autre.

En tous cas, on peut pour admettre la nullité, tenir un certain compte de l'esprit de la loi du 28 avril 1816 qui parle d'agrément du gouvernement, ce qui suppose qu'il connaît ce qu'il agrée, et des circulaires ministérielles.

1 Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 156.

2 Aix, 14 nov. 1917, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 256. — Bordeaux, 5 déc. 1845, précité. — Dijon, 21 mars 1873, S. 1873, 2, 215 (sol implic.). — Lyon, 29 août 1861 et Caen, 10 juin 1862, S. 1862, 2, 509 (sol. implic.). Paris, 1er fév. 1859, D. 1871, 5, 374. — Paris, 6 mars 1845, D. 1845, 4, 495; S. 1845, 2, 225. — Paris, 21 mars 1853, D. 1855, 2, 172. — Lyon, 20 juin 1912, S. 1914, 2, 1, avec note de M. Mestre, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 384. Cet arrêt toutefois, dénie au vendeur le privilège ordinaire du vendeur. — Baudry et Saignat, Vente, n° 107. — Demolombe, XXIV, n° 339. — Cf. Beudant, *Vente*, p. 53.

3 Trib. comm. Nantes, 1er juin 1904, *Rec. Nantes*, 1905, 1, 80. — Paris, 26 janv. 1884, Gaz. Pal., 1884, 2, suppl. 7. — Mais s'il y avait un traité dissimulé, ne visant que la gérance du bureau, il serait nul pour tout le supplément de prix qu'il exige, Douai, 13 avril 1897, S. 1898, 2, 246. — Douai, 27 juillet 1895, S. 1896, 2, 33.

4 Douai, 13 avril 1897, S. 1898, 2, 246. Car il s'agit de la cession d'une fonction de perception de contributions.

5 Bruxelles, 15 janv. 1850, D. 1850, 2, 42.

Quant aux simples emplois publics, ils sont cessibles : ainsi un poste de secrétaire de mairie[1], ou de facteur aux halles[2].

De même la jurisprudence a admis précédemment que, sauf pour les charges d'agent de change des Bourses à Parquet où la loi l'autorise (loi du 2 juillet 1862, art. 75 Com.)[3], la mise en société des offices ministériels est illicite[4], même si l'officier doit seul gérer l'office, l'associé n'étant qu'un bailleur de fonds. Des officiers ministériels ne peuvent s'associer pour la mise en commun de leurs offices, ont dit de nombreux arrêts[5]. La société en participa-

---

1 Trib. Le Mans, 22 avril 1890, *Gaz. Trib.*, 18 mai 1890.

2 Paris, 5 mars 1881, S. 1881, 2, 130; D. 1882, 2, 39. On peut les mettre en société : Guillouard, *Société*, n° 52.

3 Aubry et Rau, IV, p. 538. — Baudry et Barde, I, n° 253. — Demolombe, XXIV, n° 338. — Bufnoir, p. 515. — Guillouard, *Société*, n° 46. — Cf. Baudry et Saignat, n° 101. Cession partielle, v. Req., 11 déc. 1888, D. 1890, 1, 342. — Civ., 25 janv. 1887, S. 1887, 1, 465.

4 Bordeaux, 3 juin 1890 et 28 avril 1896, D. 1898, 2, 84. — Guillouard, *Soc.*, n° 45. — Huc, XI, n° 13. — Hémard, *Nullité de Société*, n° 37. — Giorgi, III, n° 389. — Thaller et Pic, I, n° 431. — Lyon-Caen et Renault, II n° 72. — Cass., Palerme, 6 juin 1916, *Guir. ital.*, 1916, 1, 977. Serait nulle la convention accessoire à la vente de l'office que le vendeur partagera les bénéfices futurs avec son successeur, Guillouard, n° 48.

5 Pau, 8 juin 1891, D. 1893, 2, 174. — Toulouse, 18 janv. 1866, D. 1866, 2, 6; S. 1866, 2, 107. — Trib. Nantes, 23 juin 1845, D. 1845, 4, 377. — Lyon, 29 juin 1849, D. 1850, 2, 155 et 28 fév. 1853, S. 1853, 2, 383. — Cass. civ., 15 janv. 1855, D. 1855, 1, 5. — Paris, 1er mars 1850, D. 1850, 2, 153. — Req., 9 fév. 1832 et 15 déc. 1851, D. 1852, 1, 70. — Paris, 4 fév. 1854, D. 1854, 2, 149. — Req., 11 déc. 1888, S. 1889, 1, 80, D. 1890, 1, 342. — Caen 18 janv. 1888, S. 1890, 2, 97. — Civ. 25 janv. 1887, S. 1887, 1, 224; D. 1887, 1, 465, avec note de M. Poncet. — Rennes, 15 avril 1886, S. 1886, 2, 213; D. 1887, 2, 228 et 19 janv. 1881, S. 1881, 2, 181; D. 1881, 2, 104. — Paris, 10 mai 1860, S. 1860, 2, 465. — Civ., 15 janv. 1855, S. 1855, 1, 257. — Bordeaux, 8 juin 1853, D. 1853, 2, 209. — Req., 9 fév. 1852, S. 1852, 1, 190. — Rennes, 9 avril 1851, S. 1852, 2, 261. — Req.,

tion qui offrirait les mêmes avantages est aussi interdite[1]. Un office ne peut pas davantage être l'objet d'un bail.

Mais on a admis la validité du contrat de l'officier ministériel avec un clerc rémunérant ce dernier d'après les produits de la charge[2].

D'autre part, des nécessités pratiques ont amené la jurisprudence à dire que l'office du mari entre en communauté au point de vue de la finance[3].

Il faut encore considérer comme nuls les contrats tendant à supprimer la liberté que les particuliers doivent avoir vis-à-vis des officiers publics, spécialement des officiers ministériels. En ce sens, la Cour d'appel de Luxembourg[4] a annulé la promesse, sous prétexte de négociation, d'une indemnité si on ne faisait pas passer un acte chez tel notaire. Elle considère que vis-à-vis du notaire, on doit rester libre. Mais cela n'empêcherait pas de promettre à un contractant que l'acte sera dressé chez son notaire, car ce que la jurisprudence veut combattre, c'est le fait du notaire qui impose son choix.

Est encore nul tout contrat qui tend à interdire au fonctionnaire le droit de remplir sa fonction dans sa plénitude, ce qui aboutirait à nuire au public[5].

---

15 déc. 1851, S. 1852, 1, 22. — Req., 26 fév. 1851, S. 1851, 1, 327. — Nîmes, 7 déc. 1848, S. 1849, 2, 629; D. 1849. 2, 203. — Riom, 3 août 1841, S. 1841, 2, 492. — Aubry et Rau, IV, p. 552. — Baudry et Barde, I, n° 252. — Demolombe, XXIV, n° 338. — Laurent, XVI, n°s 130 et 131. — Larombière, art. 1128, n° 18. — Beudant, n° 202.

1 Houpin, *Journ. Soc.*, 1893, p. 566. — Contrà : Deloison, *Soc. comm.*, I, p. 8.

2 Riom, 22 juill. 1842, S. 1842, 2, 476. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 72. — Thaller et Pic, I, n° 431. — Hémard, Null. de soc., n° 38. — Guillouard, *Société*, n° 47, 11. — Req., 13 janv. 1835, S. 1835, 1, 17.

3 Req., 6 janv. 1880, S. 1881, 1, 49; D. 1880, 1, 361. — Cf. trib. de Montreuil, sous Douai, 14 fév. 1863, S. 1864, 2, 109.

4 6 avril 1900, Pas. 1900, 4, 142.

5 V. Larombière, art. 1133, n° 28. — Cf. sur le principe de l'obligation fonctionnelle, Jèze, *Princ. gén. de droit admin.*, 2e éd., p. 424.

Ainsi est nulle la promesse d'un courtier maritime à ses collègues de ne plus faire certains actes de sa fonction[1].

De même est nulle la convention entre notaires de la même localité pour fixer irrévocablement leurs domiciles et amener ainsi indirectement les habitants de tel ou tel quartier à aller exclusivement chez l'un d'entre eux[2].

Sont nuls aussi les contrats portant atteinte au monopole des administrations ou des officiers publics : par exemple les contrats portant atteinte au monopole des agents de change, des courtiers maritimes, etc.[3].

Seraient encore nuls les contrats des Administrations publiques promettant qu'il ne sera pas fait de loi dans tel sens. Car le pouvoir législatif doit être libre[4].

Mais si on considère la fonction juridictionnelle comme attribut essentiel de l'Etat, il faut cependant à raison des textes déclarer valable le contrat d'arbitrage qui confère à l'arbitre des pouvoirs de droit public[5].

791. — Un point délicat est de savoir si les groupements qui prétendent exercer un contrôle sur le fonctionnement des services publics sont illicites[6]. Ces groupements se sont multipliés : tantôt favorables : amis du Louvre, amis de

---

1 Civ., 15 déc. 1845, D. 1846, 1, 23 ; S. 1846, 1, 251. — Aubry et Rau, IV, p. 551, note 16 *bis*.

2 Grenoble, 17 mai 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 432.

3 V. Thaller et Pic, I, n° 432.

4 Giorgi, III, n° 387. — V. Turin, 9 déc. 1870.

5 V. sur cette construction technique. Rocco, *L'autorita della cosa giudicata*, pp. 72 et suiv.

6 V. pour la négative, Pau, 13 mai 1912, S. 1912, 2, 265, avec note en sens contraire de M. Chavegrin, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 753 et trib. Pau, 9 déc. 1910, D. 1911, 2, 33. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1913, p. 449. — Civ., 23 juill. 1918, D. 1918, 1, 52, *Rev. de dr. civil*, 1919, p. 112. — Contrà : trib. Bayonne, 10 mai 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 741, Rev. de dr. civil, 1910, p. 630. — Trib. Saint-Palais, 7 mai 1910, D. 1911, 2, 33 avec note de M. Lalou, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 475.

Fontainebleau, etc.; tantôt hostiles : associations dites de pères de famille pour surveiller l'école. M. Chavegrin les condamne en déclarant qu'ils aspirent à dominer, à détruire la discipline. L'association a une cause ou un objet illicite comme le prévoit l'art. 3 de la loi du 1er juillet 1901. Les lois sur l'enseignement primaire ont voulu écarter toute immixtion du public dans l'enseignement, sauf les formes prévues (délégués cantonaux). M. Chavegrin critique même l'arrêt du Conseil d'Etat[1] qui a admis la validité d'une association de contribuables pour poursuivre des opérations de voirie et d'embellissement.

Nous ne partageons pas cette opinion. démocratique, l'idée du contrôle de l'Administration par les administrés est très admissible, pourvu que les moyens employés pour arriver à ce but soient licites, ce qui ne paraît pas impossible en fait[2].

Si l'association expressément ou tacitement se proposait d'employer des moyens illicites, elle tomberait alors sous le coup de l'art. 3 de la loi du 1er juillet 1901 et elle pourrait être dissoute.

Sur un autre terrain, la question se pose de savoir si les associations de fonctionnaires, qui se proposent soit de surveiller et d'améliorer la gestion des services publics, soit surtout de surveiller l'action de l'administration à leur égard sont légales, question plus délicate que la précédente, car c'est précisément ici le subordonné qui veut surveiller son supérieur.

La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation a admis la validité de ce contrat d'association et

---

1 Cons. d'Etat, 21 déc. 1906, S. 1907, 3, 33 avec note de M. Hauriou. — Rappr. sur cet arrêt Duguit, *Situation des particuliers à l'égard des services publics*, *Revue de droit public*, 1907, p. 411.

2 V. Charmont, *loc. cit.*

des unions d'associations[1], ce qui n'est pas contraire au texte de la loi de 1901, ni, quoi qu'on ait dit, à l'esprit général de notre administration[2].

Mais une solution différente prévaut pour le contrat de syndicat, celui-ci n'étant ouvert par la loi du 21 mars 1884 qu'à certaines personnes[3]. Cette solution est juridique. M. Jèze, qui la critique, l'atténue simplement en disant que le syndicat vaudra association. Ce n'est pas admettre le syndicat, c'est le transformer, ce qui n'est acceptable que si les syndiqués ont commis une erreur d'expression, ce qui sera rare.

792. — Peut-on passer des contrats portant limitation à la pleine liberté des Administrations publiques ?

M. Bartin, après avoir estimé qu'une Administration ne peut fonctionner que dans les conditions prévues par la loi, que par suite on ne peut lui enlever la gestion des biens

---

1 11 déc. 1908, *Rec.*, p. 1016 et 10 déc. 1909. — 17 janv. 1913, V. à ce sujet, Jèze, *Revue de droit public*, 1910. p. 47. — V. dans le même sens, Jèze, *Revue de droit public*, 1910, p. 46 et 1913, p. 532. — Paris, 4 janv. 1911. — Douai, 17 mai 1911. — Trib. Cahors, 13 juill. 1910, S. 1912, 2, 1, avec note en sens contraire de M. Chavegrin. — Cass. civ., 4 mars 1913, S. 1913, 1, 345 avec note de M. Chavegrin.

2 Celui-ci, en effet, a pu varier avec un développement d'une intervention plus directe de tous dans les affaires publiques. C'est, en effet, un peu une question de mœurs, d'esprit public. Celui-ci peut se modifier. V. en ce sens Duguit, *Droit social, droit individuel*, p. 145. — Moreau, *Droit administratif*, p. 181. — Pichat, *Contrat d'association*, pp. 64 et 102. — *Contrà* : Berthelemy, *Droit administratif*, 5e éd., p. 56. — Esmein, *Dr. constit.*, 5e éd., p. 635. — Rolland, *Revue de dr. public*, 1907, p. 258. — Cf. Orléans, 10 déc. 1913, S. 1914, 2, 97 et les renvois.

3 Paris, 27 oct. 1910. V. cet arrêt avec observations, *Revue de droit public*, 1910, p. 721. — V. le jugement attaqué, *Revue de droit public*, 1909. p. 510. — Civ., 4 mars 1913, S. 1913, 1, 345. — Cf. Jeze, *Principes généraux de dr. administratif*, 2e éd., p. 416.

qu'on lui donne[1], finit par admettre avec certains arrêts que la clause est valable[2]. Dans cet esprit elle a validé certaines libéralités à des bureaux de bienfaisance à condition que les secours soient distribués par un comité dont on fixe la composition[3] ou par un curé ou un évêque[4], ou que les titulaires de places dans les hospices soient choisis par des tiers désignés[5].

Mais il faut noter que, dans d'autres cas, la jurisprudence est plus sévère. On a annulé une clause disant que des actes concernant les biens donnés à une commune ne pourraient être faits que de l'avis des vingt plus forts imposés[6].

A fortiori elle annule les clauses visant surtout les personnes : comme celles déterminant comment l'instituteur de la commune sera nommé[7]. On a même parfois annulé sous le même prétexte des libéralités à des hospices, à condi-

---

1 Bartin, *Théorie des conditions impossibles*, p. 70.

2 Req., 14 juin 1875, S. 1875, 1, 467. — Rouen, 9 mai 1900, S. 1903, 2, 197. — Paris, 26 nov. 1902, S. 1903, 2, 163. — Cass. civ., 21 avril 1898, S. 1898, 1, 233. — Riom, 11 juin 1895, S. 1895, 2, 295. — Chambéry, 10 déc. 1894, S. 1896, 2, 14. — Limoges, 28 janv. 1889, S. 1891, 2, 149. — *Contrà :* Paris, 27 juill. 1898, 2, 45, implic. — Toulouse, 4 nov. 1890, S. 1891, 2, 151. — Cf. Req., 4 août 1856, D. 1856, 1, 454. — Cass. Req., 7 nov. 1859, D. 1859, 1,444 (sol implic.).

3 Paris, 3 janv. 1890, D. 1890, 2, 215.

4 Toulouse, 4 nov. 1890, D. 1897, 2, 49 en sous note et Caen, 23 oct. 1888, D. 1897, 2, 50, en sous note. — Caen, 9 juill. 1894, S. 1896, 2, 281 (sol. implic.). Cette clause n'est plus admise pour les libéralités approuvées après la séparation des Eglises et de l'Etat. V. loi du 13 avril 1908, art. 3, par. 14. — Paris, 17 juill. 1913, *Gaz. Trib.*, 14 janv. 1914, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 160.

5 Rouen, 15 mai 1900, S. 1902, 2, 73, D. 1902, 2, 163. — Lyon, 3 juin 1902, S. 1904, 2, 73, avec note de M. Tissier.

6 Req., 10 nov. 1896, D. 1897, 1, 51.

7 Req., 3 nov. 1886, D. 1887, 1, 157. — Baudry et Colin, I, n° 157. Cf. Civ., 19 oct. 1896, D. 1897, 1, 604. — Civ. 20 fév. 1895, D. 1895, 1, 473.

t'on que ceux-ci soient desservis par des religieuses[1]. On a de même annulé l'interdiction de toute ingérence administrative dans une fondation[2]. Surtout la jurisprudence récente a décidé que, lorsque les communes pouvaient à leur choix avoir des instituteurs laïques ou non, on ne pouvait, dans une libéralité, leur imposer de prendre des instituteurs congréganistes[3].

Sans doute il est grave de compliquer ainsi le fonctionnement des services publics. Mais n'est-ce pas aller bien loin, que de n'admettre aucune modification aux règles administratives ordinaires, lorsque celle-ci est justifiée. Il faut donc distinguer. Des règles administratives fondamentales comme la nomination de certains fonctionnaires ne peuvent être modifiées. Mais les règles administratives secondaires le peuvent.

Le décret du 31 juillet 1906 tend vers une solution de ce genre en donnant entrée dans les administrations des établissements charitables aux bienfaiteurs qui se sont réservés ce droit (art. 1er)[4].

Toutefois, implicitement on admet une réserve, analogue à celle que nous verrons plus loin pour les clauses d'inaliénabilité. La dérogation aux règles administratives ordinaires n'est permise que pour les biens donnés. Le donateur libre de ne pas donner peut soumettre ces biens à un régime spécial, mais non d'autres. Cet argument permet de donner une portée limitée dans ce sujet tout en nuances, à la possibilité de modifier les règles administratives.

Sur une question voisine, la jurisprudence se prononce

---

1 Trib. Blois, 24 juin 1891, D. 1892, 2, 601.

2 Besançon, 26 mars 1891, D. 1893, 2, 1, avec note Beudant. — Cf. Req. 4 août 1856, D. 1856, 1, 454.

3 Req., 20 nov. 1905, S. 1906, 1, 171. — Civ., 3 nov. 1886, S. 1887, 1, 241. — *Contrà:* Grenoble, 5 juillet 1869, D. 1873, 2, 226. — Nîmes, 22 janv. 1890, S. 1893, 2, 13.

4 Cf. Req., 15 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 218.

dans notre sens. Elle admet que la clause d'un legs à un établissement public ou d'utilité publique disant que si le Gouvernement n'autorise pas la libéralité pour le tout, elle sera non avenue, est valable[1].

Si les Administrations publiques doivent garder leur indépendance, si les particuliers ne peuvent abdiquer la leur (v. *infrà*, n° 829), rien n'empêche les groupements privés d'abdiquer au moins partiellement leur indépendance en désignant comme membre de droit de leur organe d'administration le titulaire de telle fonction et de se solidariser ainsi à une certaine activité de l'Administration. Il est de la nature des groupements privés d'avoir des directions, comme il est de celle des particuliers de garder une large autonomie.

793. — La loi exige que certaines professions ne soient exercées que par des personnes pourvues de certains diplômes. Un contrat visant ces professions passé avec une personne n'étant pas diplômée est nul ou valable selon que le résultat sera ou non de violer le principe ci-dessus qui est d'ordre public[2].

Ainsi est nulle la vente d'une pharmacie par un non diplômé ou à un non diplômé[3], la vente d'un établissement

---

1 Cass. civ., 25 mars 1863, S. 1863, 1, 169. — Amiens, 24 juill. 1863, D. 1863, 2, 158. — Trib. Saint-Marcellin, 4 avril 1868, S. 1868, 2, 352. — M. Bartin, *op. cit.*, p. 112, donne pour raison que cela ne gêne pas le pouvoir de l'Etat d'empêcher les personnes morales de s'enrichir. C'est être bien hostile à ces personnes. — *Contrà:* Lyon, 29 janv. 1864, D. 1864, 2, 106. — Paris, 2 août 1861, D. 1861, 2, 229.

2 V. cep. Orléans, 11 novembre 1899, S. 1900, 2, 16 (promesse par un aide dentiste non diplômé de ne pas se rétablir). — Cf. Baudry et Saignat, *Vente*, n° 107, III.

3 Rouen, 24 déc. 1901, D. 1902, 2, 397. — Grenoble, 16 déc. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903, 1, 390. — Cass. Req. 24 nov. 1902, D. 1903, 1, 80 Pand. fr., 1903, 1, 205, vente à un non diplômé. — V. de même Rouen, 16 déc. 1875, S. 1877, 2, 55, vente d'un pensionnat à une personne trop jeune. — V. Cep. Paris, 7 avril 1873, D. 1873, 2, 175 (vente de fonds d'herboriste à un non diplômé).

de commission en produits pharmaceutiques à un non diplômé[1], l'entente entre un dentiste et une personne non diplômée pour l'exercice en commun de la dentisterie[2].

Au contraire, la promesse de vente d'une pharmacie pour le jour où l'acheteur sera diplômé, d'un office pour le jour où l'acheteur aura l'âge requis pour être nommé sont valables[3].

Il en est de même de la vente à un non diplômé d'un établissement médical[4] comprenant une exploitation commerciale distincte de la profession médicale. Car ici, il n'y a dans le but poursuivi rien de contraire aux principes que la loi a voulu consacrer en réglementant la profession médicale.

La promesse de payer les soins ou remèdes fournis par celui qui exerce illégalement la médecine ou la pharmacie est nulle. Car c'est l'encouragement direct du fait défendu par la loi[5].

Il faut même poser en principe que les pharmacies ne peuvent être exploitées par des non-propriétaires. Le contrat de gestion d'une pharmacie est donc nul[6].

Cependant on valide les pharmacies d'hospices[7], les pharmacies des sociétés de secours mutuels[8].

---

1 Paris, 11 déc. 1903, S. 1905, 2, 133.

2 Req., 19 nov. 1895, D. 1896, 1, 300; S. 1897, 1, 172. — Ici la jurisprudence plus indulgente, valide le prêt en vue de l'acquisition d'une pharmacie par un non diplômé, Paris, 4 fév. 1891, *Ann. dr. comm.*, 1891, p. 101. — Cf. Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 735.

3 Trib. comm. Seine, 15 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 302. — Riom, 9 juillet 1894, S. 1894, 2, 289, avec note de M. Wahl. — Colmar, 3 janv. 1826, P. chr. — Aix, 4 déc. 1840, P. 1842, 2, 55. — Orléans, 31 janv. 1846, S. 1847, 2, 470. — Paris, 4 fév. 1891, *le Droit*, 17 avril 1891.

4 Trib. Seine, 6 déc. 1899, *Droit*, 24 janv. 1900.

5 Besançon, 19 janv. 1872, S. 1872, 2, 34; D. 1872, 2, 136. — Aubry et Rau, IV, p. 550. — Cf. trib. Orange, 8 mai 1883, *Gaz. Pal.* 1884, 1, 383, qui refuse la répétition.

6 Nîmes, 26 juill. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 100.

7 Crim., 31 mai 1862, S. 1862, 1, 753.

8 Loi du 1er avril 1898, art. 1er et 8.

Les contrats qui intéressent des personnes honnêtes et favorisent l'exercice d'une profession par un non diplômé sont valables. Ainsi en est-il du bail d'une maison. Mais il en est autrement si le bailleur a favorisé directement l'acte illicite[1].

794. — Les sociétés pour l'exploitation des professions réglementées soulèvent des difficultés[2].

On a admis la validité de la société entre un médecin et des tiers pour exploiter des eaux minérales, publier un journal médical, associer un médecin à la vente de remèdes[3]. Il faudrait admettre la même solution pour toutes les sociétés où l'associé n'a pas à intervenir dans la profession médicale : l'associé ne s'occupant que de l'exécution des prescriptions médicales : par la culture physique, l'électricité, etc. ou s'occupant de choses connexes à la profession médicale : gestion matérielle d'une clinique, d'une maison de santé, d'un établissement pour cure d'air, etc.[4].

Mais il en serait autrement si l'associé devenait un véritable auxiliaire du médecin, participant avec lui au traitement des malades, donnant des soins à suivre par des ordonnances que signe le médecin, etc.

Même les auteurs annulent volontiers les associations entre médecins diplômés, mais plutôt en vertu de l'art. 9

---

1 Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 128 (bail accessoire de la vente d'une pharmacie à un non diplômé. — V. cep. trib. Marseille, 1er juill. 1890, *Rec. Aix*, 1890, 2, 260.

2 V. Thaller et Pic, *Sociétés*, I, n° 433, *Ann. dr. comm.*, 1905, p. 93. — Hémard, *Nullité de Sociétés*, n° 39. — Guillouard, *Sociétés*, n° 51.

3 Trib. comm. Lyon, 13 oct. 1908, *Journ. Sociétés*, 1909, 324.

4 V. trib. comm. Seine, 6 déc. 1899, *le Droit*, 24 janv. 1900. — Trib. comm. Lyon, 13 oct. 1908, *Journ. Soc.*, 1909, 324. — V. de même pour l'association entre un dentiste et un mécanicien dentiste, si chacun se limite à l'exercice de sa profession. — Rouen, 28 juillet 1906, Pas. 1907, 4, 67. — *Contrà :* Alger, 17 mars 1894, S. 1895, 2, 237. — Trib. Seine, 20 janv. 1905, Pand. fr. 1905, 2, 134. — Req., 19 nov. 1895, S. 1897, 1, 172 (association entre un diplômé et un non diplômé).

de la loi du 30 novembre 1892 qui interdit d'exercer sous un pseudonyme[1].

Il en résulterait, selon nous, seulement cette conséquence que la société devrait avoir pour raison sociale le nom de tous les médecins. En ce cas, rien de plus normal que la société pour exploiter une clinique, d'autant plus que la raison sociale ne trompera pas le public comme un pseudonyme. En tous cas, on admet la validité d'une société entre chirurgiens dentistes[2].

Il faudrait également considérer comme nulle la promesse de partage d'honoraires entre un chirurgien et un médecin ou un pharmacien qui lui enverraient des clients, ce contrat pourrait être un moyen de faire des opérations inutiles et serait peu compatible avec la dignité médicale.

Ou encore une société entre médecins pour la fabrication de produits pharmaceutiques[3].

Les sociétés entre pharmaciens doivent être appréciées en tenant compte du but de la loi sur la pharmacie.

Ainsi on peut déclarer licites une société entre deux pharmaciens[4], ou même celle entre un pharmacien et un tiers qui ne gère pas[5]. Par contre il faut annuler une société

---

1 Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 39. — Thaller et Pic, n° 586.

2 Cf. crim., 24 nov. 1905, D. 1906, I, 221.

3 V. *Revue de droit belge*, IV, p. 124.

4 Baudry et Wahl. Sociétés, n° 70, v. cep. Huc, XI, n° 14. — Guillouard, n° 51. — Laurent, XXVI, n° 162. — Hémard, *op. cit.*, n° 39. — Riom, 16 juin 1909, *J. Soc.*, 1910, 118, S. 1909, 2, 132; D. 1909, 2, 132.

5 Lyon, 22 mai 1861, S. 1862, 2, 39. — Req., 8 avril 1864, D. 1864, 1. 395. — Lyon. 22 mai 1895, J. T. C., 1896, 210. — Lyon, 10 fév. 1910, S. 1910, 1, 200 (implic.). — Civ., 15 nov. 1876, D. 1877, 1, 70; S. 1877, 1, 409. — Liège, 8 juin 1898, *Rev. prat.*, 1898, 337. — Lyon(10 fév. 1910, S. 1910, 2, 200, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 825 (exploitation d'un produit pharmaceutique à lancer). — Baudry et Wahl, I, n° 70. — Mesnil, *Sociétés pour l'exploitation des pharmacies Journ. Soc.*, 1897, p. 289. — *Contrà:* Paris, 27 mars 1862, S. 1862,

pour la pharmacie entre personnes non diplômées[1], un contrat pour faire gérer une pharmacie par un non diplômé[2], ou entre un médecin et un pharmacien, ce qui enlèverait au médecin de son indépendance[3], ou une entente entre un pharmacien et un journaliste pour l'exploitation en commun d'un remède[4]. Sans doute, c'est un peu faire verser la médecine et la pharmacie dans la fonction publique. Mais c'est la force des choses. Chacun dans l'exercice de sa profession est à un poste social qu'il doit convenablement tenir.

Les sociétés entre avocats sont également nulles comme

2, 381; D. 1862, 2, 10. — Paris, 31 mai 1866, S. 1867, 2, 49. — Aix, 15 mai 1880, *Journ. Soc.*, 1881, 48. — Crim., 22 avril 1880, S. 1880, 1, 434; D. 1880, 1, 354. — Trib. comm. Seine, 16 juin 1881, *J. T. C.*, 1881, 435. — Lyon, 23 juill. 1883, *Journ. Soc.*, 1883, 61. — Paris, 9 avril 1883, D. 1883, 2, 88. — Paris, 5 fév. 1889, *J. T. C.*, 1890, 118. — Trib. comm. Lyon, 17 déc. 1889, *Ann. dr. comm.*, 1890, 67. — Trib. comm. Seine, 30 juin 1894, S. 1894, 2, 316. — Trib. comm. Nantes, 11 déc. 1895, *Journ. Soc.*, 1897, 305. — Paris, 28 juin 1898, *Journ. Soc.*, 1898, 423. — Trib. comm. Nantes, 10 avril 1897, *Journ. Soc.*, 1898, 334. — Trib. comm. Seine, 13 nov. 1897, *Journ. Soc.*, 1898, 125. — Rennes, 12 nov. 1897, *Journ. Soc.*, 1899, 160. — Req., 21 juin 1898, S. 1899, 1, 71; D. 1899, 1, 153. — Trib. comm. Seine, 25 oct. 1899, *Journ. Soc.*, 1900, 228. — Houpin, I, n° 32. — Trib. comm. Marseille, 3 oct. 1904, *Rec. Marseille*, 1905, 1, 14. En ce dernier sens on a annulé une société par actions comprenant des personnes non diplômées pour faire exercer la pharmacie par des diplômés, trib. corr. Seine, 6 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem. 2, 217.

1 Baudry et Wahl, *loc. cit.*, trib. comm. Seine, 25 oct. 1901, *Jour. Trib. comm.*, 1904, 26.

2 Nîmes, 19 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 100.

3 Laurent, XXVI, n° 162. — Guillouard, n° 51. — Paris, 31 mai 1866, S. 1867, 2, 49. — Paris, 27 mars 1862, S. 1862, 2, 381; D. 1862, 2, 105. — Lyon, 22 mai 1862, S. 1862, 2, 39. — Trib. comm. Lyon, 19 mars 1904, *Rev. Soc.*, 1907, 71. — *Contrà:* Baudry et Wahl, *loc. cit.*, L. belge, 12 mars 1818, art. 20 et

4 Trib. Seine, 11 avril 1905, Pas. 1905, 4, 105.

contraires à l'indépendance de la profession[1]. Il en est de même de la vente d'un cabinet d'avocat[2].

795. — Les emplois dans les professions non réglementées peuvent-ils être cédés ou mis en société ? Nous laissons ici de côté, bien entendu, les cessions de fonds de commerce, et nous n'entendons parler que des cessions d'emplois. Il faut distinguer.

Un poste d'agent d'assurances nommé par une Compagnie peut être cédé, si la Compagnie admet que le titulaire du portefeuille lui présente son successeur[3]. Il peut de même donner lieu à une association agréée par la Compagnie.

Mais il en serait autrement d'un poste auquel le patron nomme directement. La vente porterait alors sur un objet inexistant[4]. On pourrait seulement promettre de se retirer de la maison pour laisser la place vacante, d'user de son influence morale près du patron pour lui faire choisir tel successeur. Mais il n'y aurait là qu'une promesse de faire, et non une cession. Cette promesse pourrait d'ailleurs être faite contre argent. Elle serait de la même nature que celle qui est faite par le directeur d'un bureau de placement, qui promet de procurer tel emploi.

---

1 Trib. Bruxelles, 13 juin 1900. *Rev. prat.*, 1900, 184. — Colin et Capitant, II, p. 647. — Hémard, *op. cit.*, n° 39. — V. cep. trib. Bruxelles, 10 fév. 1905. Pas.1905, 3, 125. Il en serait autrement aux colonies des fonctions de défenseurs.

2 Baudry et Saignat, *Vente*, n° 103, II.

3 Besançon, 29 déc. 1875, S. 1878, 2, 75. — Lyon, 21 mai 1897, S. 1900, 2, 297, D. 1903, 2, 148. — Req., 6 avril 1897, S. 1898, 1, 9. Caen, 25 oct. 1897, S. 1898, 2, 82. — Lyon, 1er juin 1887, S. 1889, 2, 6 — Besançon, 14 déc. 1883, S. 1885, 2, 136. — Cf. pour un directeur d'assurances, trib. Lyon, 29 avril 1885, *Mon. Lyon*, 6 juill. 1885. — V. Baudry et Saignat, *Vente*, n° 104. — Guillouard, n° 173. Mais le contrat exige pour produire effet que la personne présentée soit nommée. Cela est plus conforme à l'intention des parties. Toulouse, 16 mars 1905, P. F., 1906, 2, 9.

4 Lyon, 5 fév. 1846, D. 1847, 4, 342.

796. — L'autorité dans la famille est aussi respectable que l'autorité publique. Par suite serait nul tout contrat dont le résultat direct serait de supprimer l'autorité familiale ou de la faire exercer hors des conditions d'indépendance qu'elle doit avoir.

En conséquence, une jurisprudence très importante a déclaré nulle toute société entre époux (sauf bien entendu s'il s'agit d'une société de capitaux), l'existence d'une société, groupement égalitaire ayant pour résultat direct d'anéantir l'autorité maritale, au moins partiellement[1].

---

[1] Nîmes, 18 déc. 1886, S. 1887, 1, 384. — Paris, 18 fév. 1908, *J. T. C.* 1909, 305. — Paris, 23 mai 1919, S. 1918-19, 2, 104. — Cass. civ., 7 mars 1888, D. 1888, 1, 349. S. 1888, 1, 305, avec note de Lacointa. — Paris, 24 mars 1870, S. 1871, 2, 71; D. 1872, ,2 43. — Metz, 22 août 1861, S. 1862, 2, 330. — Paris, 9 mars 1859, S. 1859 2, 502. — Cass. crim., 9 août 1851, S. 1852, 1, 281; D. 1852, 1, 160. — Paris, 14 avril 1856, S. 1856, 2, 369; D. 1856, 2, 231. — Req., 2 avril 1902, D. 1902, 1, 309; S. 1904, 1, 506. — Req., 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359; S. 1911, 1, 508. — Paris, 10 déc. 1896, D. 1897, 2, 125. — Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901, 2, 4; S. 1902, 2, 302, et sur pourvoi Req., 23 avril 1902, D. 1902, 1, 309. — Nancy, 9 avril 1901, D. 1902, 2, 140; Pand. fr., 1902, 2, 195 — — Cass. civ., 5 mai 1902, D. 1903, 1, 207; S. 1905, 1, 41, note Hémard. — Grenoble, 21 mai 1902, D. 1903, 5, 689. — Req., 8 avril 1901. D. [illegible] 117. — Nîmes, 28 déc. 1886, en sous note. — Req., 17 fév. 1860, D. 1860, 1. 115; S. 1860, 1, 414. — Req., 11 mars 1906, S. 1911, 1, 508; D. 1908, 1, 284, *Gaz. Trib.*, 1906, 2e sem., 1, 111. — Paris, 10 déc. 1896, D. 1897, 2, 125. — Grenoble, 21 mai 1902, D. 1903, v° *Soc.*, n° 9. — Req., 21 oct. 1901, S. 1901, 1, 520. — Paris, 10 déc. 1896, D. 1897, 2, 125. — Req., 27 juin 1893, D. 1893, 1, 488; S. 1894, 1, 25. — Req., 8 déc. 1891, S. 1892, 1, 293; D. 1892, 1, 117. — V. Houpin, *Sociétés entre époux*, *Journ. Sociétés*, 1909, p. 97. — Guillouard, *Contr. de mar.*, I, n° 229. — Labbé, dans S. 1890, 1, 49. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 78. — Colin et Capitant, II, p. 644. — Laurent, XXVI, n° 80. — Pic, *Nullités de sociétés pour incapacités*, *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 481. — Arthuys, n° 17. — Houpin et Bosvieux, I, n. 81. — *Contrà:* Planiol, *Rev. crit.*, 1888, p. 275. — Hémard, *Nullité de sociétés*, n°s 59 et suiv. — Cf. Cass. req., 6 juill. 1888, S. 1890, 1, 49, avec note de Labbé. — Amiens, 8 juill. 1899, *Rec. Amiens*, 1899, 7. — Trib. comm. Seine, 19 déc. 1903, Pand. fr., 1905, 2, 158.

On peut ajouter que ce serait une atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales[1].

Et étant donné la raison d'être de la nullité, elle existe même si la société est entre époux séparés de biens[2]. Elle existe aussi quelque soit le genre de la société : même pour une simple société en participation[3], même s'il y a société entre les époux et un tiers[4] .Et la nullité ne peut se couvrir, sauf dans les cas où l'autorité maritale n'est plus en jeu, le mariage ayant pris fin[5].

Mais une femme pourrait fort bien s'associer avec un tiers[6]. On admet aussi que des époux peuvent être actionnaires de la même société, car ici la collaboration égalitaire est peu importante[7].

De même est nul tout contrat de travail entre époux[8].

---

1 V. Baudry, Lecourtois et Surville, 1, n° 96.

2 Cass. civ., 7 mars 1888, précité. — Trib. comm. Seine, 4 mars 1897, Gaz. Trib., 11 avril 1897. — Paris, 9 mars 1859, S. 1859, 2, 502 : Paris, 24 mars 1870, S. 1871, 2, 71. — Dijon, 27 juillet 1870, S. 1871, 2 268. — Req., 7 déc. 1860, précité. — Req., 11 mars 1906, précité.

3 Req., 27 juin 1894, précité.

4 Nancy, 9 avril 1901, précité. — Cass. civ., 5 mai 1902, précité. — Paris, 10 déc. 1896, précité. — Req., 23 avril 1902, S. 1904, 1, 506 ; D. 1902, 1, 309, Pand. fr., 1903, 1, 149. — Nîmes, 24 avril 1900, D. 1901, 2, 4. — Paris, 2 août 1899, *Journ. Trib. comm.*, 1900, 401. — Paris, 14 avril 1856, S. 1856, 2, 370 (impl.). — V. cep. trib. Dijon, 10 juill. 1883, *Rev. Soc.*, 1883, 626. — Houpin, *Soc., entre époux*, *Journ. Soc.*, 1894, 81. — Cf. *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 207.

5 Req., 6 juill. 1888, précité.

6 Trib. Seine, 2 juin 1906, *Gaz. Trib.*, 18 oct., 1906. — Paris, 14 juin 1907, D. 1908, 2, 294.

7 Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 58. Mais pourraient-ils être ensemble administrateurs ? Je ne le crois pas. Il en serait de même dans une association.

8 Trib. paix Reims, 18 nov. 1903, Pand. fr., 1904, 2, 269. — Trib. Auxerre, 4 déc. 1901, Pand. fr., 1904, 2, 40. — *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 571. — Trib. Seine, 11 mai 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 17, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 1006. — Baudry, Lecourtois et Surville, I.

A plus forte raison serait nulle l'abdication par convention de l'autorité qu'un mari peut avoir sur sa femme[1].

L'art. 1388 Civ. déclare nuls la renonciation par le mari aux droits qu'il possède comme chef[2].

797. — Est nulle la convention entre un frère et une sœur par laquelle un d'eux moyennant argent promet de déterminer les parents à faire un partage d'ascendant n'avantageant aucun des enfants[3], ou la convention par laquelle moyennant argent un père consent au mariage d'un enfant[4], ou celle par laquelle le mari vend à la femme son autorisation ou sa renonciation à poursuivre la nomination d'un conseil judiciaire[5], ou la promesse d'une femme de ne pas habiter avec son mari ou inversement[6].

798. — On ne peut par des contrats modifier les droits tenant à la famille, le droit de la famille étant d'ordre public au suprême degré.

Ainsi on ne peut renoncer à agir en recherche de la filiation[7], en contestation d'état, en nullité de mariage, etc.[8].

---

n° 21 *bis*. — V. cep. Cabouat, *Extension du risque professionnel*, I, p. 102.

1 Trib. Seine, 6 nov. 1891, Pand. fr., 1893, 2, 6.

2 V. sur cet article Baudry, Lecourtois et Surville, I, nos 17 et suiv. — Guillouard, I, nos 100 et suiv. — Huc, IX, n° 3.

3 Poitiers, 28 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 114.

4 Trib. de paix Rive-de-Gier, 9 avril 1898, *Mon. justices de paix*, 1898, 410. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 48.

5 Amiens, 18 mars 1866, *le Droit*, 18 mai 1886. — V. cep. Cass. Req., 10 nov. 1829, S. chr.

6 Pau, 20 juin 1894, S. 1894, 2, 232. — Mais la donation par celle-ci à un tiers, à la charge de la loger est licite: Poitiers, 16 fév. 1885, D, 1886, 2, 38. — Cf. Caen, 8 avril 1851, D. 1852, 2, 127. — Poitiers, 3 juin 1842, D. 1843, 2, 57. — Bartin, *Conditions*, p. 154.

7 Trib. Tarbes, 11 avril 1856, D. 1857, 2, 154. — Opposez les idées différentes du droit germanique sur ce point, v. Lhospied, *Recherche de la paternité*, th. Paris, 1914, pp. 531-539.

8 Larombière, art. 1133, n° 26. — Mais on peut renoncer aux avantages découlant d'un état. — V. Baudry et Wahl, *Transactions*, n° 1269. Cf. *suprà*, n° 713, pour les conventions sur la capacité.

Des parents ne pourraient renoncer au droit de voir leurs enfants[1].

Toutefois on peut contracter sur des modalités d'exercice de droits : des époux divorcés ou en instance de divorce ou de séparation de corps, peuvent s'entendre pour la garde des enfants[2], modifier les visites que ceux-ci feront à leurs parents, etc. De même des parents naturels peuvent s'entendre pour le sort de leurs enfants[3].

La convention est valable, du moins tant que la situation de fait en vue de laquelle on l'a signée est demeurée sans changement[4]. Car il y a simple convention sur le mode d'exercice de droits et non contre l'exercice de ces droits.

Nous avons ici un de ces cas de conventions d'ordre moral, c'est-à-dire pour lesquelles on cherchera de préférence d'autres sanctions que des dommages-intérêts.

Mais la convention qui porte une atteinte à la puissance paternelle est nulle. Ainsi en est-il de la renonciation à l'administration légale[5]. Ainsi en est-il de la renonciation à la puissance paternelle par le père légitime [6]. Il en est de même pour les parents naturels, surtout depuis la loi du 2 juillet

---

1 Cf. Baudry et Wahl, *Transactions*, n° 1261, bis.

2 V. un contrat judiciaire de ce genre Req., 4 août 1913, S. 1914, 1, 327. — V. aussi Paris, 8 fév. 1912, S. 1914, 2, 209 et les arrêts cités, p. 211, al. 3.

3 V. trib. Seine, 19 juin 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 162 (implic.).

4 Nancy, 31 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 169. — V. aussi Caen, 27 août 1828, S. chr. (convention au sujet d'un enfant naturel).

5 Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 28. — La renonciation à la jouissance légale prête à discussion, v. *op. cit.*, p. 30. — Laurent, XXI, n° 121. — *Contrà:* pour la nullité: Demolombe, VI, n° 490. — Aubry et Rau, V, § 504, note 1. — Guillouard, I, n° 114.

6 Paris, 29 avril 1913, S. 1914, 2, 40. — Demolombe, VI, n° 295. Même serait nulle la promesse du père de faire élever l'enfant dans une religion déterminée. — Aubry et Rau, V, p. 266, 5e éd. — Laurent, XXI, n° 120. — Planiol, III, n° 799. — Colmet de Santerre, VI, n° 5 *bis*, II. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 26.

1907[1]. Toutefois la loi du 24 juillet 1889, art. 17, autorise avec homologation du tribunal la cession de la puissance paternelle à l'Assistance publique[2].

On ne pourrait davantage renoncer à tout jamais au droit de réclamer une pension alimentaire à ses parents[3], ou à d'autres proches, ou à son conjoint.

Mais on pourrait fixer les modalités de la pension : en fixer le chiffre par convention d'après la situation actuelle du créancier et du débiteur, fixer où elle sera payée, quelles garanties de paiement elle aura, si le débiteur s'acquittera en argent ou partiellement en nature en logeant le créancier. Du moment que la convention ne viole pas les principes d'ordre public sur les pensions alimentaires, elle est valable[4].

Nous avons encore des contrats de portée matérielle et surtout morale dans ceux passés concernant les inhumations.

Ainsi en est-il d'une entente entre héritiers pour faire procéder à une exhumation[5], pour déterminer quelles personnes seront inhumées dans un caveau de famille, d'une entente entre un héritier et le maire pour changer la place d'une concession dans un cimetière[6].

799. — La liberté de conscience est plus spécialement le

---

1 Bordeaux, 26 juin 1913, S. 1914, 2, 79. Auparavant, les tribunaux se montraient plus faciles. V. Caen, 27 août 1828, précité. — Amiens, 12 août 1837, S. 1838, 2, 157 (testament).

2 V. Planiol, *Les lois ignorées*, *Rev. critique*, 1911, p. 158.

3 Bordeaux, 26 juillet 1855, D. 1859, 5, 24. — Pau, 23 juin 1884, D. 1885, 2, 248.

4 Baudry et Wahl, *Transactions*, n° 1272. — Guillouard, n° 79. — Req., 28 juill. 1903, S. 1905, 1, 9; D. 1904, 1, 37. — Civ., 25 nov. 1902, S. 1903, 1, 353 (implic.), avec note de M. Pilon.

5 Rouen, 16 nov. 1875, D. 1876 2, 154 (sol implic.).

6 Cons. d'Etat, 27 mai 1892, S. 1894, 3, 45. D'ailleurs, la jurisprudence reconnaît qu'il y a ici un véritable droit de propriété de l'héritier sur la concession.

droit de participer ou non à un culte ne peut être atteinte par convention.

Ainsi serait nulle la promesse contre argent de changer de religion, de se faire enterrer civilement, de se faire ou de ne pas se faire prêtre[1], même faite par un élève d'un petit séminaire, a dit la cour de Grenoble.

Mais ceci doit être compris d'après l'état des mœurs. Le fait d'assister à un mariage, à un enterrement, à un anniversaire, à une cérémonie dans un édifice de tel culte étant dans les usages mondains, même pour les personnes étrangères à ce culte, la promesse les concernant est valable.

Ainsi est valable l'article des statuts d'une société disant que les sociétaires assisteront à l'enterrement des cosociétaires[2], à la messe anniversaire[3], et cela quelque soit le culte ou l'absence du culte du défunt ou du promettant[4].

Quelle est la valeur juridique des associations qui impliquent adhésion à un culte déterminé (confréries, etc.) ou inversement l'éloignement de tout culte (société de libres penseurs) ? Ces associations qui supposent une religion ou une irréligion préalable ne peuvent être considérées comme nulles même si elles impliquent des obligations religieuses

---

1 Grenoble, 11 août 1847, D. 1848, 2, 113 (promesse de se faire prêtre). — Demante, IV, n° 16 *bis*, VI. — Laurent, XI, n° 505. — Bartin, *Conditions*, p. 145. — Cf. Demolombe, XVIII, n° 259, qui atténue ce principe dans des cas favorables. — Grenoble, 11 déc. 1825, D. 1826, 2, 83. — Colmar, 9 mars 1827, S. chr. (changement de religion). — Cf. Giorgi, III, n° 381.

2 Rennes, 21 nov. 1909, *Rec. Rennes*, 1910, 29. — Dijon, 20 juin 1910, Gaz. Trib., 1910, 2e sem., 2, 298. — Toulouse, 14 fév. 1895 ,S. 1895. 1, 93 (obsèques civiles). — V. cep. trib. Montmorillon, 17 fév. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 573. — Trib. paix Toulouse, 6 janv. 1910, *le Droit*, 8 fév.

3 Poitiers, 6 déc. 1909, *Gaz. Trib.*, 21 avril 1910. — Dijon, 20 juin 1910. — Cons. d'Etat, 3 fév. 1911, D. 1913, 3, 14.

4 Cf. Lyon, 28 juin 1904, D. 1908, 2, 30, obligation pour les enfants d'une école d'assister au service funèbre de la fondatrice si leurs parents le veulent.

déterminées. Mais cette obligation morale ne peut avoir d'autre sanction que le droit pour l'association d'expulser le sociétaire récalcitrant ou de lui infliger une peine disciplinaire. De plus, l'associé est libre de démissionner (art. 4, loi du 1er juillet 1901). Il y a donc un contrat de portée morale à sanction très faible, mais valable en lui-même.

Sur un terrain voisin, il faut déclarer valable le contrat de messe, c'est-à-dire l'entente entre une personne et un prêtre pour lui faire dire une messe, ou lui faire faire toute autre cérémonie du culte : enterrement, etc.

Les théologiens ont beaucoup discuté pour savoir quel est le fondement de la rémunération du prêtre qui dit une messe à une intention spéciale, Ils ont vu une dette ayant pour origine le droit divin ou le droit naturel, ou une promesse sous condition, ou un louage d'ouvrages[1].

Il y a là un contrat à titre onéreux de valeur morale[2], ne comportant peut être pas comme sanction des dommages-intérêts[3], mais simplement un ordre d'exécuter, la restitution de la somme reçue, la justification d'une peine disciplinaire par l'évêque. Mais il y a un contrat.

On l'a nié, mais en s'apercevant du même coup qu'il y a là une négation implicite de l'obligation ayant un objet non appréciable en argent[4]. On voit ce qu'aurait de grave cette négation. Il y a donc simplement un contrat ayant des règles particulières. Sa sanction est spéciale. D'autre part, la

---

1 V. Euzet, *Fondation de messes*, th Aix, 1906, p. 8-37.

2 V. Dejust, *Fondations de messe*, th. Paris, 1908, p. 35.

Il sera parlé avec plus de détail, *infrà*, n° 916, du caractère onéreux de ce contrat. Constatons seulement qu'il y a contrat. — V. en ce sens (implic.) : Civ., 22 nov. 1904, S. 1906, 1, 313 avec note de M. Naquet. — Cass. civ., 6 déc. 1909, D. 1910, 1, 281 avec note de M. Capitant. — *Contrà :* trib. Ruffec, 17 déc. 1907, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 35, qui nie l'idée de contrat.

3 V. cep. trib. paix Estrées-Saint-Denis, 8 sept. 1903, *Déc. j. paix*, 1904, 10.

4 Euzet, thèse citée, pp. 113 et suiv.

preuve de son exécution peut l'être aussi. Ainsi on a admis[1] que l'on ne pouvait exiger la preuve de la célébration de la messe à l'intention voulue.

Certaines promesses sur certains objets ne donnent pas lieu à de véritables contrats, mais l'entente sur ces objets étant violée, il y a un abus de droit comportant des sanctions diverses. Ainsi en est-il de la promesse de fiancés de faire célébrer religieusement leur mariage[2].

Ou de la promesse faite dans le contrat de mariage concernant l'éducation religieuse des enfants[3].

Les rapports établis entre un religieux et sa congrégation ont un certain côté pécuniaire (dot moniale, compensation du travail et de l'entretien), mais un côté moral pour lequel on ne peut admettre de sanctions, autres que des sanctions morales, comme l'exclusion de la congrégation, pour ne pas atteindre la liberté du congréganiste, celle-ci subissant par le vœu une grave atteinte.

Il faut considérer aussi comme des contrats moraux, ne comportant comme sanction que les mesures canoniques, les rapports entre un évêque et les membres de son clergé, à moins d'engagement précis pris par l'évêque pour assurer une pension[4].

Par analogie, si les rapports juridiques entre un ministre du culte et une personne pour l'exercice de son ministère ont un caractère obligatoire, ce ne sont pas des contrats

---

1 Trib. Barcelonnette, 11 août 1893, inédit, cité par Euzet, p. 111.

2 Bruxelles, 17 juill. 1889, S. 1890, 4, 28.

3 Nîmes, 12 mai 1886, P. F., 1886, 2, 292. — Trib. Emp. allemand, 23 nov. 1905, P. F., 1906, 5, 60. — Cf. Cass. Req., 30 nov. 1898, S. 1902, 1, 492 et 19 juin 1898, S. 1902, 1, 525. — Perreau, *Droits de la personnalité*, *Revue de droit civil*, 1909, p. 520. — Demolombe, VI, n° 294.

4 V. Trib. Seine, 9 juin 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 767, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 705. — Trib. Seine, 13 fév. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 443 (retrait du droit de *celebret*). — Cf. *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 142. et 1913, p. 435. — Civ., 6 fév. 1912, S. 1913, 1, 137. — Charmont, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1913, p. 456.

comportant nécessairement toutes les sanctions ordinaires. Notamment, on ne peut les envisager comme de simples contrats de travail[1].

800. — On ne peut diminuer sa liberté en promettant de fixer irrévocablement son domicile en un lieu déterminé[2]

Mais on peut limiter dans une mesure restreinte cette liberté[3]. On peut promettre de ne pas habiter telle localité où l'on risque de rencontrer telle personne[4]. On peut promettre une chose impliquant qu'on habitera un certain temps à tel endroit : qu'on y cultivera un terrain, etc.[5]. C'est même ce qui arrive presque forcément lorsqu'on accepte une fonction, un emploi dans une ville déterminée. L'usufruitier d'une maison peut de même promettre de ne pas la quitter plus d'un mois par an[6].

801. — Le droit de se marier, de divorcer étant des droits qui ne peuvent être exercés qu'avec une entière indépendance (sous les réserves des art. 148 et suiv. Civ.), tout contrat tendant à peser sans motif sérieux sur la volonté de se marier ou de ne pas se marier est nul[7]. Ainsi en serait-il

---

1 V. Barassi, *Contratto di lavoro*, I, n° 92.

2 Cependant, la jurisprudence valide volontiers la condition pour l'héritier de résider dans tel immeuble : d'ordinaire la maison de famille. V. not. Dijon, 5 avril 1872, S. 1874, 5, 130.

3 Cf. Alger, 11 janv. 1876, D. 1877, 2, 124. — Cass. Req., 23 janv. 1877, S. 1877, 1, 350 (diminution d'un legs si on n'habite pas telle localité). — Bartin, *Conditions*, p. 160.

4 Ainsi une ancienne maîtresse peut promettre de ne pas habiter dans la ville où réside son ancien amant. Liège, 15 fév. 1875, D. 1876. 2, 49.

5 Caen, 31 juillet 1875. S. 1876, 2, 169. — Pau, 2 janv. 1827, S. 1829, 2, 215.

6 Douai, 7 déc. 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 469 (sol implic.).

7 Il faut cependant faire réserve des cas où la pression s'exerce sous forme de condition et dans un sens raisonnable : comme la promesse par le patron d'une prime aux ouvriers mariés à l'exclusion de ceux vivant en concubinage, Cass. civ., 18 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913. 2, 559. Comme la condition de ne pas se remarier imposée à un veuf avec enfants, à une personne âgée, v. Liège, 11 janv. 1883, J. P., 1883,

de la promesse contre argent d'épouser telle personne, si du moins elle était faite à d'autres que des parents[1], de la

---

2, 44. Labbé, *Revue critique*, 1884, p. 645. — La condition de ne pas se remarier a été fréquemment validée dans les legs. — Bourges, 14 avril 1890, D. 1890, 5, 119. — Caen, 24 juillet 1894, D. 1895, 2, 269. — Rennes, 5 déc. 1899, D. 1903, 2, 377; S. 1902, 1, 165. — Poitiers, 21 janv. 1901, D. 1902, 2, 52. — Angers, 18 fév. 1847, D. 1847, 2, 107 et Req., 8 janv. 1849. D. 1849, 1, 16. — Montpellier, 14 juill. 1858, D. 1859, 2, 107. — Nancy, 20 déc. 1879, D. 1880, 2, 203; S. 1881, 2, 7. — Rennes, 17 fév. 1879, D. 1879, 2, 69. — Liège, 11 janvier 1883, D. 1884, 2, 62. — Cass. 18 juin 1890, S. 1893, 1, 425. — Cass. 18 mars 1867, S. 1867, 1, 204. — Trib. Seine, 7 avril 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 1er sem., 2, 368, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 457. — Civ., 16 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 62, S. 1914, 1, 460. A moins qu'elle ne soit injustifiée. — Caen, 24 juill. 1894, (veuve de 20 ans) cité *infrà*. — Paris, 13 juill. 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 218. — V. dans le même sens Baudry, Lecourtois et Surville, I, nº 31. — Colin et Capitant, III, p. 640. — Planiol, III, nº 3040. — Cf. Duclos, *L'art. 900 et les conditions relatives à la liberté du mariage*, th. Alger, 1920. — Cf. Guillouard, I, nº 105. — Si la clause de ne pas se remarier accompagne une donation dans un contrat de mariage, pour savoir si elle est valable, il faudra considérer la situation de fait à la dissolution du mariage, la clause étant faite pour cette éventualité. Si lors de la dissolution du mariage il y avait des enfants à élever, ce qui validerait la clause, nous estimons qu'elle ne produirait plus effet si les enfants venant à nourrir, la révocation de la donation n'avait pas été demandée auparavant. — Caen, 24 juill. 1894, S. 1895, 2, 279. — Cass., 22 déc. 1896, S. 1897, 1, 397. — Cf. pour la validité de la condition de ne pas se marier. — Req., 8 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 553; D. 1915, 1, 129; S. 1914, 1, 191. — Cass., 11 nov. 1912, D. 1913, 1, 105, avec note de M. Ripert; S. 1914, 1, 185 avec note de M. Naquet. — Rouen, 13 mars 1875, *Gaz. Trib.*, 30 avril 1875 (validité de clause visant une mère naturelle âgée et riche). Caen, 16 mars 1875, D. 1876, 2, 237. — Paris, 1er avril 1862, D. 1862, 2, 77; S. 1862, 2, 145. — V. en ce sens, Mayguron Lagorse, *Revue pratique*, tome 40, p. 91. — Colin et Capitant, III, p. 640. — On a admis aussi la promesse de ne pas se marier dans l'année pour la Reine des reines, trib. Seine, 7 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 390. — V. cep. dans un cas spécial, Paris, 13 juill. 1911, S. 1912, 2, 56.

1 Cf. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 243. — Cela est vrai même si on a un tel âge que l'on puisse se passer du consentement des parents. Le respect qui leur est dû impose cette solution.

promesse contre argent de divorcer, de laisser prononcer le divorce sans se défendre[1], de ne pas divorcer. Il en serait cependant autrement de la promesse de ne pas se remarier. Et même de la promesse de ne pas épouser telle personne[2], ou de ne pas se marier sans le consentement d'un tiers[3].

Un jugement récent[4] a annulé la condition imposée à une femme divorcée de ne pas se remarier civilement pendant la vie de son mari. Mais cette solution ne doit pas être considérée comme absolue. Le tribunal reconnaît qu'il faut distinguer selon que le but est d assurer le respect d'un dogme ou n'est qu'un bienveillant intérêt à l'égard du bénéficiaire, auquel cas la condition serait valable.

802. — La jurisprudence a fréquemment tiré de là une conséquence importante. Le courtage matrimonial est nul, le courtier auquel une rémunération est promise ayant intérêt à peser sur les volontés pour amener un mariage même mal assorti. « Pour assurer le succès, l'agent pourrait même sans fraude, peser directement ou indirectement sur le consentement des époux ou de leurs parents en agissant de façon à dissimuler ou à prévenir, à atténuer ou à combattre les causes mêmes les plus légitimes d'hésitation ou de refus[5] ».

---

1 Req., 4 août 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 422. — Cass. civ., 25 nov. 1901, D. 1902, 1, 31.

2 V. Req., 23 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 551 (legs à condition de ne pas épouser telle personne) (sol implicite). — Cf. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 244. — Giorgi, III, n° 394.

3 Cass., 5 avril 1836 ,D. 1836, 1, 143. — Bordeaux, 15 fév. 1849, D. 1850, 2, 6. — Aix, 20 juill. 1881, D. 1883, 1, 147; S. 1884, 1, 25, avec note Lacointa. — Douai, 22 juill. 1907, *Gaz. Trib.*, 27 oct. 1907, *Revue de dr. civil*, 1907, p. 828. — *Contrà*: Paris, 7 juin 1849, D. 1849, 2, 151.

4 Trib. Loches, 24 juin 1915, 2, 97. *Gaz. Trib.*, 1915, 2, 509 avec observations de M. Tissier. *Revue de dr. civil*, 1916, p. 544.

5 Civ., 1er mai 1855, S. 1855, 1, 337; D. 1855, 1, 147. avec rapp. du conseiller Laborie. — V. dans le même sens, Toulouse, 5 nov. 1900,

Mais certaines décisions ont déjà atténué parfois cette solution, en disant que l'entremetteur avait tout au moins droit au remboursement des sommes dépensées par lui[1].

Enfin la jurisprudence a été parfois plus loin encore et

S. 1905, 1, 281 ; D. 1904, 1, 420. — Pau, 9 août 1904, S. 1905, 2, 15. — Paris, 27 oct. 1892, S. 1893, 2, 24; D. 1893, 2, 271. — Besançon, 6 mars 1895, S. 1895, 2, 196; D. 1895, 2, 223. — Paris, 11 janv. 1884. S. 1884, 2, 132. — Paris, 8 déc. 1862, S. 1862, 2, 377. — Nîmes, 22 juin 1868, S. 1868, 2, 270; D. 1869, 2, 58. — Paris, 24 août 1868, id., en note. — Poitiers, 9 mars 1853, S. 1853, 2. 653; D. 1853, 2, 211. Paris, 3 fév. 1859, S. 1859, 2, 295; D. 1859, 2. 112. — Pau, 9 août 1904, S. 1905, 2, 15; D. 1908, 2, 81, avec note de M. Planiol. — Tribunal Seine, 1er mars 1904, D. 1904, 5, 441. — Trib. Seine, 29 août 1849, D. 1849, 3, 64. — Trib. Seine, 3 juin 1912, *Gaz. Trib.*, 1912. 2e sem., 2, 40, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 704. — Trib. Seine, 1er mars 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 170. — Caen, 23 fév. 1904, S. 1905, 2, 263. — Trib. Seine, 15 mars 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 172. — Trib. Toulouse, 26 fév. 1903, *la Loi*, 9 avril 1903. — Paris, 13 nov. 1897, *le Droit*, 5 janv. 1898. — Cass. Turin, 25 sept. 1883, S. 1884. 4, 20. — Cass. Belgique, 16 mars 1905, S. 1908, 4, 22, Pas. 1905, 1, 156. — Trib. sup. Cassel, 8 fév. 1881, *Journ. Clunet*, 1882. p. 349. — Paris, 29 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 523. — Trib. Saint-Dié, 24 avril 1891. *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 59. — Trib. Seine, 18 mars 1891, *Gaz. Pal.* 1891, 2, 525. — Trib. Seine, 3 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 527. — Trib. Louviers, 12 juillet 1888. *Gaz. Pal.*, 1888, 2 suppl. 71. — Aix, 19 oct. 1886, *Rec. d'Aix*, 1886. 2, 127. — Trib. d'Annecy, 9 août 1888, *la Loi*, 30 sept. 1888 (rémunération en cas de succès). — Trib. Bruxelles, 21 janv. 1883, Pas. 1885. 3. 23. — Aubry et Rau, IV. p. 553. — Larombière, art. 1133, n° 11. — Demolombe, XXIV. n° 335. — Laurent, XVI, n° 150. — Bufnoir, p. 541. — V. sur cette jurisprudence, Huet, *Courtage matrimonial*, thèse Paris, 1910, p. 66. — Fournet, *Courtage matrimonial*, th. Dijon, 1908, p. 19.

1 Trib. Lyon, 17 juill. 1896. *Mon. de Lyon*, 14 déc. 1896.— Paris, 29 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891. 2. 523. — Aix, 19 oct. 1886. *Rec. d'Aix*. 1886, p. 127. — Nîmes, 18 mars 1884, S. 1884, 2, 100. — Trib. de Nîmes sous Nîmes, 22 juin 1868, S. 1868. 2, 270, D. 1869, 2, 58. — Caen, 13 avril 1866, S 1867, 2, 56. — Trib. Seine, 3 juin 1912, précité. — Trib. Bourges, 19 juill. 1910, *la Loi*, 29 juill. 1910., — Aix, 19 oct 1886, *Rec. d'Aix*, 1886, 2, 127. — *Contrà:* Laurent, XVI, n° 151, qui dit qu'il n'y a pas mandat licite, ni gestion d'affaires puisqu'il y a deux consentements.

elle a admis nettement que le courtage matrimonial était licite[1]. Quelquefois elle l'a admis tout au moins pour le courtier occasionnel qui stipule une rémunération modeste, sans rapport avec la dot[2], ou pour le cas où le fiancé a été le premier trouver le courtier[3].

On peut donc dire qu'il y a une tendance très sérieuse de la jurisprudence actuelle à admettre la validité du courtage matrimonial[4], tendance qui prouve aujourd'hui une grande force dans l'étude de M. Wahl sur la question[5]

---

1 Trib. Toulouse, 15 juin 1906, P. F., 1906, 2, 332. — Trib. Lisieux, 21 janv. 1903, S. 1903, 2, 184; D. 1908, 2, 81, avec note de M. Planiol. — Trib. Seine, 15 mars 1904, précité, lorsque le salaire n'est pas subordonné au succès, trib. Saint-Dié, 24 avril 1891, précité (id.). — Trib. Nice, 22 déc. 1909, S. 1910, 2, 293. — Agen, 13 déc. 1909, S. 1910, 2, 211. — Trib. paix Vernon, 19 avril 1911, *Loi*, 5 juill. 1911. — Trib. Nivelles, 11 fév. 1902, Pas. 1902, 3, 147, S. 1902, 4, 24. — Cass. Roumanie, 19 janv. 1899, S. 1901, 4, 37. — Trib. Toulouse, 6 mars 1912, *Gaz. Trib. du Midi*, 14 juill. 1912. — Cass. Naples, 10 oct. 1903, S. 1905, 4, 5. — Bologne, 18 avril 1904, *eod. loc.* — Gênes, 9 juin 1903, *Mon. des trib. ital.*, 1903, p. 668. — Cass. Naples, 30 déc. 1899, *Legge*, 1900, 1, 299. — Cass. Turin, 4 déc. 1900, S. 1903, 4, 14. — Naples, 19 fév. 1886, V. à ce sujet, *Rivista per le scienze guiridiche*, 1887, I, p. 254. — Pacifici Mazzoni, *Istit.*, 5e éd., IV, p. 315. — Giorgi, III, n° 384. — Trib. Anvers, 14 nov. 1894, Pasicr., 1894, 3, 171.

Trib. Bordeaux, 24 fév. 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 720. — Trib. Lyon, 17 juill. 1896, *Mon. Lyon*, 14 déc. 1896. — V. dans le même sens, Larombière, art. 1133, n° 11. — Bruxelles, 1er juill. 1904, Pas. 1905, 2, 15. — Bordeaux, 13 déc. 1912, S. 1915, 2, 38.

3 Trib. Bruxelles, 30 nvo. 1904, Pand. per., 1904, 1, 438.

4 La cour de Lyon a même jugé que l'entremetteur pouvait être considéré comme ayant droit à rémunération en vertu d'une promesse tacite. Lyon, 15 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 110, S. 1914, 2, 102, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 121. — La cour de Bordeaux, 13 déc. 1912, précitée, a même admis que le contrat entre le père et le courtier obligeait le fils en vertu de la théorie de la gestion d'affaire.

5 V Wahl, *Le courtage matrimonial*, *Revue de droit civil*, 1904, p. 471. V. dans le même sens Baudry et Barde, I, n° 311. — Beudant, n° 251. — Consultation par Delangle, Berryer, Marie, Paillard, etc.,

Cette théorie de la validité paraît devoir l'emporter dans la société actuelle où tant de choses ont une tendance à se commercialiser. En outre il est bien exagéré de considérer la profession de l'intermédiaire comme immorale : cela ne l'empêchera pas d'exister. La sévérité des tribuñaux favorisera donc seulement des clients peu honnêtes. On a parlé de la pression exercée sur les conjoints. Elle est possible. Mais s'il y a eu abus d'influence le tribunal pourra refuser le salaire en parlant d'un mandat mal exécuté. Cela suffit pour assurer la liberté du mariage[1].

Peut-on, d'autre part, présumer la malhonnêteté du courtier ?

Enfin, la justice appliquera forcément ici le droit de contrôle qu'elle s'est reconnu sur le salaire des mandataires et elle pourra toujours, même en admettant la validité, empêcher les abus.

La jurisprudence a été à tort influencée par le discrédit qui pèse sur certains agents d'affaires et sur les courtiers matrimoniaux en particulier. Souvent dans les litiges, le tribunal déclare le courtier peu estimable, ou auteur de fraude. On paraît craindre en outre que le prix promis ne soit payé sur la dot de la jeune fille. Mais ceci n'est à craindre que sous le régime de communauté légale où les dettes mobilières des époux sont communes. Or ce régime est rarement adopté par contrat. Nous croyons par contre qu'il n'y a pas à tenir compte de ce que le mariage peut aujourd'hui se dissoudre par le divorce[2]. Le mariage fût-il

---

S. 1853, 2, 653 ; D. 1853, 2 211. — Huet, thèse précitée, p. 107. — Seferiadès, *Etude critique de la théorie de la cause*, th. Paris, 1897, p. 125. — Fournot, *Courtage matrimonial*, thèse Dijon, 1908. — Georgeon, *Le courtage matrimonial*, th. Poitiers, 1911, pp. 110 et suiv. — Giorgi, III, n° 383. — Fabbini, *Studii critici digiurisprudenza civile*, p. 70. — Lomonaco, III, p. 165. — *Contrà :* Chironi, *Questioni*, III, p. 378.

1 V. Wahl, *art. cit.*, p. 478.

2 V. en ce sens, Wahl, *loc. cit.*, p. 483.

indissoluble, si le courtier n'abuse pas de son influence, le courtage est licite. Nous ferons la même réponse en sens inverse, à l'objection tirée de ce que le mariage vise les personnes plus que les biens. Si le courtier se conduit honnêtement le contrat passé avec lui est licite.

La cour de cassation, à qui la question de validité a été dernièrement soumise a évité de se prononcer. Il y a peut-être là l'indice d'un changement sur son opinion de 1855.

803. — La vie humaine, l'intégrité corporelle étant en principe hors du commerce, tout contrat visant à les mettre dans le commerce est nul. Ainsi est nul le contrat entre une personne et un médecin, en vertu duquel contre argent cette personne consent à se soumettre à certaines opérations que le médecin fait pour démontrer l'utilité et le succès d'une méthode pour embellir les personnes âgées, qu'il veut propager dans un but de lucre[1]. La cour a même jugé que si la méthode avait nui à la santé de la personne opérée, il y avait lieu à indemnité. La même solution serait donnée pour un contrat en vue de faire une expérience sur une personne. Le droit ne peut ainsi sacrifier à la « Nouvelle Idole »[2]. Serait même nul le contrat mettant la vie d'une personne en danger de façon grave par d'autres procédés[3].

Si le contrat par lequel une personne s'entend avec un chirurgien pour subir une opération utile à sa santé est valable, il faut admettre qu'on peut toujours, sauf dommages-intérêts limités aux dépenses engagées, renoncer à l'idée de se faire opérer.

En ce qui concerne les violences à subir ou celles auxquelles on peut s'exposer, il y a une question de mœurs. Ainsi on a déclaré valable un engagement pour un match

---

1 Lyon, 27 juin 1913, *Gaz. Pal.*, 1913. 2. 506, D. 1914. 2, 73, avec note de M. Lalou.

2 Cass. Turin, 26 mars 1904, *Rev. de dr. civil*. 1908. p. 734.

3 V. trib. Bruxelles, 11 mars 1885, Pas. 1886. 3, 69 (père qui engage un enfant dans un cirque pour des exercices mettant sa vie en danger).

de boxe. Ce qui se justifie moins par le consentement de la personne atteinte et par le défaut d'intention de celui qui frappe que par l'importance prise par les sports même dangereux[1].

804. — La jurisprudence entend également sauvegarder la liberté sexuelle. Par suite est nulle toute promesse, remise d'argent ou d'objets qui est le prix de relations de concubinage. Il y a là un contrat illicite[2].

---

1 Douai, 3 déc. 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1, 403, *Rev. de dr. civil* 1913, p. 415, S. 1914, 2, 217, avec note de M. Roux. — Demogue, *Ex. doctr.*, *Rev. critique*, 1914, p. 262.

2 V. Req., 4 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 1, 170 — Lyon, 30 mars 1916, D. 1918, 2, 51 (assurance-vie). — Trib. Seine, 5 juill. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, 2e sem., 2, 459. — Trib. Seine, 26 juill. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 335. — Cass civ., 21 mars 1898, *Gaz. Trib.* 1898, 2e sem., 1, 113, S. 1898, 1, 513. — Agen, 22 mars 1898, *Gaz. Trib.*, 1898. 2e sem., 2, 353. — Trib. Seine, 16 juin 1898, *Gaz. Trib.*, 21 oct. 1898. — Trib. Bordeaux, 28 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 83. — Nancy, 21 juin 1905, *Mon. de Lyon*, 25 oct. 1905. — Nîmes, 8 nov. 1905, *la Loi*, 23 déc. 1905, Pas. 1906, 4, 40. — Trib. Seine, 3 août 1904, *le Droit*, 6 déc. 1904. — Nancy, 12 nov. 1904 (cautionnement), D. 1905, 2, 158. — Trib. Lyon, 5 juill. 1898, *Mon. Lyon*, 14 nov. 1898. — Trib. comm. Seine, 16 juin 1898, *le Droit*, 25 sept. 1898. — Cass. Req., 4 janv. 1897, S. 1898, 1, 309; D. 1897, 1, 126. — Dijon, 22 mars 1900, D. 1901, 2, 45. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Dijon, 3 déc. 1894, D. 1895, 2, 237, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 151. — Cass. Req., 23 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 126, D. 1889, 1, 35; S. 1889, 1, 361. — Orléans, 29 juin 1875, S. 1875, 2, 319, D. 1877, 2, 177. — Aix, 16 déc. 1885, *Bull. d'Aix*, 1886, 121. — Aix, 28 janv. 1886 *Bull. d'Aix*, 1886, 142. — Agen, 30 déc. 1885. *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 255. — Agen, 7 juill. 1886; S. 1886, 2, 189, *Gaz Pal.*, 1886, 2, 204. — Riom, 11 août 1846, D. 1846, 2, 179. — Req. 2 fév. 1853, D. 1853, 1, 57. — Trib. Beauvais, 3 juill. 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 440 (remise de dette). — Besançon, 19 mars 1862. D. 1862, 2, 58. — Cass. belge, 14 mai 1903, Pas. 1903, 1, 216. — Gand, 12 mai 1883, Pas. 1883, 2, 376. — Req., 26 mars 1860, D. 1860 2, 255. — Trani, 26 mars 1904, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 735. — Planiol, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1888, p. 705. — Chironi, *Rivista per la scienz. quiridiche*, 1887, I, p. 242. — Aubry et Rau, IV, p. 554. Demolombe, XXIV, n° 375. — Laurent, XVI, n° 153. — Baudry et

Il en est ainsi à plus forte raison lorsqu'il s'agit du prix de relations adultères[1].

En vertu de ces idées, la jurisprudence a fréquemment annulé, l'acte n'étant en réalité qu'un marché, des libéralités déguisées entre concubins[2] et même elle a été jusqu'à annuler une donation faite ostensiblement[3]. Elle a même eu l'occasion d'annuler un legs fait en vertu d'entente préétablie entre un mari et le testateur à raison des relations entre ce dernier et la femme de l'autre contractant[4].

Et conformément au droit commun, la jurisprudence la plus récente admet que la preuve peut résulter non seulement de l'acte lui-même, mais des circonstances[5]. On a

---

Barde, I, n° 310. Bufnoir, p. 543. — Beudant. n° 251. — Colin et Capitant, II, p. 318. — Hamel, th. citée, pp. 255 et suiv. —Cf. Crutzesco, *Donations entre concubins*, th. Paris, 1912, p. 71. — Giorgi, *Obbligazioni*, III, n° 379. — Chironi, *Quest. di. dir. curb.*, p. 137. — V. cep. Paris, 10 janv. 1905, D. 1905, 2, 158 (cautionnement).

1 Trib. Seine, 25 mai 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 426. — Riom, 28 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 338.

2 Req., 26 mars 1860, D. 1860, 1, 255. — Caen, 2 juill. 1872, D. Suppl., v° *Obligation*, n° 182; S. 1873, 2, 145. — Req., 23 juin 1887, D. 1889, 1, 35, Pand. fr., 1887, 1, 197. — Paris, 14 nov. 1894, D. 1895, 2, 115. — Cass. 4 janv. 1897, Pand. fr., 1897, 1, 358, D. 1897, 1, 126. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Grenoble, 30 janv. 1858, D. 1858, 2, 154. — Dijon, 22 mars 1900, D. 1901, 2, 45. — Trib. Bruxelles, 30 déc. 1891, Pas. 1892, 3, 353. — Cf. Dubreuil, *Mobiles dans les contrats*, th. Lyon, 1909, p. 93.

3 Bastia, 31 juill. 1907, D. 1909, 2, 266. — V. l'art. de M. P. Roux, *L'application des art. 1131 et 1133 Civ., aux donations entre concubins*, *Revue critique*, 1908, pp. 111 et 237.

4 Req., 4 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 641.

5 Req., 4 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 1, 170, S. 1914, 1. 430, D. 1916, 1, 27. — Cass. Req., 23 juin 1887, Pand. fr. 1887, 1, 197; D. 1889, 1, 35. — Cass. civ., 2 janv. 1907, D. 1907, 1, 137, avec note de M. Colin, Pand. fr., 1907, 1, 38, *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 617. — Dijon, 3 déc. 1894, D. 1895, 2, 238. — Cass. civ., 21 mars 1898, S. 1898, 1, 513, avec note de M. Appert, D. 1903, 1, 403, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 174. — Bastia, 31 juill. 1907, D. 1909, 2, 266. — Agen, 7 juill. 1886, S. 1886, 2, 189. — Trib. Seine, 25 mai 1909, précité. —

considéré ici que le trouble causé par cette recherche était moindre que l'inconvénient à maintenir de semblables contrats faits sous forme non ostensible[1].

La jurisprudence va même plus loin. Elle annule non seulement la rémunération de rapports illicites, mais les contrats avec des tiers qui ont en vue de faciliter cette rémunération :

Ainsi elle annule le prêt fait en connaissance de cause à un jeune homme pour lui permettre de continuer ses relations avec sa maîtresse[2].

Elle annule le cautionnement par un amant des achats de sa maîtresse, lorsque le fournisseur n'ignorait pas que c'était un moyen pour la caution de continuer les relations[3].

Elle rejette la répétition de sommes versées pour un transport de créances motivé par les relations de deux amants[4].

Ici nous trouvons le premier exemple de cette jurisprudence qui tient compte non seulement de la cause illicite, mais du motif illicite. Le contrat en lui-même est normal,

---

Riom, 28 juill. 1887, précité. — *Contrà :* Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Cass. Req., 26 mars 1860, D. 1860, 1, 255. — Req., 2 juill. 1866, D. 1866, 1, 378. — Toulouse, 28 avril 1880, D. Suppl., v. *Disposit. entre vifs*, n° 89. — Req., 23 juin 1887, précité (implic.). — Orléans, 29 mai 1875, précité. — Cf. Cass. Req., 4 janv. 1897, S. 1898, 1, 309, qui parle de commencement de preuve écrit, mais sans l'exiger. — Crutzesco, thse citée, p. 93.

1 Tout ici est question de mesure. Voyez au contraire une solution opposée pour une donation faite à un enfant adultèrin.

2 Trib. Seine, 9 mars 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 22.

3 Nancy, 12 nov. 1904, D. 1905, 2, 158, *Gaz. Pal.*, 1905, 1, 12, *Rev. de dr. civil*, 1905, pp. 150 et 667. — Trib. Toulouse, 14 déc. 1886, *Gaz. Midi*, 6 mars 1887. — *Contrà :* trib. Seine, 20 mars 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 395 ; Pand. fr., 1902, 2, 40. — Trib. Seine, 12 déc. 1899, *la Loi*, 27 avril 1900. — Trib. Toulouse, 21 fév. 1886, *Gaz. Midi*, 6 mars 1887. — Cf. Paris, 10 janv. 1905, D. 1905 2, 158. — Paris, 2 fév. 1886, *Loi*, 5 mars 1886 (cautionnement du prix de marchandises à livrer dans une maison de prostitution déclaré valable).

4 Pau, 23 fév. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 27

cependant on l'annule à raison du motif qui l'inspire. Ce système a soulevé de vives critiques des auteurs. Mais il faut remarquer quelles puissantes raisons poussaient la jurisprudence[1]. Il est naturel, nécessaire même que celle-ci, contrôlant les contrats du point de vue des intérêts généraux, annule tous ceux qui poursuivent un but illicite, comme le droit public l'a fait dans la théorie du détournement de pouvoir. Elle doit aller aussi loin qu'il est utile dans cette voie, toutes les fois qu'elle ne se heurte pas à des intérêts respectables. Or, ici le tiers qui intervient pour prêter, qui se fait cautionner sait à quoi s'en tenir, il est peu digne d'intérêts. La jurisprudence n'a donc fait qu'appliquer ici ce principe très sage que nous avons déjà indiqué : poursuivre les conventions illicites, tant qu'on ne se heurte pas à des intérêts dignes d'être protégés, à raison de la bonne foi, ou de la nécessité pratique où l'on était de passer tel contrat (v. *suprà*, n° 745).

805. — Mais la jurisprudence ne va pas cependant jusqu'à annuler tous les contrats entre concubins. Elle n'annule que ceux poursuivant un but immoral.

Elle admet la validité d'une vente si les relations des contractants n'ont eu qu'une influence secondaire sur la vente[2], même d'une vente contre rente viagère[3], d'un prêt entre concubins[4]. D'ailleurs, il faut remarquer que le Code civil ayant aboli l'incapacité de donner qu'avait établie l'Ordonnance de 1626, il n'y a plus aujourd'hui d'incapacité générale entre les concubins : le contrat ne doit donc être annulé que s'il y a une cause illicite, ou absence de liberté : la promesse faite n'étant qu'une rémunération de

---

1 V. déjà en ce sens, Bufnoir, p. 544.

2 Req., 4 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 1, 188.

3 Cass. Req., 4 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 1, 700. Elle parle même ici de simple motif.

4 Trib., Coulommiers, 4 mai 1900, *la Loi*, 26 mai 1900, *Gaz. Pal.* 1900, 2, 552. — Trib. Charolles, 30 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2 supp. 29. — Trib Seine, 16 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 86 (sol implic.).

faveurs ou ayant été imposée par la violence morale. On doit donc en principe reconnaître la validité d'une convention quelconque bail, société, etc. entre les concubins. La jurisprudence va même très loin dans cette voie. Elle valide parfois les donations[1]. Elle admet volontiers que des concubins ayant vécu longtemps ensemble, exploité un fonds de commerce, il y a eu tacitement entre eux une société, ou un contrat de travail. Cela permet à la femme de prendre une part des bénéfices réalisés ou de recevoir une rémunération pour le travail qu'elle a fourni[2].

En second lieu la jurisprudence admet volontiers la validité des contrats passés à la fin du concubinage pour assurer à la femme délaissée un revenu suffisant[3] pour réparer le préjudice qu'on lui a causé[4].

805 bis. — Si les contrats en vue d'encourager les relations hors mariage sont nuls, inversement ceux qui visent à détourner de ces mêmes relations sont licites. Ainsi la jurisprudence a validé les promesses de primes faites par une société industrielle aux seuls ouvriers ne vivant pas en concubinage[5]. Il faudrait valider de même toute autre pro-

---

1 Liège, 11 janv. 1893, Pas. 1893, 2, 257. — Trib. Bruxelles, 15 mars 1893, Pas. 1893, 3, 296 (donation rémunératoire).

2 V. en ce sens Laurent, XVI, n° 154.

3 V. Grenoble, 23 janv. 1864, S. 1864, 2, 222; D. 1864, 5, 254. — Aix, 10 janv. 1878, S. 1878, 2, 211. — Bruxelles, 7 août 1860, Pas. 1860, 2, 376. — Civ., 11 mars 1918, D. 1918, 1, 100; S. 1918-19, 1 21. — Paris, 23 juill. 1914, D. 1918, 2, 51. — Lyon, 30 mars 1916, D. 1918, 2, 51. — Aubry et Rau, IV, p. 554. — Bufnoir, p. 543. — Laurent, XVI, n° 155. — Cf. Liège, 15 fév. 1875, D. 1876, 2, 49. — Besançon, 19 mars 1862, D. 1862, 2, 58. — *Contrà:* Riom, 11 août 1846, D. 1846, 2, 179.

4 Cass. civ. 26 juillet 1864, S. 1865, 1, 33. — Grenoble, 23 janv. 1864, S. 1864, 2, 222. — Cass. Naples, 25 juill. 1872. — Cass. Turin. 23 juin 1880. — Cf. sur la réparation du préjudice par un contrat, Chironi, *Questioni*, II, p. 275 qui admet ce préjudice et rejette avec raison l'adage : *volenti non fit injuria*. — Beudant, n° 251. — Demolombe, XXIV, n° 375. — Lomonaco, I, p. 163.

5 Cass. civ., 18 nov 1913, S. 1914, 1, 253; D. 1917, 1, 161.

messe en vue de détourner du concubinage. De façon plus générale, on peut peser sur la liberté des individus lorsqu'on le fait pour favoriser une conduite honnête et pour détourner des relations qui sont sinon un délit, du moins des relations immorales.

806. — Serait également nulle comme atteignant le droit de tester qui est absolu la promesse de ne pas tester, de tester d'une certaine façon, de payer une certaine somme si on ne teste pas de telle manière[1], ou le contrat entre futurs héritiers en vue de déterminer une personne à faire de son vivant un partage égal de ses biens[2].

807. — Il existe un certain nombre de droits groupés dans ces dernières années sous la qualification de droits de la personnalité[3], qui, en général, ne peuvent être l'objet de conventions, car il importe qu'en ces matières la personne conserve à tout instant sa liberté. La liberté présente est ici sacrifiée à la liberté future[4].

Le nom ne peut en principe être l'objet de contrats. On ne peut en général le prêter[5], promettre de le modifier[6].

Mais un écrivain peut permettre à un tiers d'utiliser son nom pour certains écrits[7], faire à ce sujet un véritable bail[8],

---

1 Larombière, art. 1133, n° 24. — Rappr. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 35.

2 Poitiers, 28 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 114.

3 V Perreau, *Droits de la personnalité*, *Revue de droit civil*, 1909, p. 518.

4 V. sur cette conception de la liberté, nos *Notions fondamentales*, p. 153.

5 Cass, Req., 18 mars 1895, S. 1895, 1, 319. — Paris, 27 déc. 1893. S 1895, 2, 146 (prêt en vue de concurrence déloyale), et 19 mai 1865. D. 1866, 2, 134 (même cas). — Prêt de nom à une société, Dijon, 25 juill. 1905. P. F., 1907, 2, 165. — Paris, 16 mai 1895, *Ann. propr. ind.*, 1896, 272. — Perreau, *Droit au nom en matière civile*, p. 145.

6 Trib. Péronne, 2 avril 1890, S. 1893, 1, 24; D. 1893, 1, 245.

7 Trib. Seine, 1er août 1903, D. 1904, 2, 4, avec note de M. Colin. — Sur appel, Paris, 24 mai 1905, S. 1906, 2, 217 (sol. implic.).

8 Lyon, 21 mars 1894, *Mon. Lyon*, 2 juin 1894. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 148.

on peut permettre de placer son nom dans une marque[1], on peut permettre de donner son nom à des produits[2], à un personnage de roman[3], de le prendre comme pseudonyme[4].

On peut renoncer à faire opposition à un décret de changement de nom, permettre à un enfant trouvé de porter tel nom[5]. Il y a là un acte de portée morale qui est valable. Ces conventions produisent en principe les effets ordinaires, mais donnent lieu à révocation si le tiers n'use pas du nom dans les conditions tacitement prévues.

Enfin le nom commercial est susceptible de contrats assez étendus[6], bail, apport en société, cession à titre accessoire.

Certains autres droits peuvent donner lieu à certains contrats, non à d'autres.

Le droit d'une personne sur sa propre image, droit en principe incessible, n'empêche pas un modèle de céder à un peintre de façon irrévocable le droit d'exposer son portrait[7] Dans un domaine voisin, une personne peut consentir à être représentée dans une scène de cinématographe[8].

Les souvenirs de famille : portraits, décorations, etc., qui

---

1 Trib. Seine, 17 nov. 1900, P. F., 1902, 2, 64. — Bruxelles, 6 janv. 1887, *Ann. propr. ind.*, 1888, 6. — Cf. Baudry et Wahl, *Louage*, n° 115. — Navarrini, *L'apporto sociale del nome*, *Dir. commerciale*, 1901, p. 211.

2 Trib. Seine, 8 juin 1886 et Paris, 18 avril 1888, *Ann. propr. ind.*, 1894, p. 349, v. sur ces points : Perreau, *Droit de la personnalité*, *Revue de droit civil*, 1909, p. 518.

3 Trib. Seine, 11 nov. 1902, Pas. 1903, 4, 43.

4 Cf. trib. Seine, 1er août, 1903, D. 1904, 2, 45 et *Rev. de droit civil*, 1904, p. 163.

5 V. Perreau, *Droit au nom*, p. 145. — Cf. Perreau, *Protection du nom*, *Revue de droit civil*, 1904, p. 504.

6 Cf. Sudre, *Droit au nom*, th. Paris, 1903, pp. 238 et suiv. — Roger Levy, thèse Paris, 1903, p. 69.

7 Rennes, 23 nov. 1903, S. 1904, 2, 111. — Milan, 26 juill. 1906, Pas. 1906, 4, 149. — Cf. Paris, 25 mai 1867, S. 1868, 2, 41.

8 Trib. Seine, 10 fév. 1905, D. 1905, 2, 389. — Trib. paix Narbonne, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 158.

ne peuvent être soumis aux règles du partage ordinaire peuvent être vendus, donnés, prêtés. Des distinctions honorifiques, incessibles par nature, peuvent passer à titre d'accessoires à l'acquéreur d'un fonds de commerce[1].

Les tombeaux de famille qui ne peuvent être vendus à des étrangers comportent des contrats compatibles avec leur destination : entente entre parents pour les affecter uniquement à telle branche de la famille, etc. On peut s'entendre définitivement sur le lieu où on fera inhumer un parent[2].

808. — On a prétendu qu'on ne peut pas non plus diminuer sa personnalité en conférant des mandats irrévocables, sauf dans des cas limités: si le mandat est d'un intérêt commun au mandant et au mandataire[3].

On a dit que la jurisprudence admettait une solution contraire[4] et que c'est exagérer le droit d'une personne de rester maîtresse de ses affaires et oublier que tout contrat limite la liberté. En réalité, seuls quelques arrêts cités tranchent la question en ce sens[5]. Mais la solution qu'on leur prête n'en doit pas moins être admise comme plus conforme aux besoins pratiques.

Un arrêt de Nancy a admis qu'un débiteur qui ne

---

1 V. Baudry et Saignat, *Vente*, n° 108.

2 Paris, 30 oct. 1902, S. 1903, 2, 8 et 1er août 1899, S. 1903, 2, 73. — Cass. Req., 18 juin 1906, S. 1908, 1, 336. — Cf. Baudry et Wahl, *Transactions*, n° 1270. — Toulouse, 25 avril 1904, S. 1905, 2, 9, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 902. — Cf. *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 222. — Rappr. sur les contrats concernant les cendres d'un personnage illustre, trib. Seine, 15 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 16 déc. 1910, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 145.

3 Larombière, art. 1133, n° 25.

4 Besançon, 14 mars 1888, S. 1890, 2, 226; D. 1889, 2, 148. — Req., 9 juill. 1885, S. 1887, 1, 478; D. 1886, 1, 310. — Guillouard, *Mandat*, n° 217. — Baudry et Wahl, n° 818, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 648.

5 Cass. belge, 26 fév. 1885, S. 1889, 4, 22 (très net). — Pau, 26 nov. 1873, S. 1874, 2, 71. — Req., 8 avril 1857, S. 1857, 1, 835; D. 1858, 1, 134.

pouvait passer avec son créancier un contrat tel que lui-même ne serait plus le maître dans son commerce, le créancier ayant la direction effective des affaires. C'est être bien sévère[1] (Rappr, *infrà*, n° 829 bis).

809. — Une personne ne peut disposer de ses biens à venir pour le moment de son décès. Il y a alors un pacte sur succession future (v. *infrà*, n^os^ 849 et suiv.). Si une personne aliène d'avance tous les biens qu'elle pourra acquérir par succession, donation, ou même à titre onéreux, cet acte qui peut être fait à titre gratuit ou à titre onéreux, par exemple contre une rente viagère, ou une part de bénéfice dans une société est-il valable? L'art. 1837 ne permet la mise en société des acquisitions gratuites que pour la jouissance. Dans les autres cas, dans le silence du texte, il faut déclarer le contrat nul non seulement à raison de son objet imprécis, ce qui ne serait pas décisif, mais surtout parce que c'est une véritable suppression conventionnelle de la capacité d'acquérir (v. *supra*, n° 713)[2]. Aussi la même raison n'existe pas pour interdire le contrat portant aliénation de tous ses biens présents à titre onéreux ou à titre gratuit[3].

810. — Peut-on abdiquer par un contrat le droit à l'honneur ? Non, on ne peut consentir à se laisser diffamer moyennant argent. On ne peut davantage renoncer au droit d'écrire, de parler en public.

Peut-on permettre à un tiers de scruter votre vie privée, de vous étudier publiquement même dans un but de documentation psychologique ? En général, non.

Un auteur peut-il abdiquer le droit moral qu'il possède sur son œuvre. En principe il le conserve toujours : il peut modifier son œuvre en manuscrit même cédée à un éditeur[4].

---

1 V. Nancy, 8 déc. 1885, S. 1891, 1, 113.

2 V. en ce sens art. 310, civ. allem. — Saleilles, *Obligation*, n° 150.

3 Saleilles, *op. cit.*, n° 151.

4 Cf. sol implic., Cass. civ., 25 juin 1902, D. 1903, 1, 5, avec note de M. Ambroise Colin, et conclusions de M. le procureur général Baudouin. — Rappr. sur cette question, Saleilles, note dans S. 1900, 2, 121.

Mais il semble plus douteux que l'œuvre ayant fait l'objet d'un traité d'édition il puisse la supprimer, ou qu'il puisse en arrêter la vente si elle est commencée, ou même exiger alors une réimpression avec modifications. Le droit moral n'est donc pas pleinement incessible. Il subsiste dans tous les cas à moins de se heurter à des intérêts trop considérables. Mais on ne peut le céder séparément de son vivant, ou y renoncer de façon complète. On pourrait cependant pour après sa mort le céder à une personne de confiance.

Un écrivain peut-il, contre argent, promettre de ne pas attaquer une personne ? La négative a été jugée[1]. Cela est exact pour les attaques illicites. Mais la discussion licite peut être restreinte par contrat.

811. — Le droit de réponse aux journaux établi par la loi du 29 juillet 1881, art. 13, est un droit absolu, auquel on ne peut renoncer. Mais des conventions peuvent fort bien en régler les modalités : délai pour insérer la réponse, termes de la réponse, etc. C'est ce que sous-entend un arrêt récent[2]. De cette solution réunie à des solutions précédentes se dégage un principe que nous avons déjà énoncé. C'est que pour certains droits d'ordre public, les contrats fixant leurs modalités d'exercice sont valables. Au contraire, il y a des droits d'ordre public qui ne peuvent être modifiés par des contrats même dans leurs modalités. Ainsi en est-il de droits relatifs à certaines fonctions publiques (v. *suprà*, n° 768).

812. — Les contrats tendant à tourner la protection légale que la loi a voulu établir pour les ventes des biens de mineurs et de façon plus générale pour la protection des

---

— Potu, le *Droit moral de l'auteur*; *Ann. dr. comm.*, 1909, p. 295. — Aussy, *Droit moral de l'auteur*, th. Paris, 1911, p. 29.

1 Trib. Rome, 30 janv. 1901, cité par Pacifici Mazzoni, *Ist.*, 5e éd., IV, p. 316

2 Orléans, 15 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 283 (gén. Toutée v. *le Temps*).

incapables sont nuls. L'ordre public est ici trop gravement atteint[1].

Cependant la cour de cassation a validé un cahier des charges par lequel, un tuteur ayant promis amiablement de vendre un immeuble de son pupille, il était dit que l'acquéreur sur adjudication indemniserait le tuteur s'il était condamné à indemnité envers le bénéficiaire de la promesse[2]. L'arrêt semble dire, ce qui est une opinion inexacte et abandonnée par tout le monde, que le mineur pourra attaquer l'acte fait en son nom et de ce principe découle sa solution qui est fausse.

On considère également comme valables les clauses de prélèvement moyennant indemnité insérées dans des contrats de mariage, même si elles s'éxécutent en présence de mineurs, peu importe qu'elles aient le caractère de conventions matrimoniales ou de donations[3]. Car l'opération est un paiement.

Serait nul de façon générale tout contrat tournant une interdiction d'acquérir : ainsi la promesse de vente faite par un futur adjudicataire à une personne qui ne peut acheter: membre d'un tribunal en cas de vente sur saisie (art. 711, Proc.), notaire en cas de vente par adjudication[4].

813. — La liberté du commerce, de l'industrie et du travail constitue un principe plus complexe dont le respect conduit à de multiples conséquences. En affirmant ce principe, on veut à la fois deux choses contraires. On veut interdire à toute personne un contrat qui aboutirait par son caractère illimité à un véritable esclavage.

---

1 Cf. Cass. Civ., 19 mars 1879, S. 1881, 1, 410.

2 Req., 6 mars 1905, S. 1906, 1, 441, avec note de M. Tissier, Pand. fr., 1905, 1, 267.

3 V. Machureau, *Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité*, th. Paris, 1908, p. 137.

4 Mais ceci ne doit pas être exagéré. Dès qu'on ne va pas contre le but de la loi, l'acte est valable (v. Alger, 21 mars 1871, D. 1872, 2. 170, promesse de rétrocession de l'immeuble saisi au saisi).

On veut également empêcher qu'une personne soit dans l'impossibilité de gagner sa vie honnêtement par suite de l'interdiction de travailler qu'elle aurait contractée. Nous allons voir successivement les conséquences qui se rattachent à ces deux aspects du même principe : l'un positif, l'autre négatif[1].

814. — De là résulte la solution consacrée par l'art. 1780 Civ. « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. » L'engagement de travail à vie est nul[2] et il en est de même de toute convention équivalente[3].

Il semble qu'il faudrait donner la même solution si une personne promettait de rester toute sa vie dans telle industrie, tel commerce, tel office[4]. Mais ici, l'atteinte à la liberté étant moindre, il faudrait être moins sévère, et on accepterait parfaitement la validité d'une société contractée par un vieillard pour une durée telle qu'il ait peu de chance d'en voir la fin. Des raisons de famille : notamment celle de préparer la place à un héritier fort jeune peuvent imposer cette solution.

814 bis. — Il faut considérer comme n'ayant rien d'illicite les clauses qui tendent à assurer la stabilité du person-

---

1 Cf. Aubry et Rau, IV, p. 554. — Demolombe, XXIV, n° 378. — Laurent, XVI, n° 140.

2 Cass. civ., 28 juin 1887, S. 1887, 1, 380; D. 1888, 1, 296. — Lyon, 4 mai 1865, S. 1866, 2, 191. D. 1866, 2. 165. — Lyon, 19 déc. 1867, S. 1868, 2, 258. — Huc, X, n° 385. — Laurent, XXV, n° 496 *bis*. Colmet de Santerre, VIII, n° 230. — Guillouard, I, n° 710. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2867. — Aubry et Rau, V, 5e éd., p. 420. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 537. — Demolombe, XXIV, n° 333.

3 Cass. civ., 19 déc. 1860, S. 1861, 1, 504. — Lyon, 19 déc. 1867, S. 1868, 2, 258. — Guillouard, II, n° 710. — Aubry et Rau, V, § 372, note 3. — Baudry et Wahl., Huc, Laurent, *loc. cit.* — Larombière, art. 1133, n° 17-18.

4 De là, l'art. 1869 qui permet à tout moment de se retirer d'une société à durée illimitée. Et cet article doit être considéré comme d'ordre public.

nel. Le système consistant à dire que l'ouvrier se verra faire certaines retenues dont il touchera un intérêt, mais qu'il perdra s'il quitte volontairement, est valable[1]. Il est licite de stipuler la création d'un fonds alimenté par une retenue sur les salaires, fonds partagé en fin d'année suivant certaines règles entre les seuls ouvriers présents à ce moment[2]. Il est licite également de dire qu'à la fin de l'année une gratification de dix pour cent sera versée aux seuls ouvriers présents depuis un an ayant effectué ce temps de présence régulièrement[3] A.

Ces clauses ont une grande importance sociale.

815. — En sens inverse, la promesse absolue de n'exercer ni un commerce, ni une profession quelconque serait illicite[4]. Il semble même que cette promesse serait nulle même si, pour obéir à des traditions, un membre d'une famille noble avait pris cet engagement (arg. art. 7, loi 2-17 mars 1791). Les fossiles ! dirait-on avec M. François de Curel.

Il faut même aller beaucoup plus loin. Une personne peut en général promettre de ne pas choisir telle profession. On comprend très bien qu'une personne promette à sa

A. — *Formule.*

Il est accordé à la fin de chaque année une gratification de... pour cent du salaire versé pendant l'année. Elle sera due seulement aux ouvriers présents au 31 décembre de chaque année, et accompli douze mois de présence à l'établissement, sans interruption.

---

1 V. une clause en ce sens, *Bull. Soc., Etudes législatives*, 1906, p. 503.

2 Cons. prudhommes, Paris, 29 mai 1917, *Gaz. Trib.*, 1917, 2, 555 *Rev. de dr. civil*, 1918, p. 113. Rappr. une clause analogue, *Bull. Soc., Etudes législatives*, 1906, p. 503.

3 Civ., 12 mars 1918, D. 1918, 1, 39, S. 1918-19, 1, 159, *Rev. de dr. civil*, 1919, p. 114.

4 Aubry et Rau, IV, p. 555. — Larombière, art. 1133, n° 20. — Bufnoir, p. 517. — Giorgi, III, n° 388. — Laurent, XVI, n° 136. — Cf. Bartin, *Conditions*, p. 157. — Rava, *La clausola di concorrenza*, *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. 171 et la bibliographie italienne et allemande. — Sraffa, *Le clausole di concorrenza*, *Mélanges Schuppfer*, p 349. — Fubbini, *Studii critici digiurisprudenza*, p. 83.

famille de ne pas choisir telle profession dangereuse : aviateur par exemple, qu'elle promette de ne pas se faire colon, marin, etc.

Mais lorsqu'une personne a exercé une profession, de telle sorte qu'elle est devenue sa spécialité et qu'en fait il lui sera impossible ou très difficile de gagner sa vie autrement, l'engagement absolu de ne plus l'exercer est illicite, même si on se réserve de se faire autoriser par l'autre contractant[1], en se mettant ainsi à sa discrétion.

La jurisprudence a eu fréquemment l'occasion d'appliquer ces principes aux clauses contenues dans les ventes de fonds de commerce, les actes de sociétés, les engagements d'employés, de représentants, stipulant que l'ex-commerçant, associé ou employé ne pourrait plus jamais, ni nulle part exercer son ancienne profession[2]. Sont

---

[1] Paris, 15 fév. 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 418. promesse d'un chanteur de ne jamais chanter sans l'autorisation de son professeur.

[2] Cass. civ., 14 mars 1904, S. 1904, 1, 444. *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 1, 115. — Paris, 6 juin 1893, S. 1894, 2, 100 ; D. 1894, 2, 16. — Douai, 3 mai, 1888, *Rev. dr. industriel*, 1888, 533. — Nancy, 8 [illegible] 1889, S. 1891, 1, 113. — Cass. civ., 25 mai 1869, S. 1869, 1, 307 ; D. 1869, 1, 277. — Cass. civ., 11 mai 1858, S. 1858, 1, 747 ; D. 1858, 1, 219. — Cass. civ., 9 fév. 1898 et 11 mai 1898, D. 1903, 1, 605. — Cass. civ., 14 mars 1904, D. 1904, 1, 613. — Lyon, 26 fév. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 91. — Trib. Seine, 9 janv. 1913, id., 1er sem., 2, 93. — Paris, 21 fév. 1900, D. 1900, 2, 476. — Paris, 14 janv. 1889, D. 1890, 2, 289. — Paris, 8 juill. 1893, *Loi*, 26 déc. 1893. — Trib. Seine, 25 juin 1895, *Gaz. Trib.*, 7 juill. 1895. — Paris, 28 mai 1895, D. 1895, 2, 399. — Cass. civ., 30 mars 1885, D. 1885, 1, 247. — Paris, 21 déc. 1886, *la Loi*, 20 fév. 1887. — Trib. comm. Nantes, 6 nov. 1889, *Rec. Nantes*, 1889, 1, 316. — Cass. civ., 16 mars 1886, D. 1886, 1, 377. — Req., 5 juill. 1865, D 1865, 1, 427. — Cass. civ., 24 janv. 1866, D. 1866, 1, 81. — Trib. comm. Seine, 27 fév. 1892, *la Loi*, 18 mars 1892 et 18 mai 1896, *Droit*, 28 juin 1896. — Metz, 26 juill. 1856, D. 1858, 2, 87. — Trib. Seine, 9 mars 1910, S. 1910, 2, 261. — Paris, 6 août 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 135. — Toulouse, 27 août 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2, 453. — Rennes, 11 mars 1812, S. chr. (interdiction de se replacer sans autorisation). — Douai, 1er mai 1900, *Gaz. Trib.*, 1900,

nulles de même les clauses indirectes équivalentes[1].

Au contraire, on considère comme licite l'interdiction limitée d'exercer un commerce ou une industrie[2].

2e sem., 2, 177. — Paris, 3 nov. 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1er sem., 2, 80. — Trib. com. St-Etienne, 7 juill. 1897, *le Droit*, 22 juill. 1897 Trib. St-Etienne, 24 fév. 1897, *Mon. Lyon*, 6 janv. 1898. — Trib. comm. Seine, 1er oct. 1904, *Journ. Trib. comm.*, 1906, 201. — Trib. Saint-Jean-de-Maurienne, 12 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 640. — Trib. Empire Allemagne, 22 mars 1901, S. 1904, 4, 6. — Trib. fédéral suisse, 3 juin 1893, S. 1893, 4, 32. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 1710. — Brescia, 18 avril 1904, *Giur. ital.*, 1904, 2, 417. — La cour d'Amiens a considéré comme valable l'interdiction perpétuelle et absolue d'une profession comme étant limitée. — Amiens, 14 avril 1883, D. 1885, 1, 247. — Cf. Angers, 17 oct. 1893, *Gaz. Trib.*, 17 déc. 1893. — Aix, 27 avril 1887, *Bull. d'Aix*, 1888, 66. — Nancy, 4 août 1890, *Rec. Nancy*, 1890, 184. — Grenoble, 21 juin 1887, *Mon. Lyon*, 16 fév. 1888.

---

1 Cass. civ., 19 déc. 1860, S. 1861, 1, 504. — Req., 9 fév. 1899, *Gaz. Trib.*, 10 mars. — V. cep. Civ., 30 mars 1885, D. 1885, 1, 247.

2 Bordeaux, 24 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 7 (interdiction de visiter l'ancienne clientèle). — Cass. Req., 17 janv. 1898, S. 1901, 1, 130. — Cass. civ., 2 juill. 1900, S. 1904, 1, 175. — Cass. Req., 20 janv. 1891, S. 1891, 1, 440. — Cass. Req., 1er juill. 1867, S. 1867, 1, 399. — Cass. Req., 14 fév. 1862, S. 1862, 1, 241. — Cass. Req., 18 mai 1868, S. 1868, 1, 246. — Cass. Req., 3 mars 1868, S. 1868, 1, 196. — Douai, 31 août 1864, S. 1864, 2, 264; D. 1864, 2, 225. — Trib. Montdidier, 25 mai 1906, D. 1906, 5, 53. — Paris, 7 mars 1891, D. 1892, 2, 15. — Cass. Req., 5 juill. 1865, S. 1865, 1, 343. — Besançon, 26 oct. 1892, S. 1894, 2, 46 (implic.). — Bourges, 21 déc. 1898, S. 1899, 2, 70. — Grenoble, 4 juin 1907, *Rec. Grenoble*, 1907, p. 159. — Paris, 15 fév. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 443. — Req., 15 juill. 1902, *Gaz. Trib.*, 13 juill. 1902. — Paris, 12 mai 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 42. — Chambéry, 22 juin 1897, *Rec. Chambéry*, 1897, 48. — Paris, 12 janv. 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 34. — Trib. comm. Marseille, 7 juill. 1897, *Rec. Marseille*, 1897, 1, 283. — Rennes, 8 mai 1911, *Rec. Nantes*, 1911, 1, 398. — Liège, 5 janv. 1901, Pas. 1901, 2, 289. — Gênes, 18 avril 1904, S. 1906, 4, 15. — Trib. comm., Charolles, 21 mars 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 1, 605. — Toulouse, 12 déc. 1905, *Pand. fr.*, 1906, 2, 219. — Douai, 10 juin 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 456. — Paris, 31 oct. 1908, *Gaz. Trib.*, 11 nov. 1908. — Trib. comm., Lille, 23 juill. 1906, *Journ. Trib., comm.*, 1908, 758. — Trib. c., Marseille,

Et on considère comme licite, soit l'interdiction de durée illimitée, mais ne s'appliquant qu'à certains lieux[1], fût-ce

---

23 oct. 1907, *Rec. Marseille*, 1908, 1, 70. — Trib. comm. Seine, 8 juin, 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 581. — Trib. comm. Seine, 14 juin 1898, *Journ. Trib. comm.*, 1900, 173. — Paris, 12 mai 1899, S. 1900, 2, 37. — Trib. Quimper, 9 fév. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 548. — Caen, 30 janv. 1889, *Rec. Rouen*, 1894, 2, 18. — Bordeaux, 20 fév. 1895, *Rec. Bordeaux*, 1895, 1, 106. — Montpellier, 21 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, supp. 21. — Paris, 20 mai 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 2, 171. — Paris, 11 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, supp. 13. — Amiens, 3 août 1888, *Rec. Amiens*, 1888, 206. — Grenoble, 12 avril 1889, *Rec. Grenoble*, 1889, 1, 193. — Amiens, 6 août 1887, *Rec. Amiens*, 1887, 215. — Trib. Seine, 24 mars 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, 503. — Demolombe, XXIV, n° 333 *bis*. — Larombière, art. 1133, n° 21. — Cf. Arthuys, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1899, p. 344. — V. en dr. suisse art. 356-358, C. Obligations et Chenavard, *Concurr. déloyale*, II, p. 40. — Polacco, *Obbligazioni*, 2e éd., p. 70. — Rava, *Les clausole de concorrenza*, *Riv. di dir. comm.*, 1903, p. 171. — Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, p. 248. — Sraffa, *Clausole de concorrenza*, *Studi in onore di Schupfer*. — V. cep. Amiens, 16 mai 1907, *Fr. judic.*, 1907, 2, 209, qui examine si l'entrave est équitable.

1 Cass. civ., 2 juill. 1900, S. 1904, 1, 175; D. 1901, 1, 294. — Cass. Req., 1er fév. 1899, S. 1901, 1, 132; D. 1899, 1, 302. — Cass. Req., 3 mai 1899, S. 1901, 1, 133. — Nancy, 14 nov. 1905, S. 1906, 2, 166, avec note de M. Wahl; D. 1907, 2, 31, avec note de M. Lacour. — Bourges, 21 déc. 1898, S. 1899, 2, 70. — Paris, 12 mai 1899, S. 1900, 2, 37. — Cass. Req., 7 juill. 1898, S. 1898, 1, 520. — Cass. civ., 24 mai 1866, S. 1866, 1, 43. — Paris, 23 janv. 1867, S. 1867, 2, 153. — Req., 8 nov. 1904, D. 1906, 1, 489 avec note de M. Lacour. — Paris, 21 avril 1896, D. 1897, 2, 177, avec note de M. Dupuich. — Paris, 11 fév. 1887, D. 1887, 2, 140. — Cass. civ., 21 juill. 1891, D. 1893, 1, 193. — Req., 1er juill. 1867, D. 1868, 1, 21. — Paris, 31 mai 1873, D. 1876, 2, 202. — Req., 3 mars 1868, D. 1868, 1, 481. — Douai, 18 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 2, 456. — Caen, 26 déc. 1898, *Rec. Caen*, 1898, 257. — Req., 3 mai 1899, *Gaz. Trib.*, 1899, 2e sem., 1, 142. — Trib. Quimper, 9 fév. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 548. — Lyon, 11 janv. 1897, *la Loi*, 21 mars 1897. — Trib. comm. Seine, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 215. — Paris, 15 fév. 1904, Pand. fr., 1904, 2, 243. — Paris, 19 janv. 1898, D. 1898, 2, 350. — Rouen, 5 déc. 1900, *Rec. Rouen*, 1900, 1, 244. — Caen, 26 déc. 1898, *Rec. Rouen*, 1898, 2, 257. — Rouen, 9 août 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 540.

toute la France[1], soit l'interdiction de durée limitée, mais sans restriction à certaines localités[2].

En pareil cas le juge du fait apprécie seul si la durée équivaut à la perpétuité[3].

A plus forte raison, les ententes entre plusieurs personnes, si elles ne restreignent que faiblement la liberté du travail sont valables. Ainsi en est-il de la convention entre commerçants pour fermer le dimanche[4], convention qui a

---

Rennes, 19 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 571. — Trib. comm. Seine, 30 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 1896, 2, 445. — Cass. Req., 9 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 834. — Douai, 30 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 282. — Trib. comm. Seine, 12 avril 1887, *Rev. dr. industriel*, 1889, 352. — Amiens, 23 juill. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e, p. 356. — Cass., 31 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 231. — Caen, 4 avril 1910, *Rec. du Havre*, 1910, 2, 228. — Planiol, II, n° 1011. — Cf. trib. comm. Seine, 20 août 1889, *Droit*, 1er sept. 1889 (interdiction de visiter une ancienne clientèle).

1 Paris, 31 mai 1873 et 21 avril 1896, précités. — Trib. Sup. des Deux-ponts, 28 nov. 1900, S. 1903, 4, 7. — Cass., Turin, 11 avril 1910 *Giur. ital.*, 1910, 1, 971. — *Contrà:* Metz, 16 juin 1863, D. 1864, 2, 14.

2 Cass., 2 juill. 1900, précité. — Cass. civ., 9 fév. 1898, D. 1903, 1, 605. — Toulouse, 12 déc. 1905, D. 1906, 5, 21. — Rouen, 4 fév. 1878, D. 1878, 2, 258. — Caen, 24 juill. 1854, S. 1857, 2, 214. — Limoges, 25 nov. 1910, D. 1911, 2, 405; S. 1911, 2, 179 (dans l'espèce, l'interdiction durait 50 ans). — Trib. Auxerre, 13 mars 1912, *le Droit*, 23 mars 1912. — Trib. comm. Seine, 8 juin 1898, *la Loi*, 20 juill. 1898. — Caen, 27 avril 1906, *Rec. Caen*, 1906, 212. — Rennes, 8 mai 1911, *Rec. Rennes*, 1911, 1, 398. — Paris, 6 juill. 1911, *Loi*, 29 juill. 1911. — Trib. comm. Seine, 19 décembre 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 273. — Trib. comm. Versailles, 11 décembre 1907, *la Loi*, 11 avril 1908, — Trib. comm. Clermont-Ferrand, 18 mai, 1900, *Gaz. Pal.*, 1901, 1, 98. — Paris, 29 juin 1895, *Rev. dr. industr.*, 1895, 319. — Bordeaux, 24 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 7. — Demolombe, XXIV, n° 333 *bis*. — Contrà: trib. comm. Seine, 5 mai 1909, *la Loi*, 7 août 1909, qui exige aussi limitation de lieu, Planiol, II, n° 1011. — Laurent, XVI, nos 136-138.

3 Cass. Turin, 25 avril 1906, *Giur., ital.*, 1906, 1, 840. — Cass. Florence, 23 nov. 1916, id., 1917, 1, 175.

4 Colmar, 10 juill. 1837, S. 1838, 2, 241. — Trib. comm. Auch, 5 nov. 1906, D. 1907, 5, 11, *Pand. fr.*, 1907, 2, 99. — Trib. comm.

encore son utilité depuis la loi sur le repos hebdomadaire, du moins pour certaines professions.

Ou encore de la convention entre deux employés qui quittent un patron de ne pas rentrer seuls chez lui[1], ou entre patrons de ne reprendre les ouvriers sortant de chez l'un d'eux que six mois après leur sortie[2], ou de payer leurs employés le même prix[3], ou de ne pas augmenter le personnel ouvrier[4]. Ou même de la convention entre éditeurs d'après laquelle l'un s'engage à ne plus jamais publier certains ouvrages[5], ou celle entre industriels visant l'interdiction de fabriquer un seul produit[6], ou de donner à un produit telle apparence (dans l'espèce une enveloppe de telle couleur)[7], ou de la promesse d'un acheteur de terrain de ne pas y construire un hôtel pas plus que sur le terrain adjacent[8].

On a de même validé la convention entre médecins pour ne pas exercer dans un rayon déterminé[9].

Ou la convention entre des intermédiaires de ne revendre les marchandises qu'en passant par une criée, si le contrat se limite à la vente dans une ville déterminée[10].

Mais sur un point spécial, la jurisprudence s'est montrée

Marseille, 25 oct. 1905, *Rec. Marseille*, 1906, 1, 48. — Lyon, 22 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 348 (impl.). — Lyon, 23 nov. 1889, *Mon. Lyon*, 20 mars 1890. — Larombière, art. 1133 n° 21.

1 Lyon, 21 juill. 1873, D. 1877, 5, 278.

2 Bordeaux, 20 mars 1907, *Rec. Bordeaux*, 1908, 1, 144.

3 Trib. Montdidier, 25 mai 1906, *la Loi*, 2 juin 1906.

4 Gand, 20 nov. 1908, Pas. 1909, 2, 84.

5 Paris, 15 juill. 1910, *Gaz. Trib.*, 1911, 1er sem., 2, 14, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 599.

6 Paris, 17 déc. 1908, *Loi*, 13 janv. 1909. — Paris, 15 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 599, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 130.

7 Paris, 31 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 14.

8 Lyon, 30 déc. 1870, D. 1871, 2, 137.

9 Req., 13 mai 1861, S. 1861, 1, 638. — Paris, 29 avril 1865, S. 1865, 2, 193. — Paris, 6 mars 1851, S. 1851, 2, 258. — Larombière, art. 1133, n° 21.

10 Cass 15 juin 1914. D. 1916, 1, 88.

plus sévère dans un arrêt récent. Une personne promet de ne faire aucun commerce pour autrui ou pour son compte, mais seulement pour un temps et pour un lieu déterminé (une colonie). La Chambre des requêtes a déclaré que cela était nul, l'employé de commerce qui signait cette clause se trouvant ainsi dans l'impossibilité de vivre[1]. Cela est exagéré, car il pouvait vivre en quittant la colonie. De plus, si le stipulant tient un bazar ou un magasin d'articles très divers, on comprend qu'il impose une clause de ce genre. Enfin, cela contredit la jurisprudence antérieure qui déclarait la clause d'interdiction de faire le commerce valable dès que par un seul point elle était limitée, et ne mettait pas le promettant dans l'impossibilité de vivre. La décision ne devrait être approuvée que s'il s'agissait de la prohibition pour un temps de faire n'importe quel commerce en un lieu quelconque, ce qui aboutirait bien à empêcher de gagner sa vie pendant un certain temps.

On a aussi jugé illégal un usage interdisant aux marchands en gros de vendre au détail, à moins de payer une remise au syndicat des détaillants[2]. Mais ici il s'agissait d'un usage et la solution serait très discutable pour une convention, car on ne fait ici que prendre une mesure très normale.

816. — Un autre principe essentiel de notre organisation économique est celui d'après lequel les prix doivent être ceux que « détermine la concurrence naturelle et libre du commerce » (art. 419 Pén.)[3]. Ce principe conduit à annuler les conventions qui faussent le libre jeu des cours[4], et cela

---

[1] Req., 17 mai 1911. S. 1913. 1. 253. *Revue de droit civil*, 1913, p. 693.

[2] Riom, 7 fév. 1900. *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 334. S. 1903. 2, 225 avec note de M. Wahl.

[3] V. à ce sujet, Garraud. *Droit pénal*, 1re éd., V. nos 432-451. — Garçon, *Code pénal annoté*, art. 419. — Anjiaud *Les nouvelles formes d'ententes entre producteurs devant la loi pénale*, th. Paris, 1914.

[4] Cf. Colliez. *Truts, cartels et corners*. — Birague d'Apremont. *Les*

sans avoir à se préoccuper de savoir si elles tombent strictement sous le coup de l'art. 419 Pén.[1].

Mais la jurisprudence a, suivant les époques, appliqué différemment cette idée. Après en avoir fait un emploi modéré, elle a tendu à annuler sans exception tout ce qui de près ou de loin pouvait être une atteinte au libre jeu de la concurrence pour revenir à un système mixte.

Pendant la première moitié du XIX[e] siècle, si nous voyons annuler des ententes aboutissant à dominer le marché[2], la jurisprudence, dans les espèces peu nombreuses qu'on lui soumet, valide la promesse d'industriels de ne vendre qu'en passant par un entrepôt commun[3], celle de ne plus expédier dans une localité déterminée pour permettre à un concurrent d'y expédier seul[4], l'entente entre deux industriels pour adopter un tarif minimum[5].

Après 1850, la jurisprudence réagit et elle condamne toutes les ententes sans distinctions[6]. Non seulement elle annule les conventions visant à l'accaparement, à une hausse ou une baisse des cours, d'ordinaire par des moyens frauduleux[7], mais elle annule la convention en vue de faire des

---

formes modernes d'accaparement devant le Code pénal. — Thaller et Pic, I, n° 428. — Chenavard, *Concurr. déloyale*, I, pp. 448 et suiv. — Larombière, art. 1133, n° 21. — Soulé, *Coalitions de commerçants et industriels*, th. Toulouse, 1906. — Percerou, note dans *Dall.*, 1912, 1, 33 et 1903, 2, 297. — Lévy Ullmann, note dans *Sir.*, 1902, 2, 225.

1 Peu importe donc que l'entente ne vise pas des marchandises. — Cf. Amiaud, pp. 192-208.

2 Bourges, 11 août 1826, S. chr. et Cass. civ., 18 juin 1828, S. chr. — Cass. crim., 16 mai 1845, D. 1845, 1, 289. — Cf. Laurent, XVI, n° 140.

3 Lyon, 18 nov. 1848, S. 1849, 2, 78; D. 1849, 2, 69. — Cf. Laurent, XVI, n° 141. — Larombière, art. 1133, n° 21.

4 Pau, 7 août 1837, S. 1838, 2, 242.

5 Cass. Req., 4 janv. 1842, S. 1842, 1, 231. — Cass., belge, 12 juin 1841, Pas. 1841, 1, 223. Larombière, art. 1133, ° 21.

6 V. cep. *contrà* en Belgique, Bruxelles, 4 fév. 1854, Pas. 1856, 2, 355.

7 Req., 2 avril 1851, D. 1854, 5, 119. — Req., 17 mai 1850, D. 1850, 2, 123. — Req., 26 juin 1850, D. 1850, 1, 212. — Cf. Cass. civ., 14 juill. 1854, D. 1854, 1, 301.

achats de manière à réaliser un bénéfice déterminé[1], une entente sur le prix de façons à établir, bien que ceux-ci soient favorables aux ouvriers occupés[2], l'entente entre commerçants pour ne faire à leurs ouvriers aucune avance[3].

Depuis 1865 environ, la jurisprudence est rentrée dans la voie des distinctions. Elle cherche à séparer les ententes qui ont un but utile : en empêchant la concurrence effrénée, en adoucissant les effets d'une crise, en maintenant des prix raisonnables et les ententes qui ne visent qu'à dominer le marché pour exploiter le public, faire céder de gré ou de force les concurrents qui résistent, etc. Cette distinction est spécialement juste depuis la loi du 21 mars 1884 qui autorise les groupements pour la défense des intérêts professionnels[4].

Ainsi est nulle la société créée entre les fabricants d'un produit pour en gérer la vente et empêcher la création d'usines concurrentes[5], ou pour en élever ou abaisser les prix de façon factice[6], ou pour raréfier la demande ou l'offre d'une marchandise[7], ou même s'en assurer le monopole[8].

Toutefois, la jurisprudence, dit que l'art. 419 Pén, ne

---

1 Douai, 13 mai 1851, D. 1853, 2, 27; S. 1851, 2, 733. — Cf. Laurent, XVI, n° 141. — Larombière, art. 1133, n° 21.

2 Nancy, 25 juin 1851, D. 1853, 2, 99. — Cf. Laurent, XVI, n° 141.

3 Douai, 22 mars 1862, D. 1863, 2, 149; S. 1863, 2, 111.

4 V. Amiaud, *op. cit.*, p. 158. — Garraud, VI, n° 2458. — Percerou note citée. — Rappr. Florence, 20 fév. 1909, *Guir. ital.*, 1909, 2, 308, avec note Brunetti. — Pacifici Mazzoni, *Ist.*, 5e éd., IV. p. 317.

5 Bordeaux, 2 janv. 1900, S. 1901, 2, 225, avec note de M. Lévy Ullmann.

6 Req., 11 fév. 1879, S. 1879, 1, 198.

7 Cass. civ., 13 janv. 1879, S. 1879, 1, 198; D. 1879, 1, 77. Nancy, 15 déc. 1874, S. 1875, 2, 288; D. 1875, 5, 272.

8 Trib. corr. Lyon, 12 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 463. — Lyon, 9 mai 1893, *Ann. propr. industr.*, 1894, 33. — Lyon, 21 avril 1896, S. 1896, 2, 164.

parlant que de denrées, les syndicats établis pour agir sur le cours des actions de sociétés sont licites[1].

On annule l'entente entre fabricants de produits pharmaceutiques pour dominer le marché, où il est convenu que tout pharmacien récalcitrant se verra refuser tous produits ou ne les achètera qu'au prix marqué auquel il doit les revendre[2].

Spécialement la jurisprudence traite en général sévèrement l'entente avec double tarif. C'est-à-dire celle où un tarif rigoureux sera appliqué dans les rapports avec les personnes qui résistent aux vues dominatrices de l'entente en persistant à user de leur liberté. Ainsi en est-il d'une entente entre teinturiers avec tarif surélevé applicable aux clients qui persistent à avoir un atelier de teinture[3].

De même elle attache une grande importance à ce que l'entente contient une interdiction de traiter avec des personnes n'adhérant pas au syndicat constitué, ce qui prouve le désir de s'imposer par tous les moyens[4].

Au contraire une entente ayant en vue d'assurer l'écoulement des produits d'une industrie et qui n'a causé ni hausse, ni baisse factice est licite[5]. Il en est de même de

---

1 Orléans, 9 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 490. — Grenoble, 15 juill. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 184. — Paris 1er juin 1843, S. 1843, 2, 277. — Cass. crim., 30 juill. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 173. — Paris, 18 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 395. Cet arrêt ajoute toutefois, que le syndicat est créé ostensiblement et qu'on ne peut rien lui reprocher, sinon l'association même. — *Contrà:* Paris, 19 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 1, 479.

2 Trib. Bruxelles, 12 nov. 1907, Pas. 1908, 3, 68.

3 Douai, 13 juill. 1900, S. 1903, 2, 293; D. 1903, 2, 148. — Cf. Req., 20 nov. 1901, *Gaz. Trib.*, 22 nov. 1901. — Cependant, ce n'est pas absolu. Si le double tarif a pour but de frapper ceux qui se fournissent en partie à l'étranger, il est licite. Paris, 12 nov. 1908, *Gaz. Trib.*, 18 déc. 1908. — V. de même Gand, 13 juillet 1912, *la Loi*, 16 déc. 1912 tarif surelevé pour qui se fournit chez des concurrents non syndiqués.

4 Lyon, 21 avril 1896, S. 1896, 2, 164.

5 Paris, 14 avril 1891, S. 1892, 2 150. — Trib. comm. Seine, 5 déc.

celle contre l'avilissement des prix[1]. Et cela est vrai quand même l'entente a pris pour moyen, soit de mettre en commun pour les vendre à un prix égal les produits fabriqués, la production de chacun des adhérents étant régularisée, chacun ne devant fournir qu'une certaine proportion à mesure des besoins[2], soit l'établissement de représentants communs qui répartiront les commandes[3], ou une organisation des achats en commun[4].

Est encore licite l'entente empêchant une concurrence excessive comme celle entre détaillants ayant pour but de supprimer les timbres primes[5], ou encore les cadeaux de calendriers au nouvel an, les réclames onéreuses[6].

1903, *Journ. Trib. comm.*, 1905, 284, (limitation de la production). — Trib. comm. Seine, 28 sept. 1898, Pand. fr., 1900, 2, 33, avec note Thisse; *Gaz. Trib.*, 8 nov. 1898 (même cas). — Bruxelles, 29 mars 1877, Pas. 1877, 2, 175.

1 Req., 20 juin 1908, D. 1909, 1, 220. — Cass. civ., 1er août 1900; D. 1900, 1, 507; S. 1900, 1, 134. — Req., 3 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 1, 111, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 608. — Douai, 9 nov. 1910, *Nord judic.*, 1910, 481. — Trib. comm. Seine, 29 juin 1907, *Gaz. Trib.*, 19 juill. 1907. — Paris, 15 déc. 1904, D. 1905, 2, 362. — Trib. comm. Seine, 13 avril 1908, *Gaz. Trib.*, 18 déc. 1908. — Paris, 14 avril 1891, 1, 631. — Trib. comm. Seine, 10 nov. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 2, 575. — Grenoble, 10 mai 1894, D. 1895, 2, 221.

2 Caen, 15 avril 1910, *Rec. Caen*, 1910, 105. — Paris, 12 nov. 1908, *Gaz. Trib.*, 12 déc. 1908. — Trib. comm. Charleville, 26 avril 1911, *la Loi*, 18 oct. 1911. — Cass. Req., 3 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 608. — Grenoble, 1er mai 1894, D. 1895, 2, 221, S. 1894, 2, 277. — *Contrà*: trib. comm. Epinal, 19 avril 1887, *Gaz. Trib.*, 27 avril 1887. — Trib. comm. Epinal, 19 avril 1888, *Rev. dr. industriel*, 1888, 517. — Cf. Trib. comm. Seine, 29 juin 1888, *la Loi*, 19 juill. 1888.

3 Paris, 7 mai 1908, D. 1910, 2, 337. — Trib. comm. Seine, 5 déc. 1903, *Journ. Trib. comm.*, 1905, 284. Paris, 23 juill. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 470. — Grenoble, 1er mai 1894, S. 1894, 2, 277.

4 Paris, 7 mai 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 163.

5 Aix, 15 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 106, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 976. — Trib. comm. Marseille, 11 janv. 1912, *Rec. Marseille*, 1912, 1, 156.

6 Trib. comm. Nantes, 3 janv. 1906, D. 1906, 5, 60.

La jurisprudence admet de même les ententes pour la localisation des rayons d'affaires ou des spécialités : deux industriels s'entendant pour avoir chacun leurs rayons d'affaires distincts[1].

La jurisprudence en fait, dans tous les cas d'entente qu'on lui soumet, attache beaucoup d'importance à ce que l'entente ne comprend pas la majorité des producteurs[2] (arg. de l'art. 419 Pén., qui parle des principaux détenteurs)[3], ne s'étend qu'à un rayon limité[4], n'est conclue que pour un temps, par exemple pour une période de crise[5], de ce que le prix de vente fixé reste mobile, soumis aux fluctuations des cours, ou encore elle se préoccupe de savoir si la hausse ou la baisse ont réellement eu lieu[6], si les adhérents peuvent se retirer librement.

L'étendue de l'entente, ses résultats pratiques sont donc en fait les points graves à considérer lorsque, dans les hypothèses très variées et très délicates qu'on lui soumet, la

---

1 Agen, 11 déc. 1861, S. 1862, 2, 30; D. 1863, 1, 115. — Req., 31 mars 1884, D. 1884, 1, 366. — Req., 21 fév. 1862, D. 1862, 1, 185. — Colmar, 23 mars 1863, D. 1863, 2, 113 (partage des spécialités). — Rouen, 13 juill. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 558: — Caen, 4 avril 1910, *Rec. du Havre*, 1910, 2, 228 (localisation de rayons d'achats). — Trib. comm. Nancy, 3 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 612. — Rouen, 13 juill. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 2, 258. — V. Chenavard. *Concurr. déloyale*, II, p. 19. — Amiaud, p. 212. — *Contrà* : Douai, 24 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 476 (entente entre canotiers lamaneurs au sujet des navires que chacun pourrait lamaner).

2 Trib. comm. Seine, 10 mars 1890. *Gaz. Pal.*, 1890, 2, 575. — Montpellier, 16 juill. 1914, Gaz. Trib., 1915, 2, 454.

3 V. Amiaud, *op. cit.*, p. 187.

4 Grenoble, 1er mai 1894, S. 1894. 2, 277; D. 1895, 2, 221 avec note de M. Lévy Ullmann.

5 Grenoble, 1er mai 1894, S. 1894, 2 277: D. 1895, 2, 221. — Cass. civ., 1er août 1900, D. 1900, 1, 507. — Trib. comm. Seine, 15 déc. 1900, *Gaz. Trib.*, 5 fév. 1901. —. Cf. Percerou. *Syndicats de producteurs. Ann. droit commercial*, 1897, p. 277.

6 Alger, 26 déc. 1907, D. 1909, 2, 39. Cela est formellement exigé par l'art. 419. Pen. V, Amiaud, p. 219.

jurisprudence doit apprécier la question de validité[1]. Cela est tout à fait conforme aux nécessités pratiques. Il s'agit en effet de savoir s'il y a une tentative pour dominer le marché arbitrairement, ou simplement un désir d'assurer la securité dans les affaires, en dépit des crises, de la concurrence. Sans doute, en régularisant le marché, en cherchant à stabiliser les cours, on porte une certaine atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande. Mais il y a longtemps que les abus du régime de la concurrence sans frein ont été signalés. Une certaine stabilité dans les cours est indispensable pour préserver les commerçants, les industriels de ruines subites, les cours étant complètement détruits du jour au lendemain. Sans doute la jurisprudence entend un peu librement les termes du code pénal. Mais de trop puissantes raisons que nous venons de signaler la conduisaient à agir ainsi (A).

Ayant dégagé de la jurisprudence sur les cartels et les trusts le principe dominant, nous allons en poursuivre l'application dans d'autres hypothèses d'ententes entre certaines personnes en vue de régler certains prix, ententes plus éloignées que les précédentes du cas visé par l'art. 418 Pén.

817. — La jurisprudence considère en sens inverse, comme également licite, l'entente pour ne pas contracter : ainsi l'entente entre consommateurs de gaz qui n'obtenant

A. *Formule d'entente entre producteurs.*

Pour conjurer la crise qui sévit actuellement dans l'industrie de... Il a été convenu entre... que pendant un délai de... années, à dater d'aujourd'hui, ils s'engagent à exercer leur industrie dans les conditions suivantes.

Le prix de vente sera maintenu pour les articles suivants à... prix existant antérieurement à la crise.

En cas de contravention, il y aura lieu de plein droit pour chaque objet vendu à une amende de... qui sera versée à...

---

1 Laurent, XVI, n° 141, précise fort peu en opposant les conventions portant atteinte à la liberté de l'industrie et celles ne concernant que les intérêts particuliers des contractants.

pas les conditions qu'ils désirent d'une Compagnie ayant le monopole du gaz s'engagent réciproquement à ne plus consommer de gaz[1]. Si en effet les producteurs ou négociants peuvent s'entendre dans une certaine mesure pour défendre leurs intérêts à l'égard de la clientèle celle-ci peut aussi s'entendre pour défendre ses intérêts contre les exigences des sociétés à monopole, et notamment en faisant la grève des consommateurs.

Elle a de même considéré comme valable le système adopté par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques de ne pas laisser les auteurs porter leurs pièces à des directeurs qui n'ont pas de traité avec la société, n'ayant pas voulu accepter ses conditions[2]. De même l'entente entre patrons pour éviter de débaucher leurs employés stipulant que l'ouvrier de l'un ne pourra être engagé par l'autre sans l'autorisation de son précédent patron est valable[3].

De même l'inventeur d'un produit peut, en le vendant, régler les conditions de la revente au détail[4]. Cela est très normal, cette mesure ayant pour but le plus souvent d'assurer partout la vente au même prix, d'empêcher une concurrence effrénée entre les détaillants. Ainsi le refus de se conformer au tarif de revente, même d'objets monopolisés,

---

1 Paris, 13 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 267. — Cf. Lyon, 4 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 652.

2 Paris, 8 avril 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 2e sem., 2, 266.

3 Cf. Giovène, *Negazio guiridico respetto ai terzi*, nos 50-51, qui voit là une question de fait.

4 Liège, 31 oct. 1908, D. 1910. 2, 54. — Toulouse, 15 oct. 1904, D. 1905, 2, 394. — Rouen, 1er juin 1906, *Rec. Rouen*, 1906, 342. — Paris, 15 déc. 1904, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 387. — Trib. Seine, 3 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 526. — Rouen, 17 janv. 1906, *la Loi*, 1er fév. 1906. — Trib. Seine, 26 sept. 1903, *la Loi*, 29 oct. 1903. — Trib. Nîmes, 15 déc. 1903, *la Loi*, 3 janv. 1904. — Lyon, 29 juill. 1903, *Mon. Lyon*, 17 sept. 1903. — Trib. Bruxelles, 12 nov. 1907, Pas. 1908, 3, 68. — Il peut y avoir non seulement des conditions de prix, mais de région, de forme à donner à l'objet vendu, d'interdiction de tenir des produits concurrents. V. Chenavard, *Concurr. déloyale*, II, p. 8.

comme des livres, peut avoir comme sanction le refus de passer de nouvelles ventes[1].

Sans cette clause spéciale, l'acheteur reste bien entendu libre de revendre comme il lui convient, même sans bénéfice[2].

Ou encore un commerçant en gros peut s'interdire de vendre jamais au détail[3].

De même, n'a pas un caractère illicite la convention d'après laquelle un commerçant promet de diminuer les prix sur un marché, moyennant une indemnité, si ce contrat a pour but d'empêcher ce marché, de disparaître devant la concurrence d'un autre[4]. Ou encore l'association qui a pour but de procurer à meilleur marché à ses adhérents certains produits, en les faisant bénéficier du prix de fabrique[5], ou l'entente entre assureurs pour se prévenir de toute résiliation de police après sinistre ou autrement[6].

La jurisprudence admet même la promesse d'une personne de ne pas se fournir ailleurs que chez telle autre pour un certain produit[7], ou d'un associé d'une maison de gros qui se retire pour vendre au détail, de se fournir à l'ancienne

---

1 Paris (ch. corr.), 14 janv. 1902, *Gaz. Trib.*, 23 janv. 1902. D. 1903, 2, 297, avec note de M. Percerou.. — Trib. comm., Seine, 25 sept. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 348 (simple soupçon de ne pas observer le prix de vente). — V. aussi Paris, 15 déc. 1904; D. 1905, 2, 363. *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 893.

2 Trib. comm. Marseille, 18 mai 1892, *Rec. Marseille*, 1892, 1, 231.

3 V. Chenevard, *Concurr. déloyale*, II.

4 Cass. Req., 20 juin 1908. S. 1909, 1, 15.

5 Trib. comm. Seine, 23 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 428.

6 Paris, 26 mars 1908. *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 306.

7 Besançon, 11 janv. 1865, D. 1865, 2, 20, sol. implic. — Nancy, 21 oct. 1895, D. 1896, 2, 180. — Turin, 18 fév. 1910, *Guir. ital.*, 1910, 2, 351. — Cf. Trib. du Mans, 19 juin 1860, D. 1863, 1, 169 (promesse de ne vendre qu'à telle catégorie de personnes). — *Contrà:* trib. comm., Lille, 26 mai 1897, *Nord judic.*, 1897, 316. — *Contrà:* trib. Turin, 29 juill. 1909, *Guir. ital.*, 1910, 2, 13.

maison pourvu que cette obligation soit limitée[1]. Inversement elle admet la promesse d'un industriel de vendre à une personne tous les produits d'un certain genre sortant de son usine[2].

Mais on s'explique difficilement un arrêt de la cour de cassation qui a annulé un contrat entre deux personnes s'interdisant de communiquer à des tiers le secret de leur fabrication ainsi que de se faire concurrence et de vendre au prix qui lui conviendrait[3].

Faut-il considérer comme valable le procédé du *dumping* qui est une des pratiques malhonnêtes usuelles aux Allemands et qui consiste à vendre toujours meilleur marché que les concurrents pour tuer les commerçants rivaux. La question ne peut se poser que si la vente se fait à perte. Nous estimons que le contrat n'est pas nul dans les rapports entre les contractants. Le but illicite poursuivi est trop éloigné pour que l'on en tienne compte. Mais cette vente à perte peut être une cause de demande d'indemnité de la part des rivaux menacés, car il y a là un abus du droit.

818. — Les contrats privés peuvent constituer des monopoles au profit d'un contractant. D'abord il va de soi que le titulaire d'un brevet d'invention, d'un dessin ou d'un modèle peut céder le monopole que la loi lui reconnaît.

De plus une personne peut promettre à une autre de ne pas passer avec d'autres de contrats de même nature. Un fabricant peut promettre de ne vendre telle étoffe qu'à tel contractant de sorte qu'elle deviendra pour lui « un article exclusif de la maison » Un industriel peut déclarer qu'il donne à telle personne le monopole pour le dépôt de ses produits dans telle région et s'engager ainsi à ne pas passer de contrats semblables avec d'autres[4] ou promettre de ne

---

1 Rome, 8 juin 1912, *Giur. ital.*, 1912, 2, 637.

2 Lyon, 31 juill. 1902, *Mon. de Lyon*, 19 déc. 1902.

3 Cass., 2 mars 1887, *Rev. dr. industriel*, 1887, 413.

4 Besançon, 11 janv. 1865, D. 1865, 2, 20. — Nancy, 21 oct. 1895,

travailler pendant un certain temps que pour telle maison[1].

Ces conventions, sans créer d'incapacités, sont cependant obligatoires. Elles portent à la liberté des atteintes qui peuvent être justifiées par des raisons sérieuses d'utilité pratique : d'organisation du commerce, d'installation d'un immeuble[2].

Rapprochons de ces questions des solutions admises en droit public. Pour les concessions de chemin de fer d'intérêt local, la loi du 11 juin 1880, art. 8, décide que la concession d'une ligne n'empêche pas de concéder une ligne concurrente, mais il ajoute qu'une clause contraire est possible.

D'après la jurisprudence administrative, une administration qui accorde une permission de voirie à une société privée pour l'éclairage au gaz, à l'électricité, un service d'omnibus, etc., peut valablement promettre de ne pas entraver directement ou indirectement le service créé en laissant s'établir une concurrence[3]. Cette obligation est sanctionnée, sinon par l'annulation de l'acte contraire[4]. du moins par des dommages-intérêts.

Là, on a admis ces solutions, bien que l'on reconnaisse à l'acte du maire un caractère mixte : tenant à la fois de la police et de la gestion, parce que ici le maire agit moins dans le domaine de l'ordre public que comme mandataire

---

précité. — Contrà : trib. comm. Lille, 26 mai 1897, précité. — Cf. *Riv. di dir. commerc.*, 1911, II, p. 817.

1 V. *Dir. commerciale*, 1910, I, p. 534. — Rappr. trib. Marseille, 12 déc. 1913, *Rec. Marseille*, 1914, 1, 145.

2 V. Fubini, *Locazions di cose*, II, n° 564.

3 V. déjà, Cons. d'Etat, 26 mai 1853, D. 1854, 3, 55 et 16 juill. 1857, *Rec.*, p. 550. — Cons. d'Etat, 20 mai 1858, id., 570, 12 nov. 1880, id., p. 871. — Civ., 29 oct. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 500. — Le point est aujourd'hui précisé par la loi du 15 juin 1906, art. 8, au cas d'installation électrique.

4 Cons. d'Etat, 14 mars 1902, *Rec.*, p. 129.

des intérêts du public[1]. On reconnaît ainsi la validité d'une promesse de ne pas contracter qui peut être fort longue.

Ceci nous montre que l'intérêt public impose la validité de promesses de ce genre dans certains cas et il n'y a rien d'étrange à ce que le droit privé arrive à des solutions voisines là où la loi ne l'interdit pas.

818 bis. — On s'est demandé si le concessionnaire d'une mine pouvait librement passer des contrats concernant la redevance et le lieu où il porterait son exploitation, avec le propriétaire de la surface. La cour de cassation admet que le droit à la redevance étant dans le commerce, il peut faire l'objet de conventions avec le propriétaire, et que le concessionnaire ayant un véritable droit de propriété peut porter son exploitation où il lui plaît en observant les formalités réglementaires à condition de ne pas contrevenir aux prescriptions sur la conservation de la mine, la sécurité du public[2]. Déjà la même solution avait été donnée peu avant pour les conventions antérieures au décret de concession[3].

Longtemps la doctrine contraire avait prévalu[4].

On faisait valoir que les conventions élevant la redevance sont contraires à l'ordre public comme surélevant le coût de production, que celles diminuant la redevance sans inconvénient semblable interviennent pour amener le concessionnaire à un certain genre d'exploitation contraire à l'intérêt de la mine et de nature à entraver l'exploitation[5].

---

1 V. Ripert, *Rapport entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles*, *Revue de droit public*, 1905 p. 5.

2 Cass. civ., 5 fév. 1906, D. 1906, 1, 209, P. F., 1906, 1, 165. — V. en ce sens Lyon-Caen, note S. 1880, 2, 297. — Trib. Foix, 12 avril 1889, *Gaz. Midi*, 6 avril 1890.

3 Civ., 24 oct. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 1, 106.

4 Cass. Req., 15 avril 1868, S. 1868, 1, 300. — Paris, 22 mars 1879, S. 1880, 2, 297. — Trib. conflits, 5 nov. 1851, S. 1852, 2, 153. — Trib. Saint-Etienne, 24 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 1902, 1er sem., 2, 60.

5 Trib. Saint-Etienne, 24 juin 1901, précité.

On en déduisait que le décret de concession en fixant la redevance annulait les conventions antérieures[1].

Mais la jurisprudence actuelle paraît préférable. Sans doute l'ordre public est ici intéressé. Mais il ne l'est pas au point d'interdire les conventions. Le futur concessionnaire ne consentira pas des conventions désavantageuses s'il sait qu'à défaut d'entente le décret fixera la redevance. Son exploitation est d'autre part assez surveillée pour qu'il ne cesse pas d'exploiter de façon convenable.

819 — Les mises à l'index entre commerçants, ou de la part des ouvriers, sont en principe licites.

Un vendeur peut interdire à l'acheteur de revendre des marchandises à telle personne[2].

De même en principe sont licites les ententes entre ouvriers pour ne plus travailler chez telle personne.

D'ailleurs la jurisprudence valide en principe l'invitation du syndicat à ne plus travailler dans tel atelier[3] ou l'invitation aux patrons de ne plus embaucher tel ouvrier[4].

On a de même validé l'entente entre des assureurs pour se prévenir mutuellement de résiliations de polices, ce qui est un moyen indirect de mettre à l'index certains assurés[5].

Serait également valable l'entente entre patrons pour proclamer le lock out[6].

---

1 Req., 15 avril 1868. — Paris, 22 mars 1879.

2 Paris, 22 juin 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 4.

3 Limoges, 10 juin 1902, S. 1903, 2, 233, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 321. — V. cep. trib. comm. Marseille, 25 oct. 1905, *Rec. Marseille*, 1906, 1, 48.

4 Cass. civ., 22 juin 1892, S. 1893, 1, 41, avec note de M. Jay. — Nancy, 14 mai 1892, S. 1893, 2, 21. — Cass. civ., 9 juin 1896, S. 1897, 1, 25, avec note. — Nîmes, 2 fév. 1898, S. 1898, 2, 126. — Cf. Douai, 10 juin 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, 2, 301.

5 Paris, 26 mars 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 2e sem., 2, 306.

6 Trib. Charleroi, 21 fév. 1907, Pas. 1907, 3, 117, *Rev. de dr. civil*, 1908, p. 571. — *Contrà:* sur appel, Liège, 24 fév. 1909, Pas. 1909, 2, 84.

Plus délicate est la question dite du boycottage raffiné[1]. Une association de propriétaires stipule que chaque associé devra refuser du travail à l'ouvrier qui a refusé de continuer son travail chez un autre. Des négociants en gros promettent de ne plus acheter chez le fabricant qui vendrait aussi au détail.

Si ces actes n'ont pas pour but de dominer le marché de façon abusive, ils seront valables, à condition que le boycottage n'ait pas une durée excessive. Mais le boycottage pour amener la fermeture d'une maison de commerce serait illicite[2].

On a aussi proposé de distinguer et de valider l'usage de la puissance économique par convention de boycottage entre les personnes groupées, ne considérant comme abus, ce qui alors emporterait responsabilité, que le boycottage par invitation au public[3]. Il nous semble que la validité doit se trancher plutôt en appréciant le but que les moyens.

820. — Le droit de se syndiquer ou non est également un droit qui doit être sauvegardé.

Faudrait-il par suite déclarer nulle la clause d'un contrat de travail par laquelle l'ouvrier promet de ne pas se syndiquer, faute de quoi il cessera de faire partie de l'établissement? La cour d'Aix a admis la validité de cette clause[4], en ce sens qu'elle a admis qu'un employé pouvait accepter d'être considéré comme démissionnaire s'il adhérait à un

---

1 V. Sraffa, *Boicottagio raffinato*, *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 309. — Giovène, *Negozio giuridico respetto ai terzi*, nos 50-51.

2 Trib. féd. suisse, 16 juin 1906, S. 1910, 4, 14.

3 V. Vogt, *La mise à l'interdit et la responsabilité civile*, th. Genève, 1911, p. 172.

4 Aix, 21 déc. 1910, D. 1911, 2, 385, avec note de M. Planiol, et sur pourvoi. Cass. civ., 9 mars 1915, *Gaz. Trib.*, 1914, 2e sem., 2, 54, *Rev. de dr. civil*, 1915, p. 521. D. 1916, 1 25, avec note de M. Planiol. — Cf. le débat à la Chambre des députés belges, juin 1913 où cette clause a été condamnée dans les règlements d'atelier.

syndicat. La cour de cassation a consacré cette solution en précisant qu'elle est admissible parce que l'atteinte à la liberté n'est que temporaire et qu'elle était déclarée conforme aux intérêts professionnels. Il nous semble que pour répondre à cette idée il serait utile de constater que les agissements de tel syndicat font craindre que la présence d'un syndiqué dans l'atelier y soit une cause de désorganisation. La promesse d'un patron de n'embaucher que des syndiqués est validée bien qu'atteignant le droit des ouvriers de ne pas se syndiquer et les obligeant pour trouver du travail à s'affilier au syndicat[1], lorsqu'elle est temporaire et inspirée par l'intérêt professionnel.

821. — L'assurance contre la grève est-elle valable[2] ?

Cette assurance en tant qu'elle a pour but de prévenir, de rendre plus rares les grèves illégitimes, c'est-à-dire d'après la jurisprudence celles déclarées brusquement, sans observation des délais de prévenance, est incontestablement licite. Mais l'est-elle aussi lorsqu'elle tend à lutter contre toute grève, même légitime et à paralyser ce que l'on nomme le droit de grève. On peut s'entendre légitimement en vue de paralyser des grèves injustifiées, des demandes d'augmentations de salaires exagérées, des réductions d'heures de travail trop grandes. Mais si le but de l'assurance

---

1 Cass. civ., 24 oct. 1916, D. 1916, 1, 246, *Rev. de droit civil*, 1917. p. 158, S. 1920, 117, avec note de M. Bonnecase. — Trib. Seine, 18 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 532, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., 2, 372, *Rev. de dr. civil*, 1913, p. 194. — Barassi, *Rev. di diritto civile*, 1916, p. 457 et *Contratto di lavoro*, II, n° 24. — Trib. Farrare, 19 avril 1913. — Rappr. Cons. d'Etat 8 et 15 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 477. qui a annulé un contrat mettant un patron sous le contrôle permanent d'un syndicat. — *Contrà:* Bordeaux, 14 déc. 1903, D. 1906, 1, 113.

2 V. sur cette institution à l'étranger, Lefort, *Assurance contre les grèves. Revue générale de droit*, 1910, pp. 222 et suiv. — Saint-Girons, *L'assurance contre la grève*, th. Paris, 1908, pp. 71 et suiv. — Cf. Thaller, *Assurance patronale contre la grève*, *Ann. dr comm.*, 1907, p. 337.

était principalement de paralyser toute réclamation ouvrière, quelqu'elle fût, d'empêcher des ouvriers de se soulever contre des conditions draconiennes, l'assurance serait nulle. Elle serait même nulle pour le tout si visant à couvrir contre les conséquences de toutes les grèves elle avait pour but principal d'empêcher toute réclamation ouvrière. Il y a donc une question de fait très délicate.

Jusqu'ici il n'y a pas de jurisprudence, bien que cette assurance commence à se pratiquer en France.

Touchant indirectement aux grèves, sont valables les contrats tendant à assurer la stabilité du personnel (v. *suprà*, n° 814).

822. — Les lois ouvrières ont posé toute une série de règles essentielles tendant à assurer à l'ouvrier un certain minimum d'existence, une certaine protection de son salaire, de sa santé : droit à indemnité en cas d'accident, droit à la presque intégralité du salaire, droit au repos hebdomadaire, droit à ne pas travailler plus de tant d'heures, droit à une certaine hygiène et à une certaine sécurité dans les ateliers, droit à n'être pas renvoyé abusivement.

Toute convention contraire est nulle.

Ainsi est nulle la convention supprimant le repos hebdomadaire[1], celle autorisant le patron à supprimer des mesures d'hygiène et de sécurité, à faire travailler l'ouvrier plus d'heures que le temps légal[2].

De même est nulle la clause exonérant en totalité ou en partie le patron pour sa responsabilité en cas d'accident du travail[3], spécialement celle faisant payer à l'ouvrier la prime

---

1 Trib. simple police, Paris, 21 fév. 1907, D. 1907, 5, 23 et 30 janv. 1907, D. 1907, 5, 15.

2 Cass. civ., 27 mars 1906, D. 1907, 1, 97 avec note de M. Petit. — Cass. civ., 27 avril 1905, D. 1907, 1, 97.

3 Trib. Lyon, 26 déc. 1907, D. 1909, 2, 129, avec note de M. Loubat. — Cass. civ., 13 déc. 1905, D. 1910, 1, 393. — Cass. civ., 31 oct. 1906, D. 1910, 1, 393. — Cass., 15 déc. 1907, Req., 1er mai 1908. — Cass. civ., 10 nov. 1909, *eod. loc.* — Liège, 30 nov. 1900, Pas. 1901, 2, 134.

de l'assurance contre les accidents passée par l'employeur[1], ou encore celle abrégeant la durée de la prescription établie pour la créance de l'ouvrier à la suite d'un accident du travail[2], ou la convention fixant irrévocablement la rente de l'ouvrier avant l'expiration du délai de révision[3].

Par exception, la loi du 18 juillet 1907 permet aux personnes non visées par la loi sur les accidents du travail, patrons et ouvriers, de s'y soumettre par une entente. Mais cette solution exceptionnelle qui diminue les droits de l'ouvrier en étendue, en lui donnant une indemnité dans tous les cas n'est admise que dans les termes précis de la loi[4].

La clause d'un contrat d'entreprise enlevant aux ouvriers de l'entrepreneur l'action de l'art. 1798 est nulle[5]. Il en serait de même de l'embauchage d'un ouvrier fait dans ces conditions.

L'art. 1780 Civ. rédigé à nouveau le 27 décembre 1890, a voulu donner certaines garanties à l'ouvrier contre le renvoi abusif de son patron. La jurisprudence n'admet pas que cet article empêche le patron de convenir avec l'ouvrier qu'il pourra être renvoyé sans délai de prévenance[6] ou avec un délai de prévenance abrégé[7].

---

1 Trib. comm. Seine, 22 sept. 1899, S. 1900, 2, 253.

2 Cf. Douai, 24 juin 1901, S. 1902, 2, 57, avec note de M. Wahl. — Trib. de Dax, 11 janv. 1901, *la Loi*, 21 mars 1901.

3 Mais il en serait autrement de celle entre l'assureur et un réassureur qui serait stipulée irrévocable, bien que le délai ne fut pas expiré. Civ., 10 fév. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 387. — Civ., 20 juill. 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 201, *Revue de dr. civil*, 1910, p. 444.

4 V. Cabouat, *Extension du risque professionnel*, I, p. 109.

5 Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 1989.

6 Cass. civ., 27 nov. 1911, *Gaz. Trib.*, 29 nov. 1911. — Lyon, 21 mars 1911, *Mon. Lyon*, 9 juin 1911. — Cass. civ., 8 mars 1911, *Gaz. Trib.*, 9 mars 1911. — Civ., 16 nov. 1910, *Gaz. Trib.*, 27 nov. 1910. — Cass. civ., 6 nov. 1895, S. 1896, 1, 399. — Cass. civ., 18 mars 1902, S. 1902, 1, 440. — Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1903, 1, 407 : D. 1905, 1, 527. — Cass. civ., 16 juill. 1906 et 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493 ;D. 1906, 1, 304. — Cass. civ., 17 juin 1907, D. 1908, 1, 140.

7 Cass. civ., 19 juin 1911, *Gaz. Trib.* 1911, 2e sem., 1, 163. — Trib.

Mais un des contractants ne peut renoncer au droit à des dommages-intérêts pour renvoi abusif, droit auquel l'art. 1780, al. 3 fait allusion en disant que « la résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts »[1].

La fixation conventionnelle de l'indemnité due a été plus discutée. Les tribunaux l'admettent généralement et cela semble naturel. Il ne faudrait annuler la clause que dans le cas où elle serait un moyen pour supprimer l'indemnité en la fixant à un chiffre dérisoire[2].

Bordeaux, 25 avril 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 2, 359. — Cass. civ., 2 fév. 1898, S. 1899, 1, 22. — Trib. comm. Toulouse, 9 juin 1899, S. 1900, 2, 21. — Civ., 29 nov. 1910, D. 1913, 1, 20. — Cass. civ., 13 mai 1912, D. 1913, 1, 246.

[1] Trib. comm. Lyon, 6 mai 1897, *Mon. Lyon*, 31 mai 1897. — Cass. civ., 20 mars 1895, S. 1895, 1, 317. — Cass. civ., 9 juin 1896, S. 1896, 1, 400. — Cass. civ., 6 nov. 1895, S. 1896, 1, 399. — Cass. civ., 22 juill. 1902, S. 1904, 1, 27. — Trib. comm. Seine, 5 mai 1891, S. 1892, 2, 123. — Trib. paix Reims, 6 juin 1891, S. 1892, 2, 123. — Agen, 7 avril 1895, S. 1895, 2, 213. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2313. — Cornil, *Contrat de travail*, p. 388.

[2] V. pour la validité, Cass. civ., 25 mai 1903, S. 1905, 1, 27. — Cass. civ., 20 juin et 12 nov. 1900, S. 1901, 1, 13 (impl.). — Cass. civ., 18 mars 1902, S. 1902, 1, 440 (impl.). — Cass. civ., 15 janv. 1906, S. 1906, 1, 88 (impl.). — Trib. prudhommes, Lyon, 18 oct. 1907 et Douai, 17 mars 1908, S. 1908, 1, 241 (impl.). — Cass. civ., 28 mai 1910, S. 1910, 1, 340 (impl.). — Alger, 20 juill. 1898. *Journ. Trib., Alger*, 4 janv. 1899. — Aix, 3 mars 1897, S. 1897, 2, 140. — Trib. comm. Seine, 3 juin 1893, *Lois nouv.*, 1893, 2, 136. — Trib. comm. Marseille, 1er mars 1895, *Rec. Marseille*, 1896, 1, 51. — Trib. comm. Marseille, 9 juin 1897, id., 1897, 1, 255. — Trib. comm. Seine, 9 sept. 1892, S. 1893, 2, 63. — Lyon, 27 juin 1898, *Mon. Lyon*, 9 août 1898. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2316. — *Contrà :* trib. comm. Lyon, 6 mai 1897, *Mon. Lyon*, 31 mai 1897. — Trib. comm. Marseille, 7 juin 1898, *Rec. Marseille*, 1898, 1, 339. — Mongin, *Rev. critique*, 1893, 360. — Pic, *Ann. dr. comm.*, 1893, 439. — Sauzet, id., 1891, 110. — Huc, XI, n° 391. — Cornil, *Contr. de trav.*, p. 339. — Serait valable la promesse par un employé auquel le patron fait faire des études spéciales de les rembourser s'il part. Cass. civ., 15 avril 1913. S. 1914, 1, 89.

Il faudrait également annuler la convention faite lors du paiement d'un salaire qui ne serait qu'un moyen de tourner les principes légaux sur la limitation des retenues. C'est ce qu'a admis la cour de cassation après avoir d'abord été plus loin et annulé toute convention de restitution partielle du salaire[1].

823. — Le droit d'ester en justice est un droit dont l'abus peut entraîner responsabilité. Toutefois le droit d'ester en justice existant toujours, le mandat de plaider pour un objet illicite est valable[2]. D'autre part on peut renoncer à agir en justice pour l'appel en garantie si on conserve le droit d'agir par action principale[3].

Mais inversement, c'est un droit auquel il n'est pas toujours pleinement permis de renoncer. Ainsi serait nulle dans un contrat, la clause par laquelle le contractant renonce, pour quelque motif que ce soit, à agir en justice à propos de l'exécution de ce contrat[4]. Mais cette idée ne devrait pas être exagérée. Sans doute, étant donné les conditions limitées où l'art. 1006 Proc. autorise l'arbitrage, on ne peut

---

1 V. Cass. civ., 1er juin 1910, S. 1910, 1, 417. — V. *infrà*, n° 793. — V. surtout Ambr. Colin, *Compensation et saisissabilité des salaires*, *Revue de droit civil*, 1909, p. 817.

2 Rouen, 12 déc. 1881, S. 1882, 2, 227. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 451.

3 V. Nîmes, 14 mai 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 231 (sol implic.).

4 Req., 19 janv. 1863, D. 1863, 1, 248; S. 1863, 1, 185. — Cass. Req., 23 juin 1873, S. 1873, 1, 304. — Trib. Carpentras, 18 août 1900, Pand. fr., 1904, 2, 105, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 557. — Cf. Cass. civ., 1er juill. 1885, D. 1886, 1, 201 (mais on peut convenir que le contrat sera résolu si on intente un procès à tort, dit l'arrêt. — Larombière, art. 1133, n° 24. — Giorgi, III, n° 388. — Ainsi, un tarif d'abonnement à prix réduit ne peut stipuler que l'abonné renonce d'avance à toute réclamation pour retard dans le service, mauvaise exécution. Mais on peut déclarer que telle promesse accessoire n'est pas obligatoire : stipuler par exemple que la correspondance entre deux lignes de transport n'est pas garantie.

facilement renoncer à agir en justice pour un contrat qu'on vient de passer, pour s'en remettre à un arbitre de la décision à rendre, mais on le peut cependant si l'on est dans les termes de cet article. Mais une question plus délicate est de savoir si des personnes qui ne sont pas dans les conditions voulues par l'art. 1006 Proc. pour passer un compromis, peuvent faire une convention pour s'en remettre à une personne quelconque de la solution des difficultés qu'elles pourraient avoir. Ce semi arbitrage qui ne produira que les effets d'une convention ordinaire a donné lieu à controverse, notamment pour les statuts des sociétés de secours mutuels prévoyant que tel comité pourra exclure le mutualiste. La jurisprudence constatant qu'il y a là une convention ordinaire, permettant le recours aux tribunaux si la personne visée a usé de son droit de décision de façon abusive a après hésitation[1] admis dans la majorité des cas que cette convention était valable[2]. Mais comme nous l'avons indiqué, les tribunaux conservent leur droit de contrôle sur la décision rendue.

Ensuite on peut par avance acquiescer à un jugement[3], ou faire une promesse pour obtenir d'un co-associé que la société se liquide à l'amiable[4]. La jurisprudence a même été jusqu'à valider la renonciation à ses reprises par une

---

1 V. Poitiers, 12 juin 1894, S. 1896, 1, 213. — Agen, 12 mars 1891, S. 1891, 2, 216. — Dijon, 24 juill. 1874, S. 1875, 2, 73. — Toulouse, 14 janv. 1889, S. 1890, 2, 231. — V. sur ces points nos *Notions fondamentales*, pp. 630 et suiv.

2 Besançon, 9 janv. 1840, *Rep. arr. Besançon*, v. *Société fromagère* n° 8. — Besançon, 11 août 1848, *Rec. Besançon*, 1848, n° 116. — Besançon, 11 fév. 1852, *Rep. arr. Besançon*, n° 11. — Besançon, 17 mars 1853, *Rec. Besançon*, 1853-54, n° 20. — Toulouse, 14 fév. 1895, S. 1895, 2, 93. — Cf. Montpellier, 19 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 216 (reconnaissance d'une dette dont un tiers fixera le chiffre).

3 V. Glasson et Tissier, *Procédure*, II, p. 29.

4 Trib. Termonde, 24 juill. 1875, Pas. 1876, 3, 187.

femme, contre le désistement du mari d'un appel de séparation de corps[1].

Enfin on comprendrait très bien qu'une personne après avoir fait constater la régularité d'un acte par des jurisconsultes compétents renonçât à en contester en justice la régularité, sauf à pouvoir agir en justice pour inexécution. Ce serait à notre avis très régulier.

A plus forte raison, dans un cas inverse, les conventions visant à faciliter l'accès de la justice, comme le syndicat créé entre propriétaires pour faciliter les poursuites pour dommages causés par le gibier sont valables[2].

Les contrats visant à atteindre celles des lois de procédure qui sont établies dans un intérêt public sont nuls. Mais il n'en serait pas ainsi en général des contrats modifiant les modes de preuve[3].

Dans le même esprit, il faut considerer d'une part comme valable en général la promesse gratuite ou contre argent de ne pas demander un compte. C'est une sorte de transaction. Mais si la reddition de compte a un caractère d'ordre public, comme celle d'un tuteur, d'un comptable de deniers publics, d'un mandataire nommé par justice, la jurisprudence déclare que la libéralité sous la condition de ne pas demander de compte contient une condition que l'on n'a pas à respecter[4].

823 bis. — Les contrats tendant à déroger à la compétence *ratione materiae* qui est d'ordre public, sont nuls[5].

---

1 Besançon, 1er février 1893, D. 1893, 2, 590, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 436.

2 Cass. civ., 7 déc. 1887, D. 1889 1, 147.

3 *Contrà :* Giorgi, III, n° 386.

4 V. pour la tutelle, not. Pau, 3 mars 1869, S. 1869, 2, 209. — Cass. Req., 21 déc. 1869, S. 1870, 1, 130 (implic.) ; D. 1870, 1, 308. — Req., 12 nov. 1867, D. 1869, 1, 528.

5 Nancy, 7 mars 1913, S. 1915, 2, 46. — Amiens, 7 mai 1901, D. 1901, 2, 487. — Paris, 5 août 1848; S. 1848, 2, 529. — Req., 4 nov. 1885, S. 1888, 1, 459. — Civ., 16 janv. 1883, S. 1883, 1, 263. — Garsonnet, 3e éd., I, nos 466-467.

Au contraire ceux sur la compétence *ratione personae*, ou ceux fixant un choix entre deux juridictions compétentes sont valables[1].

824. — La liberté de rompre un contrat pour juste motif et de réclamer les prestations dues en pareil cas ne peut pas toujours être atteinte. Elle ne peut pas l'être par une clause aboutissant à mettre une personne dans la possibilité de violer le contrat à sa guise.

Ainsi on a annulé la donation par une personne de tout son avoir à charge d'entretien, étant convenu qu'elle ne pourra réclamer si elle quitte la maison du donataire pour quelque motif que ce soit[2].

De même, on ne pourrait pas stipuler que l'on ne pourra pas rompre pour juste motif un contrat de travail.

825. — La convention portant renonciation à une prescription non acquise est nulle (art. 2220). Il en est de même de celle abrégeant une péremption, a-t-on soutenu[3]. Mais cette question doit se résoudre comme la suivante. La clause abrégeant la prescription est-elle valable ?

La jurisprudence l'admet généralement[4], même si on supprime les causes d'interruption[5].

---

1 Nîmes, 21 fév. 1893, D. 1894, 2. 439.

2 Trib. Audenarde, 11 août 1876, Pas. 1877. 3, 56. — *Contrà:* Gand, 26 avril 1877, Pas. 1877, 2, 402.

3 Giorgi, *Obbligazioni*, III, n° 325.

4 Cass. civ., 1er fév., 1853, S. 1856, 1, 892. — Cass. civ., 5 nov. 1913, D. 1917, 1, 159. — Cass. civ., 16 janv. 1865, S. 1865, 1. 80, 1. — Nancy, 25 juill. 1851, S. 1851, 2, 576. — Baudry et Tissier, n° 96. — Tissier, *Ex. doctr.*, *Rev. crit.*, 1905, p. 577. — Labbé, note dans Sir. 1886, 2, 49. — Guillouard, n° 323. — Merlin, v. *Prescription*, sect. 1, par. VII, art. 2. — Pequignot, *Prescription conventionnelle*, th. Dijon, 1905, p. 41. — Civ. allemand, art. 225. — Giorgi, III, n° 325, *in fine*. — *Contrà: Code suisse des obligations*, art. 148. — Planiol, II, n° 648. — Huc, XIV, n° 323. — Paris, 19 déc. 1849, S. 1850, 2. 42. —Turin, 8 juillet 1913, v. à ce sujet, *Rivista di diritto civile*, 1913, p. 538. — C. sup. d'Autriche, 6 juill. 1892, *Journ. dr. intern. privé*, 1893, p. 939. — Degni, *Riv. dir. comm.* 1910, II, p. 653.

5 Civ., 5 nov. 1913, précité.

On peut sans doute objecter que la prescription est d'ordre public, que de même qu'on ne peut prolonger la prescription on ne peut l'abréger. D'ailleurs, la prescription reposant sur une présomption de paiement, elle n'a plus sa raison d'être si un délai assez long ne s'est pas écoulé.

Mais au fonds, il n'y a rien de contraire à l'ordre public à abréger la prescription. Ne peut-on pas convenir que le droit du créancier ne durera qu'un certain temps et ce droit fragile est une contreprestation suffisante dans une convention.

Ensuite, c'est un moyen dans les affaires pour abréger des délais souvent très longs et empêcher des réclamations sur des affaires trop anciennes.

Aussi la jurisprudence a fait de notre principe des applications importantes.

Une société financière peut dire que les obligataires appelés à remboursement devront avoir agi dans un certain délai[1].

Un tarif de chemins de fer peut établir une prescription abrégée[2]. De même les réclamations de l'assuré dans le contrat d'assurance peuvent être soumises à une prescription abrégée[3].

---

1 Cass. civ., 14 janv. 1890, S. 1891. 1. 17. — Nancy. 28 octobre 1890. S. 1891, 2, 11 avec note de M. Chavegrin.

2 Cass. civ., 4 déc. 1895. S. 1896, 1. 113 avec note de M. Lyon-Caen : D. 1896, 1, 241 avec note de M. Sarrut. — Cass. belge. 19 juin 1890, Pas. 1890, 1. 231.

3 Cass. civ.. 1er fév. 1853. S. 1856. 1. 892 : D. 1853. 1. 77. — Civ., 16 janv. 1865, S. 1865, 1. 80 ; D. 1865, 1, 12. — Dijon, 25 juillet 1902. D 1903, 2, 103. — Nîmes, 8 déc. 1901. D. 1904. 1. 525. — Paris. 2 déc. 1898, D. 1900, 2, 299. — Nancy, 26 juin 1897, S. 1898, 2, 73 : D 1897, 2, 503. — Alger, 18 mars 1895. S. 1898. 1. 219 : D. 1897. 1 513. — Paris, 22 déc. 1894. D. 1895, 2, 502 (*implic.*). — Paris, 26 fév. 1894, D. 1894, 2, 507. — Douai, 4 déc. 1893. D. 1894. 2. 554 : S. 1894, 2, 142. — Paris, 28 nov. 1889. S. 1891, 2, 77 ; D. 1890, 2. 191.

Le délai de dix ans pour la responsabilité des architectes peut être réduit[1].

On peut de même réglementer conventionnellement les causes d'interruption de prescription[2].

Mais peut-on stipuler que forcément le délai partira du sinistre, sans se préoccuper de savoir si on l'a ignoré ?

La jurisprudence penche pour l'affirmative[3].

La question se ramène à une autre plus générale. Peut-on convenir qu'un débiteur ne sera pas libéré par la force majeure ou l'impossibilité subjective de s'exécuter On ne voit pas pourquoi, en thèse générale, il ne serait pas possible de donner ainsi toute sécurité au créancier, de sorte qu'il sache qu'il sera toujours payé de ce qu'on lui promet, soit directement, soit en dommages-intérêts.

Mais cette solution cadre mal dans notre cas spécial avec le but de l'assurance qui est de donner sécurité à l'assuré prudent. L'intérêt de l'assureur de clore par déchéance les affaires anciennes est assez faible en face de cela. Nous n'admettrons donc la clause que si elle est très nette et ne constitue pas un dol vis-à-vis de l'assuré.

Le droit d'abréger la prescription comporte cependant une limite : il ne peut aller jusqu'à supprimer la suspension de prescription en faveur des incapables, l'ordre public étant ici intéressée[4].

826. — Comment traiter la convention pratiquée en Italie, sous le nom d'union entre créanciers, qui conviennent obligatoirement qu'en cas de faillite d'un débiteur, un directeur représentera les créanciers, votera pour tous dans le sens

---

1 Cass. civ. 28 juin 1909, S. 1915, 1, 13. — Civ., 19 mai 1851, S. 1851, 1, 393. — Baudry et Tissier, n° 703. — Guillouard, *Louage*, II, n° 873.

2 V. *Revue de droit civil*, 1902, p. 226.

3 Pour l'affirmative, Paris, 7 déc. 1894 sous Cass. civ., 2 fév. 1897. D. 1898, 1, 561, Pand. fr., 1897, 1, 329. — Cass. civ., 25 oct. 1893, S. 1894, 1, 361. — V. Tissier, *Revue critique*, 1905, p. 577.

4 Paris, 13 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 1913. 2e sem., 2, 350.

fixé par la majorité. M. Straffa a soutenu la validité[1]. Mais M. Bonelli[2] y voit une grave atteinte à la liberté du vote.

Cette question spéciale soulève une question plus générale. Peut-on, par contrat, engager son vote dans une assemblée d'actionnaires, un conseil d'administration, une association ? Question délicate. Evidemment chacun est ici à un poste social qu'il doit tenir au mieux de la situation présente. La promesse de vote serait donc nulle. Mais il peut-être par exception utile d'arriver à une assemblée comme porte-voix d'un groupe important. Cela doit donc être licite. Nous admettrons donc ces promesses de vote pourvu, bien entendu, que la situation ne se modifie pas entre la promesse et l'assemblée : car alors tout tomberait.

Par contre, nous n'admettrons pas la cession du droit de vote ayant pour but de permettre à un actionnaire d'arriver par l'intermédiaire d'hommes de paille à obtenir un grand nombre de voix dans une assemblée[3].

Enfin, en vertu de l'art. 597 Comm., est incontestablement nulle la promesse d'un créancier de voter un concordat, si elle est faite contre des avantages spéciaux. Ce contrat est nul même passé avec un tiers[4]. La même nullité s'appliquerait au cas où, pour de l'argent, un créancier voterait contre le concordat pour amener l'union afin de faire liquider une affaire au profit d'entreprises rivales.

827. — La libre circulation des propriétés et des droits est un principe essentiel de notre organisation économique

---

1 *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I. p. 428. *Nuove forme contrattucale.*

2 *Rivista di diritto commerciale*, 1905.I. p. 142. — V. en ce sens Req., 6 nov. 1907. S. 1909. 1. 353 (mandat de voter pour un concordat donné à un créancier qui pour cela a payé le mandant de ses deniers).

3 Cf. Sarfatti, *Riv. dir. comm.*, 1911, I. p. 71.

4 V. not. Cass. civ., 9 mars 1808. D. 1808 - 156. — Cass. crim., 11 fév. 1875. D. 1875, 1, 398 ; S. 1875, 1. 440. — Dijon, 28 nov. 1906, D. 1910, 2, 175. — Thaller, nº 2177. — Thaller et Percerou, II. nº 1151. — Lyon-Caen et Renault, VIII, nº 960.

et juridique[1]. Donc est nul en principe tout contrat par lequel on entrave cette circulation. Cependant cela n'est pas vrai d'une vérité absolue. Nous sommes ici en présence d'un de ces principes d'une nature mixte. C'est ici une règle qui supporte des atteintes pourvu qu'elles soient limitées, d'étendue assez restreinte.

Aussi la jurisprudence a donné un certain effet aux clauses d'inaliénabilité. Elle a voulu concilier le principe de la circulation des biens et certains intérêts sérieux. Si la promesse d'inaliénabilité absolue est nulle[2], on admet au contraire l'inaliénabilité sauf consentement du donateur sa vie durant[3], l'interdiction d'aliéner, sauf à certaines personnes[4]. On valide les clauses justifiées par un intérêt légi-

---

1 V. Bretonneau, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1902, p. 73. — Léonce Thomas, *Clauses portant défense d'aliéner*, *Revue générale de droit*, 1908, p. 45, qui invoque les art. 544, 537, 1598, 815, 1048 et 1554, Civ. — Ainsi un fonctionnaire peut même céder le droit sur le cautionnement qu'il a déposé, Req., 29 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 86.

2 Civ., 24 janv. 1899, D. 1900, 1, 533; S. 1900, 1, 342. — Paris, 9 mars 1900, D. 1901, 2, 505; S. 1902, 2, 282. — Civ., 16 mars 1903, D. 1905, 1, 126. — Trib. Seine, 4 août 1898, D. 1902, 2, 89; S. 1904, 2, 202. — Req., 9 janv. 1909, D. 1913, 5, 35. — Besançon, 26 mars 1891, D. 1893, 2, 1, avec note de Beudant (biens d'une fondation). — Paris, 30 déc. 1901, S. 1904, 2, 201. — Rouen, 1er fév. 1902, S. 1904, 2, 203. — Paris, 9 mars 1903, S. 1904, 2, 204. — Cass., 28 mars 1906, S. 1906, 1, 328 (implic.). — Req., 25 juin 1902, S. 1902, 1, 484 (implic.). — Req., 9 mars 1868; D. 1868, 1, 309. — Douai, 23 juin 1851, D. 1852, 2, 145. — Lyon, 22 mars 1866, D. 1866, 2, 84; S. 1866, 2, 260. — Req., 19 mars 1877, D. 1879, 1, 455. — Req., 20 mai 1879, D. 1879, 1, 431. — Cass., 20 mai 1879, S. 1880, 1, 14. — Colin et Capitant, III, p. 641. — Planiol, I, n° 2343.

3 Nancy, 24 déc. 1869, D. 1872, 2, 57. — Paris, 29 janv. 1867, D. 1868, 2, 12; S. 1867, 2, 233. — Orléans, 17 janv. 1846, D. 1846, 2, 203. — Bourges, 14 déc. 1852, D. 1854; 5, 257. — Paris, 15 avril 1858, D. 1859, 2, 10. — Angers, 18 déc. 1878, D. 1879, 2, 172. — Cass. Req., 21 juill. 1868, S. 1869, 1, 34.

4 Dijon, 5 avril 1872, D. 1874, 5, 130.

time et simplement temporaires[1], ce qu'on a souvent l'occasion d'admettre pour des actes gratuits[2].

Si l'inaliénabilité bien que limitée paraît trop longue, elle est annulée[3]. Il en est de même si elle vient d'un pur caprice[4], d'un intérêt purement moral[5], ou si elle existe dans des conditions trop graves[6].

---

1 Ce peut être le désir de garantir un droit de retour, un usufruit, une rente viagère, l'exécution d'une vente, d'un louage, v. Toulouse, 16 janv. 1907, S. 1908, 2, 133. Si cet intérêt a disparu, la clause est nulle, Douai, 23 juin 1851, D. 1852, 2, 245. — Stefanini, *op. cit.*, p. 120. Ou le désir de conserver un bien dans la famille, Douai, 6 fév. 1900, P. F., 1902, 2, 140, *Rev. de dr. civil*, 1901, p. 441.

2 V. Colin et Capitant, I. p. 759. — Planiol, I, nos 2340 et suiv. — Bretonneau, *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, thèse Paris, 1902. — Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 339. — Larombière, art. 1133, n° 23; v. une clause spéciale aboutissant à l'inaliénabilité temporaire dans Req., 30 oct. 1886, S. 1887, 1, 401. — Cf. Massigli, *Rev. crit.*, 1888, p. 653. — Limoges, 1er juillet 1840, S. 1841, 2, 8. — Angers, 29 juin 1842, D. 1842, 2, 218. — Req., 18 avril 1901. D. 1902, 1, 71. — Paris, 12 janv. 1906, *le Droit*, 25 fév. 1906.

3 Req., 19 mars 1877, D. 1879, 1, 455 (toute la vie du gratifié). — Paris, 15 fév. 1905, *Droit*, 23 mars 1905, *Rev. de dr. civil*, 1905 p. 367, jusqu'à mariage du gratifié). — Liège, 5 mars 1873, Pas. 1873, 2, 153. — Trib. Seine, 9 mars 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, suppl. 105 et 7 nov. 1889, *la Loi*, 13 nov. 1889. — Paris, 23 juin 1892, D. 1892, 2, 379. — Req., 24 janv. 1899. D. 1900, 1, 533. — Stefanini, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1909, p. 38. — *Contrà:* Paris, 16 fév. 1859, S. 1860, 2, 186 (jusqu'au mariage du donataire). — Cf. Bretonneau, p. 69. — Thomas, *Clauses portant défense d'aliéner*, *Rev. gén. de droit*, 1908, p. 124.

4 Cass. civ., 6 juin 1853, 1, 191 (implic.). — Paris, 23 juin 1892, S. 1893, 2, 25; D. 1892, 2, 379. — Thomas, art. cité p. 244. — Paris, 18 juin 1903, D. 1905, 2, 477. — Paris, 28 juin 1900, D. 1902, 2, 271.

5 Trib. Saint-Omer, 21 août 1863, D. 1864, 2, 89. — Alger, 20 janv. 1879, D. 1879, 2, 143 (biens laissés à regret). — V. cep. Orléans, 17 janv. 1846, S. 1846, 2, 178.

6 Civ., 24 janv. 1899, D. 1900, 1, 533.

L'intérêt suffisant pour légitimer l'inaliénabilité peut être celui du disposant[1], ou d'un tiers[2], ou d'un gratifié[3].

En outre, on admet implicitement que cette mesure grave ne peut frapper que des biens déterminés[4].

Pour les actions de sociétés, on admet dans une large mesure les restrictions à leur circulation[5].

---

1 Paris, 23 juin 1892, précité. — Douai, 23 juin 1851, D. 1852, 2, 245 et 26. — Toulouse, 16 janv. 1907, D. 1909, 2, 222. — Civ., 16 mars 1903, S. 1905, 1, 513 avec note de M. Tissier. — Req., 2 mars 1887, D. 1887, 1, 204. — Trib. Seine, 18 fév. 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 331. — Angers, 18 déc. 1878, D. 1879, 2, 172; S. 1879, 2, 322. — Req., 27 juill. 1863, D. 1864, 1, 494. — Req., 9 mars 1868, D. 1868, 1, 309. — Grenoble, 25 janv. 1860, S. 1860, 2, 477. Civ., 20 avril 1858, D. 1858, 1, 154. — Paris, 15 avril 1858, D. 8159, 2, 107 — Bourges, 14 déc. 1852, S. 1853, 2, 468. — Civ., 22 juillet 1896, D. 1898, 1, 117; S. 1900, 1, 28. — V. Bretonneau, p. 87.

2 Douai, 27 avril 1864, D. 1864, 2, 89. — Rennes, 16 déc. 1876, D. 1878, 1, 63. — Poitiers, 16 juin 1866, D. 1868, 1, 310. — Req., 11 août 1864, D. 1864, 1, 468. — Req., 8 nov. 1897, D. 1898, 1, 47. — Paris, 9 mars 1900, S. 1902, 2, 282; D. 1901, 2, 505 avec note de M. Boutaud. — Paris, 27 juin 1892, D. 1892, 2, 379. — Civ., 10 mars 1903, D. 1905, 1, 126. — Toulouse, 6 juill., 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 250. — Req., 9 mars 1868, S. 1868, 1, 204; v. Bretonneau, *op. cit.*, p. 93 — Req., 12 juill. 1865, S. 1865, 1, 342. — Rouen, 5 avril 1905, S. 1906, 2, 225 avec note de M. Tissier. — Rouen, 15 mars 1905, S. 1905, 2, 299 et 22 déc. 1906, S. 1907, 2, 238.

3 Paris, 12 janv. 1906, D. 1906, 2, 361. — Req., 18 avril 1901, S. 1901, 1, 240; D. 1902, 1, 71. — Paris, 9 mars 1900, D. 1901, 2, 505. — Paris, 16 nov. 1911, S. 1912, 2, 275. — Paris, 26 janv. 1894, D. 1894, 2, 215; S. 1894, 2, 93. — Paris, 23 juin 1892, D. 1892, 2, 379. — Rennes, 16 fév. 1876, D. 1878, 1, 62. — Paris, 16 fév. 1859, S. 1860, 2, 186. — Caen, 12 juin 1854, D. 1855, 2, 193. — Lyon, 27 juin 1853, S. 1855 2, 424. — Cass. Req., 25 juin 1902, S. 1902, 1, 484. — Cass. Req., 11 juin 1877, S. 1877, 1, 443, v. Bretonneau, *op. cit.*, p. 96. — Cf. Civ., 6 avril 1905, D. 1905, 1, 450 (condition de se marier sous le régime dotal).

4 V. Heitzmann, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Nancy, 1904, p. 165.

5 V. not. Cass. Req., 14 mai 1895, S. 1899, 1, 397. — Cass. civ., 10 août 1887, D. 1887, 1, 440. — Cass., 6 nov. 1888, *Rev. Soc.*, 1889, 276. — Req., 13 mars 1882, S. 1883, 1, 327. — Req., 27 mars 1878,

On admet même que certains droits peuvent être rendus complètement incessibles : il en est ainsi des billets de théâtre[1].

L'inaliénabilité peut atteindre toutes sortes de biens, même des créances[2], mais non des meubles corporels, à raison de l'art. 2279 qui est d'ordre public au suprême degré.

La clause peut viser non seulement des biens donnés ou légués, mais des biens transmis à titre onéreux[3]. Elle peut aussi être insérée dans un bail pour la durée du bail[4]. Elle produit la nullité de la vente au cas d'aliénation[5].

La jurisprudence n'admet pas toutefois qu'on frappe des biens autres que ceux transmis[6]. Ce qui s'explique par un

---

S 1878, 1, 277. — Vavasseur, I, n° 207. — Houpin, I, n° 343 et surtout Jean Escarra, Les *restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions*, *Ann. de dr. commercial*, 1911, n^{os} 5 et 6. — V. dans ce travail principalement pp. 343-358 les principales clauses usitées en pratique. M. Jean Escarra présente ces limitations surtout comme non contraires à l'essence de l'action, en ce que la société comporte naturellement l'*intuitus personae*. Mais on peut discuter ces clauses sur le terrain de la création d'un droit non transmissible, alors qu'il s'agit d'un bien qui n'est pas tel par son but. Sur ce terrain, la question est la même que pour toute autre clause d'inaliénabilité. — Rappr. sur ces questions des actions non transmissibles, Errera, *Diritto comm.*, 1896, p. 825. — Halot, *Cessibilité des actions*, *Rev. dr. belge*, III, p. 405.

1 Paris, 19 mai 1908, S. 1908, 2, 192 ; D. 1908, 2, 232. — J. Paix Paris, 31 août 1892, S. 1893, 2, 62. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 2059. — Perreau, *Rev. critique*, 1909, p. 193. — Constant, *Code des théâtres*, p. 208.

2 Malric, *op. cit.*, p. 126. — Cf. Huc, *Cession de créances*.

3 Trib. de Baugé, 20 fév. 1867 (vente d'un ancien cimetière), S. 1868, 2, 56. Elle pourrait viser des biens loués. Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 1012. — *Contrà :* Huc, *Cession de créances*, I, n° 35.

4 Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 1343.

5 *Contrà :* Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 1344.

6 Civ., 22 juin 1896, D. 1898, 1, 17 ; S. 1901, 1, 28 avec note de M. Planiol. — *Contrà :* Huc, IV, n° 81. — Bartin, *op. cit.* — Malric, *op. cit.*, p. 181.

désir de mesure et techniquement par une rétention du droit d'aliéner par l'aliénateur.

Elle n'admet pas non plus que la clause frappe les biens de la réserve[1], ou qu'elle vise un résultat prohibé: prolonger l'indivision plus de cinq ans[2]. Elle n'admet pas davantage que la clause soit valable dans des conditions plus larges si le gratifié est une personne morale[3].

La jurisprudence voit avec grande faveur la clause d'incessibilité des revenus, dont les conséquences sont moins graves[4].

Pour les droits viagers, la jurisprudence annule la clause d'incessibilité pour l'usufruit, en disant qu'elle est perpétuelle[5], sauf le cas toutefois où l'inaliénabilité est justifiée

---

1 Req., 23 mars 1898, D. 1898, 1, 414. — Cf. Labbé, S. 1885, 1, 289.

2 Paris, 11 mars 1836, D. 1836, 2, 82. — V. cep. dans un cas spécial Req., 30 nov. 1886, S. 1887, 1, 401 et Massigli, *Revue critique*, 1888, p. 653, *Ex. doctrinal.* — *Contrà:* Civ., 20 janv. 1836, S. 1836, 1, 83. — Aix, 10 mai 1841, S. 1841, 2, 478. — Bordeaux, 20 avril 1831, S. 1831, 2, 315. — Des arrêtés anciens ont donné la même solution pour la clause jointe à une substitution qui l'aggrave, Caen 12 juin 1854, D. 1855, 2, 193.

3 Lyon, 22 mars 1866, S. 1866, 2, 260, D. 1866, 2, 84. — Civ., 7 juill. 1868, S. 1868, 1, 435; D. 1868, 1, 446. — Req., 10 nov. 1896, D. 1897, 1, 51. — Req., 29 juin 1904, D. 1904, 1, 528. — Req., 30 mai 1879, S. 1880, 1, 14, D. 1879, 1, 431. — Thomas, *Cl. portant défense d'aliéner*, *Rev. gén. de droit*, 1908, p. 117.

4 Caen, 12 juin 1854, D. 1855, 2, 193. — Caen, 15 nov. 1906, S. 1907, 2, 313; D. 1907, 2, 265 avec note de M. Planiol. — Req., 6 mai 1908, D. 1909, 1, 285; S. 1910, 1, 297 avec note de M. Tissier. — Cf. Alger, 20 janv. 1879, D. 1879, 2, 143.

5 Trib. Marseille, 11 juin 1903, *Gaz. Trib.*, 1904, 1er sem., v. Testament, n° 14. — Paris, 30 déc. 1901, D. 1905, 1, 477; S. 1904, 2, 207 avec note de M. Tissier. — Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1905, 1, 513. — V. cep. en cas d'intérêt d'un tiers à cette clause. — Cass. Req., 9 mars 1868, S. 1868, 1, 204; D. 1868, 1, 309. — Cass civ., 8 nov. 1897, S. 1900, 1, 499; D. 1898, 1, 47. — Poitiers, 16 juin 1866, D. 1868, 1, 310. — Toulouse, 6 juill. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 250. — Rouen, 15 mars 1905, S. 1905, 2, 299. — Paris, 14 juin 1883,

par un intérêt sérieux[1]. Elle l'annule aussi pour d'autres droits comme celui à une rente[2]. Peu importe leur caractère alimentaire[3].

La doctrine est très divisée quant à la valeur de ces défenses de vendre. Elle a d'abord été hostile à la clause[4]. Laurent et Huc rejettent absolument la promesse de ne pas aliéner, en se fondant soit sur le principe de la circulation des biens, soit sur l'idée qu'on ne peut se rendre incapable par contrat[5]. Mais une réaction s'est produite.

Demolombe et Aubry et Rau[6] admettent la clause en se fondant sur son utilité pratique.

S. 1884, 1, 171. — Thomas, art. cité, p. 392. — V. de même contre l'incessibilité de l'habitation dans un cas spécial, Paris, 23 juin 1892, S. 1893, 2, 26; D. 1892, 2, 379. — Cf. Paris, 5 avril 1905, D. 1905, 2, 225; S. 1905, 2, 297 avec note de M. Tissier, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 898, qui admet l'incessibilité d'une assurance de rente viagère. — *Contrà:* Nîmes, 24 déc. 1895, D. 1896, 2, 499. — Trib. Seine, 4 août 1898, S. 1904, 2, 202.

1 V. Paris, 5 nov. 1901, D. 1902, 2; 89, *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 424. — Paris, 6 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 1916, 1. 463.

2 Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1905, 1, 516; D. 1905, 1, 126 avec note de M. Tissier et sur renvoi. Amiens, 9 juillet 1903, S. 1905, 2, 298; D. 1905, 2, 225. — Civ., 8 nov. 1897, S. 1900, 1, 499; D. 1898, 1, 47. — Besançon, 27 déc. 1905, D. 1906, 2, 218. — 15 fév. 1905, *Gaz. Trib.*, 1905, 1er sem., 2, 395 et 21 mai 1901, id., 2e sem., 2, 366. — V. cep. Rouen, 5 mars 1905, S. 1905, 2, 297 avec note de M. Tissier et Rouen, 5 avril 1905, S. 1905, 2, 299. — Besançon, 14 mai 1870, D. 1873, 2, 110. — Paris, 5 avril 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 211. — Limoges, 23 fév. 1906, S. 1906, 2, 282. — Paris, 26 juill. 1898, D. 1899, 2, 24; S. 1904, 2, 201. — Paris, 30 déc. 1901, S. 1904, 2, 201 avec note de M. Tissier; D. 1905, 1, 477. — Nîmes, 24 déc. 1895, D. 1896, 2, 499. — Liège, 24 mai 1887, D. 1888, 2, 78. — Cf. Charmont, *Examen doctrinal, Revue critique*, 1906, p. 332.

3 Civ., 8 nov. 1897, S. 1900, 1, 499.

4 V. sur cette évolution, Malric, thèse citée, pp. 146 et suiv.

5 Laurent, IX, nos 460 et suiv. — Huc, IV, nos 77 et suiv. — Planiol, I, p. 762, nos 973 et suiv. — Baudry et Colin, I, no 129.

6 Aubry et Rau, VIII, § 692, p. 296. — Demolombe, XVIII, pp. 291 et suivantes.

M. Bartin distingue l'inaliénabilité objective qui est nulle, comme visant une chose impossible et la promesse de ne pas aliéner qui est valable, dans certaines limites[1]. Elle est valable dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, non du gratifié. MM. Baudry et Colin admettent aussi l'inaliénabilité dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers, mais non du gratifié, car là on aboutit à une incapacité[2].

Enfin M. Bretonneau[3] admet la clause, la faculté d'aliéner n'étant pas selon lui un caractère essentiel de la propriété qui peut exister sans elle.

M. Wagner, au contraire, admet la clause, mais seulement si elle est dans l'intérêt du gratifié, car elle renforce la libéralité, sinon elle est nulle comme la diminuant ; or, la libéralité ne peut venir que d'une pensée favorable au donataire[4].

En faveur de la clause, on peut faire remarquer tout d'abord qu'elle est une forme de la liberté du propriétaire qui doit pouvoir donner dans les conditions qui lui conviennent[5]. Mais c'est une conception de la liberté qui soulève des discussions. Ce n'est pas la petite liberté limitée. C'est la grande liberté de créer des organisations puissantes. On peut surtout faire observer, que de puissantes nécessités sociales (protection de certains patrimoines, nécessité de remédier à certaines maladresses possibles), poussent à faire admettre l'inaliénabilité. Sont-elles, d'autre part, contraires au principe de la circulation des biens ? En principe oui. Mais en

---

1 *Conditions impossibles*, etc., pp. 52, 164 et suiv. — Capitant *Introd.*, p. 291, note 2. — Stefanini, th. citée, p. 103. — Boutaud dans D. 1901, 2, 505.

2 *Donations*, I, n° 129.

3 *Etude sur les clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1902, pp. 175 et suiv. V. de même, Achard, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Grenoble, 1910, p. 45. — Legros, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Paris, 1909, p. 62.

4 Wagner, *Clauses l'inaliénabilité dans les donations et les legs*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 311.

5 V. Heitzmann, *Clauses d'inaliénabilité*, th. Nancy, 1904, p. 65. — Malric, *Défense d'aliéner*, th. Toulouse, 1908, p. 56.

fait : non, si on ne valide que les clauses d'une portée limitée. Il n'est pas nécessaire que les choses changent de mains sans interruption. L'instabilité des biens est un inconvénient.

La question de l'inaliénabilité n'étant pas tranchée par les textes qui prévoient simplement certains cas d'inaliénabilité (régime dotal, dont on peut rapprocher les substitutions), il faut résoudre la difficulté d'après les besoins pratiques, par conséquent admettre la clause dans certaines limites.

Ce point admis, pour la clarté doctrinale, il convient de voir la construction technique qui convient le mieux.

M. Bartin, pour ne pas déroger aux règles antérieures, admet que la clause sera une simple promesse de ne pas aliéner, sanctionnée par le droit de révocation de l'acte[1] et il tire de ce principe toutes les conséquences.

On a parlé parfois de construire l'inaliénabilité en une incapacité, théorie peu admissible, car l'incapacité suppose un état de la personne et vise d'ordinaire tous les biens[2].

M. Bretonneau construit la clause d'inaliénabilité et la concilie avec la notion de propriété de la façon suivante : il fait observer que le *jus abutendi* n'est pas un attribut essentiel du droit de propriété. Divers biens en effet sont indisponibles. Ce qui caractérise la propriété, c'est outre l'*usus* et le *fructus*, le droit d'utiliser la chose suivant son affectation : l'aliéner, si c'est une propriété ordinaire, la garder suivant sa destination si elle a un but spécial. Cette théorie est pleinement acceptable à condition d'y voir une simple construction technique, l'argument essentiel en faveur des clauses étant leur utilité sociale.

Notons la gravité de cette construction. Il en résulte que par leurs volontés, des contractants peuvent établir une

---

1 V. la critique de ce droit de révocation dans Planiol, note au D. 1903, 1, 337.

2 V. cep. Chéron, *Jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Revue de dr. civil*, 1906, p. 349 qui paraît y incliner.

situation : l'inaliénabilité, qui rejaillira sur les tiers. Nous aurons à revenir sur cette idée à propos de l'effet des contrats à l'égard des tiers.

Ainsi constituée, la théorie de l'inaliénabilité forme un système qui domine non seulement les actes à titre gratuit, mais aussi ceux à titre onéreux. A.

827 bis. — On s'est demandé si la clause d'inaliénabilité n'était pas incompatible avec la forme de titre au porteur. Jhering[1] a prétendu que l'intransmissibilité était contraire à la destination du titre au porteur. Il y a là une exagération. C'est bien ce que Jhering a appelé ailleurs le travail malsain du juriste de cabinet. La réalité des faits oblige à rendre inaliénables certains titres au porteur : billets de théâtre gratuits, billets d'aller et retour, pour éviter de léser l'émetteur. Sans doute cette inallénabilité ne sera pas tou jours sanctionnée. Rien de plus facile que de céder un coupon de retour. En outre, par la force des choses, le tiers ne pourra être inquiété s'il est de bonne foi. Ce serait aller contre la sécurité due au porteur. Il faut qu'il soit prévenu par un texte (billet de retour) ou par une mention sur le titre. Cela seul est nécessaire.

D'ailleurs la jurisprudence a admis l'incessibilité de billets de spectacles gratuits[2]. On admet en pratique les clauses de

A. — *Formule d'inaliénabilité.*

I. — Le donataire promet de considérer les biens donnés comme incessibles jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 30 ans, à moins toutefois qu'en vue de son établissement par mariage ou autrement la vente en soit autorisée en tout ou en partie par le conseil de famille avant ledit âge.

II. — Le donataire s'engage à employer le montant de la donation en valeurs françaises nominatives comprises dans la liste suivante qui seront pendant quinze ans frappées d'inaliénabilité sauf remploi.

---

1 *Actio. injuriarum*, trad. Meulenaere, p. 172. — Cf. Baudry et Wahl *Louage*, II, n° 3719. — Thaller et Josserand, *Transports*, n° 826.

2 Paris, 19 mai 1908, S. 1908, 2, 192 ; D. 1908, 2, 232. — Just. Paix Paris, 31 août 1892, S. 1893, 2, 62.

bloquage des titres de sociétés[1]. Il ne faut donc pas, en matière de titres au porteur, admettre d'exception au système général.

827 ter. — Un contrat peut contenir une clause interdisant d'aliéner un objet à des étrangers d'une certaine nationalité. Si cette clause s'explique par un intérêt national sérieux, elle est valable. Ainsi on peut convenir qu'une œuvre d'art ne pourra sortir de France, qu'un navire ne pourra passer sous pavillon étranger.

828. — Quant à la clause d'insaisissabilité, ou à la promesse qu'un bien qu'on détient ou qu'on reçoit, sera insaisissable[2], l'art. 581 Proc. l'autorise dans une certaine mesure en déclarant insaisissables : « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur ».

Quelques arrêts appliquent ce texte restrictivement[3]. Mais la plupart reconnaissent que la clause peut être étendue aux immeubles, n'ayant rien de contraire aux mœurs, ni au bon ordre[4] et qu'elle est admissible dans tous les actes à titre gratuit, du moins si c'est au moment de la libéralité et non après. Mais, pour les actes à titre onéreux, on a dit qu'elle était contraire à l'ordre public. Elle est seulement moins utile.

---

1 V. Le Roy, *Syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, p. 279.

2 V. Vin, *La clause d'insaisissabilité*, th. Bordeaux, 1912.

3 Caen, 18 déc. 1849, D. 1851, 2, 233. — Trib. Rodez, 10 juill. 1861, D. 1865, 1, 24. — Cass. belge, 2 mai 1878, S. 1880, 2, 103; D. 1879, 2. 171. — Riom. 23 mars 1847, S. 1852, 1, 344 en note. — Demolombe, XVIII, n° 311. — Baudry et Colin, I, n° 132. — Laurent, XI, n° 471. — Paris, 29 janv. 1867, D. 1868, 2, 12.

4 Garsonnet, IV, n° 1283. — Aubry et Rau, VII. § 692. — Achard, th. précitée, p. 145. — Req., 23 mars 1898, D. 1898, 1, 414 S. 1902, 1 518. — Req., 27 juill. 1863, D. 1864, 1, 494. — Cass. civ., 20 décembre 1864, S. 1865, 1, 9; D 1865, 1, 24. — Req., 27 juillet 1863, D. 1864, 1. 494; S. 1863, 1, 465. — Req., 16 avril 1876, S. 1877, 1, 293. — Cass. Req., 10 mars 1852, S. 1852, 1, 344. — Toulouse 4 mars 1867, S. 1867, 2, 351. — Civ., 23 janv. 1900, D. 1900, 1, 535 (implic.). — Toulouse, 4 mars 1867, S. 1867, 2, 351.

M. Bartin[1] ne la valide qu'en y voyant une promesse de ne pas aliéner. C'est donc une promesse de ne pas aliéner valable dans la mesure où une promesse de ce genre est valable. Elle est valable, bien qu'elle soit dans l'intérêt du gratifié, car l'autre partie peut y avoir un intérêt moral, dont il faut tenir compte, s'il est sérieux[2].

Ainsi admise la clause pourra s'étendre à d'autres biens, même non vendus ni donnés selon certains auteurs[3]. Mais la cour de cassation n'admet pas cette solution. C'est à bon droit. Car nous acceptons cette théorie en tant qu'elle rattache l'insaisissabilité à l'inaliénabilité et nous donnons à chacune même fondement et même étendue.

Même admise, il s agit encore de savoir si la clause sera valable vis-à-vis des créanciers antérieurs. Ici, c'est plus discutable, car ils ont compte sur ce gage[4]. La jurisprudence admet cependant que la clause n'est opposable qu'aux créanciers antérieurs et non aux autres[5], à moins que la clause ne soit établie dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers[6] A.

A. — *Formule d'insaisissabilité*

Les biens donnés ne pourront être saisis, vendus ou aliénés

---

1 *Conditions impossibles*, etc., p. 55.

2 Req., 23 juill. 1863, D. 1864, 1, 494. — Civ., 2 déc. 1864, D. 1865. 1, 24. — Toulouse, 4 mars 1867, D. 1867, 2, 61. — Cf. Merlant, *Clauses d'insaisissabilité*, th. Bordeaux, 1907, p. 139.

3 Merlant, *op. cit.*, p. 139. — Huc, IV, art. 544. — *Contrà :* Cass. civ., 22 juillet 1896, D. 1898, 1, 17, avec note de M. Planiol.

4 V. Dantare, *Clauses d'insaisissabilité*, th. Paris, 1907, p. 75. — *Contrat :* Heitzmann, *op. cit.*, qui ne l'admet que vis-à-vis des créanciers antérieurs en général.

5 Req., 23 mars 1898, S. 1902, 1, 518; D. 1898, 1, 414 et Douai, 18 janv. 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 1. 752. — Nîmes, 18 nov. 1896, D. 1900, 1. 535. — Poitiers, 12 mars 1885, D. 1886, 2, 279. — Req., 16 avril 1877, S. 1877, 1, 293. — Civ., 20 déc. 1864, D. 1865 ,1, 24; S. 1865, 1. 9 et sur renvoi. — Toulouse, 4 mars 1867, S. 1867, 1, 351; D. 1867, 2. 61. — Req., 10 mars 1852, S. 1852. 1. 344; D. 1852, 1, 111. Req., 16 avril 1877, D. 1878, 1, 165.

6 Cass. Req., 27 juill. 1863, S. 1863, 1, 465, D. 1865, 1, 494.

pour une dette quelconque du donataire antérieure à la date de la donation, sauf celles que le donateur aurait contractées avec le donataire.

La jurisprudence admet encore que la clause d'insaisissabilité est comprise dans celle d'inaliénabilité et elle lui donne ainsi une seconde application[1].

828 bis. — La loi favorise peu les conventions établissant ou maintenant une indivision. Ces conventions creent un état économique peu satisfaisant, l'art. 815 Civ. décide que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, et ce texte doit s'appliquer à toute indivision quel qu'en soit l'origine. Toutefois il accepte les conventions d'indivision pour une durée de cinq ans. Il en résulte qu'une convention d'indivision pour une plus longue durée n'est pas pleinement valable[2], sauf que la sanction est peut être ici non pas la nullité, mais la réduction des effets du contrat à cinq ans[3].

Toutefois cette interdiction des clauses d'indivision comporte des réserves.

On peut établir des copropriétés avec indivision perpétuelle toutes les fois qu'il s agit de poursuivre une fin commune. Mais il est plus délicat de déterminer quand cette fin commune sera telle que la clause sera licite. Il n'y a pas de doute s'il s'agit de parcelles entre des immeubles voisins cour commune, puits commun, sentier d'exploitation, mur, fossé mitoyen[4].

Mais dans quelle mesure peut-on établir l'indivision dans

---

1 Req., 11 juin 1913, D. 1914, 1, 242. — Paris, 16 nov. 1911, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem., 2, 69, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 223. — Req., 23 fév. 1863, D. 1864, 1, 494, S. 1863, 1, 465. — Rouen, 1er fév. 1902, S. 1904, 2, 203.

2 V. Huc, V, nos 283 et suiv. — Baudry et Wahl, *Succ.*, II, nos 2175 et suiv. Req. 23 déc. 1900, S. 1902, 1, 216 (papiers de famille).

3 V. Ramponi, *Nullita del patto oriducibilita del termine*, *Mélanges Chironi*, I, p. 355.

4 V. not. sur ces indivisions perpétuelles, Baudry et Chauveau, nos 272 et suiv.

d'autres cas ? Quelques décisions se sont montrées très larges: on a validé la clause visant l'indivision d'une maison qu'on affectait au logement d'un pasteur[1], celle visant un terrain au bord de la mer qu'on voulait affecter à l'usage des habitants d'une commune[2].

Il nous semble que ces solutions spéciales répondent à cette idée assez juste que toutes les fois que l'immeuble indivis a une affectation spéciale, il peut rester indivis.

Ainsi la convention de communauté entre époux, étant donné l'affectation des biens aux charges du ménage, ne serait plus une exception, mais l'application d'un principe. l'en dirais autant de la situation des biens dépendant d'une société non investie de la personnalité morale, comme une société en participation. Ainsi on pourrait sans contrevenir à l'art. 815 établir toute indivision pour une affectation.

829. — Peut-il être convenu valablement entre un débiteur et son créancier que le gage de celui-ci ne sera pas celui prévu par l'art. 2092 Civ., c'est-à-dire tous les biens présents et à venir du débiteur, mais qu'il sera limité à certains biens[3] ?

Historiquement, l'affirmative peut s'appuyer sur ce que l'idée de l'obligation de tous les biens n'est apparue qu assez tard en droit français. Primitivement certains biens seuls étaient tenus de la dette. On peut donc aujourd'hui faire ce qui avait lieu primitivement de plein droit : n'obliger que certains biens. Ensuite on ne voit pas pourquoi l'art. 2092 serait d'ordre public. Si le créancier en connaissance de cause accepte un gage plus limité, on ne voit pas pourquoi cela serait interdit[4]. D'ailleurs déjà le Code de commerce

---

1 Colmar, 30 mars 1813. D. v° *Successions*, n° 1528.

2 Trib. Narbonne, 29 avril 1913, D. 1914, 2, 155.

3 V. sur la question et dans notre sens : Cavalier, *Limitation du gage des créanciers*, th. Bordeaux, 1904, pp. 159 et suiv. — Cf. Houpin, *Journal Sociétés*, 1907, p. 145.

4 Cf. Guillouard, *Hypothèques*, I, n° 141. — Pont, I, n° 15, *Hypothèques*. — Baudry et de Loynes, I, n° 272. — *Contrà :* Huc, XIII, n° 1.

en limitant la responsabilité de l'armateur à sa fortune de mer admet une solution de ce genre (art. 216). On peut en rapprocher la théorie de la caution réelle, celle du bénéfice d'inventaire qui est aussi une limitation des obligations. La jurisprudence admet implicitement, semble-t-il, cette solution en décidant (ce qui était surtout important avant la loi du 1er août 1893), que les sociétés civiles peuvent convenir que la responsabilité des associés envers les créanciers sociaux sera proportionnée à leurs apports, par dérogation à l'art. 1863 Civ., à condition que cette clause soit portée à la connaissance de chaque créancier[1].

En réalité, les arrêts disent que la clause de limitation de responsabilité rend la société commerciale, de sorte que ce serait un privilège commercial de limiter sa responsabilité[2]. La cour de cassation a même dit[3] que « les statuts sociaux sont impuissants à limiter la responsabilité de chacun des associés au montant de sa mise », mais elle ajoute

---

1 Cass. Req., 21 fév. 1883. S. 1884, 1, 361 avec note Labbé. — Civ., 16 nov. 1910. S. 1911, 1. 300. — Civ., 13 juin 1904, *Journ. Soc.*, 1904. 496. —Cass. civ., 26 fév. 1900. S. 1900. 1. 329. — Cass. civ., 21 oct. 1895. S. 1898, 1, 43. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 1076. — Douai, 23 mars 1878. S. 1878, 2. 305. — Lyon. 8 août, 1873. S. 1874. 2. 105. — Arthys, *Ex. doct. Rev. crit.*, 1905. p. 385. — Lyon-Caen, *Ex. doct.*, id., 1912. p. 603. — Cf. Rovs, *Limitation de responsabilité dans les sociétés civiles*. th. Toulouse. 1908. pp. 33 et suiv. — Jean Escarra, *Restrictions à la transmissibilité des actions*. *Ann. dr. comm.*, 1911, p. 426, n° 38.

2 Civ., 16 nov. 1910, précité. L'arrêt parle d' « une limitation de la responsabilité des associés contraire aux prescriptions légales en matière de sociétés civiles ».

3 Civ., 13 juin 1904. S. 1906, 1, 385, avec note de M. Wahl. — V. aussi civ., 21 oct. 1895, S. 1898, 1, 43. — Civ., 26 juin 1900, S. 1900, 1. 329. — Rouen, 16 juin 1890. S. 1892. 2, 309. — Douai, 23 mars 1878. S. 1878. 2, 305. — Lyon. 8 août 1873, S. 1874. 2, 105. — Guillouard, n° 242. — Huc, V, n° 101. — Baudry et Wahl, n° 339. — *Contrà :* Lyon-Caen et Renault, n° 1077. 4°. — Thaller, n° 754. — Chéron, *Ann. dr. comm.*, 1905. — Arthuys, *Soc.*, II, n° 817.

« une telle limitation n'est opposable aux créanciers qui ont contracté avec les administrateurs agissant au nom et pour le compte de la société qu'autant que ces créanciers l'ont accepté et ont ainsi restreint leur gage aux biens composant l'actif social »[1].

Par là elle admet que le créancier dans les rapports avec son débiteur peut accepter un gage limité. Ainsi la dérogation à l'art. 2092 est possible, mais elle suppose une clause du contrat même et non une déclaration générale de statuts de société. Et cela est très important vis-à-vis des créanciers pour délits.

Si l'on admet que l'art. 2092 n'est pas d'ordre public, il peut en résulter des conséquences intéressantes.

L'usage s'est introduit en Belgique de faire parfois le commerce sous une firme pour sauvegarder certains intérêts[2]. On peut se demander si l'adoption de la firme n'implique pas limitation tacite du gage aux valeurs constituant le fonds de commerce ou ses accessoires : créances, immeubles, etc,[3]. Je le croirai.

On peut admettre facilement que dans un syndicat d'émission la responsabilité des associés soit limitée à leur part[4].

Des parents peuvent constituer une dot payable seulement sur les biens communs.

829 bis. — Dans quelle mesure peut-on céder à un tiers un droit d examen sur ses propres affaires ?

Un débiteur peut valablement convenir que son créancier aura un certain droit d'investigation et de contrôle dans

---

1 V. de même Req., 21 fév. 1883, S. 1884, 1, 361, avec note de Labbé (v. spec., p. 363) et les arrêts de la note précédente sauf le dernier.

2 Bruxelles, 25 juill. 1895, *Rev. prat. des Soc.*, 1897, p. 86. — *Cf.* Hémard, *Nullités de sociétés*, pp. 32-33.

3 Dans cet ordre d'idées, la cour de Turin a jugé récemment qu'une société pouvait continuer à subsister même s'il n'y avait plus par suite de décès et de successions qu'un associé.

4 V. Le Roy, *Les syndicats d'émission*, th. Paris, 1914, p. 190.

ses affaires, notamment s'il lui a cédé partie de ses bénéfices[1]. Ceci peut même se combiner avec un monopole. Un agent d'engagements théâtral peut en prêtant des fonds à un directeur de théâtre se réserver le monopole du placement des artistes[2]. Mais il ne pourrait pas assurer au créancier un droit d'immixtion tel qu'il perdrait tout pouvoir sur son patrimoine. De façon générale, les droits de contrôle, d'autorisation de tiers ne peut être que limité.

830. — Le propriétaire, bien que libre de transformer sa chose, peut cependant promettre de ne pas le faire. On peut promettre de garder intact un immeuble ayant une valeur artistique, rappelant des souvenirs historiques, etc.

Mais la condition imposée sans motif raisonnable à un légataire de ne jamais démolir l'immeuble légué a été avec raison jugée nulle[3].

La condition serait toutefois plus facilement valable si elle était temporaire, car en matière de bail, l'art. 1723 implique qu'il peut être convenu que la chose ne sera pas transformée durant le bail.

831. — La liberté d'enchérir est un droit absolu qui ne doit pas être entravé. L'art. 412 Pén. fait même de cette entrave un délit[4].

Ainsi est nul tout contrat dont le but est d'y porter atteinte: la promesse d'une certaine somme contre une promesse de s'abstenir de soumissionner à une adjudication[5] ou de ne

---

1 Paris, 15 janv. 1914, S. 1915, 2. 19. — Rappr. en cas de concordat après faillite, Thaller et Percerou, II. 1702 *bis*. — Lyon-Caen et Renault, VIII, n° 1207 (pour les sociétés où l'immixtion est moins grave). V. cep. Thaller, n° 2206 *in fine*.

2 Paris, 1re ch., 21 fév. 1917, *J. Trib. Comm.*, 19. 233.

3 Rennes, 22 nov. 1864, S. 1865, 2, 97.

4 V. Garraud, *Droit pénal*, 1re éd., v. nos 411-414. — Garçon, *Code pénal annoté*, art. 412.

5 Paris, 12 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 33. — Toulouse, 26 mai

pas surenchérir[1], ou même la promesse de ne pas enchérir faite par des créanciers hypothécaires contre paiement d'une partie de leurs créances[2].

Mais les contrats entravant la liberté d'acheter qui ne visent pas celle d'enchérir sont valables. Ainsi est licite l'entente après une adjudication entre deux personnes amateurs de certains lots vendus de ne pas sous-acquérir de ces lots l'une sans l'autre pour ne pas se faire concurrence[3]. De façon plus générale, est licite la promesse de ne pas acheter tel immeuble, tel objet.

Les contrats n'empêchant pas d obtenir dans une adjudication le prix maximum : la convention entre l'exproprié et un tiers de lui payer partie du prix s'il achète dans certaines limites de prix, sont valables[4].

832. — Bien que l'art. 1967 Civ. valide le paiement des dettes de jeu fait volontairement, le jeu est une institution qui est socialement dangereuse. Aussi l'art. 410 Pén. punit.

1911, *Gaz. Trib.*, 27 sept. 1911. — Bruxelles, 5 mai 1904, Pas. 1904, 2, 236. — Trib. comm. Anvers, 19 fév. 1908, *Journ. Trib.*, 1908, 539. — Trib. comm. Bruxelles, 10 mai 1908, *Jur. comm. Bruxelles*, 1908, 314. — Demolombe, XXIV, n° 378. — Baudry et Wahl, *Soc.*, n° 75. — Guillouard, n° 53. — Houpin, I. n° 32. — Laurent, XXVI, n° 161. — Thaller et Pic, I, n° 424. — *Contrà :* trib. Tournai, 17 juin 1901, Pas. 1902, 3, 92. — Cf. Aubry et Rau, IV, p. 550.

1 Cass. Req., 5 août 1903, S. 1904, 1, 283 ; D. 1904, 1, 22, Pand. fr., 1904, 1, 214. — Lyon, 12 mars 1902, *Gaz Trib* 1902, 2e sem., 2, 140. — Bruxelles, 18 déc. 1907, Jur. comm., Flandre, 1908, 3355. — Trib. Vendôme, 31 juillet 1886, *la Loi* du 3 sept. — Beudant, n° 250. — V. cep. dans un cas spécial Chambéry, 12 août 1875, S. 1876, 2, 46.

2 Toulouse, 27 sept. 1911, *Gaz. Trib*,. 1911, 2e sem., 2, 261

3 Pau, 16 juin 1840, S. 1840, 2, 529. — Cf. dans des cas divers, Req., 23 juill. 1866, S. 1866, 1, 377 ; D. 1867, 1, 68. — Req., 18 mai 1868, D. 1869, 1, 316 ; S. 1868, 1, 283. — Req , 5 août 1870, D. 1872, 1, 243 (vente de gré à gré). — Amiens, 8 juin 1882, S. 1883, 2 134. — Civ., 16 avril 1889, S. 1889, 1, 324 (achat en commun). — Chambéry, 12 août 1875, S. 1876, 2, 56.

4 Cass. Turin, 27 mai 1910, *Giur. ital.*, 1910, 1, 1241.

il la tenue de maisons de jeux de hasard[1]. D'autre part, la promesse de payer une dette de jeu est nulle[2]. La jurisprudence allant plus loin considère comme illicite d'abord les contrats qui supposent la tenue d'une maison de jeu, ou le jeu pratiqué fréquemment, ensuite toute une série de contrats qui aboutissent à encourager le jeu.

Ainsi elle annule la vente d'une maison de jeu[3], la location d'une maison de jeu, à moins qu'elle ne soit l'accessoire secondaire d'un établissement licite : casino, théâtre, etc.[4], et cela surtout si le loyer varie d'après les recettes; la société pour partager les bénéfices du jeu[5], la substitution d'un fermier des jeux au directeur autorisé conformément à la

---

1 Cf. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 410. — Garraud, 1re éd., *Droit pénal*, V, nos 370-391.

2 Bufnoir, p. 539.

3 Pau, 31 janv. 1889, S. 1889, 2, 52; D. 1890, 2, 228. — Aubry et Rau IV, p. 555. — Baudry et Barde, I, n° 310. — Bufnoir, p. 517. Et peu importe que l'Administration ait autorisé cette maison de jeu. Ceci n'est plus exact aujourd'hui pour les maisons de jeux autorisées conformément à la loi du 15 juin 1907. — Cf. trib. Grasse, 5 avril 1911, *Gaz. Trib.* 1911, 2e sem., 2, 72. — Liège, 22 mars 1902, Pas. 1902, 2, 308.

4 Pau, 28 juin 1906, S. 1907, 2, 61; D. 1910, 5, 5. — Paris, 5 juin 1901, D. 1903, 2, 10, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 161. — Cass. belge, 4 juin 1903, Pas. 1903, 1, 275. — Trib. Tunis, 23 oct. 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, 2, 605. — Req., 1er juillet 1902, *Gaz. Trib.*, 3 juillet 1902. — Cf. trib. Seine, 27 mai 1907, Pand., fr., 1907, 2, 173. — Trib. Nice, 18 **nov.** 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 626. — Toulouse, 19 juill. 1900, *la Loi*, 13 nov. 1900. — Trib. Liège, 3 mai 1904, Pand. per., 1906, 366. — Planiol, II, n° 1009. — Cf. trib. Nice, 20 mai 1889, *Gaz. Trib.*, 6 juillet 1889.

5 Rouen, 17 mai 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 385. — Toulouse, 15 nov. 1897, *Gaz. Trib. Midi*, 15 déc. 1897. — Aubry et Rau, IV, p. 54. — Trib. Nice, 12 juin 1894, *Gaz. Trib.*, 11 août 1894. — Paris, 9 avril 1897, D. 1899, 2, 244. — Req., 3 mars 1875, D. 1875, 1, 277. — Paris, 5 juin 1901, D. 1903, 2, 10. — Trib. comm. Seine, 12 déc. 1906, *Journ. Trib. comm.*, 1908, 212. — Thaller et Pic, I, nos 425 et 426. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 71. — Trib. Riom, 11 nov. 1898, *Rec. Riom*, 1898, 133. — Toulouse, 15 nov. 1897, Pand. fr., 1898, 2, 30. — Paris, 19 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 1897, 2, 172, D. 1899, 2, 244.

loi du 15 juin 1907, fait que cette loi prohibe directement[1], le mandat en vue du jeu[2].

Allant plus loin, la jurisprudence admet que si un prêt a été fait à un joueur en vue du jeu, il n'est pas toujours valable. Il ne l'est que si le prêteur, même sachant la destination des fonds, n'avait dans le jeu aucun intérêt[3]. Si, au contraire, le prêteur devait participer au bénéfice du jeu, le prêt est nul[4]. Et la jurisprudence présume même qu'il en est ainsi lorsque le prêt émane du caissier ou du personnel

---

— Paris, 5 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 416; *Gaz. Trib.*, 1901. 2e sem., 2, 427. — Paris, 1er avril 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 158. — Trib. Nice, 20 mai 1889, *Gaz. Trib.*, 6 juill. 1889. — Paris, 31 juill. 1886, *Gaz. Trib.*, 28 août 1886. — Mais le fait de dissiper les sommes remises en vertu de ce contrat peut être un abus de confiance. Cass. crim., 12 nov. 1909, S. 1913, 1, 285, et la note en sens contraire. De même le commanditaire d'une maison de jeu autorisé a droit à des comptes, trib. comm. Seine, 28 mars 1912, *Gaz. Trib.*, 5 juin 1912.

1 V. Cass. crim., 29 fév. 1912, S. 1913, 1, 284; D. 1913, 1, 371. — Beudant, n° 250. — Trib. Charleroi, 12 janv. 1897, Pas. 1897, 3. 103

2 Req., 27 juillet 1869. D. 1871. 1, 230. — Civ., 15 nov 1864. D. 1865, 1, 224.

3 Agen, 25 janv. 1909, S. 1909, 2, 76. *Gaz. Pal.*, 1909 1. 324. — Cass. Req., 4 juill. 1892, S 1892, 1, 513; D. 1892, 1, 500, avec le rapport de M Le Pelletier. — Colmar, 29 janv., 1841, S. 1842, 2. 492. — Paris, 6 juill. 1882, D. 1884, 2, 95. — Douai, 8 août 1857, D. 1858 2, 46. — Trib. de Lyon, 21 fév. 1908, *le Droit*, 24 mars 1908 (prêt par un gros actionnaire de la maison de jeu). trib. Lyon, 22 juin 1905. *Gaz. comm. Lyon*, 28 nov. 1905. — Trib. Lyon, 4 juill. 1904, id., 25 oct. 1904. — Trib. Seine, 5 août 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 231. — Bruxelles, 29 janv. 1893, S. 1894, 4, 32. — Giorgi, III, n° 359. — *Contrà:* Massenti, *Riv. di dir. comm.*, 1907, II, p. 289.

4 Paris, 13 mai 1909, S. 1910, 2, 270. — Paris, 24 juill. 1903. *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 399. — Trib. d'Orange. 12 juin 1891. *Gaz. Pal* 1891, 2, 146. — Bordeaux, 30 avril 1888, *Rec. Bordeaux*, 1888, 1, 323.— Rouen, 8 fév. 1886, *Rec. Rouen*, 1886, 130. — Cass. civ., 15 nov. 1864, D. 1865, 1, 224. — Paris, 13 mai 1909, *Gaz. Pal.*, 1909. 2, 286. — Bordeaux, 17 juin 1907, *Rec. Bordeaux*, 1907, 1, 307. — Trib. Lyon, 27 janv. 1904, *Mon Lyon*, 16 juin 1904. — Paris, 24 juill. 1903. *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 2, 499. — Aix, 13 mars 1902, *France judic.*, 1902, 2, 206. — Trib. Seine, 15 mars 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 147 —

de la maison de jeu[1]. Toutefois certaines décisions refusent de présumer que le prêt fait par ce personnel est fait pour le jeu[2].

On a même jugé à l'étranger que le dépôt d'une somme entre les mains d'un tiers en vue du jeu était licite[3].

Et l'on a déclaré également nul la vente d'un matériel de jeu de petits chevaux[4]. Ce qui est exagéré à moins qu'il ne soit établi qu'il s'agit d'ouvrir une maison de jeu.

On a même parfois rejeté l'action en paiement de ses appointements exercée par l'employé d'une maison de jeu[5]

Trib. Seine, 9 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 237 (prêt par un joueur à un autre). — Paris, 16 janv. 1892, S. 1895, 2, 42; D. 1894. 2, 584. — Paris, 8 fév. 1917, S. 1918-19, 2, 60; D. 1919, 2, 17. — Baudry et Wahl, *Contr. aléat.*, n° 129. — Frerejouant du Saint, *Jeu et pari*, n° 69. — Cf. Laurent, XVI, n° 165.

1 Paris, 24 juill. 1903, Pand. fr., 1904, 2, 90. — Trib. Seine, 17 nov. 1905. Pand. fr., 1907, 2, 11, *Gaz. Pal.*, 1906, 1, 382. — Trib. comm. Seine, 3 avril 1906, *Gaz. Pal.*, 1906, 2, 29. — Trib. Versailles, 23 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1906. — Req., 4 juill. 1892, S. 1892, 1, 513; D. 1892, 1, 500. — Paris, 16 janv. 1894, S. 1895, 2, 42; D. 1895, 2, 584. — Trib. Seine, 17 nov. 1905, *Gaz. Trib.*, 1906, 1er sem., 2, 405. — Limoges, 26 avril 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 47. — Trib. d'Orange, 12 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 146. — Paris, 12 mai 1888, *la Loi*, 23 octobre 1888. — Bordeaux, 30 avril 1888, *Rec. Bordeaux*, 1888, 1, 323. — Trib. Seine, 18 avril 1885, *Mon. Lyon*, 18 sept. 1885. — Trib. Chambéry, 3 juill. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, suppl. 68. — Trib. Seine, 3 août 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 366 — Trib. Seine, 27 mai 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2 ,48.

2 Trib. comm. Seine, 23 mars 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 215. — Bordeaux, 8 mars 1909, *Rec. Bordeaux*, 1903, 4. — Trib. Seine, 17 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 1889, 2, 289. — Paris, 2 juill. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e, p. 29; D. 1884, 2, 95. — Trib. Seine, 5 août 1881, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 231.

3 Cass. Florence, 10 déc. 1901, S. 1904, 4, 11.

4 Pau, 28 juin 1906. D. 1910, 5, 5. Ceci n'est plus vrai aujourd'hui si le matériel est destiné à un établissement de jeu autorisé conformément à la loi du 15 juin 1907 et l'arrêt de Lyon, 25 nov. 1904, *Gaz. comm.*, 26 janv. 1905 rendu dans le sens de la validité, doit seul être observé aujourd'hui.

5 Riom, 5 mai 1904, *Rec. Riom*, 1905, 5. — Rouen, 1er mai 1905,

ou l'action par laquelle un directeur de maison de jeu cherche à recouvrer les sommes qu'il a chargé un associé de toucher des joueurs qui lui ont emprunté[1].

On a même été jusqu'à annuler les prêts qu'un banquier fait à un gérant de cercle lorsqu'il savait que les sommes prêtées étaient destinées au jeu[2]. C'est aller bien loin et dépasser ce principe qui seul peut servir de guide : la nullité pour des actes favorisant un résultat illicite est rejetée lorsque par là on atteindrait des tiers suffisamment honnêtes.

Cependant serait valable la société pour exploiter une maison de jeu à l'étranger, dans un pays où le jeu est légalement autorisé[3], car ici, on n'encourage pas le jeu en France.

Une autre solution a été donnée avec raison pour une société en vue de reprendre des billets d'une loterie, d'une société étrangère autorisée à l'étranger[4]. Mais c'est ici que le danger de la loterie, c'est-à- dire, du gain sans travail existe, même si la loterie est à l'étranger. Au premier cas le danger est là où est le jeu, au second il est là où est celui qui prend le billet.

Cette jurisprudence dont les limites sont un peu indécises nous fait saisir pour la seconde fois (v. *suprà*, n° 776) ce que la doctrine appelle d'ordinaire la confusion entre la

---

Gaz. Pal., 22 oct. 1905 *Rev. de dr. civil* 1905, p. 893. — *Contrà:* Trib. comm. Lyon, 10 nov. 1903, *Gaz. comm. Lyon*, 28 janv. 1904 (où la surveillance du jeu avait été faite provisoirement).

1 Paris, 1er avril 1895, *Gaz. Pal.*, 1895. 2. 158.

2 Trib. comm. Nice, 10 avril 1891, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1891.

3 Paris, 22 fév 1849. S. 1849. 2. 144. — V. aussi Pau, 30 juillet 1913. *Gaz. Trib.*, 1913. 2e sem., 2. 322. D. 1914. 2. 119. — Larombière, art. 1133. n° 41. — Baudry et Wahl, *Soc.*, n° 78. — Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 31. — *Contrà:* Paris, 31 mars 1849. S. 1849. 2. 464.

4 Trib. sup. des Deux-Ponts, 8 mai 1901. S. 1904. 4. 5. — V. cep. Req., 24 mai 1913. S. 1913. 1. 555; D. 1916. 1. 264. au cas où l'établissement doit avoir un caractère international. *Rev. de dr. civil*, 1914. p. 120.

cause et le motif, ce qui est plutôt le résultat d'une conciliation difficile entre buts opposés. La jurisprudence, sous l'empire de considérations si graves, qu'il est inutile de développer, tend à lutter contre le jeu, elle arrive, sous l'empire de ces forces sociales puissantes qui dominent le droit à annuler tout contrat qui favorise le jeu de façon évidente. Mais ce principe doit s'arrêter devant la nécessité de sauvegarder les intérêts des personnes d'honnêteté moyenne. La formule qui synthétise le mieux (bien qu'imparfaitement) cette situation mixte de la jurisprudence serait donc la suivante :

Est nul tout contrat qui favorise directement le jeu, à moins que la nullité n'aboutisse à atteindre des intérêts honnêtes.

Formule au contour vague, c'est certain, mais ici nous sommes en face d'une transaction, d'une solution mixte entre intérêts tout à fait opposés : la pleine sécurité que vise à protéger la théorie doctrinale de la cause et la préoccupation des résultats qui est l'inspiratrice première de la jurisprudence.

833. — De même que les contrats pour encourager le jeu, sont nulles les conventions pour faire naître l'espérance d'un gain à obtenir par la voie du sort. Il en est ainsi d'abord des loteries proprement dites (loi du 21 mai 1836 et art. 410 Pén., loi belge du 31 déc. 1841). Il en est de même d'autres opérations plus compliquées : contrat entre un marchand et une société pour que celle-ci rembourse aux clients du marchand les achats d'une journée par mois . Ou

---

1 Trib. comm. Marseille, 10 oct., 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2. 516. — Trib. corr. Seine, 24 juill. 1907, D. 1907, 5, 45. — Cf. Cass. crim., 9 janv. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 1, 249. — Paris, 5 fév. 1883, *France judic.*, 1882-83; p. 391. — Lyon, 24 juill. 1895, D. 1899, 1, 345. — Trib. corr. Seine, 25 août 1897, id. — Cf. Garraud, *Droit pénal*, V. n° 397. — *Adde*, trib. Marseille, 20 janv. 1914, *Gaz. Trib.*, 1914. 1er sem., 2, 423.

de prétendus concours où le hasard joue le rôle principal[1], Ou du contrat par lequel une personne cède une part d'obligation à lots, modifiant ainsi le régime des obligations à lots autorisées[2], ou des sociétés de capitalisation toutes apparentes[3]. De même sont nuls les contrats accessoires, favorisant la loterie : comme le nantissement des billets non placés[4].

Sont aussi nulles les opérations modifiant les conditions dans lesquelles des émissions de valeurs à lots sont autorisées[5], de manière à établir des loteries déguisées. On a même annulé les obligations souscrites pour négociations de billets d'une loterie étrangère[6].

---

1 Cass. crim., 21 mai 1908, D. 1909, 1, 135 (concours sur le nombre de grains de blé que contient un litre). — Douai, 23 juillet 1902, D. 1907, 5, 52. — Paris, 13 mai 1907, D 1907, 2, 205.

2 Crim., 10 fév. 1866, D. 1866, 1, 281. — Laurent, XVI, n° 146. — Cass. crim., 24 mars 1866, D. 1866, 1, 283 et 4 mai 1866, D. 1866, 1, 284.

3 Crim., 24 avril 1902, D. 1903, 1, 369, avec note de M. Thaller, S 1903, 1, 156. — Req., 18 déc. 1899, S. 1903, 1, 133, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 385. — V. de même des assurances compliquées de loteries, trib. Seine, 17 avril 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 634.

4 Bruxelles, 30 nov. 1885, Pas. 1886, 2, 11.

5 Crim., 9 déc. 1887, S. 1888, 1, 37; D. 1888, 1, 491. — Nancy, 1er déc. 1886, S. 1887, 2, 54; D. 1887, 2, 137. — Paris, 26 oct. 1886. Orléans, 20 nov. 1886, trib. Nontron, 18 août 1886, S. 1887, 2, 49. — Nancy, 1er avril 1886, D. 1886, 2, 231. — Crim., 31 janv. 1885, S. 1885, 1, 240, avec note de Labbé, D. 1886, 1, 182. — Crim., 8 juill. 1882, S. 1883, 1, 233, avec note de Labbé, D. 1883, 1, 89. — Besançon, 30 nov. 1882, S. 1883, 2, 111; D. 1883, 2, 32. — Crim., 10 fév., 24 mars, 4 mai, 1866, S. 1866, 1, 340; D. 1866, 1, 281. — Rouen, 5 janv. 1866, S. 1866, 2, 266; D. 1867, 2, 46. — Demolombe, XXIV, n° 379. — Aubry et Rau, IV, p. 551, note 9 *ter*. — Hémard, *Nullité de sociétés*, n° 32. — Beudant, n° 202. — Thaller et Pic, I, n° 174. — Bartin, p. 136. — Giorgi, III, n° 397. — Guillouard, *Vente*, n° 174. — Cf. Paris, 23 oct. 1882, S. 1883, 2, 111. — *Contrà:* trib. Seine, 12 avril 1866, S. 1866, 2, 266.

6 Paris, 5 juin 1829, D. v° *Obligations*, n° 584. — Cf. *suprà:* n° 788 et Pau, 30 juill. 1913, D. 1914, 2, 119.

834. — En ce qui touche les maisons de prostitution comme en ce qui concerne les maisons de jeu, la jurisprudence a bien cette idée que ces établissements ayant un caractère immoral, il faut déclarer nul tout contrat qui favorise la prostitution[1].

Elle tend donc ici, comme pour le jeu, à lutter contre des institutions dangereuses pour la moralité. Mais en même temps elle ne peut le faire que sous réserve de sauvegarder certains intérêts honnêtes ou à peu près : droit du propriétaire, droit du vendeur de marchandises, etc.

Mais bien qu'elle tire de là des conséquences importantes, ce n'est pas sa seule idée, car elle se rend compte qu'elle n'a que de bien faibles moyens pour lutter contre la prostitution. Il y a chez elle cette autre pensée qu'il s'agit d'institutions en marge de la légalité, à propos desquelles il est plus convenable de fermer tout accès aux tribunaux.

En conséquence la jurisprudence déclare nulle l'acquisition d'une maison de tolérance et de ses meubles[2], même

---

[1] V. not. Hémard, *Nullité de sociétés* n° 29. — Turin, 3 nov. 1917, *Giur. ital.*, 1918, 2, 30.

[2] Paris, 14 fév. 1889, D. 1890, 2, 189. — Req., 1er avril, 1895, D. 1895, 1, 263 ; S. 1896, 1, 289, avec note de M. Appert. — Douai, 24 déc. 1887, S. 1890, 2, 99. — Trib. Seine, 5 fév. 1867, D 1867, 3, 62 ; S. 1867, 2, 328. — Civ., 15 déc. 1873, S. 1874, 1, 421 ; D. 1874.— 1. 222. — Caen, 29 juill. 1874, S. 1875, 2, 298 ; D. 1875, 2, 127. — Amiens, 1er av. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 136. — Trib. comm. St-Etienne, 8 nov. 1906, *Gaz. Trib.*, 1907, 1er sem., 2, 254. — Trib. Beauvais, 3 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 499. — Trib. comm. Saint-Etienne, 22 juill. 1897, *Mon. Lyon*, 28 juill. 1897. — Poitiers, 9 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 1, supp. 54. — Trib. Dunkerque, 8 avril 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2. supp. 15. — Trib. Seine, 10 fév. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 366. — Trib. comm. Mâcon, 28 fév. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 390. — Trib. Anvers, 16 juill. 1874, Pas. 1875, 3, 98. — Liège, 14 nov. 1896, Pas. 1897, 3, 75. — Baudry et Barde, I, n° 310. — Laurent, XVI, n° 150. — Aubry et Rau, IV, p. 555. — Cf. Thaller et Pic, I, nos 422 et 434. Mais elle n'annule pas la vente d'un immeuble où s'exploite un établissement de prostitution. Rennes, 17 mai 1909, *Rec. Rennes*, 1909, 119.

si la nature de l'acte est dissimulée. Elle rejette l'action du vendeur pour rentrer en possession d'une maison de tolérance[1], ou pour rentrer en possession du mobilier vendu[2], sauf s'il est propriétaire de l'immeuble[3], l'action du tenancier contre un tiers pour le paiement des dépenses faites dans son établissement[4].

Les contrats qui favorisent indirectement l'acquisition ou le fonctionnement de maisons de tolérance sont déclarés nuls par une jurisprudence constante, jurisprudence à laquelle on reproche encore une fois de confondre la cause et le motif[5].

Celle-ci annule les prêts faits pour permettre l'acquisition de ces établissements[6].

Elle annule les locations faites en vue de l'établissement d'une maison de tolérance[7], même si, le bail ne mention-

---

1 Agen, 9 mai 1894, D. 1895, 2, 21. — *Contrà:* Trib. Empire Allemagne, 1er déc. 1891, D. 1893, 2, 11.

2 Riom, 30 nov. 1893, S. 1894, 2, 75.

3 Caen, 29 juill. 1874, D. 1875, 2, 127. — Ref. Bruxelles, 27 déc. 1905, Pas. 1906, 3, 33. — Douai, 24 déc. 1887, précité. Chose curieuse, ces arrêts rejettent l'action du vendeur en vue de reprendre le mobilier. Cela paraît injustifié.

4 Trib. paix Poitiers, 23 janv. 1860, D. 1860, 3, 40.

5 V. Baudry et Wahl, *Louage*, nº 126.

6 Cass. Req., 1er avril 1895, S. 1896, 1, 289, avec note de M. Appert, D. 1895, 1, 263. — Req., 17 juill. 1905, D. 1906, 1, 72; S. 1907, 1, 188. — Beudant, nº 219. — Cf. Civ., 15 déc. 1873: S. 1874, 1, 241.

7 Alger, 13 nov. 1893, D. 1894, 2, 528. — Trib. Seine, 11 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, suppl. 41. — Trib. d'Uzès, 17 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, 802. — Trib. Dunkerque, 8 avril 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 2, supp. 15. — Rennes, 21 fév. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 624. — Trib. Orléans, 31 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 270. — Bourges, 13 juin 1889, D. 1889, 5, 329. — Trib. Seine, 11 fév. 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, supp. 41. — Trib. Uzès, 17 fév. 1886, *Gaz Pal.*, 1886, 1, 802. — Trib. de la Seine, 4 fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 17 sept. 1910 (maison de rendez-vous). — Rennes, 17 mai 1909, *Rec. Rennes*, 1909, 119. — Trib. de Soüsse, 15 fév. 1907, *Journ. Trib. Tunisiens*, 1907, 487. —

nant pas cette circonstance, elle est parfaitement connue du bailleur. Ici elle traite donc de même façon la cause et le motif. Elle rejette l'action des domestiques d'une maison de tolérance en paiement de leurs gages[1], parfois même l'action d'un fournisseur contre le tenancier acheteur[2]. Elle rejette même l'action d une fille sortie d'une maison de tolérance en restitution des objets lui appartenant[3], ce qui est exagéré. Elle admet la diminution du prix de vente d'un fonds d'hôtelier, lorsque le vendeur recevait des filles publiques avec leurs amants[4].

Mais la jurisprudence a beau vouloir fermer la porte du prétoire à des procès de ce genre, elle a vu qu'elle ne le pouvait pas complètement. Il y a certaines nécessités, notam-

---

Paris, 26 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 132. — Angers, 29 mars 1897, *la Loi*, 12 avril 1897. — Trib. Toulon, 12 janv. 1899, *Gaz. Trib. Midi*, 4 juin 1899. — Trib. Rochefort, 29 nov. 1899, *la Loi*, 12 fév. 1900. — Amiens, 20 mars 1902, *Rec. Amiens*, 1902, 67. — Lyon, 24 sept. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 7. — Trib. Seine, 17 juill. 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2 538. — Trib. Dijon, 20 fév. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, suppl. 83. Rennes, 21 fév. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 624. — Trib. Orléans, 31 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 270. — Guillouard, *Louage*, n° 72. — Aubry et Rau, V, p. 276, note 10 *bis*. — Abello, *Locazione* I, n. 12. — Cf. Baudry et Wahl, I, n° 157. — Fubini, *Locazione, di cose*, I, n°s 202 et s. Limoges, 6 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 268, qui dit que la nullité ne peut être invoquée par le locataire. — Trib. Gand, 31 déc. 1879, Pas. 1880, 3, 206. — Trib. Anvers, 16 juill. 1874, Pas. 1875, 3, 98. — Rappr. trib. paix, Alger, 20 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900, 1, 279 (location en connaissance de cause à une fille publique). — Lyon, 1er mai 1890, *Mon. Lyon*, 5 juill. 1890, clause subordonnant une insdustrie illicite à la permission du bailleur.

1 Req., 11 nov. 1890, D. 1891, 1, 484; S. 1891, 1, 319. — *Contrà:* Huc, VII, n° 83.

2 Trib. comm. Seine, 1er mai 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1. 797. — Trib. Marseille, 7 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 266.

3 Limoges, 30 avril 1888, D. 1889, 2, 38. — Cf. trib. paix Alger, 3 avril 1901, *la Loi*, 9 mai 1901.

4 Paris, 2 janv. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 1, v° *Obligation*.

ment de ne pas atteindre des tiers qui ne sont pas malhonnêtes, et la propriété d'un bien ne peut être méconnue.

Dans les apports d'une femme qui se mariait, se trouvait une maison de tolérance. La cour de Grenoble, après avoir dit que l'estimation n'en valait pas vente, a bien dû admettre que la femme pouvait du chef de cet apport exercer une reprise[1].

On a du admettre de même que celui qui avait vendu des marchandises à un établissement de prostitution avait une action en paiement[2], ou que celui qui vendait l'immeuble où s'exploite cet établissement fait un acte valable[3], que celui qui avait loué l'immeuble pour une maison de tolérance pouvait se le faire restituer[4] et obtenir une indemnité pour préjudice s'il était dégradé[5].

A plus forte raison l'assurance contre l'incendie d'une maison de tolérance est valable, ne tendant pas à encourager la débauche[6].

---

1 Grenoble, 5 nov. 1895, D. 1896, 2, 253.

2 Trib. paix Boulogne-sur-Mer, 31 janv. 1913, *Gaz Trib.*, 1913. 1er sem., 2, 189. — Bordeaux, 6 fév., 1885, S. 1886, 2, 16. — Trib. Mâcon, 11 avril 1911, *Rec. Dijon*, 1911, 130. — Alger, 20 juin 1906. *Journ. Trib. Alger*, 20 oct. 1907. — Trib. comm. Saint-Etienne 20 avril 1899, *Gaz. Pal.*, 1899, 1, 604. — Alger, 22 fév. 1898, *Rev. Alger*, 1898, 111. — Trib. comm. Seine, 22 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 2, 294. — Paris, 2 fév. 1886, *Loi*, 2 mars 1886. — Lyon, 31 juill. 1885. *Mon. Lyon*, 10 déc. 1885 (vente de mobilier). — Rouen, 24 juin 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2e sem., 477. — Trib. Seine, 8 nov. 1904. Gaz. Pal., 1905, 1, 122 (installation d'électricité). — Baudry et Barde, I nº 313. — *Contrà :* trib. comm. Seine, 1er mai 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, nº 313. — Trib. comm. Marseille, 7 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 266. 1, 266.

3 Rennes, 17 mai 1909, *Rec. Rennes*, 1909, 119.

4 Amiens, 20 mars 1902, *Rec. Amiens*, 1902, 67. — Trib. Orléans, 31 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 270. — Trib. d'Uzès, 17 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 802. — Mais on n'admet pas la revendication du mobilier, trib. d'Uzès, 17 fév. 1886, précité.

5 Angers, 3 janv. 1899, *la Loi*, 11 janv. 1899.

6 Amiens, 4 juill. 1901, Gaz. Trib., 1902, 1er sem., 2, 45, *Gaz. Pal.*,

835. — Le succès d'une affaire commerciale, d'un spectacle, etc., ne doivent être obtenus que par des moyens normaux, licites.

La jurisprudence appliquant ce principe très strictement a longtemps jugé que « le contrat de claque » par lequel une personne s'engage à assurer des applaudissements était illicite[1] Mais cette solution était exagérée, la claque pouvant être nécessaire pour encourager les acteurs, vaincre une sorte de nonchalance du public à applaudir. Aussi plus récemment a-t-on considéré le contrat de claque comme licite[2]. Cela est d'ailleurs naturel avec l'importance prise par la réclame sous toutes ses formes.

Il faudrait de même déclarer licite le contrat par lequel sans fraude, sans affirmations déloyales une personne promettrait de faire valoir une invention, une découverte, de lancer un emprunt, une émission quelconque, dans des articles de journaux, des conférences, etc.[3]. Mais il en serait autrement si la campagne de publicité visait à permettre de véritables délits, à faire des articles mensongers[4].

La jurisprudence a même déclaré illicite la convention

1901, 2, 645 et sur pourvoi. Cass. Req., 4 mai 1903, S. 1904, 1, 505, Pand. fr., 1904, 1, 285.

1 Lyon, 25 mars 1873, D. 1873, 2, 68; S. 1873, 2, 179. — Trib. comm. Seine, 27 juin 1896, S. 1896, 2, 286, reformé en appel, le 5 avril 1900. — Paris, 3 juin 1839, P. 1840, 1, 700. — Paris, 4 avril 1840, S. 1840, 1, 700. — Paris, 23 juillet 1853, D. 1853, 5, 450 et 8 août 1853, S. 1853, 2, 499; D. 1853, 5, 450 — Aubry et Rau, IV p. 545. — Demolombe, XXIV, n° 334. — Bufnoir, p. 542. — Beudant, n° 192. — Baudry et Barde, I, n° 312. I. — Seferiadès, *Théorie de la cause*, th. Paris, 1897, p. 119.

2 Paris, 5 avril 1900, D. 1903, 2, 79; S. 1900, 2, 144. — Planiol, II, n° 1009. — Fournet, *Courtage matrimonial*, thèse Dijon, 1908, p. 163. — *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 884.

3 Trib. comm. Seine, 4 mai 1910, *Journ. Trib. comm.*, 1912, 27 convention pour lancer un produit près des médecins). — Trib. comm. Lyon, 16 fév. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e partie, 398.

4 Trib. Seine, 12 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 40. — Trib. comm. Lyon, 16 fév. 1883, précité.

entre un candidat et un journal qui s'engageait à soutenir sa candidature et à mettre le journal à sa disposition, la défense d'une candidature ne devant être l'objet d'aucune influence[1]. De façon plus générale, toute entreprise de succès politiques par campagnes de presse, conférences, affiches, etc., doit être considérée comme illicite, si elle a pour but d'exercer une véritable pression.

Mais il faudrait par contre, comme dans le cas précédent, déclarer licite l'entreprise de succès pour une réforme politique, fiscale, etc., ou une institution donnée, si toutefois cette campagne, pratiquée par les journaux, les affiches ne devait pas faire emploi de moyens diffamatoires ou mensongers.

836. — Faut-il considérer comme illicite le contrat dit boule de neige, c'est-à-dire celui par lequel une personne obtient contre versement un titre auquel adhèrent des coupons de valeur égale à la somme versée, coupons destinés à être remis à des tiers, qui en faisant un versement permettront au premier d'obtenir des marchandises pour un prix égal, ces tiers recevant lors de leur paiement un titre semblable au premier et qu'ils pourront utiliser de la même façon.

La jurisprudence a été très divisée sur la question[2].

M. Sraffa a excellemment montré que l'opération était nulle comme immorale dans son ensemble, parce que dans la majeure partie des cas, et très rapidement, le souscripteur ne pourra plus trouver d'adhérents, et cela indépen-

---

1 Trib. Rodez, 6 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 1895, 1, 63.

2 V. dans le sens de la nullité, trib. Lille, 15 janv. 1900, S. 1904, 2, 49 : D. 1900, 2, 239, avec note de M. Wahl. — Trib. Seine, 19 nov. 1901, S. 1904, 2, 49. — Genève, 18 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 28 oct. 1901. — Trib. paix Paris 4 oct. 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, 436. — Sraffa, *Les boules de neige*, *Revue de droit civil*, 1906, p. 321. — Cf. Demogue, *Revue de droit civil*, 1904, p. 413. — Acher, *Revue générale de droit*, 1905, p. 126. — *Contrà :* trib. comm. Roubaix, 12 mai 1900, S. 1904, 2, 49. — Trib. comm. Seine, 20 juill. 1901, *eod. loc.*

demment de toute mauvaise foi de la part de l'émetteur, de sorte que le résultat de l'opération devient dérisoire.

Cette argumentation et la solution qui en découle et qu'ont admis les tribunaux civils montrent parfaitement comment on comprend aujourd'hui, en pratique, la cause illicite. Envisagée isolément, chaque promesse correspond ici à une promesse de l'autre partie : on fait un versement donnant droit à des marchandises si des tiers viennent à leur tour faire la même opération. Mais si l'opération, au lieu d'être décomposée pièce par pièce, est envisagée pratiquement, dans son ensemble, dans son utilité sociale, son résultat final apparaît. On voit que fatalement elle aboutit à une perte, que le droit aléatoire concédé est opprimé par de telles chances de non réussite, qu'il est préférable de le tenir pour inexistant. L'opération enfin amène des convoitises irréalisables, produit des lésions choquantes.

L'opération dite boule de neige apparaît donc comme la manifestation très nette de la conception de l'utilité sociale du but de l'acte juridique, substituée par la jurisprudence à la notion étroite de la cause : mobile le plus immédiat de la promesse, envisagé en lui-même dans son existence et son opposition directe, matérielle à la loi et aux mœurs[1]. Celui qui passe le contrat de boule de neige commet un véritable détournement de son pouvoir de contracter.

837. — C'est également en se basant sur l'idée de but que la jurisprudence la plus récente et la doctrine arrivent à distinguer les effets de commerce purement fictifs ou effets de complaisance qui sont nuls[2] et avec eux la société qui

---

1 V. sur les dangers de cette opération et les mesures prises par les cantons suisses : Chenevard, *Concurr. déloyale*, II, p. 735. — Cf. trib. Seine, 10 janv. 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 253, qui déclare le fait escroquerie.

2 V. comme admettait même leur validité. Wahl, note dans S. 1900, 2, 153 et 1, 163. — Cf. Thaller, D. 1897, 2, 385. — Meynial, S. 1891, 2, 89. — Thaller et Pic, I, n° 434. — Pour la nullité v. Req. 30 mai 1883, S. 1884, 1, 154; D. 1884, 1, 292. — Req., 18 oct. 1886,

aurait été créée pour en émettre le serait aussi[1], et les effets dits de circulation ou actes de complaisance où l'effet sans répondre à la situation véritable a cependant une raison d'être admissible, devant servir de base à un escompte qui sera ensuite renouvelé pour une autre lettre[2], ou devant servir à secourir une personne gênée[3].

On a bien discuté et dit que l'effet de complaisance est sans cause, puisqu'il ne repose sur aucune dette antérieure[4]. A quoi on répond qu'il y a une cause : la promesse du tireur de faire les fonds à l'échéance, ou la réciprocité établie entre les deux personnes qui tirent l'une sur l'autre. Cela est

---

S. 1886, 1, 470. — Bordeaux, 6 mars 1868, D. 1870, 1, 102. — Req., 31 janv. 1849, S. 1849, 1, 161. — Trib. comm. Seine, 16 août 1877 et Trib. comm. Amiens, 9 avril 18-8, S. 1879, 2, 44 en note. — Bordeaux, 10 mars 1903, S. 1903, 2, 243. — Paris, 9 août 1904, S. 1905, 2, 144. — Grenoble, 21 mai 1901, S. 1903, 2, 214. — V. l'évolution de la jurisprudence dans Roche. *Effets de complaisance*, th. Bordeaux, 1911, p. 38. — Wallher. *Crédit par acceptation*, th. Paris, 1910, p. 200.

1 Amiens, 4 mai 1878, S. 1879, 2, 44. — Hémard. *Nullité de Sociétés*, n° 34. — V. cep. Amiens, 9 janv. 1903, S. 1903, 1, 241. — Bufnoir, p. 537. — Baudry et Barde; I, n° 303.

2 V. Lacour. n° 1337. — Thaller, n° 1436. — Caen, 30 mai 1899, S. 1900, 2, 163. — Trib. comm. Nantes, 24 août 1912, *Gaz. Pal.*, 1913, 1. v° *Eff. de commerce*, n° 22. — Cass. Req., 17 nov. 1909, *Gaz. Trib.* 1909, 2e sem., 1, 220, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 588 et les réquisitions de M. Feuilloley. — Amiens, 10 mars 1903, S. 1903, 1, 241, avec note Hémard. Nancy, 18 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 646. — Lyon, 30 mars 1897, D. 1897, 2, 38, : S. 1900, 2, 153, et les nombreuses décisions citées par M. Wahl, S. 1900, 2, 155 ,col. 2. — Cf. trib. du Puy, 13 août 1908, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1908.

3 Cf. trib. comm. Honfleur, 24 août 1898, S. 1900, 2, 163. — Amiens 9 janv. 1903, S. 1903, 2, 241, avec note de M. Hémard. — Cass. Req. 17 nov. 1909, S. 1913, 1, 297. — Req., 10 janv. 1898, D. 1899, 1, 197. — Bourcart, sous Cass., 25 avril 1910, S. 1913, 1, 265. — V. Hémard *Effets de complaisance*, p. 56. — Lyon-Caen et Renault IV, n° 537.

4 Colin et Capitant, II, p. 316. — Dramard, *Effets de complaisance* p. 12. — Cazal, *Actes simulés*, th. Montpellier, 1897, p. 139. — V. sur la question dans le sens de la nullité, Hémard, *Effets de complaisance*, th. Paris, 1900.

surtout vrai de la lettre de change, où le tireur s'engage à raison de ce qu'il reçoit du bénéficiaire et où l'acceptation du tiré est étrangère à la formation du contrat.

On a parlé de fausse cause[1]. Mais il n'y a nullité que si la cause est erronée et non si elle est simulée.

On a parlé de cause illicite : l'effet étant contraire à l'honnêteté commerciale. On a argumenté assez faiblement de l'art. 585 Comm.[2] car celui-ci suppose une faillite. On a dit avec plus de raison le tireur commet un abus de crédit[3]. M. Wahl répond que c'est confondre la cause et le motif. Mais ne le fait-on pas bien souvent en pratique ?

Les arguments positifs en faveur de la validité sont faibles. On dit que la lettre de change est un contrat formel Mais c'est bien négliger l'importance donnée par la loi à la provision. M. Perroud a analysé finement l'opération en y voyant un acte ostensible avec une contre-lettre qui ne serait pas opposable au tiers de bonne foi[4].

Nous dirons donc l'effet est valable s'il a soit une provision, soit une explication honnête dans l'état des faits[5].

Mais quand existera-t-elle ? A quel critérium distinguer l'effet nul et l'effet valable Ce sera une question de fait. Il faudra voir la situation réelle des parties. Sont-elles solvables et simplement génées momentanément, ou sont-elles des insolvables agissant par fraude[6] ?

838. — La jurisprudence apparaît donc directement dominée par l'idée de but puisqu'elle condamne, d'abord les actes juridiques dont le résultat direct est de produire la situation que la loi ou les mœurs jugent mauvaise,

---

1 Paris, 16 nov. 1888, S. 1891 2, 89. — Nancy, 31 janv. 1893, S. 1893, 2, 95 (absence de cause).

2 Cazol, thèse citée, p. 140. — *Contrà :* Roche, pp. 53 et suiv.

3 Hémard, p. 53. — Dramard, n° 26.

4 *Les effets de complaisance*, *Ann, de dr. comm.* 1905, pp. 1 et suiv.

5 Rappr. Roche, p. 62.

6 Cf. Wallher, Les *crédit par acceptation*, th. Paris, 1910 p. 250.

ensuite la plupart des actes juridiques qui tendent indirectement à ce résultat.

Que faut-il admettre quant à la valeur des actes qui surviennent après que le résultat légal s'est produit et qui en atténuent les effets, ou de ceux qui surviennent après un résultat condamnable et le récompensent. La question de la valeur de ces actes est beaucoup plus discutée.

Les lois ouvrières disent que l'ouvrier a droit à son salaire entier, sauf retenue dont le maximum et les causes sont limitées. L'ouvrier, ayant eu le salaire mis à sa disposition, peut-il à ce moment consentir valablement des retenues dépassant le taux légal ?

Un ouvrier ayant droit à une indemnité après un accident peut-il au cours du procès engagé renoncer à ce que la procédure se poursuive ?

Sur la première question, la cour de cassation, après avoir déclaré nulle « toute convention aussi bien celle faite avant le paiement que celle qui lui est concomitante », et dit que le règlement intervenu entre le patron et l'ouvrier au moment du paiement ne saurait faire obstacle à la répétition[1], a, dans un arrêt plus récent, admis qu'il suffisait que le juge du fait constate la mise à la disposition du salaire et la renonciation de l'ouvrier à l'exercice de son droit[2]. A.

A. — *Formule d'acte*

Le compte entre M. X et son employé a été réglé d'un commun accord et arrêté à la somme de Cette somme a été immédiatement remise à lequel reconnaît l'avoir reçue en bonnes espèces.

Ensuite, étant donné les dettes de M. envers le sieur X son

---

1 Cass. civ., 21 juill. 1909, S. 1910, 1, 113; D. 1910, 1, 25, avec note de M. Tissier. — V. sur ce point Ambroise Colin, *Un arrêt inquiétant*, *Revue de droit civil*, 1909, p. 817 et 1910, p. 622. — Pic, *Législation industrielle*, p. 976. — Capitant, *Législation industrielle*. — Charmont, *Examen doctrinal*, *Rev. critique*, 1911, p. 322.

2 Civ., 1er juin 1910, S. 1917, 1, 417, avec note de M. Lyon-Caen et concl. de l'avocat général Merillon, D. 1910, 1, 297.

patron, dettes s'élevant à la somme de pour arriver à leur extinction, M. a lors remis la somme de dont il lui est donné quittance.

839. — En matière d'accidents du travail, l'ouvrier blessé peut évidemment ne pas réclamer d'indemnité, rester inactif[1] comme l'ouvrier valide peut ne pas toucher son salaire.

Mais la jurisprudence tend à annuler tout acte par lequel l'ouvrier fixe irrévocablement sa situation juridique autrement que par une conciliation devant le président du tribunal, acte prévu par la loi même.

Ainsi elle annule l'acquiescement au jugement, soit antérieur, soit postérieur à la décision[1].

Elle déclare également nul le désistement en cours d'instance[2]. Mais par une solution peu logique, elle admet le désistement de l'appel[3]. Elle invoque l'art. 22, al. 3 de la loi sur les accidents qui parle de désistement d'appel.

Pour introduire l'unité de vue qui doit exister entre les solutions de ces questions et la solution de la difficulté précédente, il faudrait décider de façon générale qu'il suffit que l'ouvrier ait été en fait de façon tout à fait libre, à même d'exercer ses droits, pour qu'il put ensuite y renoncer. Rien ne s opposerait à ce que son droit ayant été fixé par un jugement il n'acquiesçât ou ne renonçât à son appel. Pourvu qu'il ne renonce pas par avance au droit de se présenter au moins une fois en justice pour faire fixer son droit, son acte serait valable.

Nous dirons donc que le résultat légal ayant été obtenu, on peut faire un acte nouveau qui en fait en atténue les effets.

840. — Une question non moins délicate se pose lorsque les relations entre deux concubins ont pris fin. La donation faite à ce moment est-elle valable ?

---

1 Nancy, 27 juill. 1907, S. 1909, 2, 46. — Cass. civ., 30 mai 1906, S. 1907, 1, 385, avec note de M. Lyon-Caen.

2 Trib. Lyon, 27 nov. 1908, S. 1909, 2, 292; D. 1910, 2, 367.

3 Paris, 14 janv. 1908, S. 1909, 2, 46; D. 1910, 2, 367. — Douai, 9 janv. 1908, S. 1909, 2, 316; D. *eod. loc.* (sol implic.).

La jurisprudence admet en général que cette donation, récompensant des faveurs antérieures, est nulle, son but est en quelque sorte rétroactivement illicite.

Ainsi elle annule la promesse faite à une concubine pour obtenir son silence qu'imposait un mariage projeté[1] ou la promesse faite après toute cessation de relations[2].

Mais si la promesse faite s'explique par un dommage causé à la personne délaissée ou à son mari[3], par le désir de ne pas la laisser dans la misère[4], d'aider les enfants nés de cette union[5], il en est autrement. En effet, il n'y a plus

---

1 Aix, 23 janv. 1883, D. 1883, 2, 237. — Trib. Seine, 23 déc. 1910, *Gaz. Trib.*, 1911, 1er sem., 2, 244. Lyon, 28 juin 1910, *Mon. Lyon*, 3 juin 1910. — Nancy, 21 juin 1905, *Mon. de Lyon*, 25 oct. 1905. — Cf. Trib. Lodève, 19 juill. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 368 (promesse de faire un scandale). — V. cep. trib. Clermont-Ferrand, 19 juin 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 162.

2 Besançon, 19 mars 1862, D. 1862, 2, 58. — Bordeaux, 14 fév. 1912, *le Droit*, 10 mai 1912. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Req., 4 janvier 1897, D. 1897, 1, 126. — Bruxelles, 18 mars 1912, Pas. 1912, 2, 167. — Trib. Seine, 28 mars 1916, *la Loi*, 8 avril 1916.

3 Grenoble, 23 janv. 1864, D. 1864, 5, 254. — Caen, 9 avril, 1853, D. 1854, 2, 189. — Bordeaux, 14 fév. 1912, *le Droit*, 10 mai 1912. — Montpellier, 19 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 216. — Trib. Nivelles, 30 avril 1890, Pas. 1891, 3, 292. — Trib. Seine, 5 avril 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 142. — Trib. Bruxelles, 5 janv. 1892, Pas. 1892, 3, 284. — Liège, 31 déc. 1879, Pas. 1880, 2, 127. — Colin et Capitant, II, p. 318 — Cf. Paris, 5 janv. 1915, *Gaz. Trib.*, 1915, 2, 434. — Bastia, 31 juill. 1907, D. 1909, 2, 266. — *Contrà:* Gand, 1er mars 1893, Pas. 1893, 3, 188

4 Rennes, 7 mars 1904, *la Loi*, 19 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 487 D. 1905, 2, 305, avec note de M. Planiol, *Revue de droit civil*, 1904, p. 416. — Trib. Seine, 22 juin 1910, *Gaz. Trib.*, 1910, 2e sem., 2, 380. — Trib. Seine, 19 juin 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 162. — Trib. Audenarde, 6 mars 1903, Pas. 1904, 3, 101. — Bruxelles, 19 juin 1897, Pas. 1897, 2, 325. — Paris, 23 juill. 1914, D. 1918, 2, 53.

5 Trib. Seine, 28 mai, 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 2, supp. 37. — Req., 3 avril 1882, J. P., 1882, 1011. — Labbé, *Rev. critique*, 1883, p. 470. — Trib. Bruxelles 19 mars 1862, *Jur. Trib.*, 1re *inst.*, XI, 648. — Justice de paix Arlon, 22 avril, 1876, *id.* XXIV, 1205. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Trib. Clermont-Ferrand, 27 avril 1894, *Gaz. Pal.*

là rien d'un marché illicite. Aucun but immoral n'est poursuivi.

Par suite on valide la promesse faite par un père à la maîtresse de son fils pour l'indemniser et pour qu'elle quitte le pays[1].

Avec plus d'indulgence encore, on reconnaît que le prêt fait pour permettre de payer une dette de jeu est valable[2], à moins qu'il ne soit fait par une personne ayant un intérêt au jeu[3], ou encore que le mandat de payer une dette de jeu est valable[4]. Cela est en effet très juste. Du moment que l'acte n'est pas antérieur au jeu, qu'il n'a pas pour but d'encourager le jeu, mais qu'il intervient au contraire après le jeu, il n'y a plus rien d'illicite. Il vise au contraire à empêcher le déshonneur d'une personne, en faisant que ses dettes d'honneur ne restent pas impayées.

La question serait plus délicate si le contrat visait non pas une opération de jeu, mais un ensemble d'opérations de jeux, ou encore la direction d'un établissement immoral. Quel serait la valeur du prêt fait à l'acheteur d'une maison de jeu, d'une maison de tolérance pour lui permettre de la payer, ou du mandat de faire ce paiement ? Il nous semble que ce contrat, bien que s'appliquant à une opération déjà faite, encourage le jeu, l'immoralité plus que les actes précédents. La jurisprudence le déclarerait nul si le prêteur a

---

1894, 1, supp. 40. — Alger, 14 juin 1911, *Mon. de Lyon*, 18 sept. 1912. — Trib. Bordeaux, 28 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2 83. — Liège, 25 fév. 1875, D. 1876, 2, 49. — Luxembourg, 29 avril 1904. Pas. 1907. 4, 121.

1 Liège, 25 fév. 1875, Pas. 1875, 2, 318.

2 Req., 4 juin 1892, S. 1892, 1, 513. — Montpellier, 17 fév. 1910, *Mon. du Midi*, 1er mai 1910. — Trib. paix Lille, 27 juin 1887, *Mon. justices de paix*, 1887, 501. — Aubry et Rau, IV, § 386, note 7. — Laurent, XXVII, nº 221. — Cf. *suprà*, n. 832.

3 Trib. Seine, 23 mars 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 215. — Paris, 2 juill. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e p. 29.

4 Trib. d'Auxerre, 13 mars 1912, *le Droit*, 23 mars 1912. — Montpellier, 17 fév. 1910, *Mon. Midi*, 1er mai 1910.

eu connaissance de l'utilité spéciale de son prêt, ou le mandataire, du but de son mandat, Il faudrait donner à ces personnes une simple action en restitution de l'argent déboursé dans l'intérêt de l'acheteur.

841. — En dehors des règles précédentes qui dominent toute une série de contrats, il y en a de spéciales à certains d'entre eux, spécialement la société. Celle-ci devant offrir des garanties aux créanciers, la jurisprudence annule toute clause, toute opération qui rendrait illusoire cette garantie.

La loi considère comme essentiel ce qui forme la garantie des créanciers : les apports de chacun, le maintien du capital social.

Ainsi est nulle l'approbation d'un apport fictif[1], l'approbation d'un apport, pour lequel les apporteurs voteraient et formeraient la majorité[2], la société qui doit l'exploiter[3], la constitution d'une société d'assurance sans le capital minimum prévu par les textes[4].

Sont nuls les rachats d'actions par la société autrement que sur les bénéfices[5], car ce sont des diminutions du capital social.

---

1 Cass. Req., 17 janv. 1905, S. 1905, 1, 324. — Cass. Req., 24 juin 1887, S. 1887, 1, 407.

2 Cass. Req., 18 oct. 1899, S. 1901, 1, 81, avec note de M. Wahl. — Req., 6 nov. 1894, S. 1895, 1, 113, avec note de M. Lyon-Caen. — Paris, 9 mai 1904, *Journ. Soc.*, 1905, 85. — Arthuys, I, n° 352. — Thaller, n° 536. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 712. — Rousseau, I, n° 1891.

3 Trib. comm. Seine, 13 déc. 1897. *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 239.— Trib. comm. Seine, 29 nov. 1900, *Rec. Marseille*, 1901, 2, 26. Pour la même raison le prélèvement d'intérêts par les actionnaires en l'absence de bénéfices a fait difficulté, v. Thaller, *Journ. Sociétés*, 1884, p. 171 et D. 1900, 1, 369. — Arthuys, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1901, p. 321. —. Pannier, *Droit aux intérêts des mises en société*, *Revue pratique*, tome 47, p. 474. — V. en faveur de la clause, Civ., 8 mai 1867, D. 1867, 1, 193, avec note de Beudant. — Req., 6 mai 1868, D. 1869, 1, 232.

4 Paris, 4 avril 1881, S. 1881, 2, 102.

5 V. not. Cass. civ., 13 mai 1896, S. 1896, 1, 441 et les arrêts cités

Pour la même raison, sont nulles les distributions de dividendes fictifs, sauf s'il s'agit de sociétés par actions où l'art. 5, al. 1, de la loi du 24 juillet 1867, déclare les paiements non restituables.

La jurisprudence pousse même très loin l'idée que la société doit avoir un capital social, un objet possible[1].

On annule une société dont le capital est déjà presque absorbé au jour de la constitution[2], une société dont les apports sont illusoires[3], une société dont l'exploitation ne peut matériellement fonctionner[4].

842. — Il résulte de la nature de la théorie du but que son application est possible non seulement dans les actes à titre onéreux, mais encore dans les actes à titre gratuit[5], qu'il s'agisse de contrats de donation ou de legs.

La recherche du but ne peut toutefois être cherchée sur un terrain purement psychologique. Il faut que le but se rattache à un fait extérieur contrôlable : titre de parenté d'une personne[6], etc., et non cette idée que l'on a agi pour nuire à d'autres[7].

---

en note. — Paris, 13 avril 1880 et Grenoble, 26 janv. 1881, S. 1882, 2, 175. — Orléans, 5 août 1882, S. 1884, 2, 57. — Paris, 2 juin 1876, S. 1879, 2, 33, 2 arrêts. — Thaller, *Rev. critique*, 1883, p. 347. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 380. — Rapp. Cass. civ., 22 nov. 1869, S. 1870. 1, 55. — Cf. Bonfils, Revue critique, 1888, p. 434. Conséquences du rachat.

1 V. cep. trib. Lyon, 29 mars 1900, *Mon. Lyon*, 10 avril 1900, qui exige la certitude que la société ne peut fonctionner.

2 Trib. comm. Marseille, 22 août 1899, *Rec. Marseille*, 1899, 1, 392.

3 Trib. Seine, 2 nov. 1910, *Gaz. Trib.*, 23 nov. 1910.

4 Cass. civ., 30 juill. 1912, *Gaz. Trib.*, 1912, 2e, 1, 180.

5 V. not. Colin, note sous Cass., 2 janv. 1907, D. 1907, 1, 137. — Delachenal, *Influence exercée par l'art. 1110 sur la cause en matière de donation*, *Revue critique*, 1904, p. 596.

6 V. Rennes, 11 avril 1905, S. 1905, 2, 241 ; D. 1906, 2, 257 avec note de M. Planiol. — Rappr. Civ., 31 juill. 1861, S. 1905, 2, 241, en note.

7 Cf. Maury, *Notions d'équivalence*, I, pp. 219 et suiv. Nous hésitons toutefois à croire avec l'auteur qu'il puisse y avoir ici simple nullité relative à raison de l'art. 1110, al. 2. Que le même fait puisse

Si le but principal poursuivi est illicite, la donation toute entière est nulle[1]. Il en est de même s'il est erroné[2].

La loi ne veut pas que les enfants adultérins ou incestueux ou même naturels soient trop largement gratifiés (art. 908) Lorsqu'un enfant illégitime non reconnu reçoit une libéralité, si le but poursuivi est de violer ce principe, la libéralité est nulle à concurrence de la partie pour laquelle on excède le maximum légal[3]. Mais il faut que le but poursuivi soit de violer la loi. Cela n'apparaîtra guère que si on déclare dans l'acte telle personne son enfant naturel[4]. Mais la jurisprudence la plus récente semble admettre que la preuve extrin-

---

être erreur sur la personne et établir l'absence de but valable (point que nous ne voulons pas discuter), une des nullités, la plus grave, absorbera l'autre.

1 V. Larombière, art. 1133, n° 54. — Rappr. Req., 13 juill. 1809, D. v° *Dispositions entre vifs*, n°244. — *Contrà:* Ferrara, *Causa illecita Mélanges Chironi*, I, p. 126, qui rejette toute nullité pour donation ayant une cause illicite sauf s'il y a *pretium stupri*.

2 Paris, 9 fév. 1867, S. 1867, 2, 129; D. 1867, 2, 195 (legs motivé par l'absence d'héritier).

3 Req., 31 juill. 1860, S. 1860, 1, 833; D. 1860, 1, 458. — Civ., 22 janv. 1867, S. 1867, 1, 49. — Req., 29 juin 1887, S. 1887, 1, 358; D. 1889, 1, 295, Pand. fr., 1887, 1, 245. — Amiens, 14 janv. 1864, S. 1864, 2, 11. — Aix, 5 janv. 1882, S. 1882, 2, 178. — Amiens, 16 mars 1843, sous Cass., 15 janv. 1846, S. 1846, 1, 721. — Civ. 7 déc. 1840, S. 1841, 1, 140. — Colin et Capitant, II, p. 319. — V. cependant pour la nullité totale, Larombière, art. 1131, n° 22. — *Contrà:* Massigli, *Rev. crit.*, 1883, p. 258 et Labbé, id., p. 473. — Cf. Delachenal, *Influence de l'art. 1110 sur la cause dans les donations*, id. 1904, p. 602.

4 V. Limoges, 27 fév. 1900, D. 1902, 2, 281. — Req., 6 déc. 1876, S. 1877, 1, 67. — Cass., 22 janv. 1867, S. 1867, 1, 49. — Cass. Req., 31 juill. 1860, S. 1860, 1, 833. — Amiens, 14 janv. 1864, S. 1864, 2, 11. — Req., 29 juin 1887, D. 1888, 1, 295; S. 1887, 1, 258. — Cass. Req., 6 déc. 1876, S. 1877, 1, 67. — Aix, 5 janv. 1882, S. 1882, 2, 178. — Cf. Labbé et Massigli, *loc. cit.* — Larombière, art. 1131, nos 20-21. — A. Colin, note dans D. 1907, 1, 137. — *Contrà:* Baudry et Barde, I, n° 315. — Seferiadès, th. citée, p. 175. — Cf. Bufnoir, pp. 543-546.

sèque est également permise[1]. Celle-ci ne devra, bien entendu être acceptée qu'avec prudence. L'opinion en elle-même nous semble à rejeter.

Dans le même esprit, il est admis en jurisprudence que si une donation n'a été faite que pour assurer l'exécution d'une convention de séparation amiable entre époux, elle est nulle[2], comme visant à frauder la loi.

A propos des donations imposées sous une condition illicite soit dès l'origine, soit devenue telle après un certain temps[3], une jurisprudence très ferme admet que dans certains cas on applique l'art. 900 Civ., c'est-à-dire que la condition est effacée[4]. Dans d'autres, au contraire, où le but principal a été l'exécution de la condition, tout est annulé[5].

---

1 V. pour plus de détails, *suprà*, n° 787 *bis*, v. Civ., 2 janv. 1907, D. 1907, 1, 137, avec note de M. Colin, S. 1911, 1, 585. — Colin et Capitant, III, p. 633. — *Revue de dr. civil*, 1919, p. 143.

2 Cass. civ., 2 janv. 1907, S. 1911, 1, 585, avec note de M. Wahl, D. 1907, 1, 137, avec note de M. A. Colin. — Colin et Capitant, II, p. 319. — Cf. *suprà*, n° 782.

3 V. cep. Besançon, 20 déc. 1893, D. 1899, 1, 159, qui dit que dans ce dernier cas l'art. 900 ne s'applique jamais, *contrà:* trib. Laval, 16 déc. 1892, précité. — Cf. Besançon, 27 fév. 1889, D. 1890, 2, 95. — Aix, 25 fév. 1880, D. 1880, 2, 249. — Douai, 16 janv. 1882, D. 1883, 2, 2. — Trib. Gray, 1er mars 1883, D. 1883, 3, 109.

4 Req., 8 mai 1901, Pand. fr., 1902, 1, 504. — Paris, 17 juill. 1913, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 41, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 160. — Req., 9 janv. 1909, D. 1913, 5, 35. — Civ., 20 fév. 1895, S. 1897, 1, 211. Cass. civ., 17 juill. 1883, S. 1884, 1, 305, avec note de Labbé et conclusions du procureur général Ronjat. — Cass. Req., 20 mai 1879, D. 1879, 1, 431. — Cass. Req., 29 juin 1874, S. 1875, 1 293. — Civ., 7 juill. 1868, S. 1868, 1, 435; D. 1868, 1, 446. — Req., 29 juin 1904, D. 1904, 1, 528. — Lyon, 28 juill. 1904, D. 1908, 2, 30. — Civ., 19 oct. 1910, D. 1911, 1, 463. — Nancy, 14 mai 1913, D. 1913, 2, 260. — Req., 20 nov. 1905, S. 1906, 1, 171. — Nîmes, 11 août 1891, S. 1892, 2, 70. — Req., 18 fév. 1891, S. 1893, 1, 11. — Besançon, 26 mars 1891, S. 1896, 1, 29. — Cass. civ., 23 juill. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 1, 97. — Colin et Capitant, II, p. 319. — Cf. Crouzel, *Fondement de l'art. 900*, *Rev. gén. de dr.*, 1882, pp. 131 et suiv.

5 Lyon, 27 janv. 1904, D. 1904, 5, 166. — Req., 9 mai 1905, D.

On considère que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. Et ce cas se présentera seulement si le juge estime qu'il en est ainsi. Peu importe que le donateur ait déclaré ou non que si la condition n'était pas accomplie tout serait nul[1].

Cette jurisprudence s'explique très bien si l'on reconnaît que dans certains cas où une donation est faite avec charges

---

1905, 1, 428. — Req., 12 mai 1909, D. 1910, 1, 291. — Pau, 2 janv. 1827, D. 1829, 2, 164. — Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, 2, 13. — Cass. Req., 3 juin 1863, S. 1864, 1, 269; D. 1863, 1, 429. — Lyon, 6 août 1884, D. 1886, 2, 121. — Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, 2, 13. — Douai, 30 oct. 1904, *la Loi*, 14 déc. 1904. — Civ. 3 nov. 1886, D. 1887, 1, 157. — Req., 29 juill. 1889, D. 1890, 1, 396. — Chambéry, 8 juill. 1891, D. 1892, 2, 137, avec note de M. Planiol. — Cass. civ., 17 juill. 1883, S. 1884, 1, 305. — Dijon, 7 déc. 1871, D. 1873, 2, 177. — Nancy, 10 déc. 1904, D. 1906, 2, 74. — Civ., 3 nov. 1886, D. 1887, 1, 157; S. 1887, 1, 241. — Req., 8 avril 1889, D. 1890, 1, 205; S. 1889, 1, 212. — Trib. Laval, 16 déc. 1892, D. 1894, 2, 158. — Trib. Cusset, 20 déc. 1888, D. 1892, 1, 456. — Paris, 24 avril 1907, S. 1907, 2, 200. — Douai, 15 janv. 1906, S. 1907, 2, 203. — Req., 8 mai 1901, S. 1902, 1, 8. — Civ., 20 nov. 1878, D. 1879, 1, 304. — Lyon, 6 août 1884, D. 1886, 2, 121. — Civ., 2 janv. 1907, S. 1911, 1, 585, avec note de M. Wahl. — Req., 29 janv. 1896, S. 1897, 1, 136. — Civ., 19 oct. 1896, S. 1898, 1, 350. — Dijon, 11 juin 1896, S. 1899, 2, 142. — Civ., 28 juin 1887, S. 1889, 1, 99. — Dijon, 22 janv. 1885, S. 1887, 1, 244. — Cass., 29 juill. 1889, S. 1890, 1, 104. — Aix, 25 fév. 1880, S. 1882, 2, 97, avec note de Labbé. Paris, 17 juill. 1913, Gaz. Pal., 1914, 1, 325. Même il peut y avoir deux causes déterminantes. Req., 29 nov. 1892, D. 1893, 1, 81, avec note de M. Planiol. — Aubry et Rau, 4e éd., VII, p. 290. — Larombière, art. 1172, p. 328. — Demolombe, *Donations*, I, p. 205. — Demante, IV, n° 16 *bis*, VII, 1°. — Colin et Capitant, III, p. 639. — Cf. Dubreuil, *Mobiles dans les contrats*, p. 113. Faut-il entendre par conditions contraires aux mœurs uniquement celles atteignant la liberté religieuse, comme le présisait la loi du 5 sept. 1791, titre 2, art. 32 ? V. sur ce point Chobert, *Revue critique*, 1887, p. 392.

1 V. Cass. civ., 17 juill. 1883, *France judiciaire*, VIII, p. 73, D. 1884, 1, 156. — Paris, 23 juin 1892, D. 1892, 1, 379. — Lyon, 22 [illegible] s 1866, D. 1866, 2, 84. — Labbé, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1884, p. 644. — Cf. Cass., 23 janv. 1906, S. 1911, 1, 301.

il y a en réalité un contrat à titre onéreux[1]. M. Bartin qui accepte cette idée même si la charge ne représente pas toute la valeur de la donation; l'acte étant indivisible, en restreint cependant la portée et il ne voit un acte à titre onéreux que si le donateur a un intérêt à l'exécution de la condition. Mais il est obligé immédiatement de se contenter d'un intérêt moral. Cependant il maintient que cet intérêt ne peut se confondre avec celui du gratifié : comme si on ne pouvait pas désirer vivement imposer à une personne ce qu'on croit devoir être son bonheur.

Il se refuse à étendre cette théorie au legs, se rattachant à la conception classique que le legs, malgré l'acceptation qu'il exige, ne peut se ramener à un contrat[2]. Nous esti-

---

1 V. en ce sens Labbé, note Sir., 1884, 1, 305 et *Ex. doctrinal*, *Revue crique*, 1884, p. 641. — Nîmes, 22 janv. 1890, D. 1891, 2, 113; S. 1893, 2, 13. et note de M. Planiol (donation à une commune pour entretenir une école). — Req., 12 nov. 1867, D. 1869, 1, 528. — Req., 21 déc. 1869, D. 1870, 1, 308. — Cf. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 387. — Roux, *Revue critique*, 1908, pp. 111 et suiv.

2 p. 387, v. sur cette idée en sens contraire suprà, tome I. — V. P. Colin, *La cause*, thèse Paris, 1897, p. 123 (dans le même sens que M. Bartin), *contrà :* Civ., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217 et note de M. Planiol ; S. 1896, 1, 129, avec note de M. Meynial.— Trib. d'Orange, 30 déc. 1887, D. 1889, 3, 63. — Paris, 10 juin 1887, D. 1889, 2, 92 et 3 janv. 1890, D. 1892, 2, 215. — Req., 29 juill. 1889, D. 1890, 1, 396. — Trib. Seine, 10 nov. 1893, D. 1895, 2, 115 (legs en vue de rapports illicites). — Civ., 20 fév. 1895, D. 1895, 1, 473; S. 1897, 1, 211. — Besançon, 27 fév. 1889, D. 1890, 2, 95. — Req., 29 janv. 1896, D. 1896, 1, 573. — Req., 26 juill. 1889, D. 1890, 1, 396. — Civ., 3 nov. 1886, D. 1887, 1, 157. — Nancy, 10 déc. 1904, D. 1906, 2, 74. — Req., 9 mai 1905, D. 1905, 1, 428. — Rouen, 15 mai 1900, D. 1902, 2, 163. — Paris, 27 juill. 1897, D. 1898, 2, 112. — Cass. Req., 6 janv. 1909, S. 1910, 1, 341. — Cass. Req., 8 mai 1901, S. 1902, 1, 8. — Cass. Req., 17 fév. 1903, S. 1904, 1, 38. — Cass. Req., 17 juin 1905, S. 1906, 1, 174. — Dijon, 7 déc. 1871, D. 1873, 2, 177 (legs à charge de fondation). — Paris, 27 nov. 1877, D. 1878, 2, 188. — Civ., 17 juill. 1883, D. 1884, 1, 156. — Bourges, 13 fév. 1911, S. 1912, 2, 140. —

mons que cette théorie qui va à l'encontre des arrêts ne s'appuie que sur une construction technique du legs qui a fait son temps. Pour nous, la cause impulsive et déterminante domine même les legs[1].

La distinction des cas dans lesquels la libéralité subsiste sans la condition en vertu de l'art. 900 et de ceux où l'acte tombe tout entier est difficile. On peut cependant donner cette idée qu'il y a condition, donc application de l'art. 900 si la clause illicite a quelque chose d'accessoire. Il en est autrement si la clause est la raison d'être de la libéralité, le but principal du disposant.

843. — Ce que nous venons de dire nous permet une généralisation. La théorie de la cause ne vise pas seulement les contrats bilatéraux, elle vise les contrats unilatéraux comme la donation, le cautionnement, la constitution de gage ou d'hypothèque.

Elle vise aussi les actes unilatéraux : les legs, les renonciations, les acceptations bénéficiaires ou renonciations à succession. Si une personne frère du défunt, renonce à la succession pour faire arriver le grand père héritier réservataire et diminuer ainsi la part du légataire universel, le but illicite poursuivi directement peut entraîner nullité de cette renonciation.

Ainsi encore serait nulle la renonciation à servitude, la renonciation à succession, à communauté qui aurait été faite pour maintenir des relations de concubinage, payer un trafic d'influence, etc.

De même serait nul le testament dont le but direct ou indirect serait contraire à la loi ou à l'ordre public. Ici la

---

Cass. civ., 19 oct. 1910, S. 1911, 1, 207. — Nîmes, 11 août, 1891, S. 1892, 2, 70. — Toulouse, 4 nov. 1890, S. 1891, 2, 151. — Cass. civ., 22 déc. 1896, S. 1897 1, 397 (implic.).

1 C'est la jurisprudence, v. Paris, 11 août 1866, D. 1866, 2, 168, et les arrêts cités *suprà*.

jurisprudence a fait de ces idées des applications très remarquables. Elle a distingué dans les clauses des legs, celles qui sont de véritables conditions et qui sont atteintes par l'art. 900 Civ. qui efface simplement la condition et les clauses qui sont véritablement la cause du legs, où le testateur n'exerce pas cette pression mitigée qui résulte d'une condition, mais s'efforce d'amener le résultat illicite par le moyen du legs. Au second cas le legs tout entier est nul[1].

Par là, la théorie de l'utilité de l'acte, de sa cause, de son explication normale, si l'on préfère, rejoint la théorie de l'abus du droit, celle de la fraude à la loi, qui visent comme elle qu'un des aspects du caractère social du droit, qui comme elle expriment ce grand principe : on ne doit user des droits que dans un but non contraire à l'utilité sociale. Ce point sera d'ailleurs repris plus loin.

844. — La jurisprudence s'inspire toujours de l'idée d'explication normale de l'obligation lorsque la promesse faite ou la dation opérée par une personne n'explique qu'en partie de la promesse faite par l'autre[2], le surplus de la promesse étant sans cause ou ayant une cause illicite.

Ainsi s'il est constaté dans un prêt que le débiteur n'a reçu qu'une faible partie de la somme qu'il promet de restituer, la promesse du surplus est nulle[3].

De même si une reconnaissance est trouvée dans les papiers d'un défunt et signée de lui, si elle correspond pour partie à des avances de fonds et pour partie au désir de gratifier, ce qui est alors une donation non acceptée et révocable, elle est nulle pour cette partie[4].

---

1 V. *suprà*, n° 842.

2 V. Larombière, art. 1131, n° 4. A plus forte raison elle annule, si une promesse ne s'explique nullement. v. Cass. Req., 13 juin 1860, D. 1860, 1, 503; S. 1861, 1, 237. Vente sans intention d'exiger le prix à une personne insolvable.

3 Paris, 16 juill. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 155. — Trib. Seine, 13 août 1894, *Gaz. Pal.*, 1894, 2, 619.

4 Req., 17 juill. 1906, Pand. fr., 1907, 1, 36, D. 1910, 1, 286. —

De même si un assureur a promis de réassurer une mutuelle dont tous les bénéfices doivent aller à la réserve, de sorte qu'il n'a que des chances de pertes et non de gain, tout est nul[1].

Si on promet de restituer plus qu'on n'a reçu sans qu'il y ait cependant contrat usuraire, si la dette n'est prouvée qu'en partie, la promesse ne peut être considérée comme pleinement valable[2].

Larombière[3] fait aussi à tort rentrer dans la cause partielle ce qui n'est qu'un cas de lésion : la promesse d'un salaire exagéré à un mandataire. Mais en matière de cause partielle, il faut encore tenir compte d'assez nombreux textes spéciaux. D'après l'art. 1722 Civ., si la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit. Si elle est détruite en partie, on peut demander une diminution du prix, ou la résiliation du bail.

D'après l'art. 1619 Civ., en cas de vente d'immeuble, il y a lieu à diminution de prix pour défaut de contenance dès que le défaut de contenance dépasse un vingtième. Mais au cas de vente à la mesure, on ne doit que le prix calculé sur la surface livrée (art. 1617 Civ.). Ces textes nous permettent de donner les idées générales qui dominent ce qu'on peut appeler la théorie de la cause partielle.

Quant une prestation ne s'explique qu'en partie par les contre-prestations promises ou les circonstances de la cause, il y a lieu de voir quel est l'effet de cette cause simplement partielle. La loi ne peut pas tenir toujours compte de cette cause partielle, car ce serait alors tenir compte de

---

Charmont, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1911, p. 337. — Larombière, I, p. 284. — Cf. sur ces questions, Laurent, XVI, n° 159.

1 Cass. civ., 19 nov. 1889, D. 1890, 1, 293. — Huc, VII, n° 79.

2 Cf. Cass. civ., 25 juill. 1895, D. 1896, 1, 193, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 333. — Dijon, 4 juin 1897, Pand. fr., 1898, 2, 273. — Req., 17 juill. 1908, D. 1910, 1, 286.

3 Art. 1131, n° 3.

la lésion dans tous les contrats, ce qui serait dangereux (v. *suprà*).

Cependant, elle ne peut la négliger complètement.

De là un système mixte qui n'est pas toujours très net. Parfois à un ensemble de prestations s'oppose un ensemble de contre-prestations ou de circonstances se correspondant chacune à chacune, dans le temps ou dans l'espace, chaque journée de loyer s'oppose à une journée de jouissance de l'immeuble loué, chaque mètre d'un terrain vendu au mètre s'oppose à un certain prix. En ce cas, chaque prestation est liée à une contre-prestation. Il y a comme deux chaînes où chaque anneau de l'une est soudé à un anneau de l'autre. Il est conforme à l'intention des parties que si une prestation isolée ne peut se produire, celle correspondante tombe aussi. En effet, elle n'a plus ni subjectivement, ni objectivement d'explication plausible[1].

Au contraire, lorsque deux groupes de prestations et de contre-prestations se correspondent simplement bloc à bloc, vente d'un terrain de telle contenance pour un prix total location d'un appartement de tant de pièces pour tel prix si une des prestations disparaît, la loi hésite. Elle diminue le prix de location, le prix de vente. Mais, dans ce dernier cas, elle veut une différence du vingtième au moins. En outre, de façon générale, la loi autorise que les parties envisagent le contrat comme aléatoire, de sorte que l'une des prestations disparaissant l'autre reste. Ainsi, on peut vendre sans garantie de contenance, on peut stipuler que le fermier devra le fermage, même en cas d'absence de récolte (art. 1772 Civ.); si je donne le droit d'extraire de la pierre pendant dix ans, pour un prix total de 1.000 francs, on peut estimer que j'ai le droit de garder la somme même si, après plusieurs années, on ne trouve plus de pierre dans le terrain[2]. Ainsi donc, en cas de prestations se correspondant

---

1 *Cf.* Larombière, art. 1131, n° 7.

2 V. trib. comm. Nancy, 16 fév. 1914, *Gaz. Pal.*, 1914. 1. 328 vente

bloc à bloc, la question de savoir si l'une disparaissant l'autre reste due, est une question d'intention. Mais que faut-il présumer ? Sur ce point l'obscurité de la loi et de la pratique est profonde. Faute d'avoir vu la question d'ensemble, on a çà et là, des lambeaux d'affirmation.

Socialement la question doit se résoudre en déterminant où on veut placer les risques. Une législation favorable aux humbles fera peser l'échec plutôt sur le bailleur que sur le locataire, plutôt sur le prêteur que sur l'emprunteur. Mais qui préférera-t-elle de l'acheteur ou du vendeur ? d'un associé apporteur en jouissance ou de la société ?

Pratiquement la question, lorsque les textes ne la prévoient pas, est appelée à se résoudre comme question de fait, sur laquelle les juges du fait sont souverains. C'est donc aux contractants à rédiger leurs conventions avec assez de précision sur ce point.

Si un contrat a un but en partie licite, en partie illicite, comme une vente moyennant un certain prix et en outre une charge illicite, faut-il annuler le contrat pour le tout[1] ou le réduire ? Il nous semble que le juge en fait doit apprécier l'importance de la clause. Si elle a joué un rôle considérable, tout sera annulé. Sinon on effacera simplement la clause[2].

De même si des époux après séparation de biens rétablissent la communauté, mais avec des clauses différentes, malgré l'art. 1451, d'ailleurs assez mal rédigé sur ce point, il n'y aura nullité du rétablissement, même que si les époux ont entendu faire des clauses une condition essentielle du rétablissement[3].

---

moyennant redevance pendant dix-neuf ans d'une concession de licence pour un brevet devant tomber dans le domaine public au bout de deux ans).

1 V. en ce sens Larombière, art. 1133, n° 52.

2 Ce serait par exemple le cas d'une aliénation par une personne de ses biens présents et à venir.

3 V. Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 983. — Aubry et Rau, VIII, 5e éd., p. 244. — Planiol, III, n° 1202.

845. — L'obligation peut être nulle pour une raison qui vient à disparaître : un objet hors du commerce peut être remis dans le commerce après avoir été vendu ; un objet volé, introduit en contrebande qui a été vendu donne lieu ensuite à transaction entre le délinquant et le propriétaire ou l'administration des douanes[1]. En ce cas, la jurisprudence tend à admettre que le contrat sera validé. Ainsi une commune vend à un particulier des terrains militaires inaliénables. Plus tard, ceux-ci sont déclassés et rentrent dans le commerce. La commune les achète. La cour de Grenoble a admis en ce cas la validité de la vente faite au simple particulier[2].

En ce sens il a été décidé qu'une société étant illicite (entre agents de change) et devenant licite, sa nullité ne peut plus être demandée[3]. De même il faut considérer comme valable une société entre époux ratifiée après dissolution du mariage[4]. De même un contrat de mariage fait après célébration du mariage et exécuté volontairement après la fin du mariage se trouve inattaquable[5]. De même une clause de paiement en or n'est illicite que pendant le temps du cours forcé du billet de banque[6].

De pareilles solutions sont contraires à la stricte logique juridique, car l'acte visant un chose hors du commerce, un

---

1 Larombière, art. 1133, n° 38 admet bien cette solution pour le cas de contrebande, mais non pour celui de vol sous prétexte que dans ce dernier cas le délit subsiste. Il omet que la loi vise ici surtout à protéger le propriétaire.

2 Grenoble, 11 janv. 1864. D. 1866. 2. 18. L'arrêt, il est vrai, motive surtout au point de vue vente de la chose d'autrui. Mais le résultat est toujours là. V. une tendance contraire dans un arrêt de Gand. 19 juin 1873. Pas. 1873. 2. 341.

3 Paris, 12 juill. 1880, *Journ. Soc.*, 1880, p. 589. — Lyon-Caen *Ex. doctr.*; *Rev. crit.*, 1881. p. 275. — Baudry et Wahl, *Soc.*, n° 80.

4 Req., 6 juill. 1888. S. 1890. 1, 49 avec note de Labbé.

5 Req., 31 mars 1833. S. 1833. 1. 471.

6 V. *Revue de dr. civil*, 1920. p. 361 et *Journ. Notaires*, 1921. p. 137.

but illicite est nul, dit-on, de nullité absolue et ne peut être validé par un événement postérieur. Mais à côté de cette logique formelle, il y a là logique sociale qui s'inspire de l'utilité pratique. Lorsque la chose hors du commerce entre dans le commerce, lorsque l'utopie de la veille est devenue la vérité du jour, le contrat doit être validé, à condition que le fait nouveau n'ait pas trop tardé, car autrement ceux qui ont considéré le contrat comme nul seraient déçus, la sécurité serait atteinte. Sous cette réserve, la solution de la cour de Grenoble doit être approuvée et généralisée. Le contrat illicite devenant peu après licite, ou acquérant peu après un objet se trouve donc de ce jour-là rétroactivement validé. L'utilité sociale l'exige ainsi. On peut ajouter qu'il y a là une condition tacite[1].

A fortiori, si une obligation poursuit un but illicite, mais s'il est ajouté qu'elle ne produira effet que le jour où une nouvelle réglementation rendra ce but licite, elle est incontestablement valable[2].

De cette vue un peu spéciale, partons pour construire une théorie plus générale sur la sanction des obligations ayant un but illicite. L'obligation est bien en général nulle de nullité absolue. C'est le plus souvent la meilleure solution. Mais cela n'est vrai qu'avec des réserves qui peuvent varier suivant chaque cas. Giorgi[3] a déjà exposé que l'obligation illicite peut être telle à deux degrés divers. Au premier, aucune ratification n'est possible. Au second, celle-ci peut intervenir. Il y a là le germe d'une vue nouvelle en notre matière. L'acte contraire à la loi peut être simplement réductible comme le pacte d'indivision pour plus de cinq ans, la faculté de rachat pour plus de cinq ans parce que de cette façon on n'annule que dans la mesure où l'acte lèse l'ordre public.

---

1 V. Giorgi, III, n° 301.
2 Cass. civ., 16 mars 1863, S. 1863, 1, 232.
3 *Obbligazioni*, IV, n° 173.

Mais ces atténuations du système de la nullité ne vont pas jusqu'à faire dire qu'il n'y aura plus nullité si la situation contraire à la loi ne se produit plus par suite d'un acte d'un contractant, a-t-on dit. Ainsi une pharmacie étant vendue à un non diplômé, la nullité subsiste, bien qu'elle ait été revendue à un diplômé[1]. Il est malaisé de concilier cette solution avec le principe précédent. Il faut la rejeter.

Inversement un but licite peut devenir illicite. Cela s'est présenté : certains buts confessionnels devenant illicites. La jurisprudence a pensé que l'art. 900 devait s'appliquer pour les actes gratuits sauf si le but avait été la cause impulsive et déterminante[2]. Mais il a été soutenu que le contrat devait être toujours annulé[3]. Cela est certain au moins pour les actes à titre onéreux.

845 bis. — Le but illicite est d'ordinaire connu comme tel par toutes les parties. Exceptionnellement il peut ne l'être que d'une seule. Un déserteur, un insoumis s'embauche chez un patron de bonne foi pour se soustraire aux recherches. Lui seul connaît le but illicite. Le contrat est cependant nul[4].

846. — Le terrain sur lequel s'est placé la jurisprudence apparaît très nettement: elle entend, dans la mesure où elle le peut, frapper les actes illicites et atteindre les personnes qui s'en sont fait complices. C'est une véritable théorie de la complicité civile que les tribunaux ont bâti.

De là une conséquence : si elle atteint des tiers qui ont indirectement collaboré à un résultat illicite, elle relève comme essentiel qu'ils ont connu le but illicite poursuivi.

---

1 Rouen, 24 déc. 1901, D. 1902, 2, 397; S. 1902, 2, 237, *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 878.

2 Civ., 19 oct. 1896, D. 1898, 1, 604; S. 1898, 1, 350. — Cf. Baudry et Colin, I, n° 159.

3 Colin et Capitant, III, p. 642.

4 *Cf.* trib. Fontainebleau, 24 nov. 1916, *Gaz. Trib.*, 1916, 2, 603. *Revue de droit civil*, 1917, p. 166. — *Contrà:* trib. Seine, 18 déc. 1918, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 38, *Revue de dr. civil*, 1919, p. 531.

Un prêt pour achat de maison de tolérance n'est nul que si le tiers prêteur connaissait la destination des fonds. Il en sera de même pour le cautionnement fait par un amant pour sa maîtresse. Le tiers devra connaître le but de ce cautionnement[1].

Cette idée de complicité dans les rapports avec les tiers aurait dû conduire à permettre ou non de leur opposer le défaut de cause ou la cause illicite suivant qu'ils sont ou non de mauvaise foi.

La jurisprudence ici encore a dû s'arrêter dans la déduction logique de son système devant les principes ordinairement admis.

Le défaut de cause ou la cause illicite sont pleinement opposables au cessionnaire de la créance, fut-il de bonne foi[2]. C'est le principe classique : *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*. Au contraire, si la convention illicite a donné lieu à la création d'un titre à ordre, étant donné le principe de l'inopposabilité des exceptions dans les titres à ordre, le débiteur devra payer, sauf à se faire rembourser ensuite par son cocontractant.

Ce principe de l'inopposabilité des exceptions produit ici de très importantes conséquences.

D'abord si la créance sans cause ou sur cause illicite a donné lieu à la création d'un titre à ordre, le vice de la cause ne peut être opposé au tiers porteur de bonne foi[3]. On a même jugé que des obligations au porteur ayant été imprimées, un tiers les détenant de bonne foi pouvait en

---

1 Trib. Tenremonde, 15 avril 1859, *Belgique judic.*, 1859, 1037. — V. aussi trib. Nantes, 23 juin 1845, D. 1845, 4. 377 (billet pour part d'un office mis en société). Sur ces points, v. *suprà*, nos 790, 834.

2 Req., 20 août 1862, D. 1863, 1, 150. — Trib. Seine, 3 mai 1895, *le Droit*, 1er oct. 1895.

3 Civ., 29 mars 1887, D. 1887, 1, 451. — Civ., 4 août 1852, D. 1852, 1. 300. — Civ., 18 mars 1850, D. 1850, 1, 166. — Lacour, no 1248.

réclamer le montant même si la société n'avait reçu aucune souscription[1].

847. — La théorie de la cause avec ces effets limités se rapproche un peu de la théorie du droit allemand de l'acte abstrait.

Le code civil allemand (art.. 780 et 781) reconnaît à la suite du droit commun allemand l'acte abstrait et le contrat de reconnaissance de dette.

Il le fait en disant que « tout contrat par lequel une prestation est promise de telle manière que la promesse doit fonder par elle-même l'obligation, exige pour sa validité... que la promesse soit délivrée sous forme écrite ». Il y a là un mode de s'obliger indépendant, la dette se prescrira par le délai ordinaire[2]. Mais le débiteur pourra attaquer l'obligation pour cause illicite, ou s'il y avait enrichissement sans cause du créancier légitimant une *condictio indebiti*[3].

A côté le code place la reconnaissance de dette dont l'art. 781 dit : « tout contrat par lequel est reconnu l'existence d'un rapport d'obligation, exige pour sa validité que la déclaration de reconnaissance soit délivrée sous forme écrite. » Cette reconnaissance vient d'une dette préexistante, mais ce n'est pas un simple aveu, simple mode de preuve, ni un contrat relatif à la preuve. Windscheid qui a repris et précisé sur ce point les idées de Bähr[4] indique que l'on ne peut attaquer le titre que par *condictio*.

Dans cette théorie de l'acte abstrait, l'acte n'est sans doute pas pleinement détaché de sa cause, en ce sens qu'il

---

1 Req., 27 mai 1913, D, 1913, 1, 529, avec note de M. Lacour, S. 1916, 1, 153.

2 Sur la promesse abstraite, v. Saleilles, *Obligation*, nos 260 et suiv. Bufnoir, *Bull. Soc. de législat. comparée*, 1871-72, p. 178. — Rivier, *Revue de droit international*, 1872, p. 180.

3 Saleilles, *Obligation*, n° 266.

4 Pandekten, § 412, a note 2 ,et b note 1. — Bähr, *Die Anerkennung als Verpflistungs grund*. — V. Saleilles, Théorie de l'obligation, n° 264.

a toujours une raison d'être subjective, mais objectivement il se sépare de sa cause[1]. Ce qui est l'important.

Il y a alors une présomption inattaquable de validité de l'obligation, le consentement lie à lui seul, à moins de prouver l'enrichissement sans cause et la *turpis causa*[2]. La cause, comme dit Coviello, n'a donc ici qu'un effet indirect. Le débiteur peut bien invoquer le vice de la promesse abstraite elle-même : dol ou violence, mais non le vice de la dette antérieure.

La promesse abstraite est-elle admissible en droit positif dans les législations qui gardent le silence comme la nôtre? La question a été soulevée en Italie. Messina[3] prétend que l'art. 1119 Civ. italien qui correspond à notre art. 1131 ne l'exclut pas, et qu'il admet aussi bien la cause formelle que la cause réelle. Cette opinion est évidemment en opposition avec les précédents historiques. En outre, on a fait valoir que les *condictiones* n'existent pas en droit moderne. L'argument est plus faible, car rien n'empêche de les admettre. Ne le fait-on pas parfois implicitement[4].

La question qui, non prévue par les textes, doit surtout se résoudre d'après les besoins pratiques, se pose en réalité de la façon suivante.

---

1 V. Ferrara, *Sul concetto dei negozii astralti*, *Riv. di diretto commerciale*, 1904, p. 281. — Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 252.

2 V. Bufnoir, p 558. — Saleilles, *Obligation*, nos 259-266. — Planiol; II, n° 1046. Pour préciser on a même proposé en 1871 au Congrès des jurisconsules allemands de n'admettre l'exception que dans les cas donnant lieu à une condictio. — Bufnoir, *Bulletin de la société de leg comparée*, 1871, p. 184. — Rivier, *Revue de droit international*, 1874, p. 327. — Ferrara, *Sul concetio dei negozii astralti*, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. 281. — *Trad. offic. civ. allemand*, II, Coviello, *Dir. civ.*, p. 400.

3 *Contrib. alla dottrina della confessione*, pp. 108 et suiv. — V. aussi Barassi, *Istituzioni*, p. 158. — Rocco, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, II, p. 267.

4 Ferrara, *loc. cit.*, p. 285. — Nattini, *Rivista di diritto commerciale*, 1911, I, p. 721.

La théorie de la promesse abstraite a une faible utilité entre le débiteur et le créancier, car le débiteur dût-il payer le montant de la promesse, il pourrait de suite réclamer ce qu'il a payé en vertu d'une *condictio sine causa*.

Pourtant elle offre un certain intérêt. Sans doute on ne peut permettre de créer des obligations sans raison suffisante ou sur cause illicite. Mais, des parties ayant passé un contrat, il peut être utile pour des raisons de sécurité qu'à un moment toute discussion devienne impossible sur la valeur de la dette. La loi arrive à consacrer cette idée en admettant l'autorité de la chose jugée, surtout la transaction, qui peut consacrer des obligations sur cause illicite douteuses[1].

On ne peut pas négliger l'art. 541 Proc., d'après lequel « il ne sera procédé à la révision d'aucun compte sauf aux parties s'il y a erreurs, omissions, faux ou doubles emplois à en former leurs demandes devant les mêmes juges. »

Cet article applicable au compte amiable[2], au compte courant[3], comme au compte judiciaire, a cette conséquence de rendre inattaquables certaines obligations, sauf pour des causes très limitées. Il sépare donc presque complètement la dette résultant du compte de ses éléments antérieurs. En effet, on ne tient compte ni de l'erreur de droit, ni du dol ni de la découverte de documents inconnus à l'époque de l'arrêté de compte.

Il semble même qu'il ne faut tenir aucun compte de la cause illicite, si l'obligation a figuré dans un arrêté de

---

1 V. sur les rapports entre la transaction et la promesse abstraite, Saleilles, *Obligation*, n° 262.

2 Cass. Civ., 24 mai 1870, D. 1870, 1, 407. — Douai, 8 fév. 1907, D.-1908, 2, 5. — Civ., 26 nov. 1855, D. 1856 1, 87. — Gand, 10 mai 1882, D. Rep. Suppl., v° *Compte*, n° 38. — Cf. sur cet article Garsonnet et Cézar Bru, *Procédure*, IV, n° 1233. — La transaction est même dans certains cas moins attaquable que l'arrêté de compte, v. trib. Seine, 20 déc. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 128.

3 Req., 11 janv. 1887, D. 1888, 1, 382.

compte. La jurisprudence incline d'ailleurs à cette solution dans un cas spécial : la dette de jeu qui figure dans un compte arrêté[1].

Ainsi dans les cas les plus dignes d'intérêt, même entre les parties, la loi permet par une sorte de reconnaissance de dette qu'on sépare la dette de sa cause.

On peut regarder la remise de dette, la délégation comme des actes abstraits[2].

Nous pouvons déjà en droit français admettre la dette abstraite dans le cas où elle s'est infiltrée dans le droit allemand sous couleur de transaction[3].

Mais l'intérêt de la théorie existe surtout dans les rapports avec les tiers. Là il est important pour donner sécurité au tiers cessionnaire du créancier de détacher la promesse de sa cause. Le droit commercial le fait en admettant les titres à ordre[4], dont le Code de commerce (art: 110 et 188) parle à propos de la lettre de change et du billet à ordre. La question est de savoir si ces titres sont une théorie exceptionnelle ou qui peut être généralisée.

Depuis longtemps la pratique est fixée. Elle admet d'autres titres commerciaux à ordre : connaissement, police d'assurance. Elle admet également des titres civils à ordre[5]

---

1 Civ., 16 mars 1891, S. 1892, 1, 10. — Paris, 11 juillet 1887, Pand. fr., 1887, 2, 345. — *Contrà :* Alger, sous Civ., 6 nov. 1888, S. 1891, 1, 207 ; D. 1889, 1, 146, qui déclare nulle la dette sur cause illicite même ayant figuré dans un arrêté de compte. — Cf. Baudry et Wahl, Contr. aléat., n° 49.

2 V. Crome, *Allg. Theil*, par. 31.

3 V. Saleilles, *Oblig.*, n° 263.

4 Sur le point de savoir si le titre à ordre est réellement un acte abstrait. V. *Obbligazione astratta e obbligazione causale*, par Bonelli, *Rivista di diritto commerciale*, 1909, I, p. 597. — Sur l'admission de l'acte abstrait dans le change et le titre au porteur, v. Ruggiero, *Istituzioni*, I, p. 253.

5 Paris, 12 fév. 1857, D. 1857, 2, 134, S. 1857, 2, 186. — Cass. Req., 15 mars 1892, D. 1893, 1, 309, S. 1894, 1, 495. — Civ., 7 mai 1879, D. 1879, 1, 307 ; S. 1879, 1, 421. — Civ., 8 mai 1878, S. 1878, 1, 492 ;

et Beudant explique cela en y voyant une acceptation anticipée. On peut y voir plus nettement un engagement envers le tiers indéterminé qui se présentera à l'échéance. Elle admet de même les titres au porteur civils[1] où la première explication ne peut être donnée[2].

On admet de même en pratique les titres nominatifs civils[3]. Il faut constater sur ces points que la coutume a détruit en partie la règle de l'art. 1690 Civ., sous l'empire de nécessités pratiques.

Il résulte de là que les tiers peuvent dans tous les cas invoquer les conséquences de la clause à ordre, de la remise du titre, du transfert, conséquences qui en détachant l'acte du contrat originaire en font par rapport à eux l'équivalent

---

D. 1878, 1, 241 avec note de Beudant. — Pau, 25 juin 1836, D. v° *Eff. de comm.*, n° 376, 2°. — Aubry et Rau, V, p. 211, note 24. — Baudry et Saignat, n° 800. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 156. — Boistel, n° 746. — Planiol, II, n° 1620. — Guillouard, II, n° 792. — V. cep. Civ., 11 août 1873, S. 1874, 1, 169. — Limoges 27 nov. 1845, S. 1846, 2, 482. — Laurent, XXIV, n° 498. — Cf. Pascaud, *Rev. critique*, 1878, p. 705.

1 Req., 10 nov. 1829, S. chr. — Bordeaux, 22 janv. 1839, S. 1839, 2, 258. — Cass. civ., 15 avril 1863, S. 1863, 1, 387; D. 1863, 1, 396. — Civ., 9 nov. 1896, S. 1897, 1, 161, avec note de M. Tissier; D. 1897, 1, 16. — Cass. civ., 14 janv. 1855, S. 1855, 1, 257. — Cass. Req., 4 juin 18-8, S. 1878, 1, 404. — Bordeaux, 22 mai 1840, S. 1840, 2, 365. — Pas. 6 avril 1886, S. 1888, 2, 14. — Paris, 24 mai 1895, S. 1896, 2, 251. — Pau, 6 avril 1886, S. 1888, 2, 16. — Planiol, II, n° 1620. — Baudry et Saignat, n° 801. — Aubry et Rau, V, § 359 *bis*, p. 212.

2 V. sur les nombreuses explications proposées du titre au porteur. Saleilles, *Obligation*, n°s 267 et suiv. — Wahl, *Titre au porteur*. — Lacour, *Droit commercial*, n° 1068. — Mais les arrêts cités à ce sujet ne visent pas la question.

3 Cass. Req., 29 juin 1885, D. 1886, 1, 247. — Paris, 23 mai 1887, D. 1888, 2, 73. — Cass. Req., 20 mai 1889, D. 1890, 1, 250. — Baudry et Saignat, n° 303. — Houpin, n° 66. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 605.

d'un acte abstrait. Coviello me paraît donc s'être trompé en n'admettant l'acte abstrait qu'en droit commercial[1].

Ainsi le droit français dans des conditions assez nuancées avec l'arrêté de compte, la transaction, les titres négociables admet ce qu'il peut y avoir d'utile dans l'acte abstrait.

L'acte abstrait y apparaît, comme le démontrent les précisions données, non pas comme une consécration de l'autonomie de la volonté dans une ultime conséquence, mais comme une admission de présomption de cause licite par utilité pratique[2].

848. — On voit ce que l'utilité sociale a fait de la théorie de la cause dans la pratique si sage de nos tribunaux.

Cette théorie de la cause, surtout de la cause illicite qui apparaît comme l'obstacle majeur à la validité des conventions, elle peut dans certains cas n'avoir qu'une valeur relative, elle peut parfois n'être qu'un obstacle temporaire. Elle est donc extraordinairement assouplie.

On peut même dire que la théorie de la cause dépend dans une certaine mesure de la volonté. Quand on passe un contrat, on peut le passer de façon ferme en comptant que chaque obligation naîtra, ou de façon aléatoire, sans se préoccuper de savoir si telle obligation pourra produire effet, en totalité ou en partie. Je vends un navire en mer sans vouloir garantir qu'il existe encore, et de toute façon je toucherai le prix. Nous venons de voir qu'on peut aller jusqu'à séparer complètement une promesse de sa cause par l'acte abstrait.

La conception de la cause, telle que la fait la force des choses fonctionnant dans notre société, s'oppose donc très nettement à celle que la doctrine en a longtemps présenté.

---

1 *Manuale, di diritto civile*, p. 400. — Cf. Simoncelli, *Istituzioni*, p. 293 qui ne cite que la lettre de change.

2 V. Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 430. — Cf. Duez, *Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, th. Lille, 1914, p. 157 qui admet qu'en dehors des cas énumérés l'acte abstrait répugne au droit français.

Pour les auteurs imbus d'idées individualistes et libérales, la théorie de l'objet et de la cause, c'est une théorie sèche, étroite, répondant à une formule tranchante : *cur debetur*. Si la réponse est satisfaisante, l'obligation, œuvre des volontés s'épanouit librement. Sinon tout est nul, C'est le néant[1]. Rien d'étonnant à cela. Autorité, liberté sont les deux mots autour desquels tout doit rouler. L'autorité a son domaine étroit, nettement circonscrit par le *cur debetur*. Mais elle doit y être puissante.

La jurisprudence, sous la poussée de la vie, voit les choses autrement. La théorie de la cause, celle de l'objet, c'est le pouvoir social intervenant dans les contrats privés, c'est la surveillance de la société sur l'utilité, la moralité de ces actes. Par la force des choses, la justice administre, elle prévoit, en s'occupant de motifs illicites ; elle distingue, en s'occupant de causes partielles, en disant : ceci est illicite par rapport à l'un et non par rapport à l'autre, elle fait œuvre souple, parfois hésitante, mais elle fait ce que doit faire la Société tenant son rôle de collaboratrice dans les conventions privées.

848 bis. — La raison d'être de la théorie de la cause fait que celle-ci s'applique à toutes les conventions: aux contrats, aux conventions extinctives d'obligations comme une remise de dette[2]. Elle pourrait même s'appliquer à un acte unilatéral : renonciation à succession, etc.

SECTION III

DES PACTES SUR SUCCESSIONS FUTURES

849. — Le Code prohibe les pactes sur successions futures et cette règle lui a paru si essentielle qu'il l'a répétée dans plusieurs articles[3].

---

1 V. Bufnoir, p. 536.

2 Trib. Beauvais, 3 juill. 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 440.

3 V. principalement sur l'origine de cette règle, Nast, *Pactes sur succession future*, thèse Paris, 1905, pp. 10-145.

D'après l'art. 791, « on ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession ». L'art 1130, en une formule plus générale, dit « On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». L'art. 1600 applique ce principe à la vente « On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement ». Enfin, l'art. 1389 dit que par contrat de mariage, les futurs époux « ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ». On peut ajouter l'art. 1837 qui interdit de faire entrer dans les sociétés universelles les biens venant de successions, donations ou legs[1]

Quelle idée impérieuse a ainsi amené le législateur à exprimer cette règle et à insister sur elle[2] ?

On peut dire que le pacte ou l'acte unilatéral sur succession future contient un *votum mortis*, il est malséant, il peut provoquer dans l'esprit de l'intéressé l'idée de hâter l'ouverture de la succession objet du contrat[3]. L'argument est assez mauvais parce qu'il prouve trop, car à l'appliquer logiquement, on interdirait tout acte donnant intérêt à la mort d'une personne : tout acte où un décès sert de terme ou intervient dans une condition : le contrat de rente

---

1 Mais on aurait tort d'y ajouter l'art. 2129 qui n'interdit l'hypothèque des biens à venir que sous une réserve et qui vise tous les biens à venir, même achetés ou donnés.

2 Baudry et Barde, I, n° 261. — Bufnoir, p. 518. — Huc, VII, n° 72. — Demolombe, XIV, n° 300 et XXIII, n° 324. — Laurent, XVI, n° 83. — Larombière, art. 1130, n° 6. — Colmet de Santerre, V, n° 45 *bis*.

3 V. Huc, *loc. cit.* — Pothier, *Oblig.*, n° 132. — Laurent, XVI, n° 83. Baudry et Barde, I, n° 261. — Planiol, II, n° 1013. — Goupil, *Considération de la mort des personnes dans les actes juridiques*, thèse Caen, 1905, p. 182.

viagère, où le débirentier a intérêt à la mort du créancier, l'assurance sur la vie où le bénéficiaire gagnera par la mort de l'assuré, la clause qu'un prêt sera remboursable à tel décès, la clause qu'une chose sera due si telle personne meurt avant telle date[1].

Par ailleurs l'argument prouve trop peu. Il n'explique pas que l'on ne puisse renoncer à une succession non ouverte ou vendre le bénéfice d'un legs. Il n'explique guère que le consentement du futur *de cujus*, confiant dans l'honnêteté de tiers ne puisse enlever à l'acte son caractère illicite et malséant.

Il ne reste donc dans cet argument, qui n'est pas sans valeur, qu'une idée dont le code n'aurait donné qu'une traduction très approximative : il est malséant d'établir trop de calculs sur des décès futurs.

On pourrait voir dans les art. 1130 et autres des textes où les rédacteurs du Code ont voulu atteindre l'acte dont le contenu est trop variable[2]. L'art. 1130 ne serait qu'une application de la règle de bon sens contenue dans l'art. 1129 : le contenu d'une obligation ne doit pas être indéterminé. Mais c'en serait une application avec quelque chose de plus étroit. L'art. 1129 se contente d'une chose déterminée dans son espèce. L'art. 1130 exigerait, pour ces actes importants qui concernent une succession, une précision plus grande. La succession n'étant véritablement fixée dans son importance qu'une fois ouverte, on ne pourrait traiter sur elle qu'à ce moment. C'est une idée sage en général. Mais elle ne s'explique qu'à demi. Pourquoi être si sévère pour les pactes sur successions futures et non pas aussi pour tous les

---

1 V. Planiol, II, n° 1015. — Cf. Giorgi, *Obligazioni*, III, n° 332.

2 Colmet de Santerre, V, n° 45 *bis*. — Larombière, art. 1130, n° 5. — Guillouard, *Vente*, I, n° 167. — Bartin, *Conditions impossibles*, p. 206. — Laurent, XVI, n° 83. — Pascau, *Pactes sur succession future*, th. Paris, 1907, p. 114. — Saleilles, *Obligation*, n° 148. — *Contrà :* Nast, *Pactes sur succession future*, th. Paris, 1905, pp. 162-165.

actes qui ont un objet important et mal déterminé ? La prohibition légale s'éclaire donc assez mal par ce procédé.

Quand on lit les textes, on voit apparaître deux idées pour interdire les actes sur succession future, qui ont dû influer bien plus sur les rédacteurs du Code de 1804.

C'est d'abord l'idée du prudent bourgeois qui ne veut pas que son fils prodigue puisse faire argent d'avance de sa succession. La formule de l'art. 791 et surtout celle de l'art. 1600 traduisent cette pensée tirée de l'expérience pratique, pensée sage empreinte de clair bon sens.

Mais, à côté de cette conception limpide qui séduit les esprits clairs, se dresse la conception sociale et politique qui perce surtout dans les art. 1600 et 1389. La Révolution niveleuse a supprimé bien des inégalités, détruit l'idée aristocratique. Il ne faut pas les laisser renaître, permettre aux usages de se dresser contre la loi[1]. En même temps, il faut faire régner la liberté, mais comprise d'une certaine façon[2] non pas la liberté large, qui engendre l'inégalité, mais cette liberté limitée qui parque chacun dans un petit enclos, limite le pouvoir actuel de contracter pour réserver la liberté à venir.

Or, il est dangereux de s'engager pour des événements, peut-être lointains qui touchent aux bases de la fortune familiale. Sagesse évidemment, mais petite sagesse de petit bourgeois ! Car, du même coup, on interdit de poser par des contrats de solides assises pour l'avenir de la famille, on interdit les visées à longues échéances[3].

---

1 V. Baudry et Barde, I, n° 261. — Nast, thèse citée, p. 153. — V. le rapport du tribun Mouricault (Locré, XII, p. 557), qui parle de « porter atteinte à l'égalité des partages ». — Cf. Guyenot, *Du contrat comme mode de transmission successorale*, th. Dijon, 1906, pp. 6 et 145.

2 V. *nos Notions fondamentales de droit privé*, pp. 143 et suiv. — Cf. Bufnoir, p. 520. — Larombière, art. 1130, n° 4.

3 Beudant, n° 203, reconnaît que les motifs de la prohibition ont perdu de leur autorité. V. une critique intéressante du système actuel dans Guyenot, thèse précitée.

C'est ce qui explique comment le code, malgré le désir qu'il en a, ne peut toujours interdire les pactes sur succession future. D'abord il ne le peut pas complètement dans le contrat de mariage, l'acte des grandes assises familiales par excellence. Quand on fonde une famille, on doit à ce moment réfléchir, si l'on n'est pas la plus limitée des intelligences. Aussi les art. 1081 et suiv. autorisent les donations de biens à venir, les donations cumulatives de biens présents et à venir dans le contrat de mariage. On y assimile les promesses d'égalité[1], la fixation à une somme de la part des héritiers non réservataires d'un époux[2]. En second lieu la société conjugale conclue par ce contrat peut emporter mise en commun, donc disposition des successions futures comme des autres biens, soit par adoption de la communauté légale (art. 1401-1°), soit par ameublissement, soit par adoption de la communauté universelle. Dans tous ces cas, on va plus loin que ne l'autorisent les lois sur la société ordinaire (v. art. 1837 Civ.)[3].

Ensuite la loi permet dans la famille que l'intéressé fasse des actes sur sa propre succession dans les cas où il s'agit de régler l'avenir de la famille. Le partage d'ascendant est un pacte sur succession future autorisé.

Techniquement, étant donné la construction de la substitution et le principe *substitus caput habet a gravante, non a gravato*, ce n'est pas un pacte visé par l'art. 1130. Pratiquement par ses résultats, c'en est un. Je pourrais en dire autant de l'assurance sur la vie au profit d'un des tiers, qui est techniquement une stipulation pour autrui et pratique-

---

1 Cf. Cass. Req., 20 fév. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 405. — Bordeaux, 18 janv. 1881, *Journ. Clunet*, 1881, 431.

2 Cass. Req., 29 juin 1842, S. 1842, 1, 694. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 36.

3 Rappr. Poitiers, 23 déc. 1891, S. 1895, 1, 34 et Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 38.

ment un acte de prévoyance où l'assuré retire de sa succession une somme dont il dispose[1].

Ajoutons-y la société de tous gains pour laquelle la loi a pris un moyen terme, ce qui pourrait « advenir aux associés par succession, donation ou legs, n'entre dans cette société que pour la jouissance ». Une solution mixte est adoptée ici par la loi.

Enfin ajoutons que, si le droit moderne n'admet plus en général les donations *mortis causa*, comme contraires à la règle: « donner et retenir ne vaut », il est obligé d'admettre les donations à cause de mort que n'atteint pas cette prohibition : donation révoquée de droit si le donateur survit à telle circonstance[2].

A l'étranger, on voit une réaction se manifester contre le système de l'art. 1130, et on permet volontiers de disposer de sa propre succession. Ces idées pénètrent aujourd'hui chez nous[3].

850. — De cette conception légale, surtout politique, il résulte que sont nuls tous les actes aboutissant à ce résultat que la convention empêchera la succession d'un contractant d'être dévolue suivant les modes légaux : dévolution *ab intestat*, testament, institution contractuelle, avec leurs complications : rapport, réserve[4].

Ainsi est nulle la stipulation dans une donation faite par des parents que l'enfant donataire devra rapporter les inté-

---

1 V. sur la question de savoir si c'est un pacte sur succession future, dans le sens de la négative : Orléans, 28 fév. 1908, *la Loi*, 24 mars 1908. Cette solution est hors de discussion.

2 V. Baudry, *Donations à cause de mort*, *Revue critique*, 1856, 1, 232.

3 V. Colin et Capitant, II, p. 310. — V. sur le système du Code allemand qui permet de disposer de sa propre succession. Saleilles, *Obligation*, n° 149.

4 Nast, *op. cit.*, p. 263. — Huc, art. 1389, n° 66. — Laurent, XXI, n° 133. — Bordeaux, 18 août 1864, S. 1865, 2, 15 et 23 août 1865, S. 1866, 2, 81, avec note Labbé. — Contrà : Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 1325.

rêts de sa donation[1] ou celle rendant plus efficace un rapport à succession[2], celle d'une constitution de dot faite par des grands parents, en vertu de laquelle cette libéralité s'imputera sur la part de la fille[3].

Il en est de même de la clause d'un contrat de mariage par laquelle les futurs époux prétendent réglementer la succession du survivant[4], ou du mari[5], ou attribuer les acquêts aux enfants à naître[6], de l'arrangement entre deux époux pour se faire mutuellement légataires universels[7], ou du traité par lequel on promet de faire un testament d'une certaine façon[8].

Ou de l'acte par lequel une mère engage ce que son fils recueillera dans sa succession[9].

Est aussi nulle la clause d'un bail par laquelle les constructions élevées par un locataire lui seront remboursées par tel héritier du bailleur[10] ou celle d'un contrat par laquelle

---

1 Trib. Rodez, 15 fév. 1869, S. 1869, 2, 304 et sur appel Montpellier, 9 déc. 1869, S. 1870, 2, 171 ; D. 1874, 5, 469. — Rappr. trib. Lachâtre, 2 juin 1909, *Rev. not.* 1909, 734. — Req., 16 janv. 1838, S. 1838, 1, 225. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 39. — V. cep. Req., 20 avril 1842, S. 1842, 1, 434 (vente à un héritier à charge de payer aux autres leur réserve en argent).

2 Trib. Cahors, 27 nov. 1893, *le Droit*, 27 déc. 1893. — Cass. civ., 30 déc. 1816, S. chr.

3 Trib. Seine, 1er mai 1897, *Gaz. Trib.*, 17 juin 1897 et Paris, 10 mars 1898, *Rev. not.*, 1901, 54.

4 Cass. civ., 10 mars 1869, S. 1869, 1, 319.

5 Trib. Malines, 18 avril 1906, Pand. per., 1906, 1109. — Cf. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 34.

6 V. en ce sens Larombière, art. 1130, n° 8. — Demolombe, XXIV, n° 324. — Laurent, XVI, n° 84. — Colin et Capitant, II, p. 310. — Giorgi, III, n° 336. — Baudry et Barde, I, n° 264.

7 Trib. sup. Colmar, 22 nov. 1895, D. 1898, 2, 237.

8 Trib. Seine, 2 juill. 1898, *le Droit*, 26 oct. 1898.

9 Paris, 22 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 12 septembre 1895. — Cass. civ., 9 mai 1894, D. 1894, 1, 546 ; S. 1894, 1, 336. — Nancy, 24 juin 1830, D. v. *Oblig.*, n° 440. — Req., 14 août 1823, id., et Laurent, XVI, n° 92.

10 Cass. civ., 17 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 52.

un ou quelques-uns des héritiers auront seuls le bénéfice de cette stipulation[1].

Ainsi tout acte par lequel une personne réglemente sa propre succession et qui n'est pas dans les formes spéciales du testament ou de la donation de biens à venir, est frappé de nullité. On ne peut disposer de sa propre succession que suivant les modes prévus. La loi se défie de tout autre acte visant les conséquences pécuniaires du décès[2]

Même, est nul le testament où on déclare simplement confirmer un écrit antérieur sans valeur juridique com plète[3]. Mais reste valable le testament remis au légataire pour qu'il en fasse contrôler la validité, même si le leg a été verbalement promis[4]. Car il n'y a pas véritable contrat il n'y a qu'un testament.

Au contraire, est nulle la convention verbale entre l'héritier et le testateur par laquelle le premier promet de payer certaines sommes à des tiers après exécution du testament[5].

Ainsi tout ce qui est en dehors des modes prévus de disposer sur sa succession est nul.

Le donateur ne peut, dans une donation de biens à venir, promettre de ne pas aliéner à titre onéreux[6].

Au contraire, ce qui est fait par les modes légaux de disposer est en principe valable. Ainsi, il faut valider un legs d'immeubles communs par un époux à l'autre, à charge par

---

1 Baudry et Barde, I, n° 220. — Demolombe, XXIV, n° 270. — Laurent, XVI, n° 11. — Huc, VII, n° 55. — Colmet de Santerre, V, n° 34 *bis*, V. — V. *Contrà:* Larombière, art. 1120, n° 46.

2 Aubry et Rau, IV, p. 542. — Baudry et Barde, I, n°s 263 et 264. — Bufnoir, p. 521. — Demolombe, XXIV, n° 324. — Laurent, XVI, n°s 84 et 95. — Larombière, art. 1130, n° 8.

3 Req., 11 déc. 1879, J. P., 1881, 1078. (Donation à une administration qui n'était pas encore autorisée à accepter). — *Contrà:* Labbé, *Revue critique*, 1882, p. 355.

4 Liège, 18 déc. 1872, Pas, 1873, 2, 54.

5 Gand, 6 juill. 1885, Pas. 1885, 2, 381. — Cf. Bruxelles, 11 déc. 1876, Pas. 1877, 2, 195.

6 Aubry et Rau, 4e éd., § 739, note 58.

lui de rendre à la succession du testateur d'autres immeubles[1].

851. — A plus forte raison, on ne peut par un acte quelconque, même un testament, régler le sort d'une succession autre que la sienne, fût-ce celle d'un donataire, d'un légataire[2].

Ainsi est nulle la condition apposée à un legs, en vertu de laquelle la succession du légataire se partagera d'une certaine manière[3] ; ou encore, est nulle l'interdiction par un testateur à ses héritiers de rendre une part de la succession à un parent exhérédé[4].

Est nul l'acte par lequel un futur légataire reconnaît avant décès du testateur que le legs ne lui est fait que pour rendre les biens à un tiers[5].

Est nulle la convention qui donne à bail les biens dont le bailleur doit hériter, eussent-ils été l'objet d'une promesse de donation[6].

La convention est nulle dès qu'elle a pour but de faire régler la succession suivant un autre système que celui applicable dans l'espèce, quand même en fait, elle aboutirait à appliquer le système de la dévolution *ab intestat*. Ainsi la jurisprudence annule les conventions entre les enfants de tenir pour non avenu les testaments de leurs

---

1 Nancy, 22 fév. 1908, *Rec. Nancy*, 1908, p. 77, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 139 (observations de M. Hémard).

2 V. Colin et Capitant, II, p. 310. — Nast, *Pactes sur succession future*, pp. 228 et suiv., v. cep. même ouvrage, p. 253.

3 Cass. civ., 11 déc. 1867, S. 1868, 1, 87 ; D. 1867, 1, 471. — Cass. civ., 10 mars 1869, D. 1869, 1, 336. — Paris, 12 nov. 1858, S. 1859, 2, 307 ; D. 1859, 2, 131. — Paris, 19 nov. 1852, D. 1853, 2, 96. — Trib. Seine, 15 mai 1914, *Gaz. Trib.*, 1915, 1er sem., 2, 79. — *Contrà* Nast, *op. cit.*, p. 251.

4 Paris, 27 nov. 1877, D. 1878, 2, 188. — *Contrà :* Nast, *op. cit.* p. 251.

5 Trib. Anvers, 9 mai 1905, *Belgique judic.*, 1905, 751.

6 Amiens, 26 déc. 1839, D. v. *Oblig.*, n° 440. — Laurent, XVI, n° 93,

parents[1], ou celle entre héritiers par laquelle il est dit qu'un héritier donataire partagera avec ses cohéritiers le bénéfice de son don ou d'un legs par préciput quoi qu'il arrive[2] ou que les héritiers respecteront des legs à des tiers[3]. On annulera de même un contrat de mariage où les époux renoncent à se faire des libéralités[4].

Tombent très directement sous les prohibitions légales les actes par lesquels une personne renonce en tout ou en partie à une succession non ouverte[5], soit à une succession ordinaire, soit à une institution contractuelle[6].

Il en est de même des actes où le futur héritier renonce à se prévaloir de sa réserve[7] ou renonce à la nue-propriété d'un legs[8], ou encore renonce à demander des comptes au

---

1 Req., 13 mai 1884, D. 1884, 1, 468; S. 1884, 1, 336, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 949. — Rappr. trib. Turnhout, 20 mars 1900, Pas. 1900, 3, 302, (conventions entre héritiers sur un partage testamentaire). — Baudry et Barde, I, n° 273. — Colin et Capitant, II, p. 310.

2 Trib. du Mans, 30 mai 1865, D. 1866, 2, 93. — Grenoble, 13 déc. 1898, S. chr. — Laurent, XVI, n° 95. — Larombière, art. 1130, n° 18.

3 Req., 27 juin 1838, S. 1838, 1, 721.

4 Surville, Revue critique, 1892, p. 330. — Laurent, XXI, p. 165.

5 Turin, 10 août 1811, S. chr. — Req., 2 fév. 1874, D. 1874, 1, 238 (abandon à un tiers). — Req., 25 janv. 1853, S. 1853, 1, 172. — Il en est de même si la renonciation est imposée comme charge d'une donation, v. Huc, V, n° 198. — Nast, p. 238. — Giorgi, III, n° 338. — Aubry et Rau, § 610, note 2. — Laurent, XI, n° 454 et XVI, n° 89. — Bartin, p. 206.

6 Agen, 17 déc. 1856, S. 1857, 2, 1. — Agen, 13 juill. 1868, S. 1868, 2, 316. — Caen, 23 mai 1861, S. 1862, 2, 497. — Besançon, 10 mars 1897, S. 1899, 2, 169 (succession ordinaire), avec note de M. Wahl. — Req., 27 nov. 1865, D. 1866, 1, 217 (promesse d'égalité) sol. implic. — Lyon, 16 janv. 1838, S. 1838, 2, 453. — Cass. civ., 16 août 1841, S. 1841, 1, 684. — *Contrà:* Cass., 11 nov. 1828, S. chr.

7 Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, 2, 13. — Cass. Req., 14 mai 1855, S. 1855, 1, 800; D. 1855, 1, 237. — Req., 8 juin 1838, S. 1838, 1, 721. — Rappr. trib. Tournai, 28 juin 1904, Pas. 1905, 3, 82. — Laurent, XVI, n° 88. — Nast, p. 233.

8 Cass. Req., 27 janv. 1904, S. 1904, 1, 269. D. 1904, 1, 359, *Gaz. Trib.*, 1904, 2e sem., 1, 12. — Pilon, Rev. de droit civil, 1904, p. 443.

futur survivant des donateurs des valeurs laissées par le prédécédé[1], ou confirme avant décès une donation nulle faite par le futur *de cujus*[2].

De même, la jurisprudence récente établie par un arrêt des chambres réunies de la cour de cassation a admis qu'était nulle la clause par laquelle un ascendant donateur déclarait que son droit de retour ne nuirait pas aux droits de succession du conjoint survivant[3].

En tous cas, la renonciation au droit de retour légal est nulle en principe[4], à la différence de celle à un retour

---

1 Paris, 20 fév. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 669.

2 Bastia, 10 avril 1854, S. 1854, 2, 226. — Aubry et Rau, § 337, note 14.

3 Cass. civ., 24 juill. 1901, D. 1901, 1, 537 avec note de M. Sarrut; S. 1901, 1, 433, avec note de M. Lyon-Caen. — Ch. réunies 2 juill. 1903, S. 1904, 1, 65, avec note de M. Lyon-Caen; D. 1903, 1, 353, avec rapp. de M. Roulier et concl. de M. Baudouin. — Orléans, 30 avril 1904, S. 1904, 2, 269 avec note de M. Lyon-Caen.—Cf. Barlin dans Aubry et Rau, 5e éd., IX, p. 494. *Contrà:* Amiens, 6 mars 1902, D. 1902, 2, 112 (arrêt cassé le 2 juill. 1903). — Paris, 25 mars 1891 sol. implic., *Gaz. Pal.*, 1891, 1, 423. — Paris, 21 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 2, 88. — Trib. Seine, 7 janv. 1899, *le Droit*, 11 fév. 1899. — Trib. Seine, 9 mars 1899, *le Droit*, 27 juillet 1899. — Lassalle Barrère, *Nature juridique et effets du retour successoral*, th. Bordeaux, 1904, pp. 59 et 96. — V. Zeglicki, *Le droit de retour légal peut il être modifié par la convention? Revue critique*, 1902, p. 331. — Nast, *Pactes sur successions futures*, p. 270. — Emile Potu, *De la validité de la clause d'un contrat de mariage en vertu de laquelle l'ascendant donateur permet, etc., Revue critique*, 1912, pp. 15, 168, 486 et 610; 1913, pp. 31 et 97. — Gaudemet, *Rapports juridiques entre le retour légal et le retour conventionnel, Revue de droit civil*, 1902, p. 739. — Geny, note dans les Pand. fr., 1897, 1, 497. — Paulmier, *Droit de retour de l'ascendant, etc.*, th. Paris, 1906. — *Revue de dr. civil*, 1902, pp. 234 et 435. — Goupil, *La considération de la mort des personnes dans les actes juridiques*, thèse Caen, 1905, pp. 231 et suiv. — Maurice Petit, *Le dr. d'usufruit du conjoint dans ses rapports, etc.*, th. Dijon, 1905. — Crouzel, *Rec. de l'Académie de Toulouse*, 1903, p. VIII.

4 Aubry et Rau, t. IV, p. 541. — Baudry et Barde, I, n° 279. — Demolombe, XIII, n° 482 et XV, n° 20. — Larombière, art. 1130, n° 19. —

conventionnel[1], car au premier cas seul il s'agit d'un droit héréditaire

La jurisprudence a appliqué ces principes en annulant, tant comme contraires à l'immutabilité des conventions matrimoniales que comme pactes successoraux, les renonciations aux gains de survie stipulés dans les contrats de mariage[2].

Elle applique cette solution même au cas où la renonciation a lieu dans un partage d'ascendant

Elle annule même l'acte par lequel on accepte, d'avance avec une certaine charge, un legs d'assurance[4].

852. — Le pacte est nul même s'il a lieu avec l'assentiment du tiers dont on règle la succession. L'art. 1130 et l'art. 1600 le disent expressément. Cette solution se rattache au caractère politique de la règle. On ne peut pas régler la succession de façon à atteindre l'égalité des partages[5].

853. — Le pacte sur succession future est nul qu'il vise une succession *ab intestat* ou testamentaire[6], une succes-

---

Nast, *op. cit.*, p. 205. — Huc, V, n° 88. — Angers, 18 déc. 1878, D. 1879, 2, 172; S. 1879, 2, 322.

1 Baudry et Barde, I, n° 279. — Larombière, art. 1130, n° 19. — Cass. civ., 19 janv. 1836, S. 1836, 1, 318.

2 Caen, 23 mai 1861, S. 1862, 2, 497. — Chambéry, 23 juill. 1873, S. 1874, 2, 43. — Cass. civ., 11 et 12 janv. 1853, S. 1853, 1, 65. — Orléans, 4 août et 28 déc. 1849, S. 1850, 2, 199. — Toulouse, 15 avril 1842, S. 1842, 2, 385. — Req., 10 août 1840, S. 1840, 1, 757. — Poitiers, 25 juill. 1839, S. 1839, 2, 502. — Cf. Agen, 12 mai 1848, D. 1848, 2, 188 et sur pourvoi. Req., 16 juill. 1849, D. 1849, 1, 304; S. 1850, 1, 380 (validité de renonciations à des droits sur un bien déterminé).

3 Agen, 13 juill., 1868, S. 1868, 2,

4 Liège, 22 mai 1901, Pas. 1902, 2, 68.

5 V. en ce sens Baudry et Barde, I, n° 263. — V. cep. Req., 6 déc. 1911, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 71.

6 Req., 13 mai 1884, S. 1884, 1, 536; D. 1884, 1, 468. — Req., 27 juin 1838, S. 1838, 1, 721. — Aubry et Rau, IV, p. 541. — Baudry et Barde, I, n° 273. — Laurent, XVI, n° 95. — Nast, thèse citée, p. 202.

sion légitime ou irrégulière[1], une succession spéciale ou des successions indéterminées[2]. Il est nul même s'il modifie une simple institution contractuelle[3], une donation de biens présents et à venir qui, avant l'option, a une nature indivisible.

854. — Sont considérés comme nuls tous les actes sur succession future : unilatéraux ou bilatéraux : renonciation à succession, testament, contrats plus ou moins complexes[4]. Même les contrats de mariage ne peuvent plus contenir de pactes sur succession future, sauf une exception limitée : l'institution contractuelle[5]. Ceci est conforme à l'esprit de la prohibition que nous avons signalé (v. *suprà*, n° 849).

Peu importe l'acte : que ce soit un acte de disposition ou un acte d'administration comme un bail[6]. Cela est toujours contraire au but de la loi.

Il peut être irrévocable ou révocable. Malgré la ressemblance qu'il présente dans ce dernier cas avec un testament il est nul[7].

Il suffit que l'acte ait pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte.

1 Bruxelles, 18 fév. 1813, S. chr. — Nast, p. 201. — Demolombe, XIV, n° 43. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n° 1014. — Trib. Annecy, 24 déc. 1887, Pand. fr., 1888, 2, 59.

2 Baudry et Barde, I, n° 275. — Huc, VII, n° 72. — Aubry et Rau, IV, p. 541. — Larombière, art. 1130, n° 7. — Bufnoir, p. 522. — Nast, *op. cit.*, p. 225. — Pascau, th. citée, p. 168.

3 Civ., 16 août 1841, D. v. *Obligations*, n° 447. — Laurent, XVI, n° 103. — Larombière, art. 1130, n° 20.

4 Cass. civ., 9 mai 1894, S. 1894, 1, 336, D. 1894, 1, 546. — Larombière, art. 1130, n°s 14 et 18. — Laurent, XVI, n° 99. — Demolombe, XXIV, n° 325. — Giorgi, n° 334. — Nast, thèse citée, p. 180.

5 Baudry et Barde, I, n° 262.

6 Baudry et Barde, I, n° 276. — Laurent, XVI, n° 93. — Nast, *op. cit.*, p. 231. — Pascau, th. citée, p. 171. — Cf. Amiens, 26 déc. 1839, D. v. *Obligations*, n° 440, 4°-1.

7 Trib. Seine, 2 juill. 1898, *le Droit*, 26 oct. 1898. — Nast, thèse citée, p. 183.

855. — Mais pour que l'acte sur succession future soit nul, il faut qu'il impose de façon précise un règlement particulier de la succession. Aussi les tribunaux distinguent de ce cas celui où le pacte laisse à l'héritier une option entre plusieurs partis[1].

Cette solution est logique. Du moment que le point de départ de la prohibition est l'idée, que l'on ne doit pas imposer tel règlement d'une succession, cette idée perd de sa force si l'un des contractants a le choix entre plusieurs partis à prendre. Il conserve une certaine liberté.

Aussi il n'y a pas pacte prohibé si un contrat ouvre simplement une faculté aux héritiers d'un contractant. Mais la cour de Lyon ne l'a pas admis, dans une espèce où l'option n'était qu'un mode d'exercice d'un droit. Cela est raisonnable[2].

Si une donation ou un legs sont faits sous condition de renoncer à une succession future, l'acte est valable si on a voulu laisser au gratifié une liberté d'option entre la libéralité et la succession. Mais s'il y a engagement de renoncer, il y a un pacte nul[3] A.

A. — *Formule*

La présente donation sera caduque ou réductible si le donataire préfère exercer ses droits dans la succession de X.

---

1 Montpellier, 10 août 1887, sous Cass. Req., 8 avril 1889, 1, 212. — Grenoble, 7 janv. 1873, D. 1873, 2, 108; S. 1873, 2, 129 avec note de M. Lyon-Caen. — Toulouse, 20 nov. 1890, S. 1891, 2, 67. — Paris. 3 juill. 1847, D. v. *Obligations*, n° 444. — Civ., 25 nov. 1857, S. 1858, 1, 209. — Pascau, thèse citée, p. 181. — *Contrà:* Laurent, XVI, n° 100.

2 Lyon, sous Cass., 17 mars 1852, D. 1852, 1, 282 (promesse de payer une plus-value à une personne ou à ses héritiers). — *Contrà:* Laurent, XVI, n° 91.

3 Cass. civ., 25 nov. 1857, S. 1858, 1, 209. — Trib. Rodez, 15 fév. 1869, S. 1869, 2, 303; D. 1875, 5, 109, (obligation-nullité) et sur appel Montpellier, 2 déc. 1869, S. 1870, 2, 171. — Grenoble, 7 janv. 1873, S. 1873, 2, 129, note de M. Lyon-Caen; D. 1873, 2, 108. — Pau, 27 déc. 1883, D. 1885, 2, 200. — Montpellier, 10 août 1887, S. 1889, 1, 213

856. — Il résulte de l'art. 1130 que les actes constituant des pactes sur successions futures autorisés (partage d'ascendants, mise en société de biens à venir, soumission de ceux-ci au régime matrimonial, etc.) sont des exceptions et si un de ces actes est nul en la forme, il ne peut être valablement ratifié par une exécution[1].

De même tout acte, si voisin fût-il des actes exceptionnellement permis sur succession future, doit être déclaré nul, s'il tombe sous le coup de l'art. 1130[2]. Ainsi on a annulé l'acte sous seing privé par lequel deux frères, légataires universels l'un de l'autre par testaments antérieurs, déclaraient donner cumulativement une somme à un tiers, si cette somme paraît avoir été promise comme condition des testaments antérieurs[3].

857. — Au contraire, les actes visant une succession future, faisant intervenir son ouverture sous forme de terme ou de condition, sont valables lorsqu'on n'y trouve pas la volonté de réglementer la succession non ouverte.

Le cas le plus simple se présente lorsque le terme fixé pour un paiement est le décès de telle personne. Ici, l'acte est valable[4] A; promesse de dot payable au décès du consti-

A. — *Formule de contrat à exécuter après décès*

Il a été stipulé que le présent prêt sera remboursé seulement 3 mois après le décès de M..., parent du débiteur.

---

obligation-nullité). — Toulouse, 20 nov., 1890. S. 1891, 2, 67. — Larombière, art. 1130, n° 15. — Baudry et Wahl, *Successions*, II, n° 1011. — Nast, *op. cit.*, p. 243.

1 Bastia, 10 avril 1854, D. 1854, 2, 216. — Cass. civ., 5 janv. 1846; D. 1846, 1, 15. — Laurent, XVI, n° 105. — Cf. Angers, 25 janv. 1862, D. 1862, 2, 36.

2 V. Cass. Req., 27 nov. 1865, D. 1866, 1, 216 (convention de partage de meubles d'un ascendant entre ses descendants faite après un partage d'ascendant des immeubles) Laurent, XVI, n° 105.

3 Trib. Toulouse, 8 nov. 1894, *Gaz. Trib. Midi*, 25 nov. 1894.

4 Req., 15 fév. 1897, D. 1897, 1, 582; S. 1898, 1, 86. — Orléans,

tuant, caution de la dette d'un fils exigible au décès et sur la succession, vente avec réserve d'usufruit.

De même la cession de droits qui ne pourront être liquidés qu'après décès: comme la cession par un époux de ses droits éventuels sur la communauté, dans une société[1]

La jurisprudence va même plus loin. Elle considère comme valable une promesse présentant un lien plus étroit avec l'ouverture de la succession, pourvu que le tiers n'ait pas un droit dans la succession, mais un droit coïncidant avec l'ouverture de la succession dans certaines conditions.

Ainsi on a admis la validité du contrat subordonné à ce que le débiteur hérite de telle personne. La cour de Nîmes a dit qu'il y avait là au moins une obligation naturelle[2] et la cour de cassation a admis la légalité d'un legs qui diminue-

---

15 juin 1861, D. 1861, 2, 151. — Cass. civ., 12 août 1846, D. 1846 1, 296; S. 1846, 1, 602. — Paris, 26 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 54. — Amiens, 21 oct. 1895, *Rec. Amiens*, 1895, 207. — Bordeaux, 2 janv. 1882 (implic), *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 105. — Bruxelles, 13 août 1884, Pas. 1845, 2, 65. — Trib. comm. Bruges, 3 avril 1902, Pand. per., 1903, 338. — Trib. Bruxelles, 15 mars 1893, Pas. 1893, 3, 296. — Trib. Bruges, 7 avril 1896, Pas. 1896, 3, 230. — Req., 12 juill. 1869, D. 1871, 1, 59 (cautionnement par un frère du recouvrement de la dot avancée par un tiers). — Laurent, XVI, n° 101. — Cf. Bordeaux, 30 juill. 1849, D. 1850, 2, 37. — V. cep. Dijon, 25 avril 1855, D. 1855, 2, 218 qui annule en vertu de l'art. 1130 l'hypothèque sur des immeubles futurs lorsqu'on n'a pas d'immeubles présents. — Amiens, 26 déc. 1839, S. 1841, 2, 178 (location de biens dont on doit hériter). — Rappr. Bufnoir, p. 523. — Larombière, art. 1130, n° 10. — Demolombe, XXIV, n° 328. — Laurent, XVI, n° 101. — Baudry et Barde, I, n° 267. — Planiol, II, n° 1015. — Nast, thèse citée, p. 186.

1 Laurent XVI, n° 104. — Larombière, art. 1130, n° 12. — Baudry et Barde, I, n° 269. — Goupil, *Considération de la mort dans les actes juridiques*, th. Caen, 1905, p. 221. — Nast, thèse citée, p. 185.

2 Nîmes, 5 déc. 1860, S. 1861, 2, 1. — Rappr. Larombière, art. 1130, n°s 15 et 17.

rait dans la mesure où existerait la part du débiteur dans la succession maternelle[1].

On a validé de même une obligation de payer pour le cas où on décèderait sans héritier[2].

La cour de cassation a même admis qu'on pouvait en fait considérer comme n'étant pas un pacte prohibé, le fait d'acquérir la jouissance du mobilier du futur *de cujus*, de recevoir la promesse d'un cohéritier d'une somme proportionnée aux dons à lui faits, somme payable au décès de celui-ci[3]. La cour de Paris a jugé de même pour le testament imposant, à la succession d'un légataire, le paiement d'une certaine somme[4]. De même est valable *a fortiori* la vente contre rente viagère par un *de cujus* à certains de ses héritiers[5].

Ou encore est valable le cautionnement par un petit fils de la dette de son père pour le cas où le père viendrait à décéder avant son propre père, de sorte que la caution recueillerait directement la succession de l'aïeul[6]. Ou la promesse à un mari que sa femme aura une fortune d'au moins telle somme[7].

D'autre part, le pouvoir donné à une personne pour accepter ou répudier les successions auxquelles on pourrait être appelé, est valable[8].

Mais il faut signaler qu'en France la loi du 8 décembre 1904, et en Belgique, la loi du 26 décembre 1906, interdisent l'une, les promesses de paiement au décès d'enfants

---

1 Cass. civ., 25 nov. 1857, S. 1858, 1, 209, D. 1857, 1, 425.

2 Chambéry, 13 déc. 1897, D. 1900, 2, 213.

3 Req., 6 déc. 1911, Gaz. Trib., 1912, 1er sem., 1, 168.

4 Paris, 23 nov. 1876, D. 1877, 2, 111. — Cf. Goupil, thèse citée, p. 252.

5 Bruxelles, 10 mars 1864, Pas., 1864, 2, 198.

6 Grenoble, 20 juin 1900, D. 1902, 2, 277.

7 Cass. Req., 12 juill. 1869. D. 1871, 1, 59. — Laurent, XVI, n° 115.

8 Trib. Amiens, 19 déc. 1891, *Rec. Amiens*, 1892, 13.

de moins de cinq ans[1], l'autre, les assurances sur la vie, reposant sur la tête d'enfants de moins de douze ans. Il n'est fait exception (art. 2) que pour les contre-assurances pour remboursement des primes.

858. — A plus forte raison, si la convention n'a qu'en fait ce résultat de pouvoir être exécutée plus facilement après l'ouverture d'une succession, elle est inattaquable.

C'est le cas si le créancier fait approuver ou cautionner des actes par le successible de son contractant[2], si un tiers cautionne une constitution de dot, quelque soit l'état de la succession du constituant[3].

De même, si des cohéritiers partagent une succession sans s'occuper d'un cohéritier interdit dont ils sont les successibles, ce pacte qui se trouvera avoir plus de force au décès de l'interdit, est cependant valable entre les signataires[4].

Ou encore, si une personne héritière du créancier promet au débiteur de lui payer une certaine somme, s'il n'obtient pas remise de sa dette[5].

Il en est de même si une convention se trouve rendue intangible par le décès d'une personne : un acheteur d'immeuble promettant de payer la plus-value que celui-ci peut obtenir ou de le rendre au décès du vendeur[6].

859. — Il faut tenir pour valables les actes par lesquels une personne dispose sur une succession suivant un mode qui n'est pas obligatoire, mais qui est légalement prévu comme possible dans certains cas.

Ainsi il peut être convenu dans une donation, que le

---

1 *Ann. législ. étrangère*, 1906, p. 381.

2 Req., 27 juill. 1899. D. 1900 1, 191 (implic.). — Montpellier, 7 mars 1850, D. 1850, 2, 142.

3 Trib. Limoges, 31 déc. 1886, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, 97.

4 Cass. civ., 13 fév. 1860, S. 1860, 1, 785; D. 1860, 1, 131.

5 Cass. civ., 5 avril 1870. S. 1870. 1, 252; D. 1871, 1, 94. — Amiens, 5 mai 1843, S. 1846, 2, 374.

6 Cass. Req., 17 juill. 1852, S. 1852, 1, 731; D. 1852, 1, 282.

rapport se fera en moins prenant, bien que dans l'espèce la loi prévoie le rapport en nature[1]. En effet, un pareil acte ne va pas contre le but de la loi.

860. — Mais certains points sont particulièrement délicats. D'abord il faut remarquer que sont nuls les contrats tendant à donner un droit privatif sur la succession, à la différence de conventions qui peuvent présenter avec elles une certaine analogie et qui sont valables[2].

Si les héritiers d'une femme dotale cautionnent sa dette, le cautionnement est en principe valable. Mais il sera nul s'il apparaît que c'est un moyen pour tourner l'incapacité dotale, les créanciers étant à cause du régime dotal obligés de ne poursuivre que sur les paraphernaux de la femme dotale[3].

Cependant, dans un cas voisin, pour la garantie d'une donation faite à un mineur, par les héritiers du donateur, un arrêt ancien a été des plus sévères[4].

Si un héritier consent à un prélèvement sur une succession future, ce prélèvement fût-il qualifié rapport, il y a là non une simple dette payable au décès, mais un droit dans la succession et il y a nullité[5].

Si un père cautionne la dette de son fils, ou si tout autre héritier présomptif cautionne la dette du futur *de cujus*[6], cet

---

1 Riom, 9 déc. 1890, D. 1892, 2, 237. — Req., 26 juin 1905, *Rev. not.*, 1907, 738, P. F.. 1906, 1, 106. — Baudry et Barde, I, n° 271. — Demolombe Succ., IV, n° 511. — Laurent, XI, n° 26.

2 Comme le dit Giorgi, *Obbligazioni*, III, n° 333 sont nuls les seuls actes où une chose de la succession est envisagée *successionis causa*.

3 Bordeaux, 16 août 1852, D. 1853, 2, 71; S. 1853, 2, 52 (nullité.) — Bordeaux, 26 nov. 1889, S. 1891, 2, 233 (validité). — Montpellier, 7 mars 1850, D. 1852, 2, 142; S. 1850, 2, 381. — Orléans, 15 juin 1861, D, 1861, 2, 151 (validité). — Req., 3 août 1825, S. chr. (validité). — Laurent, XVI, n° 94.

4 Riom, 14 août 1829, S. chr. Au total il est négligeable.

5 Nancy, 9 déc. 1903. *Rec. Nancy*, 1903, 123.

6 Montpellier, 7 mars 1850, S. 1850, 2, 381; D. 1852, 2, 142.

acte est en principe valable. Mais il en est autrement au premier cas si l'acte attribue au créancier un droit privatif sur sa succession en disant que les sommes payées par le père seront considérées comme des avancements d'hoirie à son fils[1].

Si une personne fait un testament en faveur d'un tiers, à condition que celui-ci l'entretienne sa vie durant, il y a là ou non un pacte suivant que le testateur a entendu ou non faire un véritable contrat sur sa propre succession[2].

Si une personne donne son mobilier à un de ses héritiers et que l'autre accepte de celui-ci une somme pour solde de tout compte, il y a là un pacte nul[3].

Lorsqu'un prêt est remboursable sur les successions à recueillir, la jurisprudence admet bien que c'est un acte valable comme ne donnant aucun droit privatif sur ces successions[4]. Mais s'il résulte des conventions un droit limité aux successions, en fait on peut l'interpréter comme un pacte prohibé et non comme un atermoiement[5].

Si un héritier présomptif vend ou loue l'immeuble dont il doit hériter, la jurisprudence y voit tantôt une simple

---

1 Cass. civ., 9 mai 1894, D. 1894, 1, 546 ; S. 1894, 1, 336.

2 Cass. Req., 25 janv. 1853, S. 1853, 1, 172 ; D. 1853, 1, 43. — Trib. Seine, 2 juin 1898, *le Droit*, 26 oct. 1898. — Nast, *op. cit.*, p. 249.

3 V. cep. *contrà :* Req., 6 déc. 1911, *Gaz. Pal.*, 1912. 1, 71.

4 Cass. Req., 12 juill. 1869, S. 1870, 1, 300 ; D. 1871, 1, 59. — Grenoble, 20 juin 1900, D. 1902, 2, 277. — Lyon, 22 fév. 1893, D. 1894, 2, 490 (donation payable sur le plus clair de telle succession). — Req., 26 janv. 1886, D. 1886, 1, 442 (même cas). — Req., 25 fév. 1865, D. 1865, 1, 221. — Civ., 18 nov. 1861, D.1861, 1, 465.

5 Req., 2 fév. 1874, S. 1874, 1, 350. — Toulouse, 24 janv. 1888 *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 842. — Rennes, 2 déc. 1837, S. 1838, 2, 480. — Bordeaux, 16 août 1852, S. 1853, 2, 52 ; D. 1853, 2, 71. — Larombière, art. 1130, n° 16. — Nast, th. citée, p. 189. — Paris, 22 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 12 sept. 1895.

vente de la chose d'autrui, susceptible de nullité A[1], tantôt un pacte sur succession future[2]. L'acte est toujours nul, mais au premier cas le caractère de la nullité d'ailleurs discuté est considéré en pratique comme celui d'une nullité relative ; au second, il y a nullité absolue. Il faut, pour admettre l'une ou l'autre solution, fixer l'intention du vendeur. A-t-il voulu vendre simplement ce qui ne lui appartenait pas, ou a-t-il voulu vendre déjà une partie de ses droits successoraux, en subordonnant le contrat à l'ouverture de la succession à son profit[3].

Ensuite, il faut poser cette règle que sont nulles les donations de biens à venir faites en dehors des contrats de mariage, mais non les contrats qui peuvent y ressembler plus ou moins. En conséquence, la jurisprudence considère comme nulle la vente ou la donation par une personne de tout le mobilier qu'elle laissera à son décès, avec faculté pour elle d'augmenter ou de diminuer celui-ci. Elle s'appuie sur ce que la loi prohibe en général les donations de biens à venir ou les ventes de successions futures[4].

A. — *Formule de vente d'un objet d'une succession*

M.., déclare vendre l'immeuble ci-après désigné qui est actuellement la propriété de... Il est stipulé que M. X..., vendeur actuel ne sera tenu d'exécuter la présente vente que le jour où il sera devenu propriétaire dudit immeuble par donation, succession ou autrement.

Le contrat est passé aux conditions suivantes :

---

1 Cass. civ., 23 janv. 1832, S. 1832, 1, 666. — Laurent, XVI, n° 99.

2 Cass. civ., 11 nov. 1845, S. 1845, 1, 785. — Amiens, 26 déc. 1839, S. 1841, 2, 178 (bail). — Trib. Maus, 30 mai 1865, D. 1866, 2, 93.

3 Baudry et Barde, I, n[os] 265 et 274. — Aubry et Rau, IV, p. 542. — Laurent, XVI, n° 85. — Demolombe, XXIV, n° 325. — Larombière, art. 1130, n° 13. — Beudant, n° 203. — Cf. Nast, thèse citée p. 193.

4 Cass. civ., 30 juin 1857, S. 1859, 1, 836; D. 1857, 1, 308. — Orléans, 24 mai 1849, D. 1849, 2, 165; S. 1849, 2, 601. — Riom, 4 nov. 1908, *le Droit*, 23 déc. 1908 — Cass. Req., 14 nov.

Mais elle a admis aussi que la donation du mobilier actuel et de celui mis en remplacement, fût-elle qualifiée de donation avec faculté d'augmenter ou de diminuer, pouvait, si le mobilier était livrable au décès, être considérée comme donation de nue-propriété valable, et cela par interprétation des juges du fait[1].

En résumé, par application de la théorie de la nullité pour fraude à la loi, est nul un acte normal en apparence, mais combiné en vue de réglementer la succession future.

861. — Par convention sur succession future, il faut entendre tout accord définitif avant le décès. Peu importe que l'acte rédigé avant le décès n'ait été daté ou réalisé qu'après décès[2].

Mais une institution contractuelle ayant été faite, l'institué se trouvant par rapport à elle comme un héritier réservataire, il ne peut être fait de pacte sur les droits venant de cette institution[3], car ils portent sur un droit de succession et non pas sur une donation. Il en résulte que seraient nulles les conventions entre des tiers aussi bien que celles entre l'instituant et l'institué. L'institution a une force spéciale qu'elle tient de son caractère de véritable loi privée, de loi familiale, dont l'inobservation est sanctionnée par une action en nullité contre les tiers (arg. art. 1083).

Mais le partage d'ascendant, malgré ses liens avec la

1843, S. 1844, 1, 229. — Laurent, XVI, n° 92. — Larombière, art. 1130, n° 9. — Nast, *op. cit.*, p. 247. — Cf. Req., 10 août 1840, S. 1840, 1, 748.

[1] Req., 4 juill. 1859, S. 1859, 1, 758; D. 1859, 1, 461.

[2] Paris, 4 fév. 1863, 2, 56, S. 1863, 2, 56; D. 1863, 2, 45. — Trib. Montdidier, 9 juill. 1891, *Rec. Amiens*, 1892, 241. — Laurent, XVI, n° 87.

[3] Agen, 17 déc. 1856, S. 1857, 2, 1. — Toulouse, 15 avril 1842, S. 1842, 2, 385. — Civ. 16 août 1841, S. 1841, 1, 684. — Lyon, 16 janv. 1838, S. 1838, 2, 453. — Aubry et Rau, VIII, par. 739, note 58. — Laurent, XVI, n° 225. — Colmet de Santerre, IV, n° 256 *bis*, III. — Baudry et Barde, I, n° 281. — Thiry, II, n° 527. —

succession de l'ascendant n'a pas la même nature. Il peut se faire en dehors d'un contrat de mariage, il n'a pas le même caractère solennel de loi familiale. Aussi la cession d'un lot dans un partage d'ascendant est valable[1]. De même la convention faite d'avance en vue d'un partage d'ascendant à faire est régulière[2].

Si une convention avait pour but la cession de tous les biens présents, ne visant pas directement la succession, elle est valable[3].

Si un pacte est fait sur la succession d'un disparu, il est présumé régulier jusqu'à la preuve du décès ou jusqu'à la déclaration d'absence à une époque postérieure au pacte. En effet, tout contrat est présumé valable, à moins de preuve contraire. On présume le normal et non l'exceptionnel[4]. *A fortiori* sont valables les contrats faits après déclaration d'absence[5].

Huc, V, n° 527. — Larombière, art. 1130, n^{os} 20 et 37. — Planiol, III, n° 3179. — Baudry et Colin, II, n° 3925. — Nast, p. 209.

1 Toulouse, 26 juill. 1878, D. 1879, 2, 177; S. 1879, 2, 49. — Bordeaux, 30 juill. 1849, S. 1850, 2, 38. — Cass. civ., 18 mai 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2^{e} sem., 2, 177, *Rev. de droit civil*, 1904, p. 903. — Nast, thèse citée, p. 191. — Baudry et Wahl, II, n° 1012.

2 Cass. civ., 29 janv. 1877, D. 1877, 1, 105; S. 1877, 1, 199. — Baudry et Barde, I, n° 266, note 2.

3 Baudry et Barde, I, n° 266. — Nast, thèse citée, p. 185. — Larombière, art. 1130, n° 4.

4 Cass. Req., 17 janv. 1843, S. 1843, 1, 146. — Cass. Req., 3 août 1829, S. chr. — Bordeaux, 21 juin 1838, S. 1839, 2, 413 (cassé le 21 déc. 1841^{e}. — Req., 14 août 1871, S. 1871, 1, 101; D. 1871, 1, 193, avec note Garsonnet. — Demolombe, II, n° 131. — Nast, p. 219. — Rouen, 5 janv. 1901, *Rec. Rouen*, 1901, 1, 105 (sol implic.). — Civ., 30 août 1826, S. chr. — Aubry et Rau, IV, p. 544. — *Contrà* : Cass. civ., 21 déc. 1841, S. 1842, 1, 167. — Laurent, XVI, n° 97. — Larombière, art. 1130, n° 23. — Baudry et Barde, I, n° 278.

5 Req., 27 déc. 1837, S. 1838, 1, 545. — Cass. Req., 3 août 1829 et 4 déc. 1822, D. v. *Absence*, n^{os} 463 et 464. — Aubry et Rau, IV, p. 543. — Demolombe, II, n° 130. — Larombière, art. 1130, n° 23. — Nast, p. 219. — Bufnoir, p. 525. — Cf. Guyenot, thèse précitée, p. 190.

En outre, il faudrait valider, par application de l'adage *error communis facit jus*, le partage fait dans la croyance générale du décès[1].

Ce n'est qu'une application générale d'un adage que nous avons étudié plus haut (v. *suprà*. t. I). Il faut seulement remarquer que l'acte valable en lui-même sera nul si le disparu se représente. Et le règlement anticipé de sa succession ne s'appliquera pas à son décès.

Si, inversement, on traite d'une succession comme future alors qu'elle est ouverte, comme il faut voir la réalité et non l'intention (comme en droit pénal), l'acte sera valable[2].

Le contraire cependant a été soutenu. Larombière punit cet acte par la nullité[3]. Cela est bien excessif si, comme nous l'avons vu, on donne à la loi des motifs politiques.

Si on traite par erreur sur la succession d'une personne qu'on croyait à tort être décédée, la convention est nulle déjà faute d'objet[4].

De même serait valable l'option des successibles du degré ultérieur faite après le décès, mais avant que le premier appelé ait pris parti[5].

Le pacte fait par le substitué sur les biens détenus par le grevé n'est pas prohibé, si on se place au point de vue logique, le substitué tenant ses droits directement du testateur[6]. Mais il présente de graves inconvénients qui rendent préférable de le condamner.

Les gains de survie n'étant pas des droits héréditaires,

— Giorgi, III, n° 342. — *Contrà:* Laurent, XVI, n° 97. — Baudry et Barde, I, n° 278.

1 Cass. Req., 27 déc. 1837, S. 1838, 1, 545. — *Contrà:* Larombière, art. 1130, n° 27. — Guyenot, thèse citée, p. 185.

2 V. Giorgi, III, n 343.

3 Larombière, art. 1130, n° 31. — *Contrà:* Guyenot, thèse citée, p 185. — Pascau, thèse citée, p. 183.

4 Larombière, art. 1130, n° 27.

5 Pascau, th. citée, p. 185.

6 Larombière art. 1130, n° 22. — Demolombe, *Donations*, V,

mais seulement des droits sous condition de survie, si un époux renonce à un de ces gains en faveur d'un enfant, il n'y a pas là pacte prohibé[1].

862. — Il faut considérer comme prohibé, la convention sur succession future, et cela s'applique même à la convention qui se présente ostensiblement sous forme de deux actes séparés : un testament et d'autre part, une promesse faite à raison du testament qui vient d'être rédigé[2], ou un testament et une promesse de l'exécuter faite à la suite[3].

Il faut même considérer comme nul l'acte unilatéral sur succession future, par exemple le legs ou la renonciation, ou l'acceptation qui, par quelque côté, vise une succession future.

Mais il ne faut pas aller au-delà et considérer comme nul l'acte à titre onéreux préparé par un testament. L'acte ainsi préparé : offre d'un legs à charge par le légataire, ou sa succession de payer telle somme est en principe valable[4]. On a de même validé le testament par lequel une femme lègue à son mari la pleine propriété des immeubles com-

---

n° 599. — Baudry et Barde, I, n° 272. — Nast, *op. cit.*, p. 213. — Wahl, *Rec. de dr. civil*, 1916, p. 546. — Civ., 10 juin 1918, S. 1922, 1, 25. — Cf. Baudry et Colin, I, n° 3408. — *Contrà :* Bourges, 5 avril 1916, *Gaz. Trib.*, 1916, 2, 138.

[1] Req., 22 fév. 1831, S. 1831, 1, 107. — Req., 16 juill. 1849; D. 1849, 1, 304; S. 1850, 1, 380. — Agen, 12 mai 1848, S. 1848, 2, 301. — Laurent, XVI, n° 104. — Bufnoir, p. 525. — Larombière, art. 1130, n° 18. — Baudry et Barde, I, n° 270. — Nast, *op. cit.*, p. 197. — Giorgi, III, n° 339.

[2] Req., 25 janv. 1853, S. 1853, 1, 172; D. 1853, 1, 43. — Laurent, XVI, n° 95. — Rappr. Paris, 12 nov. 1858, D. 1859, 2, 134. — Cf. un cas spécial Grenoble, 12 fév. 1829, D. v. *Obligations*, n° 445. — Laurent, XVI, n° 100.

[3] V. *Contrà :* Paris, 23 nov. 1876, D. 1877, 2, 111, avec concl. de l'avocat général Hémar.

[4] V. Cass. civ., 31 mars 1868, S. 1868, 1, 282. — *Contrà :* Nîmes, 14 juin 1865 (même aff.), S. 1865, 2, 341. — Bordeaux, 10 mars 1852, S. 1853, 1, 172. — V. au surplus sur les actes à titres onéreux préparés par testament, *suprà*, n° 466.

muns sis dans certaines communes, contre la pleine propriété des immeubles communs sis dans d'autres communes[1].

Il y a là l'offre d'un partage de communauté faite par testament. Le testament ne contient pas à lui seul un pacte sur la succession d'un autre que le futur *de cujus*. Il est donc valable[2].

Allant plus loin dans cette voie, la jurisprudence valide le cautionnement par l'héritier présomptif d'un legs rémunératoire, lequel tient déjà un peu de l'acte à titre onéreux[3].

863. — La nullité des pactes ou actes sur succession future est une nullité radicale et non pas simplement relative[4]. Elle se prescrit par trente ans[5]. Etant d'ordre public, elle doit être prononcée d'office par le juge[6]. Elle ne peut être ratifiée avant le décès, mais elle peut l'être après par l'exécution[7].

Mais il est plus délicat de déterminer l'étendue des effets de la nullité. Si le pacte a été fait dans un même acte avec

---

1 Nancy, 22 fév. 1908, S. 1909, 2, 26.

2 V. sur les contrats préparés par testament, *suprà*, n° 466.

3 Grenoble, 12 fév. 1829, S. chr., D. v. *Obligations*, n° 445.

4 Chambéry, 13 janv. 1909, S. 1909, 2, 103; D. 1909, 2, 221. — Cass. civ., 11 nov. 1845, D. 1846, 1, 25. — Req., 14 nov. 1843, S. 1844, 1, 229. — Civ., 8 nov. 1842, S. 1843, 1, 33. — Laurent, XVI, n° 106. — Larombière, art. 1130, n° 33. — Baudry et Barde, I, n° 2611. — Planiol, II, n° 1015. — Nast, *op. cit.*, p. 328.

5 Cass. civ., 11 nov. 1845, S. 1845, 1, 785. — Cass. civ., 8 nov. 1842, S. 1843, 1, 33. — Cass. Req., 14 nov. 1843, S. 1844, 1, 229. — Agen, 30 août 1843, S. 1844, 2, 169. — Aix, 2 juin 1840, S. 1840, 2, 359. — Limoges, 6 avril 1838, S. 1838, 2, 501. — Chambéry, 13 janv. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 240. — *Contrà:* Toulouse, 16 janv. 1841, S. 1841, 2, 646. — Toulouse, 11 juill. 1834, S. 1835, 2, 39. — Cass. Req., 3 août 1829, S. chr. — Pau, 4 fév. 1830, id. — Rouen, 30 déc. 1823, id.

6 Paris, 23 nov. 1876, D. 1877, 2, 111. — Baudry et Barde, I, n° 2611.

7 Req., 13 mars 1884, J. P. 1884, 822. — Bruxelles, 28 juill. 1817, Pas. 1817, 482. — Labbé, *Ex. doctr. Rev. crit.*, 1885, p. 362. — Cass. Req., 21 août 1825, S. chr. — Bruxelles, 1er déc. 1894, Pas. 1895, 2, 127. — *Contrà:* Metz, 10 août 1841, S. 1845, 1, 785.

d'autres opérations juridiques, celles-ci bien que liées étroitement au pacte restent valables, du moins si cela est conforme à l'intention probable des parties[1]. Ainsi le pacte contenu dans un contrat de mariage qui vise le partage de la succession du survivant n'empêche pas le don mutuel contenu dans ce même contrat de subsister[2]. De même, le pacte contenu dans un partage d'ascendant et visant les biens non visés à ce partage, laisse celui-ci valable[3]. De même si, l'on fait une cession de succession future et une reconnaissance de dette, celle-ci subsiste[4]. Cependant, en fait, il en sera quelquefois autrement[5].

Si un contrat vise à la fois une succession ouverte et une succession future, c'est une question de fait que de savoir s'il y a nullité pour le tout. Il faut voir si une partie du contrat peut, dans l'intention des parties, subsister sans l'autre[6].

La jurisprudence, incline plutôt vers l'indivisibilité[7], en arguant tantôt de la difficulté de ventiler, tantôt de l'indivisibilité.

---

1 V. Nast. *op. cit.*, p. 346.

2 Cass. civ., 10 mars 1869, S. 1869, 1, 319. — V. de même Turin, 10 août 1811, S. chr. (constitution de dot et renonciation à succession future). — Cf. Larombière, art. 1130, n° 32.

3 Req., 27 nov. 1865, D. 1866, 1, 217.

4 Paris, 21 mai 1899, Pand. fr., 1900, 2, 32.

5 Req., 25 janv. 1853, D. 1853, 1, 43; S. 1853, 1, 172 (actes séparés : testament et convention avec le légataire considéré comme étant cause l'un de l'autre).

6 Cf. Laurent, XVI, n° 86. — Demolombe, XXIV, n° 329. — Aubry et Rau, IV, p. 318. — Guyenot, thèse citée, p. 188. — Giorgi, III, n° 344.

7 Limoges, 13 fév. 1828, D. v. *Succession*, n° 615. — Liège, 3 juin 1840, Pas, 1840, 2, 149 et 3 août 1852, Pas, 1852, 2, 345. — Montpellier, 4 août 1832. — Riom, 13 déc. 1828, Toulouse, 27 août 1833, D. *Successions*, n° 615. — Orléans, 24 mai 1849, D. 1849, 2, 165. — Cass. Req., 14 mai 1855, S. 1855, 1, 800. — Cass. Req., 14 nov. 1843, S. 1844, 1, 229.

Si la renonciation à succession future est la condition d'un acte à titre onéreux, tout tombe[1].

Mais si la convention sur succession future apparaît comme une condition mise à une libéralité, la jurisprudence, appliquant ses principes sur l'art. 900 Civ., en vertu desquels l'acte est nul, si la condition a été déterminante, annule volontiers la libéralité elle-même[2]. De même, elle admet volontiers la nullité totale si un acte a constitué un partage d'ascendants et le partage d'autres successions futures[3] ou une renonciation à une succession ouverte et à une succession non ouverte[4].

La jurisprudence considère encore que la nullité n'entraîne pas celle de la clause pénale qui a été stipulée dans l'acte par un tiers de bonne foi. Ainsi en est-il de la vente d'un bien successoral par l'héritier présomptif, avec clause pénale au profit de l'acquéreur de bonne foi[5]. Il y a là cette situation curieuse d'une clause pénale valable bien que le contrat soit nul. Mais cela s'explique par ce fait que la clause garantit un tiers de bonne foi, et n'a pas pour but de lutter contre la prohibition légale (v. *suprà*, n°s 800 et 801).

Cette solution très justifiée, fondée sur l'effet relatif des nullités d'actes visant un but illicite (v. *suprà*, n° 848) est

---

1 Riom, 13 déc. 1828, S. chr. — Montpellier, 4 août 1832, S. 1832, 2, 481. — Toulouse, 27 août 1833, S. 1834, 2, 97. — Limoges, 6 avril 1838, S. 1838, 2, 501. — Limoges, 15 fév. 1828, S. chr. — Metz, 14 juill. 1825, S. chr. — Orléans, 24 mai 1849, S. 1849, 2, 601. — Demolombe, XXIV, n° 329. — Laurent, XVI, n° 86. — V. aussi Cass. Req., 14 nov. 1843, S. 1844, 1, 229. — V. cep. Grenoble, 8 août 1832, S. 1833, 2, 176. — Trib. Bastia, 26 mai 1836, S. 1843, 1, 33. — Baudry et Barde, I, n° 277.

2 Orléans, 20 mars 1852, S. 1853, 2, 13. — Cass. Req., 14 mai 1855, S. 1855, 1, 800. — Laurent, XVI, n° 89. — V. cep. Paris, 9 nov. 1852, D. 1853, 2, 96.

3 Angers, 25 janv. 1862, D. 1862, 2, 36.

4 Cass. Req., 17 mars 1825, S. chr.

5 Laurent, XVI, n° 90

d'ailleurs exceptionnelle, car il a été admis avec raison que la nullité du pacte entraîne celle du cautionnement qui y est adjoint[1], ou de la garantie insérée dans l'acte[2].

En outre, si le pacte sur succession future forme avec d'autres clauses d'un testament ou d'une donation une substitution prohibée, tout l'acte est nul[3].

Une question plus délicate se pose lorsque, dans un partage, un enfant a été omis et que l'ascendant se porte fort de la ratification de celui-ci. Il a été admis que le partage nul en lui même, comme manquant des conditions légales et étant par suite prohibé, est rendu inattaquable par cette clause lorsque l'ascendant est décédé[4].

Ici, la clause accessoire, non seulement est valable par elle-même, mais elle a pour effet de valider l'acte principal. Ceci se rattache toujours à cette conception assouplie de la cause, ou plus exactement du but, que nous avons déjà exposée (v. *suprà*, n° 845).

SECTION IV

PREUVE DE LA CAUSE

864. — La question de la validité et de la preuve de la cause, conformément aux nécessités pratiques, est dominée par deux principes[5].

1° la loi présume l'existence et le caractère licite de la cause. C'est ce grand principe que l'on présume ce qui est

---

1 Lyon, 14 fév. 1852, D. 1855, 5, 296. — Bastia, 14 avril 1834, S. 1834, 2, 594.

2 Montpellier, 4 août 1832, S. 1832, 2, 481. — Bastia, 14 avril 1834, S. 1834, 2, 594.

3 Bruxelles, 21 janv. 1886, Pas. 1887, 2, 48.

4 Cass. Req., 5 nov. 1877, S. 1878, 1, 214. — Cf. Cass. civ., 21 juin 1893, S. 1894, 1, 17, avec note de M. Tissier, D. 1894, 1, 201, avec note de M. Planiol. — Vigié, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1895, p. 214.

5 V. sur leur origine, Bufnoir, p. 548.

permis et normal, et non pas ce qui est exceptionnel ou défendu[1]. De cette idée, l'art. 1132 Civ. fait une application particulière : « la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. »

2° Il faut, pour savoir si un contrat est valable comme ayant un but véritable et licite, examiner la réalité des choses et non les apparences. C'est ce qu'a traduit le Code dans des termes peu heureux, en disant (art. 1131 Civ.) : « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, » termes équivoques qui pourraient, à première vue, faire croire que toute indication erronée d'une cause emporte nullité, même si derrière cette cause apparente, il y en a une véritable et licite.

Or, on est d'accord pour dire que cet article suppose une fausse cause, sans cause véritable derrière elle, ce qui est évidemment raisonnable[2].

865. — Pratiquement, la question de la cause se présente ainsi. Une personne exhibe un acte écrit, contenant une promesse de somme d'argent ou autre. Cet acte écrit peut se présenter de deux manières.

Ou bien il énonce pourquoi cette dette a été contractée ; il dit par exemple : je promets de payer telle somme qui m'a été prêtée ou que je dois pour achat de marchandises, à telle époque. Le billet est alors causé. La promesse est expliquée par la cause énoncée.

Ou bien il dit simplement : je promets de payer telle somme, de faire tel acte, sans indiquer pourquoi on a promis de payer. C'est alors un billet non causé.

866. — Lorsque la promesse n'est pas causée, malgré les fraudes possibles[3], on présume ce qui est normal, c'est-à-

---

1 V. Demogue, *Notions fondamentales*, p. 550.

2 Assez souvent, en effet, ces billets seront ceux que feront signer des usuriers, v. Colin et Capitant, II, p. 320.

3 Ce n'est que la transposition dans le domaine de la preuve de cette

dire que la promesse a une cause et qu'elle est licite. Le demandeur n'a donc rien à prouver. Le billet est valable et en même temps on admet que la promesse a une cause. C'est ce que signifie, au fonds, l'art. 1132: « la convention n'est pas moins valable... » Peu importe que l'écrit porte une simple promesse de payer ou une déclaration : je reconnais devoir.

C'est ce qu'admet une jurisprudence très considérable[1].

---

idée qu'il faut par sécurité admettre la liberté des conventions et considérer que celles-ci ont en général une utilité sociale. Cf. Gounot, *Autonomie de la volonté*, pp. 380 et suiv.

1 Civ., 22 janv. 1913, D. 1913, 1, 144, S. 1913, 1, 79. — Cass. civ., 25 fév. 1896, S. 1896, 1, 280; D. 1896, 1, 199. — Cass. Req., 9 fév. 1864, S. 1864, 1, 107; D. 1864, 1, 211. — Bourges, 19 nov. 1900, S. 1901, 2, 39. — Paris, 22 mai 1895, S. 1896, 2, 251. — Cass. Req., 25 juill. 1876, S. 1878, 1, 291. — Dijon, 3 déc. 1894, D. 1895, 2, 237. — Trib. Charolles, 30 nov. 1893, D. 1894, 2, 127. — Bruxelles, 20 juin 1893, D. 1894, 2, 243. — Req., 8 oct. 1885, D. 1886, 1, 69. S. 1886, 1, 200. — Cass. civ., 16 août 1848, D. 1848, 1, 193; S. 1849, 1, 113. — Nîmes, 17 déc. 1849, D. 1852, 2, 69; S. 1850, 2, 118. — Cass. civ., 29 août 1831, S. 1831, 1, 410. — Paris, 4 mai 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 2, 275. — Trib. Seine, 11 mai 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 2, 455. — Nancy, 25 avril 1833, S. 1835, 2, 56. — Trib. Mâcon, 25 fév. 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 1er sem., 2, 496. — Dijon, 22 mars 1900, D. 1901, 2, 45. — Trib. Saint-Etienne, 20 mai 1901. Mon. Lyon, 3 juin 1901. — Trib. Seine, 23 nov. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 446. — Paris, 22 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 720. — Trib. Lyon, 15 avril 1891, *Mon. Lyon*, 10 juin 1891. — Orléans, 28 mars 1890, *Fr. judic.*, 1890, 180. — Lyon, 22 déc. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e p., 24. — Trib. Castres, 14 janv. 1886, *Gaz. Midi*, 2 mai 1886. — Trib. Saint-Pol, 13 août 1885, *le Droit*, 20 déc. 1885. — Trib. Mons, 2e juill. 1888, *Journ. Trib.*, 1890, 1354. — Bruxelles, 1er déc. 1894, Pas. 1895, 2, 127. — Trib. Verviers, 15 mars 1880, *Jur. Trib.*, 1re *inst.*, XXIX, 749. — Trib. Bruxelles, 5 juin 1889. Pas, 1889, 3, 283. — Bruxelles, 28 avril 1887, Pas, 1887, 2, 356. — Trib. Liège, 1er juill. 1886, *Journ. Trib.* 1re *inst.*, XXXV, 118. — Bruxelles, 10 déc. 1845, Pas, 1849, 2, 15. — Bruxelles, 9 août 1847. Pas, 1847, 2, 326. — Gand, 5 janv. 1835, Pas, 1835, 4. — Liège, 19 fév. 1824, Pas, 1824, 51. — Bruxelles, 26 fév. 1840, Pas, 1840, 66. — Bruxelles, 20 fév. 1856, Pas, 1857, 2, 133. — Bruxelles, 16 janv. 1850, Pas, 1851, 2,

867. — Si l'obligation indique une cause, on présume que cette cause est réelle. Il est naturel de présumer l'exactitude, non le mensonge. Peu importe qu'on oblige le débiteur à prouver une négative indéfinie. C'est cette solution que la jurisprudence admet de façon indubitable[1]. Ainsi le billet causé pour fournitures est présumé avoir pour cause réelle des fournitures[2].

Par suite, la promesse sera en principe valable dès que la clause indiquée sera licite, ce qui en fait arrivera presque toujours. Il est en effet très rare que les parties indiquent à une obligation une cause illicite. Presque toujours la cause indiquée sera légale, honnête. Les contractants ne seront pas assez maladroits pour indiquer une cause contraire à la loi ou aux mœurs.

Si la convention n'est pas constatée par écrit, Beudant estime que la charge de prouver l'existence de la cause incombe alors au demandeur en se fondant sur ce que l'acte écrit fait seul présumer que le billet non causé a une

---

181. — Bruxelles, 10 juill. 1848, Pas, 1848, 2, 231, 4 juillet 1846, Pas, 1847, 2, 270. — Huc, VII, nos 85 et 86. — Bufnoir, p. 554. — Baudry et Barde, I, n° 318. — Laurent, XVI, n° 166. — Demolombe, XXIV, nos 364 à 369. — Larombière, art. 1132. n° 4. — Colmet de Santerre, V. n° 48 *bis*. — Bonnier, Preuves, n° 557. — Beudant, ne 239. — Laborde, art. cité, *Rev. gén. de droit*, 1881, p. 510. — Colin et Capitant, II, p. 322. — C'est si vrai que si le créancier offre de prouver la cause, le tribunal peut rejeter sa demande comme inutile. Req., 20 juill. 1885, S. 1886, 1, 309. Toutefois, les tribunaux peuvent subordonner leur jugement à des explications du créancier. Civ., 22 avril 1835, S. 1835, 1, 656. — V. cep. Bordeaux, 23 fév. 1896, D. 1897, 2, 316. — Trib. Seine, 16 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 186. — Aubry et Rau, IV, p. 558, note 20.

1 Req., 17 juillet 1906, S. 1907, 1. 457. — Trib. Seine, 11 mai 1903. *Gaz. Trib.*, 1903, 2e sem., 2, 455, implic. — Trib. Mâcon, 25 fév. 1903. *id.*, 1er sem., 2, 496. — Alger, 18 mai 1911. *Gaz. Trib.*, 13 août 1911. — Huc, VII, n° 86.

2 Req., 25 juill. 1876, D. 1878, 1, 123. — Cass. civ., 25 fév. 1879 D. 1879, 1, 158. — Besançon, 13 fév. 1865, D. 1865, 2, 29. — Thiry, II, p. 589.

cause. Or, ici, il n'y a pas d'écrit[1]. C'est exagérer le rôle de l'acte écrit. Comme nous l'avons dit la loi présume le plus normal, ou normalement une promesse a une cause.

868. — Mais il n'y a dans les solutions ainsi données que des présomptions, ou plus exactement que des preuves comportant la preuve contraire[2] Si le billet n'est pas causé, on peut prouver qu'en réalité, il n'avait pas de cause, que la cause était purement illusoire ne s'est pas réalisée, ou le débiteur peut directement établir qu'il y avait telle cause, mais qu'elle était illicite.

Mais cette preuve pèse sur lui[3]. Car il s'agit de prouver contre la situation normale. En outre l'art. 1132 assimile le billet non causé au billet causé, or, pour ce dernier, c'est évidemment au débiteur à prouver l'inexactitude de la cause exprimée. Enfin ici, quoi qu'on ait dit parfois, la preuve de la négative indéfinie n'est pas impossible. Il suffit d'établir dans quelles circonstances on a promis.

Il en est de même si l'héritier du débiteur prétend qu'il n'y a pas de cause[4], les mêmes règles s'appliquent en effet au débiteur même ou à son héritier.

Si le billet est causé, le débiteur à qui cette preuve incombe toujours, peut établir que la cause est purement

---

1 n° 243.

2 Laurent, XVI, n° 167 précise ce point et dit ce sont des preuves complètes, qui ne peuvent être combattues que par certains moyens, tandis qu'une présomption peut l'être par tous moyens. C'est très exact. v. *infrà*, n° 821.

3 Req., 17 juill. 1906, D. 1910, 1, 280. — Dijon, 22 mars 1900, D. 1901, 2, 45. — Trib. Mons, 27 juill. 1888, *Journ. Trib.*, 1890, 1354. — Bruxelles, 20 juin 1893, Pas, 1893, 2; 411. — Cass. Req., 9 fév. 1864. S. 1864, 1, 107. — Cass. Req., 13 mai 1854, S. 1855, 1, 751. — Cass. civ., 16 août 1848, S. 1849, 1, 113. — Nîmes, 17 déc. 1849, S. 1850, 2, 118. — Agen, 3 juill. 1830, S. 1832, 2, 575. —Laurent, XVI, n° 166. — Beudant, n° 242. — Larombière, art. 1132, n° 4. — Demolombe, XXIV, n° 366. — Cazal, *Des actes simulés*, th. Montpellier, 1897, p. 35.

4 Demolombe, XXIV, n° 368.

apparente ou qu'elle est illicite[1]. Mais c'est à lui à faire cette preuve[2].

Dans les deux cas, l'obligation sera annulée, faute de cause[3], ou de cause licite. C'est ce que signifie l'art. 1131, en disant que l'obligation est nulle[4].

Ainsi le débiteur établira que le prêt que révèle un acte est purement fictif, ou que le billet fait double emploi avec un autre titre, ou que la cause réelle de l'obligation est la continuation d'un concubinage.

869. — Mais si le débiteur au lieu de prouver directement par quelle cause apparente ou illicite s'explique l'acte, peut prouver simplement que la cause apparente n'est pas la vraie, que le créancier n'avait pas les ressources pour prêter la somme indiquée comme prêtée, qu'il n'avait pas de marchandises à vendre alors que le billet porte : dette de marchandises vendues, en ce cas, il détruit la cause énoncée sans rien y substituer.

Alors le créancier peut profiter de cette lacune dans

---

1 Cass. civ., 25 avril 1887, S. 1887, 1, 149.

2 Req., 17 juill. 1906, D. 1910, 1, 286. — Trib. Seine, 17 janv. 1908, D. 1906, 5, 36. — Req., 9 nov. 1898, D. 1899, 1, 103. — Trib. Bourg, 18 juin 1912, *la Loi*, 22 juillet 1912. — Trib. Nantes, 29 nov. 1909, *Rec. Nantes*, 1909, 1, 195. — Lyon, 22 janv. 1908, *Mon. Lyon*, 15 juin 1908. — Lyon, 27 oct. 1905, *la Loi*, 10 fév. 1906. — Amiens, 9 mai 1889, *Rec. Amiens*, 1889, 112. — Aix. 12 déc. 1885, *Bull. d'Aix*, 1886, 121. — Lyon, 28 juin 1902, *Mon. Lyon*, 16 juin 1902. — Lyon, 25 nov. 1903, *Mon. Lyon*, 4 fév. 1904. — Trib. du Puy, 13 août 1908. *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1908. — Req., 5 août 1856, D. 1856, 1, 466. — Cass. civ., 31 mai 1858, D. 1859, 1, 178. — Liège, 19 fév. 1824, Pas, 1824, 51. — Bruxelles, 26 fév. 1840, Pas, 1840, 66. — Bruxelles, 4 juill. 1846, Pas, 1847, 2, 270. — Bruxelles, 10 juill. 1848, Pas, 1848, 2, 231. — Bruxelles, 16 janv. 1850, Pas, 1851, 2, 81. — Trib. Gand. 13 mai 1851, *Belg. jud.*, 1851, 953. — Bruxelles, 20 janv. 1856, Pas, 1857, 2, 133. — Trib. Tournai. 18 nov. 1861, *Belg. judic.* 1862, 1005. — Bufnoir, p. 553. — Demolombe, XXIV, n° 371. — Cazal, thèse citée, p. 35

3 V. pour le premier, Huc, VII, n° 80.

4 V. Laurent, XVI, n° 120.

l'argumentation de son adversaire pour établir qu'il y a une cause véritable et licite à la convention. Mais cette preuve lui incombe[1], car ici, on ne peut présumer une cause comme pour le billet non causé. La cause énoncée est sans valeur, mais derrière ce rempart fragile, s'il y a un but licite, il faut l'établir. En pareil cas, le créancier va triompher, car derrière la cause énoncée, les tribunaux doivent chercher la cause vraie et juger d'après sa valeur[2]. L'art. 1131 ne vise pas ce cas[3] lorsqu'il annule l'obligation sur fausse cause, il ne vise que l'hypothèse où derrière la cause apparente il n'y a pas de cause réelle.

Ainsi, une personne présente un billet de 10.000 francs, causé valeur prêtée. Le débiteur démontre que le pseudo créancier est un malheureux qui n'a jamais eu 10.000 francs à prêter. Si on en reste là, la dette ne sera pas reconnue. Mais le créancier peut prendre l'offensive et démontrer que s'il n'a pas prêté dix mille francs, on lui a promis cette somme pour réparer un préjudice qu'on lui avait causé, ou pour qu'il se charge d'élever un enfant naturel du défendeur. Le tribunal devra examiner si c'est exact et si le créancier le prouve, le tribunal condamnera au paiement si cette cause vraie est licite.

C'est ce qu'admet nettement la jurisprudence[4]

---

1 Demolombe, XXIV, n° 372. — Cazal; thèse citée, p. 35. — Rappr. Paris, 27 déc. 1919, *Gaz. Trib.*, 1920, 2, 305.

2 Huc, VII, n° 86.

3 Aubry et Rau, IV, p. 556. — Huc, VII, n° 80. — Demolombe, XXIV, n° 372. — Laurent XVI, n°s 120 et 169. — Baudry et Barde, I, n° 319. — Colmet de Santerre, V, 47 *bis*, II. — Larombière, art. 1132, n°s 8-10. — Bufnoir, pp. 540 et 557. — Pacifici Mazzoni, *Ist.*, IV, p. 185. — Beudant, n° 248.

4 Cass. Req., 28 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 522. — Cass. Req., 3 avril 1905, Pand. fr., 1905, 1, 301. — Cass. Req., 9 nov. 1898, S. 1900, 1, 335; D. 1899, 1, 103. — Pand. fr., 1899, 1, 63. — Cass. Req., 10 janv. 1898, S. 1902, 1, 492, Pand. fr. 1898, 1, 254 (2 arr.). — Toulouse, 9 mars 1885, S. 1886, 1, 316; D. 1887, 2, 443. — Toulouse, 20 avril 1880, S. 1882, 2, 222. — Montpellier, 23 janv. 1885,

Ainsi l'indication d'une cause simulée n'est pas par soi-même une cause de nullité.

S. 1887, 1, 361. — Cass. Req., 12 mai 1885, S. 1885, 1, 440; D. 1886, 1. 175. — Cass. Req., 31 juill. 1877, S. 1880, 1, 24. — Poitiers, 2 juill. 1872, S. 1873, 2, 112; D. 1872, 1, 166. — Aix, 10 janv. 1878, S. 1878, 2, 211. — Cass. Req., 9 fév. 1864, S. 1864. 1. 107; D. 1864, 1, 211. — Cass. Req., 9 nov. 1869, S. 1870, 1, 63; D. 1870, 1, 167. — Agen, 1er juin 1904, D. 1907, 2. 53. — Cass. civ., 5 déc. 1900, D. 1901, 1. 192; S. 1901, 1, 229. — Alger, 23 déc. 1895. D. 1897, 2, 453. — Trib. Cambrai, 21 déc. 1901, D. 1903, 2, 14. Pand. fr., 1903, 2, 104. — Bordeaux, 25 mai 1892. D. 1892, 2, 563. — Montpellier, 9 août 1879, D. 1881, 1, 317. — Req., 3 déc. 1873 D.. 1875, 1, 26. — Riom, 25 juin 1849. D. 1850, 2, 67. — Caen, 9 avril1853, D. 1854, 2, 189. — Caen, 10 juillet. 1854, D. 1855, 2, 162. — Cass., 2 déc. 1812, Dº. v. Privilèges, nº 1322. — Req., 13 mars 1854, D. 1854, 1, 248. — Paris, 12 fév. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 299. — Douai, 16 mars 1914 *Rec. Douai*, 1914, 214. — Trib. Seine, 23 déc. 1910, *Gaz. Trib.*, 1911, 1er sem., 2, 244. — Trib. Valenciennes, 22 nov. 1906, *le Droit*, 20 fév. 1907. — Paris, 22 mars 1898, *le Droit*, 7 juin 1898. — Trib. du Havre, 14 déc. 1910, *Rec. du Havre*, 1911, 1, 150. — Bordeaux, 18 déc. 1885, *Rec. Bordeaux*, 1886, 116. — Paris, 6 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 173. — Nîmes, 21 fév. 1887, *Rec. Nîmes*, 1887, 162. — Trib. Tunis, 25 juill. 1887, *Rev. d'Alger*, 1888, 232. — Trib. Lyon, 3 mars 1888, *Mon. Lyon*, 4 juill. 1888. — Trib. d'Annecy, 12 avril 1889, *Loi*, 19 juill. 1889. — Trib. Seine, 23 juin 1888, *Loi*, 9 sept. 1888. — Trib. Seine, 13 janv 1887, *Loi*, 21 janv. 1887. — Trib. Ploermel, 22 nov. 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 2, 371. — Trib. Seine, 6 fév. 1901, *Loi*, 16 mars 1901. — Trib. Cambrai, 26 déc. 1901, D. 1903, 2, 14, Pand. fr., 1903, 2, 104. — Bruxelles, 8 déc. 1891, Pas. 1892, 2, 115 et 7 avril 1828, Pas, 1828, 134. — 29 mai 1828, Pas, 1828, 189. — 16 avril 1832, Pas, 1832, 106. — Bruxelles, 26 mai 1835. Pas, 1835. 78. 29 janv. 1853. Pas, 1854. 2, 77. — 15 mai 1847, Belgique judic., 1847, 134, sol implic. — 20 mai 1866, Pas, 1866, 2, 150. — Gand, 17 juill. 1872, Pas, 1872, 2, 420. — Gand, 29 avril, 1865, Pas, 1865, 2, 166. — Trib. Anvers, 31 mars 1866, *Jur. Anvers*, 1866, 1, 158. — Liège, 16 mai 1868, Pas. 1869, 2, 109. — Liège, 30 mai 1871, Pas, 1871, 2, 331. — Trib. Bruxelles, 20 nov. 1878. Pas, 1880, 3, 81 et 22 nov. 1879, Pas, 1880, 3, 94. — Gand, 17 fév. 1872, Pas, 1872, 2, 420. — Liège, 23 nov. 1861, Pas, 1863, 2, 91. — Bruxelles, 6 juill. 1853, Pas, 1854, 2, 77. — Liège, 17 mars 1843, Pas, 1844, 2, 269. — V. Pascaud, *Ex. doctr. Rev.*

Le cas est assez pratique, car il y a des causes que l'on n'aime pas révéler au public. On n'aimera pas affirmer que l'on promet une somme pour avoir séduit une jeune fille, pour éviter un procès en concurrence déloyale, pour rembourser un objet que l'on a volé, etc. Il y a une série de causes peu honorables, maïs licites que l'on cherche en pratique à dissimuler.

Si on prétend que la cause était la volonté de donner, il faudra prouver le désir de gratifier, ce qui est toujours délicat[1].

En vertu des mêmes principes, si une promesse a une apparence irrégulière et que l'on établisse qu'elle a une cause valable, la promesse sera validée. Ainsi une personne lègue à son médecin la somme que celui-ci lui devait pour un achat d'immeubles. Le legs paraît tomber sous le coup de l'art. 909 Civ. Mais il sera validé si le légataire établit que ce legs était en réalité rémunératoire et visait à l'indemniser d'un préjudice causé[2].

870. — Il résulte de ce que nous venons de dire que, si la cause est une cause erronée, c'est-à-dire celle que les parties croyaient exister et qui n'existe pas, cette circonstance emporte nullité[3]; au contraire, la cause simulée, c'est-à-dire la cause apparente qui dissimule une autre cause réelle, n'entraîne pas à elle seule nullité[4].

---

critique, 1882, p. 129. — Laurent, XVI, nos 122 et 123. — Colmet de Santerre, V, n° 47 *bis*, II. — Baudry et Barde, I, n° 319. — Bruxelles, 22 mai 1871, Pas., 1872, 2, 408. — Cf. trib. Verviers, 6 juill. 1904, *Rec. gén. des décis.*, 1905, 330.

1 Bruxelles, 15 mai 1847, précité.

2 Cass. Req., 10 déc. 1851, *J. Pal.*, 1852, 1, 644.

3 Demolombe, XXIV, n° 369. — Baudry et Barde, I, n° 305. — Larombière, art. 1131, n° 5. — Pothier, *Oblig.*, n° 42. — Cazal, thèse citée, pp. 34 et 46.

4 Req., 9 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 574. — Civ., 5 déc. 1900, D. 1901, 1, 192. — Req., 12 mai 1885, *Gaz. Pal.*, 1885, 2, 350. — Req., 10 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 1, 129. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Paris, 23 mars 1892, D. 1892, 2, 240. — Aix, 10

La cause est putative lorsqu'on croit à l'existence d'une cause qui n'existe pas: par exemple d'un testament qui détermine à promettre au légataire. En ce cas, le contrat est nul[1].

871. — Ces principes s'appliquent à tous les contrats. Notamment on peut établir que la promesse de paiement non causée, ou causée : prêt, vente, etc. est en réalité une donation déguisée. L'acte est alors expliqué[2]. Il est présumé licite. Mais cette présomption, elle aussi, peut être combattue et on peut établir que la raison d'être de la donation n'était pas un des motifs normaux : sympathie due à la parenté, à l'amitié, désir de secourir une personne, de faciliter son établissement, de se concilier son amitié sans un but précis, maïs était une cause immorale : relations de concubinage à continuer, récompense, faveur à obtenir des pouvoirs publics par l'influence du bénéficiaire de la prétendue donation[3].

872. — Lorsque le débiteur poursuivi va prétendre prouver que l'acte manque de cause, on a une cause différente de celle exprimée, il ne peut le faire que conformément au droit commun. C'est-à-dire qu'il devra le faire par un écrit ou un commencement de preuve écrit, lequel pourra, dans certains cas, être le billet lui-même[4], ou par l'aveu et le

---

janv. 1878, S. 1878, 2, 211. — Orléans, 17 juin 1875, D. 1877, 2, 177. — Req., 3 déc. 1873, D. 1875, 1, 26. — Poitiers, 2 juill. 1872, S. 1873, 2, 212; D. 1872, 2, 166. — Req., 9 nov. 1869, D. 1870, 1, 167. — Req., 9 fév. 1864, D. 1864, 1, 211. — Paris, 6 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 1894, 1, 173. — Demolombe, XXIV, n° 370. — Baudry et Barde, I, n° 308. — Aubry et Rau, IV, p. 323. — Colmet de Santerre, V, n° 47 *bis*, II. — Cazal, thèse citée, p. 34. — Gand, 27 mai 1905, Pas, 1908, 2, 62. — Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 298. — Lomonaco, I, p. 160.

1 Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 300.

2 Orléans, 27 mai 1875, S. 1875, 2, 319; D. 1877, 2, 177 et 17 juin 1875, *eod. loc.*

3 V. Trib. Montpellier, 19 juill. 1884, et Montpellier 23 fév. 1885 et Cass. Req., 23 juin 1887, S. 1887, 1, 361, avec rapp. de M. Lardenois. Angers, 5 déc. 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 439. — Besançon, 19 mars 1862, D. 1862, 2, 58. — Gand, 12 mai 1883, Pas, 1883, 2, 376. — Aubry et Rau, VII, § 651, p. 57. — Bartin, p. 362.

4 Besançon, 13 fév. 1865, D. 1865, 2, 29.

serment[1]. Les témoins ne peuvent être entendus *de plano*, dès qu'il s'agit de plus de cent cinquante francs, et les simples présomptions ne sont pas admissibles[2]. Mais si le débiteur prétend prouver qu'il y a une cause illicite, alors, comme la fraude fait exception à toutes les règles, la preuve testimoniale sera admise par argument tiré de l'art. 1353 Civ[3]. Il en est ainsi notamment si l'on prétend qu'un billet, malgré les apparences, a en réalité pour cause une dette de jeu[4].

Mais la jurisprudence élargit parfois la règle de l'admis-

---

[1] V. Laurent, XVI, nos 172-173. — *Cf.* Montpellier, 25 fév. 1885, S. 1887, 1, 361.

[2] Req., 30 nov. 1885, S. 1886, 1, 316. — Montpellier, 25 fév. 1885, S. 1887, 1, 361. — Toulouse, 9 mars 1885, Gaz. Pal., 1885, 2, 128. — Cass. civ., 5 déc. 1900, S. 1901, 1, 229, D. 1900, 1, 192. — Req., 3 avril 1905, D. 1905, 5, 8. — Besançon, 13 fév. 1865, D. 1865, 2, 29. — Limoges, 2 mai 1912, *Mon. Lyon*, 12 déc. 1912. — Bruxelles, 21 avril 1894, Pas, 1894, 2, 414 (dette de jeu). — Bufnoir, p. 553. — Demolombe, XXIV, n° 371. — Baudry et Barde, I, n° 3181. — Cazal, *Actes simulés*, th. Montpellier, 1897, pp. 90 et suiv. — *Cf.* Req., 9 juill. 1901, D. 1901, 1, 499.

[3] Cass. civ., 21 mars 1898, D. 1903, 1, 403; S. 1898, 1, 513, avec note de M. Appert. — Trib. Montpellier, 19 juill. 1884, S. 1887, 1, 361. — 25 fév. 1885, *eod loc.* — Cass. Req., 5 août 1903, S. 1904, 1, 283 implic. — Grenoble, 6 mai 1902, D. 1903, 2, 385. — Req., 30 nov. 1885, *Gaz. Pal.*, 1886, 1 suppl., 146. — Gand, 11 mai 1898, Pand. per., 1900, 2, 8, Pas, 1898, 2, 367. — Bruxelles, 7 mai 1845, Pas, 1849, 2, 330. — Bruxelles, 26 déc. 1849, Pas, 1850, 2, 110. — Trib. Toulouse, 26 mai 1913, Pas, 1913, 4, 155 (pari aux courses). — Cass. Req., 4 nov. 1857, D. 1857, 1, 441. — Ch réun., 7 mai 1836, D. v. *Mariage*, n° 90. — Laurent, XVI, nos 121 et 176. — Bufnoir, p. 553. — Demolombe, XXIV, n° 371. — Baudry et Barde, I, n° 3181. — V. Cazal, thèse citée, p. 97. — *Cf.* cep. Cass. Req., 26 mars 1860, D. 1860, 1, 255 qui semblerait dire pour les donations que la preuve du concubinage doit résulter de l'acte même. — V. aussi Orléans, 27 mai 1875, D. 1877, 2, 177; S. 1875, 2, 319. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453. — Caen, 17 juill. 1899, Rec. Caen, 1899, 2, 136.

[4] Req., 4 nov. 1857, D. 1857, 1, 441. — Lyon, 21 déc. 1822. — Gre.

sibilité de la preuve par témoins. La cour de cassation a jugé que le fait de démontrer la fausseté de la cause fait pré umer la fraude et elle a dit qu'en pareil cas toute preuve était admissible[1].

Laurent dit dans le même sens que la cause erronée se prouve par tout moyen[2]. C'est exact, si c'est par suite d'une erreur inconsciente des parties qu'une fausse cause a été inscrite ; mais c'est inexact si l'erreur a été consciente ici, c'est alors une cause simulée et non une cause erronée.

Mais lorsque le créancier présente l'écrit non causé, ou dont la fausseté de la cause est démontrée, la jurisprudence admet que cet écrit est déjà un commencement de preuve écrit de la cause véritable que le créancier doit établir pour triompher[3].

De la sorte, pratiquement, la sévérité du principe est très atténuée. La preuve de la cause illicite peut résulter non seulement de l'acte même, mais encore d'autres pièces[4]. La jurisprudence, avec raison, l'admet aujourd'hui pour les actes à titre gratuit[5]. Toutefois, une précision doit être donnée ici, à propos des libéralités à des enfants naturels

---

noble, 6 déc. 1823. — Limoges, 8 janv. 1824. — Cass. Req., 30 nov. 1826, S. chr.

1 Cass. Req., 9 nov. 1898, *Gaz. Trib.*, 1899, 1er sem., 1, 74. Le motif toutefois va un peu au delà du fait prévu par l'arrêt, ce qui lui ôte de la force. — Cass. Req., 4 nov. 1857, D. 1857, 1, 441. — Cf. Cass. civ., 7 janv. 1829, D. *Obligations*, n° 5048.

2 XVI, n° 170.

3 Req., 3 avril 1905, D. 1905, 5, 8. — Cass. civ., 5 déc. 1900, S. 1901, 1, 229, D. 1900, 1, 192.

4 Dijon, 22 mars 1900, D. 1901, 2, 45 et 9 déc. 1894, D. 95, 2, 237. — *Contrà :* Orléans, 27 mai 1875, S. 1875, 2, 319 ; D. 1877, 2, 177. — Alger, 23 déc. 1895, D. 1897, 2, 453.

5 Civ., 2 janv. 1907, S. 1911, 1, 585 ; D. 1907, 1, 137, avec note de M. A. Colin. — Colin et Capitant, III, p. 633. — *Contrà :* Amiens, 9 août 1865, D. 1866, 1, 378 (legs). — Poitiers, 11 juin 1889, D. 1892, 1, 145. — Cf. Req., 23 juin 1887, D. 1889, 1, 35, qui admet des lettres versées spontanément, Dijon, 3 déc. 1894, D. 1895, 2, 237 qui écarte seulement les investigations fâcheuses.

non reconnus et à des enfants adultérins dont la filiation n'est pas régulièrement établie. Ici la preuve ne peut résulter que de l'acte lui-même[1]. C'est qu'en effet les libéralités sont annulées ici non pas sur la preuve de la paternité que l'on n'admet pas, car elle serait scandaleuse[2], mais sur « l'opinion » que le père manifeste dans la donation ou le testament, ce qui est tourner la loi en ridicule. C'est là la cause de la nullité. La preuve de la paternité résultant d'une correspondance ou *a fortiori* de témoignage est donc inopérante (cf. *suprà*, n° 787 bis).

873. — La présomption de validité de la cause que la loi établit en faveur des actes juridiques conduit à une conséquence importante. Il semble que les parties n'ayant pas à énoncer le pourquoi de leurs actes juridiques, les actes avec clauses secrètes doivent être déclarés valables, si on les envisage à ce point de vue.

En fait, la question ne se présente que pour les legs. On en rencontre parfois qui sont ainsi libellés. Je donne telle somme à X..., à charge par lui d'accomplir les actes qui ont été prévus entre nous. Cette clause, du point de vue de la preuve, nous semble valable. Mais les intéressés pourront prouver qu'il y a un but illicite et cela par tous moyens. Et il faut reconnaître que la clause secrète fera facilement supposer la fraude.

La question est à l'heure actuelle très discutée. Mais elle l'est moins pour des raisons relatives à la preuve que pour des raisons spéciales au testament. On fait remarquer que la charge secrète aboutit à consacrer un legs verbal, ce qui est en réalité exact[3].

---

[1] Req., 29 juin 1887, S. 1887, 1, 358; D. 1888, 1, 295. — Civ., 22 janv. 1867, S. 1867, 1, 49; D. 1867, 1, 5. Req., 31 juill. 1860 (legs), S. 1860, 1, 833. D. 1860, 1, 458 et 26 mars 1860, S. 1860, 1, 321; D. 1860, 1, 255. — Req., 6 déc. 1876, S. 1877, 1, 67. — *Contrà:* Trib. Seine, 27 avril 1918, *Gaz. Trib.*, 1918, 2, 375. — Revue de droit civil, 1919, pp. 143 et 506.

[2] V. spécialement, Req., 31 juill. 1860, précité.

[3] V. pour la nullité, Req., 30 nov. 1869, D. 1870, 1, 202. — Gand,

Nous en conclurons que la charge secrète insérée dans un contrat à titre onéreux serait incontestablement valable, il en serait de même si elle figurait dans une donation,

Une question analogue se présente pour la charge d'élire. Du point de vue de son application juridique, de sa cause. elle doit être présumée valable. Elle l'est donc incontestablement si elle figure dans un acte à titre onéreux ou une donation. Ne voit-on pas fréquemment le public donner à des quêteurs, à des comités sans personnalités, à la charge par eux de distribuer les sommes reçues dans une certaine catégorie de personnes, mais en y faisant eux-mêmes leurs choix.

D'ailleurs, la faculté d'élire est prévue implicitement par l'art. 1994 Civ , qui parle de la possibilité de se substituer un sous-mandataire, ce qui est bien user d'une faculté d'élire. En est-il de même si elle est insérée dans un legs, ce qui est plus pratique ? Oui, si on se place sur le terrain de la présomption de validité, de légitimité de l'acte.

La jurisprudence et les auteurs sont cependant en sens contraire. On se fonde sur ce qu'il y a là une libéralité à personne incertaine[1]. Mais M. Wahl remarque avec raison que l'ancien droit qui annulait le legs à personne incer-

---

28 nov. 1868, Pas, 1869, 2, 126. — Dijon, 2 avril 1874, S. 1874, 2, 253. — Paris, 3 mai 1872, S. 1873, 2, 51. — Trib. Mayenne, 6 juill. 1899, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 339. — Demolombe, XVIII, n° 609. — Laurent, XI, n° 317. — Planiol, III, n° 3022. — V. aussi Caen, 21 déc. 1905, D. 1907, 2, 345. — Cass. Req., 13 janv, 1857, D. 1857, 1, 197; S. 1857, 1, 180. — Colmar, 22 mai 1850, S. 1852, 2, 435. — *Contrà:* Req., 10 nov. 1857, D. 1858, 1, 79. — Nîmes, 23 mai 1865, S. 1865, 2, 285. — Rennes, 8 déc. 1856, D, 1858, 1, 79. — Lyon, 14 fév. 1862, S 1862, 2, 314. — Cf. Guyot, *Exécution testamentaire*, p. 76.

[1] Metz, 10 mai 1845, D. v. *Disp.*, n° 335. — Cass. civ., 12 août 1863, S. 1863, 1, 446; D. 1863, 1, 356. — Paris, 28 oct. 1896, D. 1897, 2, 342. — Liège, 14 mai 1873, D. 1874, 2, 36. — Dijon, 1er juill. 1883 (legs pour donner en bonnes œuvres), S. 1885, 2, 175. — Douai, 1er mai 1894, D. 1895, 2, 251, avec note de M. Beudant, S. 1895, 2, 1. — Pau, 24 mars 1884, D. 1885, 2, 201. — Nancy, 9 mars 1901, Pand. fr.,

taine validait la charge d'élire. On ne peut donc invoquer que la loi du 17 nivôse an II qui a supprimé la possibilité de cette charge entre époux (art. 9), et celle du 9 fructidor an II, art. 3 qui l'a supprimée de façon générale. Mais ces textes ne sont-ils pas abrogés par le Code civil (loi du 30 ventôse an XII, art. 7) ?

La cour de cassation invoque l'art. 895 et dit que le testateur devait disposer de son bien, il doit par suite « choisir lui-même le légataire et non en abandonner le choix au libre arbitre d'un tiers qui serait en ce cas le véritable disposant », mais c'est un argument bien littéral.

Ensuite il s'agit de savoir si l'argument n'est pas dangereux. Si le testament doit être si complet qu'il règle définitivement le sort des biens, comment maintenir la jurisprudence qui admet le legs à charge d'employer les biens légués en bonnes œuvres, œuvres de bienfaisance, etc[1].

On ne peut guère attribuer plus de valeur au passage des travaux préparatoires du Code qui condamne la faculté d'élire[2].

En tous cas, dans une hypothèse, la jurisprudence valide la faculté d'élire, c'est lorsque le testateur a chargé le léga-

---

1903, 2, 43. — Demolombe, *Don*, I, n° 618. — Laurent, XI, n° 326. — Aubry et Rau, VII, §§ 655 et 656, p. 70, 4e éd. — Baudry et Colin, I. 368 et 369 et II, n° 3125. — Labbé, note dans S. 1895, 2, 1. — *Contrà :* Planiol, III, n° 2745, qui argumente de ce que les bénéficiaires d'une charge peuvent être désignés par le légataire. — Wahl note dans S. 1896, 1, 281. — Duborle, Facilité d'élire dans les legs, p. 89, th. Paris, 1908. — Tuillerie, *De la Faculté d'élire*, th. Paris, 1907, pp. 51 et suiv. Metz, 13 mai 1864, D. 1864, 2, 169 ; S. 1864, 2, 132 (simple fixation de quotité par un tiers). — Cf. Req., 28 fév. 1853, S. 1853, 1, 332 et 30 nov. 1853, S. 1854, 1, 27. — Trib. Seine, 26 juill. 1912, *le Droit*, 1er janv. 1913.

1 Req., 27 nov. 1876, D. 1877, 1, 152. — Civ., 1er juill. 1861, D. 1861, 1, 257. — Agen, 16 nov. 1891, D. 1893, 2, 213. — Req., 14 juin 1875, D. 1876, 1, 132.

2 Jaubert, Rapp. au *Tribunat*. Locré. V. p. 344.

faire de passer un contrat à titre onéreux. Il peut le passer avec qui il voudra[1].

874. — La validité de la cause intéressant l'ordre public si le juge constate qu'un contrat a une cause illicite, il doit d'office suppléer ce moyen nouveau[2].

875. — En tous cas ce qui concerne l'existence de la cause est bien entendu une question de pur fait[3].

SECTION V

EFFET DE LA NULLITE DANS LES CAS PRECEDENTS

Répétition des sommes payées pour fausse cause ou cause illicite

876. — Lorsque l'obligation a un objet inexistant ou hors du commerce, ou poursuit un but illicite elle est nulle de nullité absolue, du moins en général (v. *suprà*, n° 845). Elle ne peut donc donner lieu à ratification, ni à exécution volontaire valable[4], ni à action en exécution[5], ou en dom-

---

1 V. Turin, 13 janv. 1808. S. chr. — Caen, 26 nov. 1828, S. chr. — Cass. civ., 7 juill. 1834, S. 1834, 1, 700; D. 1834, 1, 390. — Cass. civ. 13 juin 1859, S. 1859, 1, 653. — Rennes, 22 août 1861, S. 1862, 2, 38.

2 Bruxelles, 18 mars 1902, Pas, 1902, 2, 317 (promesse en vue de continuation d'un concubinage). — Trib. comm. Anvers 19 fév. 1908, Journ. Trib., 1908, 539 (promesse de ne pas enchérir).

3 Cass. belge, 14 mai 1903, Pas, 1903, 1, 216.

4 Bruxelles, 14 fév. 1859, Pas, 1859, 2, 165. — Trib. Bruges, 21 juin 1869. *Belgique judic.*, 1870, 877. — V. Aubry et Rau, IV, p. 545. — Laurent, XVI, n° 160. — Demolombe, XXIV, n° 381. — Baudry et Barde, I, n° 316. — Laborde, art. cité, p. 405. — Cf. Giorgi, IV, n° 170. D'après Giorgi, *Obligazioni*, IV, n° 673, le contrat est bien nul de nullité absolue en général. Mais il en est autrement s'il s'agit d'une prohibition d'ordre secondaire: comme celle des pactes commissoires en cas de gage, des pactes de remeré pour plus de cinq ans, etc. Le fondement de cette idée est exact. Car la nullité doit avoir pour mesure le besoin de protection des principes d'ordre public, besoin qui peut être divers suivant les cas. Il y a des degrés dans l'ordre public.

5 Aix 28 nov. 1905, *le Droit*, 20 janv. 1906 (exécution d'un mandat

mages-intérêts[1]. Elle ne peut se couvrir par prescription décennale[2], ou par ce fait qu'il y a eu compte arrêté[3], disent les arrêts, ou exécution partielle d'un seul côté[4]. Tout intéressé peut l'invoquer[5]. Le juge peut la déclarer d'office[6].

Larombière a toutefois prétendu qu'il n'y avait que nullité relative s'il s'agit de cause illicite du côté d'une seule partie seulement; la loi visant à protéger la liberté d'une seule personne. Il en serait ainsi en cas de contrat de travail perpétuel[7]. Mais cette solution empruntée à l'ancienne jurisprudence est abandonnée. C'est en effet ne pas voir suffisamment qu'il y a ici ordre public, c'est-à-dire intérêt général à ce que le contrat soit annulé.

Toutefois on ne peut négliger de remarquer que dans certains cas où la loi considère un certain but comme contraire à l'ordre public, elle n'établit parfois implicite-

---

de faire certaines falsifications). *Rev. de dr. civil*, 1906, p. 162. — Trib. Lorient, 27 fév. 1895, D. 1899, 2, 266. Mais s'il y a eu prestation fournie et que celle-ci ne puisse se répéter en nature, et ait une valeur économique, on pourra agir en exécution pour le passé pour éviter un enrichissement injuste. Ainsi l'ouvrier engagé avant treize ans pourra obtenir son salaire. V. Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p. 375.

1 Cass. civ., 23 oct. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 490, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 979. Le contrat illicite ne pourra donner lieu à action en indemnité d'une partie contre l'autre que s'il y a eu volonté viciée du demandeur, v. Savalier, *Effets et sanctions du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p. 399.

2 Trib. Bruges, 21 juin 1869, précité.

3 Cass. civ., 23 oct. 1912, Pas, 1913, 4, 22. *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 451. — Req., 16 nov. 1880, S. 1881, 1, 313; D. 1881, 1, 109. — Req., 21 juill. 1847, S. 1847, 1, 797. Cf. *suprà*, n° 847.

4 Larombière, art. 1133, n° 9.

5 Civ., 25 avril 1887, S. 1887, 1, 149; D. 1887, 1, 397. Un tiers peut même en faire la base d'une action en indemnité, v. Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p. 396.

6 Simoncelli, *Istituzioni*, p. 297 et les renvois. Milan, 23 août 1904, *Giur. ital.*, 1905, 2, 281, avec note L. Coviello.

7 Larombière, art. 1133, n° 30.

ment ou explicitement qu'une nullité relative comme sanction. C'est le cas pour certaines clauses exorbitantes du contrat de société (art. 1855), ou du cheptel (art. 1811), du gage (art. 2078), de l'antichrèse (art. 2088). Il en est de même pour les textes prohibant les conventions d'indivision pendant plus de cinq ans (art. 815), fixant à cinq ans la durée des facultés de rachat (art. 1660). On peut même dire qu'ici la convention contraire est seulement réductible. Il faut aussi tenir compte de la jurisprudence qui, lorsqu'un but illicite devient à un moment donné licite, admet que la nullité disparaît (v. *suprà*, n° 845).

Rappelons encore que la nullité tenant à l'objet ou à la cause n'est pas non plus pleinement opposable aux tiers.

Enfin la jurisprudence est hésitante sur le point de savoir s'il faut donner à un époux action contre l'autre pour faire tomber en communauté les bénéfices illicites réalisés par l'autre. Elle a admis l'affirmative pour les bénéfices d'un remède secret[1].

La cour de cassation avec plus de raison a refusé l'action pour faire verser dans la communauté l'indemnité pour transaction obtenue par le mari d'un complice de l'adultère de l'autre époux[2], vu son caractère personnel.

La convention immorale ou illicite ne peut laisser survivre une obligation naturelle que si le but poursuivi par là n'est pas illicite, ce qui ne peut avoir lieu[3].

La nullité tenant à la cause étant absolue, peut être invoquée même après trente ans. Mais l'action pour répéter ce qui a été payé s'éteint par trente ans. On a cependant jugé[4] que la nullité se prescrivait par trente ans, mais qu'après ce délai on pouvait invoquer l'adage: *temporalia ad agendum*,

---

1 Paris, 4 août 1909. *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 570, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 160. — V. Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 381. — Rappr. pour le cas d'apport d'une maison de tolérance, n° 834.

2 Civ. 5 fév. 1873, S. 1873, i, 289, avec note Labbé.

3 V. cep. Savatier, *op. cit.*, p. 412.

4 Cass. Naples, 10 déc. 1884. Chironi, *Questioni*, II, p. 272.

perpetua ad excipiendum. Chironi trouve cet adage inapplicable, mais admet la prescription trentenaire. Ceci nous semble incompatible avec le but de la nullité.

877. — Ce qui a été payé sans cause, en vertu d'une fausse cause ou d'une cause illicite peut-il être répété[1]?

Si un paiement a eu lieu sans cause, ou sur une fausse cause, il y a lieu à répétition. L'art. 1131 Civ. dit d'ailleurs que l'obligation sans cause ou sur fausse cause ne peut avoir aucun effet.

Lorsque le paiement est sans cause, la répétition ne fait aucun doute au profit de celui qui a payé[2].

Ainsi en est-il de l'assuré qui a continué à payer des primes d'assurances après l'expiration du contrat[3], du débirentier qui a continué à payer une rente viagère alors que le créancier est en état d'absence[4].

Mais l'art. 1131 parle aussi de la cause illicite. Il semblerait donc, qu'ici encore, il y a lieu incontestablement à répétition[5]. En réalité la question est très controversée.

S'il y a cause illicite, la contre-prestation est nulle aussi, et elle n'est plus due pour l'avenir[6]. Mais, que décider pour le passé ?

Certains auteurs ont défendu le système de la répétition dans tous les cas[7] comme seul conforme à l'art. 1131 Civ.

---

1 V. Giraudet, *La maxime nemo auditur*, etc., th. Dijon, 1913.

2 V. Req., 2 mai 1882, D. 1883. 1, 168. — Req., 8 avril 1872, D. 1873, 1, 259. — Paris, 20 nov. 1854, D. 1855, 5. 243. — Thiry, II, p. 592.

3 Pau, 7 fév. 1907, D. 1907. 2, 136. — Trib. comm. Seine, 12 mai 1915, D. 1906, 5, 1.

4 Poitiers, 9 mai 1910, D. 1911, 2, 287.

5 V. en ce sens Colmet de Santerre, V, n° 49 *bis*, IV. — Laurent, XVI, n° 164.

6 Lyon, 19 déc. 1867, D. 1869, 2, 30.

7 Colmet de Santerre, V, n° 49 *bis*, IV. — Bufnoir, p. 654. — Lyon-Caen, note dans S. 1884, 2, 54. — Charmont, *Ex. doctr.*, *Revue critique*, 1899, p. 75 et Pand. fr., 1898, 2, 1. — Aubry et Rau, IV, p. 13. — Demolombe, XXVII, n° 43 et XXIV, n° 382. — Baudry et Barde, I,

d'après lequel « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut produire aucun effet ».

On a sans doute objecté à cette solution, l'adage du droit romain : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Mais on a montré en outre que la règle *nemo auditur* ne s'explique que par les principes romains où la stipulation obligē par elle même et où la *condictio sine causa, ob turpem causam* sont des faveurs qui peuvent être refusées à celui peu digne d'intérêt. D'ailleurs, l'adage a été repoussé dans certains cas déjà[1].

Mais d'autres auteurs ont admis que si la cause est illicite des deux côtés il n'y a pas lieu à répétition, car l'art. 1376 ne reconnaît le droit à répétition de l'indû que s'il y a erreur, ce qui n'est pas le cas. Ensuite on invoque l'adage : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio.* Si la cause est illicite de la part seulement de celui qui a payé, d'après eux il n'y aura pas lieu non plus à répétition. On admet cependant des exceptions dans certains cas : par exemple si on a voulu par un contrat s'exonérer de sa faute où de son dol, si on s'est fait acheter son silence pour ne pas dénoncer un délit[2], ou payer pour dire où est un objet volé.

Enfin, si la cause n'est illicite que de la part de celui qui reçoit, comme au cas où de l'argent a été payé pour amener quelqu'un à exécuter son devoir, il y a lieu à répétition[3]

---

n° 382. — Baudry et Barde, I, n° 316. — Laborde, art. cité, *Revue générale de droit*, 1881, p 407. — Laurent, XVI, n° 164. — Thiry, II, p. 592. — Huc, VIII, n° 392. — Savatier, *Effets et sanctions du devoir moral*, th. Poitiers, 1916, p. 434. — Simoncelli, *Istituzioni*, p. 297. — Cf. Meynial, note dans S. 1890, 2, 97. — Appert, note dans S. 1896, 1. 290. — V. aussi Giorgi, *Obbligazioni*, V, n° 135. — Baudry et Wahl, *Louage*, I, n^{os} 135.137. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 405.

1 V. Pau, 21 fév. 1912, S. 1912, 2, 120, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 742.

2 Larombière, art. 1133, n° 13. — Crome, *Allg. Theil*, par. 31.

3 V. tout ce système dans Larombière, art. 1133, n° 10. — Aubry et Rau, IV, 4^{e} éd., p. 741. — Ce fut le système d'anciens auteurs : Duranton, Troplong, Merlin, Pothier. — Rappr. Lomonaco, I. p. 161. — Pacifici Mazzoni, *Ist.*, IV, 5^{e} éd., p. 217.

Toutefois, on limite ce système aux obligations immorales et on admet toujours la répétition si la cause est seulement illicite[1], sauf toutefois s'il s'agit d'un délit pénal[2].

On a cherché à appuyer ce système assez complexe sur les textes du droit romain.

Quel est le système de la jurisprudence sur l'effet des obligations sans cause ou sur cause illicite ? De l'art. 1131 d'après lequel lorsqu'une obligation est sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, elle ne peut avoir aucun effet, elle tire de nombreuses conséquences.

Elle admet dans ces cas non seulement une nullité absolue, mais encore toutes les conséquences attachées à la nullité absolue.

On ne peut réclamer l'exécution de l'obligation et si cette exécution a eu lieu, ce qui a été payé peut être répété. Et un tiers, notamment le syndic de faillite des parties, ne peut agir davantage dans le premier cas[3].

On ne peut réclamer l'exécution de l'obligation, même pour se faire indemniser des suites du contrat[4]. Et à cet effet le signataire de billet ayant pour but le maintien de relations de concubinage peut répéter les billets signés par lui. On considère qu'il n'y a pas encore paiement[5].

On ne peut, en principe, faire régler le compte résultant de l'acte illicite[6].

Mais à quelles hypothèses s'applique ce système?

---

1 Id., art. 1133, n° 29.

2 Larombière, art. 1133, n° 13. Il en est ainsi même s'il s'agit de délit purement légaux comme la contrebande (id., n° 34).

3 Alger, 22 mars 1898, *Gaz. Trib.*, 1898, 2e sem., 2, 353.

4 V. Turin, 12 déc. 1807, S. chr., Civ., 23 juin 1879, D. 1879, 1, 367.

5 Req., 2 fév. 1853, S. 1853, 1, 428. — Req., 4 janv. 1897, S. 1898, 1, 309, D. 1897, 1, 126. — Trib. Seine, 5 fév. 1867, D. 1867, 3, 62.

6 Paris, 9 avril 1897, D. 1899, 2, 244. — Paris, 22 juill. 1905, D. 1906,, 5, 36. — Dijon, 15 mars 1894, D. 1894, 2, 471. — Req., 3 nov. 1880, D. 1881, 1, 115 (société pour fraude). — Pascaud, *Revue Critique*, 1882, p. 131. — *Contrà:* Besançon, 9 janv. 1889, D. 1890, 2, 19.

La jurisprudence a commencé par refuser dans tous les cas de ce genre l'action en répétition.

Ainsi, il a été jugé qu'en cas d'entreprises de succès dramatiques, il n'y avait pas lieu à répétition des sommes versées[1].

Il a été décidé de même qu'en cas de billets souscrits pour écarter un concurrent d'une enchere, le paiement ne pouvait pas donner lieu à répétition[2].

De même des arrêts anciens ont refusé la répétition en cas de paiement d'un supplément de prix d'un office[3], d'office mis en société[4], ou en cas de cessions de promesses d'actions[5], ou en cas de paiement de soins à une personne exerçant illégalement la médecine[6].

On trouve, depuis 1850 environ, sur ce point, des arrêts en sens opposés.

D'abord, il est admis que, si la cause n'est illicite que du côté de l'accipiens, il y a lieu à répétition.

Ainsi en est-il si le boucher a payé des taxes d'abattoir illégales[7], si un mandataire s'est fait rembourser par le

---

1 Paris, 8 août 1853, S. 1853, 2, 499. — Cass. Req., 17 mai 1841, S. 1841, 1, 623. — Contrà : Limoges, 16 avril 1845, S. 1846, 2, 465.

2 Trib. Limoges, 27 fév. 1844, sous Limoges, 16 avril 1845, S. 1846, 2, 465.

3 Paris, 31 janv. 1840, S. 1840, 2, 81. — Rouen, 18 fév. 1842, S 1842, 2, 201. — Cass. Req., 23 août 1842, S. 1843, 1, 123. — Metz, 14 fév. 1843, S. 1843, 2, 449. — Grenoble, 16 déc. 1837, S. 1838, 2, 489. — Toulouse, 22 fév. 1840, S. 1840, 2, 126. — Trib. Seine, 6 juill. 1844, D. 1845, 4, 373. On n'admet même pas l'imputation sur le prix approuvé. On dit qu'il y a obligation naturelle.

4 Paris, 4 fév. 1854, S. 1854, 2, 148.

5 Paris, 5 déc. 1849, D. 1852, 2, 94. — V. cep. les arrêts cités en note.

6 Besançon, 19 janv. 1872, D. 1872, 2, 136.

7 Req., 19 mars 1907, D. 1907, 1, 269.

mandant des déboursés majorés[1], si un transporteur a payé des taxes irrégulièrement calculées[2].

Mais on a au contraire refusé la répétition lorsque le contrat était immoral aussi bien du côté de l'*accipiens* que du *tradens*, et cela dans des cas nombreux.

Lorsque des billets ont eu pour but de payer des relations de concubinage, la répétition a été refusée[3].

De même, il a été décidé fréquemment qu'un contrat ayant été passé pour la vente d'une maison de tolérance, le vendeur ayant touché le prix, n'était pas exposé à l'action en répétition. Ou bien, n'étant pas payé, il ne peut agir pour se faire remettre le mobilier, ou pour faire résilier le bail de l'immeuble qu'il a signé[4] et son locataire ne peut répéter les loyers qu'il a versés.

La jurisprudence a encore maintenu le refus de répéti-

---

[1] Trib. comm. Lyon, 21 mai 1909, D. 1909, 5, 51.

[2] Paris, 22 mai 1883, D. 1886, 1, 217, avec note de M. Sarrut.

[3] Trib. Seine, 26 juill. 1904, *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 355. — Paris, 1er août 1903, D. 1904, 2, 345, avec note, *Gaz. Pal.*, 1903, 2, 611. — Caen, 23 fév. 1905, Gaz. Trib., 1905, 2e sem., 2, 27 (cession de créance pour rémunérer des rapports illicites). — Cf. Aix, 25 janv. 1883, D. 1883, 2, 237.

[4] Req. 17 juill. 1905, D. 1906, 1, 72; Pas. 1906, 4, 47. — Alger, 9 mai 1894, S. 1894, 2, 302; D. 1895, 2, 21. — Riom, 30 nov. 1893, S. 1894, 2, 75. — Cass. Req., 1er avril 1895, S. 1896, 1, 289; D. 1895, 1. 263, avec note Appert. — Cass. civ., 15 juill. 1873, D. 1874, 1, 222. — Caen, 29 juin 1874, D. 1875, 2, 127; S. 1875, 2, 298. — Douai, 24 oct. 1887, S. 1890, 2, 99. — Cass. civ., 15 déc. 1873, S. 1874, 1, 241, avec note Dubois; D. 1874, 1, 222. — Trib. d'Uzès, 17 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 802. — Paris, 30 nov. 1839, S. 1840, 2, 121. — Amiens, 1er avril 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 136. — V. cep. Paris, 31 mai 1870, D. 1874, 1, 222, en note D. 1874, 1, 241, en note qui admet la répétition si on a dû payer à un tiers porteur de bonne foi d'un billet souscrit. — Cf. Trib. Emp. Allem., 1er déc. 1891, D. 1893, 2, 11. — Trib. comm. Seine, 3 nov. 1902, *Journ. Trib. comm.*, 1904, 277. — Paris, 31 mai 1870, S. 1874, 1, 241 en note. Il est à noter que depuis 1873 la Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la question.

tion dans les cas où elle hésite un peu sur le caractère illicite de l'acte et ne trouve pas cet acte bien grave : lorsque des valeurs cotées ont été négociées par un coulissier[1], ou lorsqu'il y a eu paiement d'effets de complaisance[2], ou encore[3] en cas de paiement de supplément de prix d'un fonds de commerce en vertu d'une contre-lettre dissimulée au fisc, ou bien lorsqu'on a payé les soins donnés à une personne exerçant illégalement la médecine[4].

Dans d'autres hypothèses, au contraire, la jurisprudence a admis la répétition des sommes payées ou des billets remis.

Elle a admis la répétition contre le bénéficiaire des billets remis pour le paiement d'une dette de jeu[5] et s'il y a eu paiement, la répétition contre lui de la somme payée au porteur[6]. Elle a admis la répétition des sommes payées pour la vente d'une concession de chemins de fer sans autorisation du gouvernement[7], de celles versées à titre de courtage matrimonial[8].

De celles versées pour la cession d'une part dans un office ministériel de courtier maritime[9].

De celles touchées par un clerc qui avait servi de prête

---

1 Civ., 22 avril 1885, S. 1885, 1, 249 (après règlement).

2 Req., 9 juin 1891, Pand. fr., 1892, 1, 157. — Lyon, 6 juin 1906, S. 1906, 2, 264. — Nancy, 2 janv. 1893, S. 1894, 2, 206. Il y a cependant des arrêtés contraires, v. *infrà*.

3 Trib. comm. Seine, 31 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 683. Cette décision nous semble aller contre la volonté du législateur du 27 février 1912 (art. 7).

4 Trib. Orange, 8 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 383. — Besançon, 19 janv. 1872, S. 1872, 2, 34.

5 Paris, 23 fév. 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e partie, 73.

6 Cass. req., 12 nov. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 689, S. 1885, 1, 69.

7 Cass. civ., 11 fév. 1884, D. 1885, 1, 99; S. 1884, 1, 265. — Alger, 3 mai 1906, D. 1909, 2, 127.

8 Besançon, 6 mars 1895, S. 1895, 2, 196. — V. cep. Paris, 26 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 1891, 2, 523. — Trib. Seine, 18 mars 1891, id., 525.

9 Caen, 18 janv. 1888, D. 1888, 2, 319; S. 1890, 2, 97, avec note de M. Meynial. — Cass. Req., 11 déc. 1888, S. 1889, 1, 80; D. 1890, 1, 342. — Civ., 25 janv. 1887, D. 1887, 1, 465, avec note de M. Poncet.

nom à un notaire pour lui permettre de recevoir certains actes[1], de celles versées pour une publicité ayant un caractère illicite[2].

Une très abondante jurisprudence, confirmée aujourd'hui par la loi du 27 février 1912, art. 6, a également admis la répétition lorsque le vendeur d'un office ministériel a, par une contre-lettre, obtenu la promesse d'une somme supplémentaire en plus du prix fixé par la Chancellerie[3].

Ceci a été admis même au cas où l'acquéreur de l'office

---

1 Paris, 23 fév. 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 547.

2 Trib. Seine, 12 juin 1895, *Gaz. Pal.*, 1895, 2, 40.

3 Caen, 24 juill. 1912, *Rec. Caen*, 1913, 37. — Paris, 29 nov. 1899, D. 1903, 2, 197; Pand. fr., 1901, 2, 139; S. 1901, 2, 121, avec note de M. Chavegrin. — Grenoble, 26 juin 1907, S. 1909, 2, 22; D. 1908, 2, 363. — Bourges, 18 nov. 1890, S. 1892, 2, 241; D. 1892, 2, 21. — Nancy, 27 janv. 1894, sol implic., S. 1894, 2, 69. — Cass. civ., 22 mai 1889, S. 1889, 1, 452. — Cass. civ., 15 juill. 1885, S. 1886, 1, 205. — Bordeaux, 9 nov. 1863, S. 1864, 2, 115. — Cass. civ., 8 juin 1864, S. 1864, 1, 388. — Cass. Req., 26 mai 1856, S. 1856, 1, 587; D. 1856, 1, 377. — Metz, 29 mars 1859, S. 1859, 2, 540. — Cass. civ., 5 nov. 1856, S. 1856, 1, 916; D. 1856, 1, 397. — Rouen, 26 déc. 1850, S. 1851, 2, 97. — Cass. civ., 19 avril 1852, S. 1852, 1, 449. — Cass. civ., 31 janv. 1853, S. 1853, 1, 349. — Orléans, 17 août 1853, S. 1855, 2, 568. — Angers, 10 déc. 1853, S. 1854, 2, 529. Toulouse, 27 nov. 1854, S. 1855, 2, 96. — Cass. Req., 19 fév. 1856, S. 1856, 1, 529. — Cass. Req., 10 juin 1857, S. 1858, 1, 59. — Cass. Req., 21 déc. 1853, S. 1854, 1, 477. — Trib. Blois, 13 juin 1843, S. 1843, 2, 375. — Cass. civ., 30 juill. 1844, S. 1844, 1, 582. — Cass. Req., 1er août 1844, S. 1844, 1, 584. — Caen, 12 fév. 1845, S. 1845, 2, 184; D. 1845, 4, 373. — Cass. crim., 11 août 1845, S. 1845, 1, 642; D. 1845, 1, 342. — Cass. Req., 17 déc. 1845, S. 1846, 1, 137; D. 1845, 4, 374. — Cass. Req., 5 janv. 1846, S. 1846, 1, 116; D. 1846, 1, 14. — Paris, 5 déc. 1846, S. 1847, 2, 228; D. 1847, 2, 4. — Riom, 10 mai 1847, S. 1849, 1, 29. — Cass. Req., 3 janv. 1849, S. 1849, 1, 282; D. 1849, 1, 139. — Cass. Req., 20 juin 1848, S. 1848, 1, 450. — Trib. Seine, 3 juin 1845, D. 1845, 3, 160. — Civ., 8 janv. 1849, D. 1849, 1, 16. — Agen, 4 fév. 1852, D. 1852, 5, 390. — Req., 22 juin 1847, D. 1847, 4, 347. — Req., 18 mars 1895, D. 1895, 1, 346. — Ces arrêts admettent même que le cédant doit les intérêts du jour du paiement du supplément de prix. — Cf. Cass. Req., 19 juin 1883, S. 1885, 1, 219. — Cass. Req., 12 déc. 1859, S. 1860, 1, 129. — Paris, 22 mars 1859,

a ratifié la contre-lettre après avoir démissionné de l'office[1].

La jurisprudence admet même la répétition des intérêts du jour où la somme a été payée[2]. Cela est logique, car c'est bien réellement le moyen pour que les contre-lettres ne produisent aucun effet.

Elle admet même que les intérêts payés étant, pour l'*accipiens* un capital, on doit les intérêts des intérêts[3].

Ou encore la transaction avec une congrégation non autorisée sur un testament en sa faveur ayant été suivie de paiement, la répétition est possible[4].

Ou bien un ordre de bourse ayant été donné à un intermédiaire sans qualité, la répétition est en principe possible[5], ou pour des négociations de promesses d'actions[6].

S. 1859, 2, 431. — Cass. Req., 26 déc. 1848, S. 1849, 1, 29. — Cf. Aubry et Rau, IV, p. 13, note 26. — Ces arrêts refusent la répétition contre le tiers cessionnaire du prix.

1 Rouen, 26 déc. 1850, S. 1851, 2, 97 (implic.). — *contrà:* Marcadé, *Revue critique*, 1851, p. 475. — Toutefois, on a refusé au cessionnaire d'invoquer en compensation ce qu'il a payé secrètement au cessionnaire du prix apparent. Paris, 29 nov. 1899, D. 1903, 2, 197, *Rev. de dr. civil*, 1903, p. 898.

2 Bourges, 18 nov. 1890, S. 1892, 2, 241. — Cass. civ., 8 juin 1864, S 1864, 1, 388. — Nancy, 12 mai 1864, S. 1864, 2, 305. — Cass. Req., 5 nov. 1856, D. 1856, 1, 397. — Cass. civ., 28 mai 1856, D. 1856, 1, 377. — Cass. civ., 22 nov. 1853, D. 1854, 5. 525. — Cass. civ., 31 janv. 1853, D. 1853, 1, 217. — Cass. Req., 3 janv. et 3 déc. 1849, D. 1849, 1, 304 et 139. — Machavoine, *Contre-lettres dans les cessions d'offices*, p. 202.

3 Civ., 31 juill. 1917, D. 1917, 1, 162.

4 Cass. civ., 13 juin 1870, S. 1870, 1, 357; D. 1870, 1, 349. Cet arrêt ordonne spécialement la répétition des intérêts.

5 Req., 20 déc. 1905, D. 1907, 1, 285, sauf s'il y a compte réglé. — Toulouse, 2 août 1882 et Amiens 22 fév. 1882, D. 1883, 2, 81. — Lyon, 19 juin 1885, D. 1885, 2, 185. — Trib. comm. Seine, 13 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 1898, 1er sem., 2, 238. — *Contrà:* Civ., 22 avril 1885 D. 1885. 1, 273. — Civ., 29 juin 1885, *ibid* (compte réglé) et l'inscription en compte courant n'empêche pas la répétition, Douai, 8 mai 1913. D. 1914, 2, 184, avec note de M. Lacour. — Civ., 16 juin 1885, D. 1886, 1, 153.

6 Req., 20 juin 1888, D. 1889, 1, 368; P. F., 1889, 1, 77.

Ou encore un effet de complaisance ayant été payé, le *solvens* a en principe recours contre le tireur[1].

Ou encore il y a lieu à répétition si un notaire a fait des opérations de spéculation avec un tiers[2].

Ou si une somme a été payée pour porter entrave à la liberté des enchères[3].

Ou s'il y a eu paiement à la suite de vente de promesses d'actions[4].

Ou si un créancier personnel d'un associé a reçu de celui-ci en paiement des traites signées de la signature sociale. Cette fraude permet à la société la répétition[5].

Il y a lieu à répétition des sommes payées à un vétérinaire d'abattoir pour obtenir des visites d'animaux à toute heure[6], des sommes stipulées par un officier ministériel en plus de ses émoluments légaux[7], de celles versées par une sœur à son frère pour qu'il décide leur mère à faire un partage égal de ses biens entre ses enfants[8].

Des sommes excessives versées pour le retrait d'une plainte, du moins à concurrence de ce qui excède le dom-

---

1 Amiens, 9 janv. 1903, D. 1904, 2, 449, avec note Raynal. — Trib. comm. Nantes, 8 fév. 1908, *Rec. Nantes*, 1908, 1, 279. — *Contrà :* Poitiers 1er juin 1895, *Gaz. Trib.*, 11 oct. 1895.

2 Cass. civ., 14 mai 1888, D. 1888, 1, 487. Et les intérêts seront restitués au solvens, dit l'arrêt.

3 Limoges, 16 avril 1845, D. 1846, 2, 191. — Paris, 12 juin 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 33, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 33.

4 Cass. civ., 21 fév. 1853, D. 1853, 1, 58 et Rouen, 8 fév. 1854, D. 1854, 2, 133. — Cass. civ., 17 juill. 1854, D. 1854, 1, 304.

5 Lyon, 26 juin 1851, D. 1852, 2, 284. — Req., 26 avril 1906, D. 1908, 1, 500.

6 Cass. civ., 5 déc. 1911, *G. P.*, 1911, 2, 658, S. 1913, 1, 497, avec note Demogue.

7 Trib. Bougie, 23 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 503. — Cass. civ., 18 mars 1850, D. 1850, 1, 101.

8 Poitiers, 28 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897, 1, 114. Les intérêts seront aussi restitués.

mage[1], de la somme payée par une femme à son mari pour obtenir son autorisation[2], de la somme payée à une personne pour obtenir la mise en jeu de son influence[3], ou de celle versée à la suite de l'opération dite « boule de neige »[4], ou à la suite de l'achat d'une pharmacie par une personne non diplômée[5], à la suite d'achats de billets d'une loterie étrangère[6], à la suite d'une promesse illicite de ne pas se replacer[7].

La jurisprudence ordonne la restitution des dividendes fictifs, qui est une diminution illicite du capital social, sauf s'il s'agit d'une société par actions (l. 24 juillet 1867, art. 10)[8].

Enfin dans le même esprit, la jurisprudence criminelle décide que si une somme d'argent a été versée en vue d'un usage illicite, et que cette somme soit dissipée, il y a abus de confiance. Cela a été décidé pour de l'argent donné pour parier aux courses et dans divers autres cas[9].

---

[1] Trib. Pau, 31 oct. 1901, *Loi*, 12 nov. 1901. — Trib. Bourgoin, 4 juill. 1882, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 40, 2e partie.

[2] Amiens, 18 mars 1886, *Droit*, 18 mai 1886.

[3] Paris, 31 déc. 1903, *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 723. — Cf. Req., 5 fév. 1902, S. 1902, 1, 389, D. 1902, 1, 158. — *Contrà* Req., 15 mars 1911, S. 1911, 1, 447. Ici on a rejeté l'action du courtier qui avait avancé les sommes pour corrompre un gouvernement étranger et qui réclamait son remboursement à la Compagnie qui avait profité de l'opération. C'eût été donner effet au mandat illicite que de juger autrement.

[4] Trib. Lille, 15 janv. 1900, *Gaz. Trib.*, 1900, 1er sem., 2, 341. — Trib. Seine, 19 nov., 1901, S. 1904, 2, 49, avec note de M. Wahl. — Cour de Just. de Genève, 18 mai 1901, *Gaz. Trib.*, 28 août 1901.

[5] Req., 23 mai 1905, D. 1906, 1, 412. — Rouen, 24 déc. 1901, D. 1902, 2, 497, *Rev. de droit civil*, 1903, p. 162.

[6] Pau, 30 juill. 1913, D. 1914, 2, 119.

[7] Cass. civ., 11 mai 1858, D. 1858, 1, 219.

[8] Cass. civ., 15 nov. 1910, S. 1911, 1, 5, avec note de M. Lyon-Caen. — Cass. Req., 22 juin 1880, S. 1882, 1, 425. — Cass. civ., 1er juill. 1896, S. 1896, 1, 452. — Limoges, 2 juill. 1897, S. 1901, 1, 513, avec note de M. Wahl.

[9] Paris, 4 nov. 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 68. — Cass. crim.,

878. — Si l'on considère ces deux groupes d'arrêts et que, derrière les motifs, on recherche la pensée dernière des tribunaux, on voit que les décisions se divisent quant à la solution, selon qu'il s'agit de cause illicite ou de cause immorale[1].

La jurisprudence, partie de l'idée de refus de répétition dans tous les cas, a changé d'opinion lorsque la cause est illicite : (trafic d'influence, supplément de prix d'un office, etc.)[2]. Au contraire, elle maintient le système ancien pour les causes purement immorales (relations de concubinage, cession de maison de tolérance) et dans les deux cas exceptionnels d'effets de complaisance et de vente en coulisse de valeurs cotées.

La jurisprudence paraît donc estimer que le meilleur est de lutter contre les conventions contraires à la loi en en faisant disparaître toutes les conséquences. Mais pour les conventions contraires aux bonnes mœurs, la jurisprudence doit au fond avoir été influencée par cette idée qu'il ne convient pas de donner une action en justice dans un cas de semblable immoralité.

Cette sorte de pudeur des tribunaux, qu'ils n'ont pas pour annuler la convention non exécutée, aboutit toutefois à ce

---

4 nov. 1869, D. 1870, 1, 383, S. 1871, 1, 175 et Crim., 9 juill. 1857, S. 1858, 1, 249. — Cf. Orléans, 23 mars 1847, D. 1847 4, 327.

1 Cf. Pic, Note dans D. 1898, 2, 521. — J. Olivier, *Sanctions des obligations immorales*, th. Paris, 1904. On a vu parfois ici une opposition de vue entre les deux chambres de la Cour de cassation. C'est une conception un peu étroite, car le système que nous exposons inspire tous les tribunaux et les cours d'appel.

2 V. cep. Trib. Lyon, 5 janv. 1884, en sous note, S. 1884, 2, 49. — Req., 26 mars 1877, D. 1877, 1, 488 (contrat pour frauder un incapable). — Caen, 23 fév. 1905, *Mon. Lyon*, 21 juill. 1905. — Cass. Req., 15 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 1, 456, S. 1911, 1, 447 (argent versé à des fonctionnaires étrangers pour des commandes). — Trib. Verviers, 24 juin 1908, *Jur. Liège*, 1908, 236. — Cf. Colmar, 28 janv. 1869, D. 1874, 5, 355 (action du complice contre le contrefacteur).

résultat choquant que ces conventions se trouvent en fait validées si on les passe au comptant. Ainsi donc, les contractants se trouvent protégés ou non selon qu'ils ont traité au comptant ou à terme. Cela est de nature à faire hésiter sur la valeur de cette jurisprudence[1].

Nous croyons donc qu'au total les tribunaux agiraient d'une façon plus conforme à l'utilité pratique en faisant dans tous les cas ce qu'ils font dans la plupart : il n'y a pas de raison décisive, même en cas de cause immorale, pour s'écarter de la solution de l'art. 1131. Nous avons déjà indiqué que les adages romains : *nemo auditur turpitudinem allegans*, *in pari causa melior est causa possidentis* n'ont plus aucune valeur. Aucun texte ne les consacre. Surtout l'utilité pratique commande la restitution dans tous les cas: autrement on protège les contrats immoraux passés au comptant. Ensuite la menace de n'avoir pas d'action en répétition n'empêche pas les contrats immoraux, où l'on a compté faiblement sur la sanction judiciaire, d'être passés par certaines personnes[2].

Nous admettrons la répétition même lorsque celui contre qui on l'exerce a fourni des prestations qui ne peuvent ni être effacées, ni être restituées. Ainsi un journal a annoncé une loterie non autorisée dans ses colonnes, on pourra répéter ce qu'il a reçu à ce titre[3].

De même un vétérinaire d'abattoir a consenti à recevoir de l'argent pour faire des visites d'animaux en dehors de ses heures de service, il y aura cependant répétition[4].

---

[1] La jurisprudence belge au contraire, incline à refuser la répétition dans tous les cas. V. pour un contrat visant une maison de jeu, Cass., 4 juin 1903, Pas. 1903, 1, 276, avec conclusions de l'avocat général Terlinden.

[2] V. en notre sens, Simoncelli, *Istituzioni*, p. 297.

[3] V. Sauret, *Responsabilité des journaux en matière d'annonces*, thèse Paris, 1914, p. 87.

[4] Cass. civ., 5 déc. 1911, S. 1913, 1, 497.

La distinction ainsi établie par la jurisprudence et que nous venons d'apprécier comporte des réserves. D'abord, lorsque le *tradens* a été forcé de payer, soit qu'il fut en face d'un tiers de bonne foi, porteur du billet signé de lui, soit qu'il ait été menacé de poursuite[1], la jurisprudence ne veut pas que ces violences légales ou non enlèvent ses droits à l'*accipiens* et elle accorde la répétition, quelque soit la cause de l'obligation.

879. — Ensuite, lorsqu'il y a répétition, la jurisprudence n'admet pas toutefois que cette mesure puisse nuire à des tiers de bonne foi[2]. Ainsi en est-il lorsque celui qui a payé un effet de complaisance veut se faire admettre au passif de la faillite du tireur[3], en concurrence avec les autres créanciers. De même, en cas de supplément de prix obtenu lors de la cession d'un office, l'acquéreur ne peut prétendre opposer son action en répétition au cessionnaire du prix ostensible[4]. Il y a d'ailleurs ici cette raison spéciale que les contre-lettres ne peuvent être invoquées contre les tiers.

En sens inverse, si la répétition est exercée par un tiers de bonne foi, comme le syndic de la faillite du *tradens*, on ne peut repousser son action[5]. Ici, évidemment, la maxime, *nemo auditur* est hors de cause.

---

1 Req., 4 janv. 1897, S. 1898, 1, 309, D. 1897, 1, 126.

2 Cass. Req., 30 mai 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 1re partie, 38. — Cass. Req., 19 juin 1883, D. 1884, 1, 228.

3 Nancy, 2 janv. 1893, S. 1894, 2, 206. — Paris, 16 nov. 1888, S. 1891, 2, 89, avec note de M. Meynial. — Req., 8 juin 1891, S. 1892, 1, 439.

4 Paris, 22 mars 1859, S. 1859, 2, 431; D. 1859, 2, 144 et Cass. Req., 12 déc. 1859, S. 1860, 1, 129; D. 1860, 1, 92. — Cass. Req., 26 déc. 1848, S. 1849, 1, 29; D. 1849, 1, 14. — Lyon, 24 août 1849, D. 1850, 2, 36, Caen, 12 fév. 1845, D. 1845, 2, 376. La nullité a été toutefois déclarée opposable au cessionnaire du supplément de prix. Rennes, 9 avril 1851, S. 1852, 2, 261.

5 Paris, 31 déc. 1903, S. 1905, 2, 206. Ici il s'agissait toutefois d'une cause illicite et non d'une cause immorale. — Toulouse, 21 juill. 1870, D. 1873, 1, 65 (id.e.

Celui contre qui on agit ne peut essayer de paralyser indirectement l'action en invoquant une faute du *solvens* à son égard[1], ou une transaction postérieure[2].

Il est tenu non seulement de la restitution du principal, mais encore des intérêts du jour du paiement, étant un *accipiens* de mauvaise foi[3]. Ses héritiers de bonne foi le sont aussi[4].

880. — Les conséquences de la théorie de la répétition sont très importantes.

Si un prêt est nul, on peut de suite agir en répétition de la somme prêtée, et on peut refuser de livrer la chose promise[5].

Si un mandat est nul, on peut répéter ce qu'on a avancé pour l'exécution du mandat. Mais doit-on rembourser ce qui a été payé à des tiers par le mandataire ? Oui, en principe. Cela a été jugé pour une dette de jeu[6].

Mais on décide autrement si le mandataire a servi d'intermédiaire pour le jeu, il y a ici une raison spéciale : le paiement n'a pas été volontaire[7].

---

1 Cass. civ., 28 mai 1856, S. 1856, 1, 587 (cession d'office) ; D. 1856, 1, 377. — Orléans, 11 fév. 1847, D. 1847, 2, 130.

2 Cf. Cass. Req., 5 nov. 1856, S. 1856, 1, 916. — Cass. Req., 6 déc. 1852, S. 1853, 1, 117. — Orléans, 31 mai 1851, S. 1856, 1, 529. — Cass. Req., 20 juin 1848, S. 1848, 1, 450.

3 Rouen, 26 déc. 1850, S. 1851, 2, 97. — Cass. civ., 19 avril 1852, S. 1852, 1, 449. — Cass. civ., 31 janv. 1853, D. 1853, 1, 217. — Orléans, 17 août 1853, S. 1855, 2, 568. — Angers, 10 déc. 1853, S. 1854, 2, 529. — Toulouse, 27 nov. 1854, S. 1855, 2, 96. — Cass. civ., 28 mai 1856, D. 1856, 1, 377. — Cass. Req., 5 nov. 1856, D. 1856, 1, 397. — Metz, 29 mars 1859, S. 1859, 2, 540. — Cass. Req., 19 fév. 1856, S. 1856, 1, 529. — Cass. civ., 14 mai 1888, D. 1888, 1, 487. — Req., 11 déc. 1888, D. 1890, 1, 342. — Grenoble, 26 juin 1907, D. 1908, 2, 363. — V. cep. Paris, 31 janv. 1851, S. 1851, 2, 397 (bonne foi des parties).

4 Cass. Req., 10 juin 1857, S. 1858, 1, 59.

5 Baudry et Wahl, *Prêt*, n° 629.

6 Paris, 7 janv. 1874, D. 1877, 5, 267. — Aubry et Rau, IV, § 386, note 5, 4e éd. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 447.

7 Cass. Req., 16 fév. 1881, S. 1884, 1, 30 ; D. 1883, 1, 208. — Cass.

Une question très délicate est de savoir si la nullité du contrat permet au contractant non seulement de réclamer ce qu'il a livré et de se mettre ainsi à l'abri de toute perte[1], mais encore de réclamer tout ou partie des bénéfices qui peuvent être résultés du contrat et qui sont aux mains de son contractant.

On a admis que le mandant pouvait réclamer la somme perçue irrégulièrement par le mandataire qui a reçu un mandat licite[2].

Il nous semble davantage dans l'esprit de la jurisprudence de dire que ne sachant à qui attribuer ce bénéfice, on le laissera au mandataire[3].

Cette solution est d'ailleurs acceptée si le mandat a un objet illicite[4].

Mais celui qui répète peut-il toujours répéter tout ce qu'il a payé ou l'*accipiens* peut-il prétendre ne payer que dans la mesure de son enrichissement actuel ? La question s'est

---

Req., 3 mars 1875, S. 1875, 1, 396; D. 1875, 1, 277. — Cass. civ., 23 fév. 1845, S. 1845, 1, 161; D. 1845, 1, 101. — Req., 16 déc. 1879, S. 1881, 1, 421. — Req., 27 juill. 1869, S. 1869, 1, 448. — Bordeaux, 15 juin 1857, S. 1857, 2, 733. — Guillouard, *Contr. aléat.*, n° 42. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 448. — Aubry et Rau, IV § 386, note 3.

1 Ce point paraît définitivement acquis pour les sociétés ayant un but illicite. Civ., 4 mai 1888, D. 1888, 1, 487; S. 1889, 1, 12. — Civ., 15 janv. 1855, D. 1855, 1, 5, S. 1885, 1, 257. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 73. — Thaller et Pic, I, n° 436. — Baudry et Wahl, n° 100. Planiol, II, n° 1995. — Guillouard, n° 58. — Houpin, I, n° 34. — Hémard, *Nullité de sociétés*, n°s 44 et 49. Les intérêts toutefois ne sont accordés que du jour de la demande. Civ., 15 janv. 1855, précité. — V. cep. Paris, 4 fév. 1854, S. 1854, 2, 148.

2 Rouen, 7 juin 1878, S. 1878, 2, 242. — Baudry et Wahl, n° 679. — *Contrà:* Paris, 28 mars 1851, S. 1851, 2, 153. — Guillouard, *Mandat*, n° 136.

3 V. en ce sens Cass. civ., 24 juill. 1900, S. 1900, 1, 9, avec note de M. Tissier (trop perçu par un garçon de recettes). — *Contrà:* Trib. Algér, 5 fév. 1912, S. 1912, 2, 227, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 1004. — Cf. Req., 10 juin 1868, S. 1868, 1, 432.

4 V. Paris, 28 mars 1851, D. 1852, 2, 95; S. 1851, 2, 153. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 454. — Guillouard, *Contr. aléat.*, n° 106.

posée au cas où, après une séparation de biens volontaire, un mari a payé à sa femme ses reprises. Il a été admis qu'elle ne doit restituer que ce dont elle a profité[1]. Mais cette solution doit être considérée comme exceptionnelle et ne s'expliquer que parce que la femme doit être considérée comme ayant agi en mandataire du mari, peut être aussi par cette idée que l'on n'avoue pas : *inter conjuges res non sunt amare tractandae*. On ne peut en effet parler de la faute plus grande du mari sans admettre la théorie de la causalité adéquate qui soulève les plus grandes difficultés et qui admise ferait étendre la solution que nous donnons ici.

880 bis. — S'il y a nullité pour cause illicite, une des parties peut-elle demander une indemnité à l'autre ? Le conseil d'Etat a jugé qu'une concession avec monopole était nulle à raison de ce monopole, le concédant pouvait être condamné à indemnité à raison de cette nullité, bien qu'il s'agit d'une erreur de droit[2]. Cette solution ne peut être généralisée que difficilement, car d'ordinaire une partie a été aussi imprudente que l'autre.

881. — En matière de société, un système analogue prédomine. On admet que la société sera liquidée sinon comme société de fait, du moins comme une communauté. La base de cette solution est la nécessité de répartir les biens restants. On le fera sur la base des apports réalisés[3]. Cependant la jurisprudence admet parfois la liquidation sur la base des statuts ce qui est plus difficile à justifier[4]. En ce

---

1 Lyon, 28 déc. 1897, D. 1899, 2, 49. — Aubry et Rau, VIII, 5e éd., p. 207. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 922. — *Contrà :* Laurent, XXII, n° 198.

2 Cons. d'Etat, 4 mars 1910, *Rec.*, p. 193. — V. Jèze, *Rev. dr. public*, 1910, p. 256.

3 Trib. comm. Seine, 16 avril 1862, D. 1862, 2, 199. — Trib. com. Lyon, 17 déc. 1889, *Ann. dr. comm.*, 1890, p. 67. — Pau, 8 juin 1891 ; D. 1893, 2, 174 ; S. 1894, 2, 127. — Paris, 9 mai 1862, *J. T. C.*, 1862, 194. — Colin et Capitant, II, p. 647. — Cf. Huc, XI, n° 17 si la nullité tient à la personne.

4 Bordeaux, 2 janv. 1900, S. 1901, 2, 225, D. 1901, 2, 150. —

sens on a conclu que les bénéfices venant de l'exploitation des remèdes secrets tombent en communauté et sont partagés comme tels[1].

D'après un autre système qui a pour lui nombre d'arrêts, la société illicite ne donnera pas lieu à une action contre celui qui détient les valeurs sociales. On invoque l'adage : *in pari causa melior est causa possidentis* dont nous avons montré la faiblesse[2]. Toutefois on tempère d'ordinaire ce principe en disant que l'on pourra reprendre ses apports[3] et en admettant le droit aux intérêts du jour de la demande[4].

Cass. civ., 5 mai 1902, S. 1905, 1, 41, avec note de M. Hémard. — Trib. comm. Seine, 16 nov. 1902, *J. T. C.*, 1904, 252. — Paris, 27 mars 1862, D. 1862, 2, 105, S. 1862, 2, 381. — Lyon, 19 juill. 1898, S. 1901, 2. 259. — Thaller, n° 365. — Laurent, XXVI, n° 166. — Arthuys, I, n° 81. — Hémard, n° 50. — Colin et Capitant, II, p. 645. — V. sur l'explication de ces solutions par la réalité de la personne morale, Loubers, *Théorie générale des sociétés de fait*, p. 246.

1 Paris, 4 août 1909, D. 1910, 2, 304, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 571. — Cf. *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 160.

2 Paris, 4 fév. 1854, S. 1854, 2, 148. — Riom, 17 août 1863 et Cass. Req., S. 1865, 1, 110; D. 1865, 1, 290. — Amiens, 4 mai 1878, S. 1879, 2, 44. — Limoges, 18 août 1879, S. 1879, 2, 248 et Req., 8 nov. 1880. S. 1881, 1, 248. — Douai, 11 nov. 1907, S. 1907, 2, 308 (société de contrebande). — Paris, 5 fév. 1889, *J. T. C.*, 1890, 318. — Trib. comm. Seine, 10 nov. 1897, *J. Soc.*, 1898, 125. — Trib. comm. Marseille, 3 oct. 1904, Jur. Marseille, 1905, 1. 14. — Guillouard, *Société*, n° 57. — Huc, XI, n° 16, si la nullité tient à l'objet et non à la personne.

3 Req., 11 avril 1906, *Gaz Pal.*, 1906, 1, 758. — Civ., 15 janv. 1855, S. 1855, 1, 257; D. 1855, 1. 5. — Aix, 15 mai 1880, *Journ. Soc.*, 1881, 48. — Civ., 14 mai 1888, Pand. fr., 1889, 1, 42. — Caen, 18 janv. 1888, S. 1890, 2, 97. — Besançon, 9 janv. 1889, D. 1890, 2, 19. — Trib. comm. Seine, 25 oct. 1899, *Journ. Soc.*, 1900, p. 228. — Trib. Seine, 30 janv. 1905 et Trib. Nice, 14 mars 1905, Pand. fr., 1905, 2, 134. — Guillouard, *Société*, n° 58. — Lyon-Caen et Renault, II, n° 73. — Planiol, II, n° 1949. — Lacour, *Dr. comm.*, p. 130. — Houpin, I, n° 34. — Thaller et Pic, II, n°s 436 et suiv.

4 Civ., 15 janv. 1855, précité.

Pour les sociétés entre époux, les mêmes idées ont cours. On les liquide d'ordinaire en prenant pour base la répartition des bénéfices d'après les apports[1], quelquefois en observant les statuts[2].

En tous cas, on arrive à ce résultat de faire produire à la société à peu près les effets d'une société licite. Cela vient de cette idée individualiste que les bénéfices illicites restent propriété privée, et qu'en l'absence de loi, la communauté ne peut les confisquer. Il faut admettre ces solutions dès qu'on ne préfère pas le système brutal *melior est causa possidentis*.

Enfin, on a proposé également de considérer comme sociétés de fait et d'admettre le partage des bénéfices pour les sociétés visant à un but licite en soi, mais ne pouvant être atteint par une société : société pour un office ministériel[3] et M. Pic a proposé de distinguer de même entre la cause illicite et la cause immorale[4]. Mais ces systèmes qui s'inspirent de l'esprit général de la jurisprudence en matière de cause immorale ou illicite n'a rencontré aucun écho dans la pratique.

Notons que des difficultés analogues peuvent se présenter pour des associations irrégulières et comportent les mêmes solutions[5].

882. — La théorie du but normal domine non seulement le droit privé, mais le droit public.

---

1 Civ., 3 juill. 1917, D. 1917, 1, 127, *Rev. de dr. civil*, 1918, p. 139. — Civ., 7 mars 1888, D. 1888, 1, 349; S. 1888, 1, 305. — Grenoble, 21 mai 1902, D. 1903, 5, 690. — Req., 11 avril 1906, D. 1908, 1, 284 et 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359. — Trib. comm. Marseille, 23 nov. 1892, *Jur. Marseille*, 1893, 1, 41. — Cf. Arthuys, *Ex. doctrinal*, *Revue critique*, 1909, p. 257.

2 Paris, 2 août 1899, *J. T. C.*, 1900, 401.

3 Paris, 9 mai 1862, *J. T. C.*, 1862, 194. — Req., 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359. — Civ., 15 nov. 1876, S. 1877, 1, 409; D. 1877, 1, 70.

4 Thaller et Pic, I, n° 439.

5 Cf. Req., 25 janv. 1905, D. 1906, 1, 505, *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 119 (compagnie de pompiers).

La liberté commerciale, pour prendre le cas pratique, doit être respectée aussi bien par les actes des administrateurs que par ceux des citoyens.

Par conséquent, on n'admet pas la validité de l'arrêté du maire qui réglemente de telle sorte un travail exécuté sur la voie publique ou non, qu'il aboutit à le prohiber sans nécessité de police[1].

Comme le dit M. Duguit, l'acte juridique comporte entre autres éléments de validité le but légal[2], il faut que l'agent ait agi en vue du but qu'a eu le législateur en lui attribuant sa compétence. La jurisprudence du Conseil d'Etat en a fait de nombreuses applications dans la théorie du détournement de pouvoirs[3].

Celle-ci rapprochée parfois de celle d'abus du droit[4] peut l'être aussi de celle de la cause. Il s'agit dans les deux cas de scruter l'acte non objectivement, mais subjectivement, de l'examiner d'après son utilité sociale. Elles limitent le droit par l'idée du devoir social. Sans doute, il peut y avoir des nuances, mais l'idée fondamentale est la même.

883. — Finalement et plus généralisée encore, la théorie de la cause et spécialement de la cause illicite est un des aspects, avec ses règles particulières bien entendu, de la théorie de l'abus du droit[4].

---

1 *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, *Revue de dr. public*, 1906, p. 421.

V. dans d'autres cas, Cons. d'Etat, 31 janv. 1902, S. 1903, 3, 113. — Cons. d'Etat, 4 août 1905, Rec., p. 757. — Cons. d'Etat, 16 nov. 1900, S. 1901, 3, 57.

2 V. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire*, pp. 84 et suiv. — Laferrière, *Juridiction administrative*, II, p. 548. — Hauriou, *Droit administratif*, 6e éd., p. 452. — Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir*, th. Lyon, 1901. — Ducrocq, *Traité de dr. admin.*, II, n° 431.

3 Laparre, *La théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, th. Paris, 1913, spec., p. 78.

4 Cf. sur l'abus du droit dans les contrats. Laparre, la *Théorie de l'abus du droit et la théorie du détournement de pouvoir*, th. Paris,

La loi condamne toute personne qui use de ses droits dans des fins autres que les fins normales et licites, soit en usant d'un droit antérieur (abus du droit), soit en contractant (théorie de la cause telle que la comprend la jurisprudence).

SECTION V

DROIT COMPARE

884. — Tandis que certains codes issus du code français consacrent la même théorie de la cause : code hollandais[1], codes italien, espagnol, tunisien et marocain, et même le code suisse, d'autres législations la passent sous silence. C'est d'abord le droit anglais avec sa théorie de la *consideration*, voisine de celle de la cause. Ce sont ensuite les codes autrichien, portugais, allemand, qui se contentent de frapper un certain nombre de contrats comme contraires à la loi ou aux mœurs. Le code allemand a même entendu détacher la promesse de sa cause et en consacrer la validité. Dans le même sens, le droit anglais a admis, avec même plus d'énergie, que dans les *deeds* il n'y a pas à s'occuper de considération.

Les codes sont aussi très hésitants sur la répétition des sommes payées à la suite d'un contrat illicite. Rejetée par le droit autrichien et suisse, elle est admise en Espagne et en Allemagne et sous certaines distinctions en Angleterre et en Italie, où les textes sont les mêmes qu'en France.

Un dernier trait important est que seul le Portugal et l'Italie ont suivi le Code français dans l'interdiction des pactes sur successions futures. L'Autriche, l'Espagne, l'Alle-

---

1913, p. 38. — Meynial, *Rev. de droit civil*, 1902, *La déclaration de volonté*. — V. aussi tome III.

1 Les art. 1368-1373 reproduisent nos art. 1128-1133.

magne, la Suisse ont admis des distinctions importantes favorisant les actes qui ont le caractère d'un pacte de famille.

884 bis. — *Droit anglais*[1]. — Toute convention doit avoir un objet *légal*. L'objet est illégal lorsqu'il est contraire à des statuts ou à des règles expresses de droit commun ou à la *public policy*. Tout d'abord, un certain nombre de contrats sont expressément prohibés. On peut citer les contrats tendant à donner des sûretés pour de l'argent prêté en vue du jeu ou d'un pari, les ventes d'actions de banques n'indiquant pas les numéros des actions vendues[2], les contrats usuraires, avant la loi du 10 août 1854 qui a supprimé l'usure, les contrats touchant l'exercice de leur profession passés le dimanche par les commerçants, ouvriers, agriculteurs ; il n'est fait d'exception que pour les ventes d'aliments dans les hôtelleries, les ventes de lait, poisson, pain à certaines heures. La jurisprudence a ajouté comme contrats prohibés les contrats à terme qui doivent se résoudre par de simples différences dans l'intention des parties. On peut citer encore les contrats en vue d'exécuter un délit.

D'autres contrats ne sont pas valables comme faits *in breach of the public policy*. Il y a là une expression large visant tout ce qui nuit au bon ordre. Toutefois la présomption reste en faveur de la validité[3]. Et les juges ne peuvent inventer de nouveaux cas de nullité[4]. Ainsi est nul le contrat

---

[1] V. Pavitt, *Droit anglais codifié*, p. 82. — Pollock, *Principes of contracts*, 5e éd., p. 166. — Rep. gén. du dr. français, v. *Obligations*, nos 1013 et suiv. — Lehr, *Droit civil anglais*, II, pp. 104 et suiv., 141 et suiv. — Pand. fr., Rep., v. *Obligation*, nos 9770 et suiv. — Stevens, *Droit commercial anglais*, trad. franç. pp. 20-32. — Law of England, v. *Contract*, pp. 390-410. — Encyplopaedia of Law of England, v. *Contract*, p. 537. — Jenks, *Digest*, *I*, *p.* GB. .. *Walton*, *Cause et consideration en droit anglais*, *Revue de dr. civil*, 1919, p. 469. — Bresse, *Théorie de la consideration en droit anglais*, th. Dijon, p. 34.

[2] *Leemans Act.*, v. Stevens, p. 34.

[3] Stevens, p. 26.

[4] Stevens, p. 26.

en vue d'entraîner une femme à un commerce illicite, mais il en est autrement du contrat pour rémunérer des relations passées qui vaut comme acte gratuit.

On annule de même les engagements restreignant la liberté de se marier : promesse avec clause pénale d'épouser une personne, courtage matrimonial, ou les contrats en vue de séparation éventuelle des conjoints, la clause par laquelle le père ou le tuteur stipule un avantage en échange de son consentement au mariage du mineur.

On annule aussi les restrictions à l'exercice d'un commerce ou d'une industrie dans la mesure où elles semblent excessives, le juge devant ici en apprécier en fait l'importance.

On frappe encore la cession de traitement par un fonctionnaire, le fait d'encourager à la chicane, les clauses générales d'arbitrage, les conventions pour entraver le cours de la justice : l'achat du silence d'un témoin, la vente d'offices publics, d'influence électorale, du contrôle sur l'éducation des enfants[1].

On annule même le contrat ayant un but illicite comme la location d'une voiture à une prostituée faite en connaissance de cause[2].

Le contrat illégal est nul et la nullité doit être prononcée d'office si le contrat est illicite, c'est-à-dire délictueux[3]. Mais cette nullité peut être atténuée à raison de la bonne foi d'une ou des parties[4]. Par contre, la nullité atteint non seulement la clause nulle, mais le contrat tout entier s'il est indivisible.

Quant à la théorie de la cause elle implique la distinction des *deeds* et des autres contrats. Dans le *deed*, acte solennel abstrait, on présume de façon irréfragable qu'il y a une *consideration* conforme à la loi[5].

---

1 Stevens, p. 27.

2 V. Law of England, v. cit., pp. 394 et suiv.

3 Stevens, pp. 25-26.

4 V. Jenks, *Digest*, I, p. 14.

5 V. Lehr, nos 379 et 681. — Jenks, *op. cit.*, p. 96. — Vinogradoff, *Historical jurisprudence*, I, p. 31. — Walton, art. cité p. 470.

Au contraire, le contrat ordinaire exige une *consideration* valable. Et celle-ci c'est « quelque droit intérêt, profit ou bénéfice acquis par l'une des parties ou quelque interdiction, détriment, perte ou responsabilité imposée à l'autre.» C'est donc un équivalent de l'engagement pris[1].

La *consideration* ne serait pas valable si elle était d'une chose impossible, d'une chose déjà due[2], ou consistait en un simple sentiment d'honneur, de reconnaissance[3]. Elle peut consister en un avantage présent (*executed*) ou à exécuter (*executory*), par exemple dans une ouverture de crédit.

En principe, une considération passée est sans valeur[4], à moins que la considération ait eu lieu à la demande du promettant actuel, ou qu'il ne s'agisse de confirmer une convention passée en état d'incapacité ou prescrite. La consideration n'implique pas égalité des prestations. Peu importe donc qu'une partie se trouve lésée[5].

Dans les lettres de change, la cause doit aussi être valable, mais on la présume[6]. De plus, sa nullité ou le fait qu'il s'agit d'un effet de complaisance ne peut être opposé au tiers porteur, même s'il connaît la situation[7]. De plus, si on omet de mettre sur l'effet : valeur reçue, on n'en présume pas moins une cause valable.

Ce qui a été payé pour un contrat illicite peut être répété, mais seulement autant que le but illicite n'est pas encore atteint même en partie. S'il est atteint, toute répétition est refusée[8].

---

1 V. Jenks, *Digest*, II, p. 93.
2 V. Stevens, p. 23, aff. Foatfes c. Beer.
3 V. Pollock, p. 169.
4 Jenks, *Digest*, II, p. 93. — Walton, p. 471.
5 Stevens, p. 22. — Pollock, *op. cit.*, p. 171. — Jenks, *Digest*, II, p. 94.
6 Stevens, p. 21.
7 Barclay, *Effets de commerce dans le droit anglais*, p. 33-36.
8 Stevens, p. 84. — Jenks, *Digest*, I, p. 43.

885. — *Droit autrichien.* — Le code autrichien a donné quelques solutions générales sur la cause et l'objet. L'article 878 dit que les choses dans le commerce sont seules l'objet d'un contrat. Ceci exclut donc les choses impossibles ou illicites. Mais la doctrine étend ce texte, elle y fait rentrer les choses immorales, les promesses atteintes d'impossibilité totale ou partielle[1], perpétuelle ou temporaire, objective ou subjective[2], les faits contraires aux bonnes mœurs[3].

Le code a en outre précisé quelques cas d'immoralité. L'art. 879 annule outre le courtage matrimonial[4], la promesse faite à un médecin pour une cure, le prix stipulé par un avocat pour diriger ou promis pour acheter un procès, l'aliénation de la succession ou d'un legs d'une personne vivante.

Mais le code a cet intérêt d'avoir précisé certains autres points qu'on ne trouve pas prévus ailleurs.

D'après l'art. 880, lorsque l'objet promis a cessé d'être

---

1 Mais s'il y a deux promesses séparées, l'une possible, l'autre impossible, la chose possible reste seule à exécuter (art. 882).

2 Kirchstetter, *Commentar*, p. 458. — Krainz, *System*, I, 4e éd., p. 313.

3 Krainz, *op. cit.*, p. 314. L'art. 878 du code revisé porte : « Ce qui est directement impossible ne peut faire l'objet d'un contrat valable. Si une chose possible et une impossible sont en même temps stipulées, le contrat reste valable dans la première partie s'il ne ressort du contrat rien d'autre de sorte qu'aucun point du contrat ne puisse être écarté. Celui qui, à la conclusion du contrat, connaissait ou devait connaître l'impossibilité, a à réparer le préjudice de l'autre partie au cas où la même règle ne vaudrait pas pour celle-ci. Le dommage est celui qu'il a souffert à cause de sa croyance en la validité du contrat.

4 L'art. 879 revisé ajoute aux cas cités : « Si un juriste prend pour lui tout ou partie d'un droit litigieux, ou se fait promettre partie du montant qui sera reconnu à la partie, si une succession ou un legs qu'on espère d'un tiers est aliéné pendant la vie de celui-ci, si quelqu'un exploite la légèreté, l'état de gêne, la faiblesse d'intelligence, l'inexpérience, la passion d'autrui, de sorte qu'il fait promettre ou accorder à soi ou à un tiers pour un service une contreprestation dont la valeur pécuniaire est en disproportion frappante avec la valeur du service». Les autres cas de l'art. 879 ancien ont disparu.

dans le commerce avant la remise, le contrat est comme non avenu. Mais le débiteur doit cependant se montrer diligent pour empêcher cette impossibilité de survenir[1].

Ensuite, la question de responsabilité est résolue. Celui qui trompe en promettant des choses impossibles ou illicites, qui porte préjudice par une ignorance imputable à tort, ou retire avantage du dommage d'autrui, est responsable (art. 878, al. 2).

L'art. 878 du code revisé porte à ce sujet: « ce qui est directement impossible ne peut faire l'objet d'un contrat valable. Si une chose possible et une impossible sont en même temps stipulées, le contrat reste valable dans la première partie, s'il ne ressort du contrat rien d'autre de sorte qu'aucun point du contrat ne puisse être écarté. Celui qui, à la conclusion du contrat connaissait ou devait connaître l'impossibilité, a à réparer le préjudice de l'autre partie au cas où la même règle ne vaudrait pas pour celle-ci. Le dommage est celui qu'il a souffert à cause de sa croyance en la validité du contrat. »

Enfin, d'après l'art. 1174, on ne peut répéter ce qu'on a donné sciemment pour provoquer une action impossible ou illicite, mais la restitution peut être réclamée si on a donné pour ne pas commettre cette action. La *condictio* est donc ici très rétrécie dans son application[2].

Pour les pactes sur succession future, on est bien moins sévère qu'en France : l'art. 551 permet les renonciations à toute personne pouvant valablement disposer de son droit de succession. Mais l'aliénation d'une succession future est nulle (art. 879-4°). Enfin la société universelle visant les successions futures est admise (art. 1177 Civ.).

886. — *Droit portugais.* — Le code portugais est très succinct sur l'objet et la cause. Il déclare nul « le contrat qui

---

1 Kirchstetter, p. 459.

2 Kirchstetter, p. 697. — Le texte revisé ajoute : « le prêt fait en vue d'un jeu défendu ne peut être repris. »

a pour objet une chose impossible physiquement ou légalement. » (art. 669). Mais il précise que l'impossibilité physique « est celle qui se rapporte à l'objet même du contrat, et non celle qui n'existe que relativement à la personne de l'obligé. » (art. 670).

L'art. 671 énumère les impossibilités légales : « ne peuvent faire l'objet d'un contrat les choses qui sont hors du commerce en vertu d'une disposition de la loi[1], les choses et les actes dont on ne peut déterminer la valeur exigible ». Les auteurs entendent par là les choses indéterminées, comme une promesse visant du vin, de l'huile, du blé, etc.[2]. La loi ajoute : les choses dont l'espèce n'est pas déterminée[3] et les actes contraires à la morale publique ou aux devoirs imposés par la loi. Tous les actes sont soumis à ces principes, même les testaments pour lesquels l'article 1743 ne parle que de dispositions contraires aux lois[4].

Les pactes sur succession future sont également interdits L'art. 1103 interdit de modifier l'ordre des successions par contrat de mariage. L'art. 1556 prohibe la vente de succession future. L'art. 2042 interdit la renonciation.

Mais l'art. 1243 autorise la société universelle comprenant tous les biens futurs, l'art. 1171 permet la donation de tout ou partie de sa succession entre époux, et l'art. 1175 permet la donation à cause de mort en faveur de futurs époux[5].

887. —*Droit italien*[6]. — Les art. 1116 à 1122 Civ. repro-

---

1 V. sur ces objets, Ferreira, *Codigo civil portuguez*, I, p. 370.

2 Ferreira, II, p. 175.

3 Mais on admet la validité de la promesse d'un cheval arabe par exemple v. Ferreira, *loc. cit.*

4 Ferreira, *op. cit.*, II, p. 156.

5 V. Nast, *Pactes sur successions futures*, p. 391.

6 A. R., *La causa dei contratti*, *Archivio guiridico*, 1882, I. p. 99. — V. Enciclopeadia guiridica italiana, v. *Causa* et v. *Contratto*, n° 36. — Ferrarini, *La causa a negli atti guiridici. Filangieri*, 1891, p. 742. — Coviello, *Dir. civile italiano*, p. 394. — Chironi, *Instituzioni*, II, p. 46. — Ferrara, *Teoria del negozio illecito*. — Barassi, *Institutiozioni*, p. 155; — Viazzi, *La causa nei negozii civili*, *Filangieri*, 1894, p. 65.

duisent sur l'objet et la cause les solutions du droit français.

L'objet doit être dans le commerce (art. 1116), déterminé ou déterminable (art. 1117). Ce peut être une chose future[1], mais les pactes sur successions futures[2] sont interdits (art. 1118). La cause est illicite si elle est contraire aux bonnes mœurs, à la loi ou à l'ordre public (art. 1122)[3].

Les auteurs et la jurisprudence entendent par impossibilité entraînant la nullité, seulement l'impossibilité absolue[4] et l'impossibilité temporaire seulement s'il doit y avoir exécution immédiate. L'assurance sur une chose périe dont on ignore la perte est considérée en général comme valable d'après l'art. 430 Comm.

Les contrats sur le fait d'autrui, la chose d'autrui en général sont valables, mais non ceux sur la chose d'autrui désignée individuellement s'ils sont translatifs de propriété.

Les contrats passés avec un tiers non intéressé, à l'occasion du jeu, sont valables[5].

Malgré controverses, la jurisprudence italienne incline vers la validité du courtage matrimonial[6]. Elle valide également la promesse limitée de ne pas exercer une industrie, l'assurance des fautes, le contrat de révélation de succession.

Si l'objet est impossible, il en résulte une nullité absolue à moins que le tradens n'ait eu l'intention de donner, de plus il peut y avoir indemnité due par celui qui par dol a fait contracter un tiers en représentant l'objet comme possible[7].

---

1 V. *La compravenditio di cose future*, par Marsico. *Filangieri*, 1911, p. 321.

2 V. sur la portée de cette expression, Lomonaco, I, p. 172.

3 Sur les hésitations de la jurisprudence pour distinguer ici le motif de la cause, v. Pacifici Mazzoni, *Ist.*, IV, 5e éd., p. 312.

4 Cass. Turin, 5 juin 1870. — Giorgi, III, p. 288.

5 Giorgi, III, n° 359.

6 Cass. Naples, 10 oct. 1903 et autres. — Giorgi, III, n° 383. — Chironi, *Quest. di diritto civile*, p. 140. — Cf. sur la condition de se marier. *La condizione di contrarre matrimonio aggiunta ad un liberalita per testamento*, par Fazzari *Filangieri*, 1910, p. 671.

7 Giorgi, IV, n° 172.

Si l'objet est illicite, il n'y a lieu qu'à nullité relative si l'ordre public violé n'est qu'un ordre public secondaire, établi en faveur de quelqu'un (interdiction de louage à vie, de pacte commissoire, de reméré pour plus de cinq ans), lorsque celui qui demande cette nullité est de bonne foi[1].

Si un paiement a eu lieu pour une cause illicite ou immorale, M. Giorgi à l'exemple des auteurs français admet la règle : *nemo auditur turpitudinem suam allegans* et l'applique s'il y a immoralité des deux parties. Au contraire, il admet la répétition si la turpitude est du côté de l'accipiens seul[2]. Si on reçoit pour une cause manquée ou sans cause, on est assimilé à un possesseur de bonne foi ; si la cause est illicite ou immorale, on sera assimilé au possesseur de mauvaise foi[3]. Au total, l'article 1119 qui déclare que l'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite ne peut avoir aucun effet est atténué dans sa portée pratique.

Quant à la preuve de la cause[4], le code italien reprend les solutions traditionnelles. Le contrat est valable quoique la cause n'en soit pas exprimée (art. 1120). La cause se présume jusqu'à preuve contraire (art. 1121).

Les pactes sur successions futures ont été prohibés comme en France : l'art. 1118 les interdit même si le *de cujus* y consent. On ne peut renoncer à une telle succession (art. 954), la vendre (art. 1460), la viser par conventions matrimoniales (art. 1379 et 1380). Même le code n'autorise en aucune manière les institutions contractuelles[5].

En cas de condition illicite, contraire aux mœurs ou

---

[1] Giorgi, IV, n° 173.

[2] V. de même Ruggiero, *Istituzioni*, II, p. 302.

[3] Giorgi, v. n° 135.

[4] V. sur la défin. de la cause, Chironi, *Colpa contrattuale*, p. 645, note 2. — Cf. Corte Emma, *La particolare efficacia dei motivi occasionale di contrattare Filangieri*, 1905, pp. 503, 577 et 656.

[5] V. sur ces points, Nast, *Pactes sur successions futures*, pp. 387 et suiv. — Giorgi, III, n°s 332 et suiv. — Pacifici Mazzoni, *Vendita*, I, n° 55 et *Successioni*, I, n° 33. — Chironi, II, n°s 252, 320, 340.

impossible, le système français est admis dans les testaments (art. 848), mais dans les donations, l'acte tombe (art. 1065).

888. *Droit espagnol*[1]. — Sur la cause et l'objet, le code espagnol reproduit en général les dispositions du droit français.

L'objet peut être futur (art. 1271). Il doit être non contraire aux lois et aux mœurs et possible (art. 1271, al. 3 et 1272)[2]. Enfin, il doit être déterminable sans nouvel accord des parties (art. 1273).

L'impossibilité doit s'entendre de l'impossibilité absolue et non de celle par rapport à l'obligé[3]. Elle s'entend de l'impossibilité partielle si elle concerne la partie principale du contrat.

Les pactes sur successions futures sont prohibés (art. 1271), mais sous certaines réserves : le partage entre vifs de la succession par le futur *de cujus* (art. 1056), la mise en société des biens futurs (art. 1674), et divers autres cas visés par des lois spéciales[4].

La cause est définie par l'art. 1274 selon la théorie classique[5]. C'est dans les contrats à titre onéreux la prestation ou promesse d'une chose ou d'un service faite par l'autre partie ; dans les contrats rémunératoires, le service ou bienfait que l'on récompense ; dans les contrats de pure bienfaisance la simple libéralité du bienfaiteur[6].

Comme dans le droit français, la cause non exprimée est

---

1 V. Valverde y Valverde, *Der. civ. espanol*, III, p. 255. — Traviesas, *La causa en los negocios juridicos*, *Rev. gen. de législacion*, XVII.

2 V. Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 216, 2e éd.

3 Manresa y Navarro, *Codigo civil*, VIII, p. 664. — Lehr, II, n° 506. — Nast, *op. cit.*, p. 390.

4 Manresa y Navarro, VIII, pp. 667-668.

5 V. cep. une tendance plus large en jurisprudence, Sent, 24 juin 1898.

6 V. sur la distinction de la cause et du motif, Manresa y Navarro, VIII, p. 677.

présumée licite (art. 1277). D'autre part, la mention d'une fausse cause entraîne la nullité si on ne prouve pas l'existence d'une cause vraie et licite (art. 1276)[1].

La cause peut être un fait passé, présent ou futur.

Le côté original du code espagnol est d'avoir prévu la répétition des choses données pour cause illicite (art. 1305 et 1306).

Si le fait est un crime ou délit commun aux deux contractants, ils n'auront aucune action l'un contre l'autre et s'il y a procès on appliquera aux choses et au prix formant la matière du contrat les dispositions du code pénal sur les instruments ayant servi à un délit, c'est-à-dire la confiscation (art. 63 et 622 Pén.).

Si un des contractants a seul délinqué, l'autre peut réclamer ce qu'il a donné et n'est pas tenu d'accomplir sa promesse.

D'après l'art. 1306, s'il n'y a ni crime ni délit, si la faute est commune, il n'y a pas répétition. S'il y a faute d'un seul, celui-ci ne peut réclamer ce qu'il a payé, ni exiger ce qu'on lui a promis. L'autre, au contraire, peut réclamer ce qu'il a donné sans être tenu par sa promesse.

La jurisprudence applique ces principes même à l'héritier de celui qui a fait un acte avec l'intention de priver l'héritier de sa légitime si le tiers est exempt de fraude Et elle déclare aussi l'art. 1306 opposable au créancier[2].

L'art. 1301 déclare que la nullité pour fausse cause ne dure que quatre ans depuis l'exécution du contrat. Elle se rapproche ainsi de nullités relatives pour vice du consentement. Mais cela ne vise pas les causes inexistantes ou illicites[3].

---

1 V. les cas principaux de causes illicites : Sanchez Roman, *Derecho civil*, IV, p. 207, 2e éd.

2 Manresa y Navarro, VIII, p. 791.

3 Sanchez Roman, IV, p. 282, 2e éd.

889. — *Droit allemand.* — La théorie de l'objet est réglée principalement dans les art. 305 et suiv.

L'objet doit n'être pas impossible, contraire aux lois ou aux mœurs. Il peut en général, porter sur une chose future.

I. Un contrat qui a en vue une prestation impossible est nul (art. 306). Il s'agit là de l'impossibilité objective[1]. Si l'impossibilité est partielle, on applique l'art. 139 et tout est nul si, sans cette partie, on n'eut pas traité. La nullité subsiste même si l'acte devient plus tard possible[2]. Mais le contrat est valable si l'impossibilité peut être supprimée et s'il a été conclu dans cette éventualité (art. 308). Si une prestation est à terme ou sous condition, il suffit que l'impossibilité ait disparu à l'arrivée du terme ou de la condition (art. 308). L'impossibilité entraîne la responsabilité de celui qui devait la connaître ou la connaissait, à moins que son adversaire ne fut dans le même cas (art. 307). L'indemnité correspond en principe au *Negative Vertrags interesse*, mais ne peut dépasser le dommage positif[3].

II. L'art. 309 traite de la même manière[4] les contrats portant atteinte à une prohibition légale », Cela vise soit la promesse d'une chose défendue, soit toute promesse allant contre le vœu de la loi[5].

L'acte portant atteinte directement ou indirectement[6] aux mœurs est au contraire visé par l'art. 138. Et par là on ne

---

[1] *Trad. officielle*, I, p. 430. — Plank, II, p. 117. — Dernburg, II, p. 141. — V. sur l'impossibilité, Schröder, *Unmoglichkeit*. — Cf. la bibliographie citée par Ricca Barberis, *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 155.

[2] Crome, II, p. 160. — Cf. Dernburg, II, p. 63.

[3] Crome, II, p. 159. — Dernburg, II, p. 141.

[4] Cf. Saleilles, *Obligation*, 1re éd., p. 149. — La même solution est encore donnée par l'art. 134 qui annule tout acte contraire à une prohibition légale à moins que le contraire ne résulte de la loi. V. à ce sujet, Saleilles, *Déclar.*, p. 233.

[5] Planck, II, p. 122.

[6] V. sur ce point Crome, I, p. 373.

vise ni l'ordre public, ni la morale théorique, mais seulement les usages des honnêtes gens[1].

Mais ici il n'y a pas lieu à indemnité pour nullité, tout le monde devant connaître les bonnes mœurs.

III. Le code allemand admet en général les contrats sur les choses futures. Mais il y a plusieurs réserves.

L'art. 310 annule l'obligation de transférer tout ou partie de son patrimoine à venir ou de le grever d'usufruit. On considère qu'en ce cas le promettant n'est pas suffisamment libre[2] et qu'il ne faut pas favoriser les profits de ce genre[3] ni l'atteinte à la personnalité qui en résulte[4].

L'art. 312 annule les pactes sur successions futures[5] lorsqu'ils portent sur la succession d'tn tiers encore vivant[6], qu'il s'agisse d'un tiers déterminé ou non, et quand même ce tiers consentirait à l'acte[7].

Mais une importante exception est apportée par le paragraphe 2. Il valide le contrat entre futurs héritiers légaux pour leur part ou leur réserve, à condition qu'il y ait constatation authentique. Ce texte toutefois ne vise pas les actes touchant les dispositions *mortis causa*[8] ou peut-être même les actes faits par les appelés au second degré.

Signalons que la loi valide (art. 311) l'aliénation du patrimoine actuel tout entier si elle est authentique[9].

IV. Le code ne précise pas que la chose promise doive être déterminable. Il se montre très large à ce sujet[10].

---

1 Saleilles, *Déclar. de volonté*, pp. 269 et suiv. V. les applications au courtage matrimonial, aux coalitions, aux déchéances d'assurances (p. 277); aux contrats usuraires (p. 291). — Cf. Dernburg, I, p. 420.

2 Planck, II, p. 123.

3 Dernburg, II, p. 189.

4 Crome, II, p. 161. — Saleilles, *Obligations*, n° 150.

5 Sur l'histoire des pactes sur succession future en Allemagne, v. Nast, op. cit., pp. 394 et suiv.

6 V. Saleilles, *Obligations*, n°s 148-149.

7 Dernburg, II, p. 190. — Crome, III, p. 162.

8 Planck, II, p. 125.

9 V. Saleilles, *Obligation*, n° 151.

10 Cf. Crome, II, p. 164. — Cf. Saleilles, *Oblig.*, n° 162.

Il dit simplement que si la détermination n'a pas été faite, elle le sera dans le doute par celui qui peut poursuivre la contre prestation (art. 316). Mais en cas d'abus de celui-ci, si sa détermination viole l'équité, le juge décide (art. 315).

Le code allemand se prononce aussi sur l'inaliénabilité conventionnelle. Si un droit n'est pas inaliénable légalement ou judiciairement, la faculté d'en disposer ne peut être supprimée, ni restreinte par acte juridique (art. 137). Toutefois, l'art. 399 dit qu'une créance ne peut être cédée, si elle ne peut l'être sans qu'on modifie son contenu, ou si par convention avec le débiteur la cession a été exclue. Et l'art. 413 étend cette solution à tous les droits non réglementés autrement[1].

L'art 137 précise la portée de la règle concernant l'inaliénabilité. L'obligation en elle-même est valable, mais elle n'a pas d'effet réel.

Enfin le droit allemand admet le contrat sur la chose d'autrui en présumant qu'il constitue une obligation de porte-fort[2].

V. Quant à la théorie de la cause, ce qui frappe, c'est le silence du code allemand à cet égard. On l'a considérée comme inutile. Il résulte de là des conséquences importantes[3].

Le juge ne doit considérer que la déclaration qui a été faite, pour apprécier sa validité. Peu importe s'il y a eu erreur sur la cause. Il y aura en ce cas simple action pour enrichissement sans cause. Si, au contraire, le contenu de la déclaration laisse voir l'erreur commise, on annulera en vertu de l'art. 119. Mais si la promesse est contraire aux mœurs, le juge a un pouvoir plus large. Il peut aller au-delà de la déclaration, à condition de se tenir dans de justes limi-

---

1 V. sur le sens de cet article, *Trad. offic.*, I, p. 596.

2 Saleilles, *Obligation*, n° 152. — Cf. *Trad. offic.*, II, p. 7.

3 V Saleilles, *Déclar. de volonté*, pp. 256 et suiv. *Théorie de l'oblig.*, pp. 259 et suiv. — V. Klingmuller, *Causa und Schuldversprechen. Zeitschrift für Handelsrecht*, 1912. p. 152.

tes, pour ne pas atteindre les volontés non manifestées, et de ne pas dépasser ce cercle de raisons qu'examine l'usage commercial[1].

Lorsqu'un contrat est nul comme ayant un but contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, l'art. 817 admet en princip la restitution des prestations. Mais il la rejette lorsque contravention tombe de façon identique sur les deux parties à moins que la prestation ne consistât à contracter un enga gement[2]. Toutefois, cette solution doit être regardée comme exceptionnelle[3].

Le code allemand laissant de côté la théorie de la cause admet par là même la promesse abstraite, c'est-à-dire celle où le débiteur s'engage sans indiquer pourquoi il le fait, en détachant son obligation des circonstances où elle s'est formée. Il admet ainsi soit la promesse abstraite simple engagement de payer (je promets de payer 100), soit la reconnaissance de dette, promesse qui fait allusion à une obligation préexistante, mais sans la préciser (je reconnais devoir 100)[4].

Cette promesse abstraite est possible pour toutes sortes d'obligations : d'argent ou de choses fongibles ou non. Il suffira qu'elle ait été voulue comme abstraite et qu'elle ait été acceptée.

Mais le code soumet la promesse abstraite à certaines formes. La promesse de dette exige pour sa validité, dans la mesure où une forme différente n'est pas prescrite, une forme écrite (art. 780). La reconnaissance de dette exige pour sa validité que la déclaration de reconnaissance soit délivrée sous forme écrite. Si une autre forme est exigée pour le rapport d'obligation, celle-ci doit être observée (art. 781).

---

1 V, Saleilles, *Déclar.*, pp. 263-264. — *Protokolle*, I, p. 123.

2 V. à ce sujet, *Trad., offic.*, II, p. 377. — Cf. Saleilles, *Déclar.*, pp. 278-280

3 Planck, II, p. 949.

4 V. *Trad. offic.*, II, p. 318. — V. sur ces points, Saleilles, *Oblig.*, nos 260-266. — Crome, II, p. 909. — Dernburg, II, p. 211. — Planck, II. p. 854. — Bufnoir, *Bull. législ. comparée*, 1871, p. 184.

Ce serait le cas par exemple où l'obligation aurait comme point de départ une vente d'immeuble, laquelle doit être authentique (art. 313).

L'art. 782 dispense toutefois d'écrit si la reconnaissance vient d'un compte ou d'une transaction.

890. — *Droit suisse*[1]. — Le code revisé des obligations s'est montré fort sobre sur l'objet et la cause et il consacre les principes traditionnels.

L'art. 19 proclame la liberté des conventions. Elle n'a de limites que si la loi « édicte une règle de droit strict ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité. »

« Le contrat est nul, dit l'art. 20, s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs », et cet article vise même le but indirect du contrat[2]. Il s'entend seulement de l'impossibilité objective[3] et existant au moment du contrat[4], sauf s'il y avait une condition insérée[5] La jurisprudence applique ce texte à peu près comme en France. Elle admet les promesses limitées de ne pas faire concurrence, les ventes de clientèles de médecins. Elle annule les ventes de maisons de tolérance, les promesses de ne pas enchérir, la promesse de ne pas épouser telle personne. Mais on valide le courtage matrimonial, le contrat en opposition avec les obligations d'une des parties envers un tiers, le contrat relatif à la fabrication d'un remède secret[6].

Si le contrat a pour but de peser sur la volonté là où elle doit être libre, il y a nullité[7].

---

1 Sur le droit antérieur, v. Nast, p. 409.

2 Rossel, *Code revisé des obligations*, p. 44.

3 Rossel, p. 45. — V. Schneider et Fick, art. 20, n° 16. — Oser, *Obligationenrecht*, art. 20, p. 82.

4 L'art. 97, règle l'effet de celle qui survient après. — V. Oser, p. 82.

5 Oser, *Obligationenrecht*, p. 82.

6 V. sur ces points, Rossel, pp. 45-47. — Schneider et Fick, art, 19-20.

7 Oser, p. 88. C'est ce qu'on nomme parfois suggestionverträge.

Si une seule clause est nulle, le surplus reste valable à moins qu'il y ait lieu d'admettre que les parties n'auraient pas conclu sans cette clause (art. 20, al. 2).

La nullité peut être soulevée d'office par le juge[1].

La peine qui a pour but de sanctionner l'obligation illicite ou immorale est nulle[2].

L'art. 62, al. 2, prévoit comme conséquence de la nullité, que « la restitution est due de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister ». À la suite de cet article qui s'appliquera au cas de prestation impossible, l'art. 66 ajoute : « Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ». D'après M. Rossel, ce texte s'appliquera dès que le but sera immoral, même si la prestation est licite; comme en cas de paiement d'argent à un fonctionnaire pour qu'il fasse son devoir[3]. Il semble même qu'il en sera ainsi lorsque la convention sera plus immorale d'un côté que de l'autre, ou lorsqu'elle a été tolérée; en tous cas, la répétition sera refusée même si le contrat n'est pas exécuté[4].

De la cause proprement dite, le code des obligations ne règle que la question de preuve. L'art. 17 dit que « la reconnaissance d'une dette est valable même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation ». Mais ce n'est qu'une présomption de validité de la cause. Le débiteur peut se libérer en prouvant l'absence de cause[5]. Toutefois, des auteurs voient

---

1 Rossel, p. 45.

2 V. art. 163, al. 2, v. sur sa portée, Schneider et Fick, trad. Porret, p. 292. — Oser, p. 412.

3 p. 105. — Cf. Oser, p. 261. — V. Schneider et Fick qui par contre valident la promesse sous clause pénale de ne pas diffamer (art. 163, n° 4).

4 V. Schneider et Fick, trad. Porret, art. 66, n° 6.

5 Rossel, *Code revisé des obligations*, p. 41. — V. sur cet article, Oser, pp. 68 et suiv.

dans la reconnaissance plus qu'un moyen de preuve : ce serait l'équivalent d'un jugement[1].

Ces principes reçoivent cependant exception dans deux cas. « Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette » (art. 18, al. 2). L'exception de simulation ne peut donc être invoquée aussi librement qu'entre parties. Mais ceci ne vise que les reconnaissances de dettes et non les contrats[2].

L'art. 811 décide qu' « en matière de lettre de change, chaque débiteur ne peut opposer que les exceptions spéciales à cette matière ou celles qu'il a directement contre le créancier qui exerce le recours »

Dans cette mesure le code sépare donc l'obligation de sa cause, il l'en abstrait, et elle est valable bien que celle-ci ne le soit pas et cela sans aucune forme spéciale[3]. Spécialement elle est pleinement valable vis-à-vis des tiers[4].

Quant aux pactes sur successions futures, le droit suisse les admet dans une certaine mesure[5]. Le code civil[6] déclare (art. 636) que sont nuls « tous contrats passés au sujet d'une succession non ouverte par un héritier avec ses cohéritiers ou un tiers sans le concours de celui dont l'hérédité fait l'objet de la convention ». La répétition de ce qui a été versé est permise et porte sur l'enrichissement intégral et non pas seulement sur ce qui subsiste[7].

En outre, le code admet le pacte successoral, c'est-à-dire celui par lequel on s'oblige « à laisser sa succession ou un legs à l'autre partie contractante ou à un tiers » (art. 494)[8].

---

1 Schneider et Fick, art. 17, n° 4.

2 Schneider et Fick, art. 18, n° 50.

3 Oser, *op. cit.*, p. 70.

4 Oser, *op. cit.*, p. 72.

5 V. sur le régime ancien, Peter, *Le pacte successoral* (en Suisse), thèse Genève, 1897.

6 V. Reymond, *Contrat héréditaire*, th. Lausanne, 1910.

7 Rossel et Mentha, *Manuel*, I, p. 719.

8 V. Rossel et Mentha, I, pp. 539, 551.

On admet de même le pacte de renonciation, par lequel le disposant à titre gratuit ou à titre onéreux conclut un pacte avec un héritier par lequel le renonçant perd sa qualité d'héritier et y renonce pour lui et ses descendants (art. 494, al. 2). Ce pacte supprime même l'action en réduction[1].

Le pacte se fait en la forme des testaments publics, devant deux témoins (art. 512).

Il peut être résilié pour inexécution, pour survie du disposant (art. 515). Entre époux, il tombe de plein droit par le divorce (art. 154, al. 3). Il peut être résilié par convention écrite (art. 513). Le disposant peut l'annuler s'il survient une cause d'exhérédation. L'annulation se fait en forme de testament.

890 bis. — *Droit tunisien et marocain.* — Le code tunisien des obligations et le code marocain se montrent larges quant à l'objet. Les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls faire l'objet d'obligations (art. 62 et 57). Et on déclare tels « toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter » (art. 62, al. 2, et 57, al. 2). Entre musulmans sont nulles les ventes de choses déclarées impures par la loi religieuse, sauf les objets dont elle permet le commerce (art. 575 et 485). L'impossibilité physique ou légale emporte nullité (art. 64 et 59). La partie qui savait ou devait savoir au moment du contrat que la chose était impossible est tenue à des dommages-intérêts envers l'autre partie, sauf si celle-ci savait ou devait savoir que l'objet était impossible (art. 65 et co). La même règle s'applique à l'impossibilité partielle, aux obligations alternatives si une des prestations est impossible (al. 2).

Quant à sa précision, la chose doit être déterminée au moins quant à son espèce (art. 63 et 58). Mais la vente doit déterminer le nombre, la quantité, le poids ou la mesure ou

---

1 Rossel et Mentha, I, p. 553.

la qualité (art. 577 et 486). La quotité peut être incertaine si elle peut être déterminée par la suite (art. 63 et 58).

L'obligation peut avoir pour objet une chose future et incertaine. Mais les pactes sur succession future sont frappés de nullité absolue (art. 66 et 61).

En outre, à propos de la vente, on interdit comme vente de choses inexistantes celle des fruits en germe, ou les ventes de choses aléatoires comme le produit à naître d'un animal, une récolte non sortie de terre. Mais est néanmoins valable la vente sur pied des fruits et autres produits naturels déjà nés, même avant leur maturité (art. 574). Est nulle aussi la vente de « choses qui par la nature ou à raison des circonstances ne sont pas susceptibles d'être livrées à l'acheteur : le poisson dans l'eau, l'oiseau dans l'air, l'animal qui s'est échappé » (art. 571). Mais on peut vendre un droit incorporel de chasse ou de pêche dans un lieu déterminé, le droit d'user de l'eau d'un endroit déterminé (art. 572)[1]. Le code marocain ne reproduit pas ces solutions.

On peut même vendre la colonne d'air au-dessus d'un édifice construit. L'acquéreur peut construire si la nature et les dimensions des constructions ont été déterminées (art. 573 et 483).

Le prix doit être déterminé. Mais les règles sont différentes dans la vente et le louage. Pour la vente on ne peut se rapporter à la détermination d'un tiers, ni acheter au prix payé par un tiers si ce prix n'est connu des contractants. Mais on peut s'en référer à une mercuriale, à un tarif, « à la moyenne des prix du marché lorsqu'il s'agit de marchandises dont le prix ne subit pas de variation. Lorsque le prix est variable, les contractants sont présumés s'en être référés à la moyenne des prix pratiqués» (art. 579 et 487). Pour le louage, on applique l'art. 579. En outre, le prix peut consister en choses mobilières déterminées quant à la quotité et à la qualité. Il peut

---

1 Rappr. sur le nantissement de donner en gage tout ... et l'art. 1537 et l'art. 1174 qui permettent ... peut être vendu.

consister en une part indivise de produits. On peut stipuler outre l'argent et les produits certains travaux déterminés pour les locations de biens ruraux (art. 784 et 633).

Pour la cause, les art. 67 à 70 (62-65 code marocain) consacrent les principes traditionnels. L'obligation sans cause ou sur cause illicite est non avenue. La cause non exprimée est présumée. La cause exprimée est présumée vraie jusqu'à preuve contraire. Si elle est démontrée fausse ou illicite, celui qui soutient qu'il y a une autre cause licite doit le prouver.

CHAPITRE XV

Des contrats et des actes de réglementation ou des lois-conventions

891. — On peut grouper sous le nom général de *contrats de réglementation* ou comme le disent MM. Duguit et Jèze, de *lois-conventions*, tous les contrats extrêmement variés par lesquels un certain nombre de personnes s'entendent, non pour passer actuellement un acte pur et simple ou conditionnel, mais s'accordent sur la façon dont plus tard elles passeront un contrat, si elles jugent à propos d'en passer un. Aucune d'elles n'est obligée de contracter, c'est ce qui différencie ce cas de la promesse de contrat, soumise à l'éventualité d'un consentement, d'une habilitation, d'une solennité, etc. C'est ce qui en fait une construction technique voisine, mais autre.

Les contrats futurs doivent ici venir se placer dans un moule plus ou moins complètement préparé d'avance. Le développement de ces institutions historiquement est souvent le signe d'un certain affaiblissement de l'Etat envisagé du côté de la force de ses pouvoirs. L'ordre souverain et la convention s'excluent, a fait observer M. Duguit. Socialement, l'importance de ces contrats est énorme, surtout au

cas où le contrat doit régir les rapports des contractants originaires avec des tiers. En effet, le contrat de réglementation n'est autre chose qu'une législation privée qui se manifeste[1].

Le contrat de réglementation est en effet un contrat dont la conséquence va être de régir toute une série de contrats subséquents à la manière d'une loi.

Au lieu de contrats de réglementation, on pourrait même envisager l'acte de réglementation. Mais les actes unilatéraux sont rares dans notre droit. Seul le testament est un moule juridique d'une application assez générale pour permettre une réglementation privée assez commode. C'est même pour cela que le règlement d'atelier, acte de réglementation unilatéral éprouve tant de difficultés dans son application, c'est que par lui-même il n'a pas une forme juridique légale. Il doit, pour produire effet, pénétrer tant bien que mal dans le moule juridique du contrat.

Nous devrons donc, après avoir exposé la théorie des contrats de réglementation, étudier les actes unilatéraux de réglementation.

Les détails que nous donnerons nous feront voir que l'acte de réglementation qui établit une hiérarchie dans les opérations juridiques est une sorte de type intermédiaire entre le contrat ordinaire et l'institution[2]. Si parfois il se dégage peu du contrat ordinaire, parfois comme dans les statuts de sociétés, d'association, le mariage, on peut se demander s'il n'y a pas plutôt une institution, un acte condition pour

---

1 V. Duguit, *Transformations du droit public*, pp. 129 et suiv. — Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 574. On en peut rapprocher jusqu'à un certain point en droit international public les conventions entre quelques Etats qui ont entendu créer la neutralité d'un Etat à l'égard de tous et prétendent ainsi établir une situation *erga omnes*. V. de Visscher, *La neutralité belge et les juristes allemands*.

2 Rappr. Hauriou, *Principes de droit public*, 2e éd., pp. 206-208.

employer une expression déjà utilisée par nous (v. tome I, n° 22).

En tous cas, cela renverse les conceptions parfois admises de la vie du droit. Certaines personnes n'ont vu comme agents créateurs de droits que la loi et le contrat ordinaire. Or, sous des formes diverses, des noms que l'on doit créer, se manifestent des agents intermédiaires puissants qui organisent la vie privée[1].

Le rôle de l'acte de réglementation est double. Il simplifie la conclusion et l'interprétation des contrats particuliers. En même temps, il cherche à les dominer et à constituer une réglementation intermédiaire entre les lois et les contrats ordinaires. On considère que la meilleure interprétation des intérêts en présence, le meilleur type de finalité sociale n'est pas réalisé par les contractants qui sont un peu près, ils peuvent l'être par des actes où l'on est placé à mi-distance, entrevoyant déjà un certain champ visuel. Sur le terrain social, amenant la multiplication de contrats semblables, l'acte de réglementation développe la solidarité par similitude, tend à constituer en bloc les réglementés, puis de façon plus estompée à les faire apparaître dans la société comme chargés d'un service privé d'utilité publique (Cf. à ce sujet sur le contrat d'adhésion, *supra*, n° 617).

892. — Le contrat de réglementation peut se présenter sous une forme assez modeste en ne visant que les rapports que deux parties peuvent avoir entre elles, soit dans toute une série de contrats, soit dans un contrat déterminé.

Il peut aussi se présenter sous une forme beaucoup plus importante d'une réglementation générale, visant tous les

---

1 Aussi voit-on la loi du 22 janvier 1916, art. 1er, par. 3, obliger à la déclaration « toutes ententes ou conventions d'ordre économique entre des Français, des protégés français, etc., et des sujets d'une puissance ennemie » visant par là les accords durables seuls (v. Circ. du Gardes des Sceaux, 29 fév. 1916, I. C. — Reulos, *Manuel des séquestres*, p. 263). C'est le premier texte visant de façon un peu générale les **contrats de réglementation.**

actes juridiques à passer avec les tiers, de façon qu'une sorte de loi privée en résultera.

Dans tous les cas une même difficulté grave se présentera, qui met en conflit deux théories sociales : la théorie contractuelle et la théorie institutionnelle, pourrait-on dire. La première considère que tous les actes privés se valent et que par suite la réglementation privée établie disparaîtra dès que les parties en une forme quelconque l'auront rejetée. La seconde, qui n'est encore jusqu'ici qu'à l'état de tendance obscure, tendrait à considérer les contrats, dits de réglementation, comme contenant une institution, une réglementation, quelque chose en un mot de supérieur aux volontés ordinaires. De même qu'en droit public un décret est plus qu'un arrêté, une loi plus qu'un décret[1], une loi constitutionnelle plus qu'une loi ordinaire[2], de même en droit privé, les contrats de réglementation seraient plus que les contrats ordinaires, ils les enserreraient dans des cadres puissants, dont ils ne pourraient sortir, à peine de nullité. Sans doute, ce cadre lui-même du contrat de réglementation serait modifiable comme toute chose humaine, à certaines conditions, mais plus difficiles, de même qu'en droit public les actes juridiques de catégories supérieures : lois, constitutions ne se modifient pas aisément.

Nous verrons que, sur ces questions, si la jurisprudence

---

[1] V. sur le règlement présidentiel par rapport à la loi. Juille, *Domaine du règlement présidentiel*, th. Lille, 1905, pp. 75 et suiv. et pour la sanction, pp. 112 et suiv. — Cahen, *La loi et le règlement*, th. Paris, 1903, pp. 307 et suiv.

[2] Ainsi, il a été admis qu'une loi ordinaire en contradiction avec une loi constitutionnelle serait nulle et que les tribunaux peuvent admettre cette nullité. — V. les observations de M. Jèze, *Revue de droit public*, 1904, pp. 113 et suiv. et Cass. crim., 11 mai 1833, S. 1833, 1, 357. Au contraire, les tribunaux n'ont pas qualité pour critiquer une loi dont l'élaboration est en contradiction avec une loi ordinaire ou avec les règlements parlementaires. V. Jèze, *loc. cit.*, et Moye, *Revue critique*, 1904, p. 585. V. aussi Cass. crim., 22 oct. 1903, D. 1904, 1, 409 et 26 nov. 1903, reproduit par M. Jèze.

française reste favorable à la conception contractuelle, celle-ci paraît bien condamnée sur le terrain législatif. Elle l'est dans la loi du 25 mars 1919 sur les conventions collectives de travail (art. 31 *q*, Trav.). Elle l'est dans les lois étrangères. De plus en plus on veut des actes juridiques supérieures aux autres, les dominant comme la loi domine le décret. Ce n'est qu'un aspect de cette grande tendance qui se manifeste aujourd'hui dans les efforts vers l'organisation du travail. Mais le travail n'est pas tout, même dans nos sociétés industrielles. Cette tendance à l'organisation peut encore recevoir d'autres applications sur les divers terrains du droit: dans les rapports entre les administrations privées et le public, les testateurs et ceux qui leur survivent, etc. Partout la même tendance a les mêmes raisons d'être: simplifier les rapports juridiques, les coordonner[1]. Avec de pareilles raisons, c'est dire que cette tendance triomphera.

L'organisation sociale par le droit privé si puissante dans l'ancienne France, combattue à partir de la fin du XVIII^e^ siècle par l'individualisme triomphant, reprend aujourd'hui toute sa force sur tous les terrains à la fois.

893. — Des personnes peuvent passer un contrat pour convenir que les contrats successifs qu'elles pourront passer se feront dans certaines conditions. Cela est utile. Un industriel va prendre comme fournisseur habituel de matières premières telle personne, il va changer de banquier, il va trouver la personne avec qui il aura des rapports suivis et il lui demande ses conditions ; il est convenu que les marchandises seront vendues franco de port, emballage perdu, payables à trois mois, que l'acheteur les revendra à tel prix

---

1 V. cette tendance approuvée dans les thèses récentes, ... Gazin, *Nature juridique de règlement de travail*, 1913. — Deligny, *Règlement de travail*, 1913. — Desroys du Roure, *L'autorité dans l'atelier, Le règlement d'atelier et le contrat de travail*, 1910. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, 1912.

minimum pour ne pas déprécier les cours, etc. On est en rapport d'affaires. Dans le moule de ce contrat de réglementation viendront s'emboîter les contrats successifs, les commandes, remises d'effets, qui auront lieu ensuite.

Ce contrat de réglementation est si légitime, il a un objet tellement naturel et tellement licite, que la jurisprudence elle-même en constate l'existence sans le discuter[1].

Sa conclusion se fera dans les conditions ordinaires et il pourra être synallagmatique ou unilatéral, avec les conséquences qui en résultent au point de vue de la preuve.

On peut citer comme exemple très important de conventions de ce genre, celle passée le 1er octobre 1886 entre les six grands réseaux de chemins de fer français et intitulée « Règlement à suivre pour la transmission des marchandises et le partage des indemnités ». Elle fixe en cas de transport à effectuer sur plusieurs réseaux les cas dans lesquels une des Compagnies pourra recourir contre les autres et les proportions de ce recours[2]. Des conventions de ce genre sont également prévues pour le service international par la convention de Berne du 14 octobre 1890, art. 54 qui parle des « conventions particulières que les chemins de fer peuvent soit d'avance... contracter entre eux concernant les recours ».

On peut citer encore, bien qu'ils obéissent à des règles spéciales tenant à la force des tarifs, les cartes de circulation à demi-tarif délivrées par les compagnies de chemins de fer.

On peut encore citer certains règlements intérieurs de chambres de notaires visant le partage des honoraires dans certains cas[3].

---

1 V. Trib. comm. Seine, 25 sept. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 2, 348. — *Revue de dr. civil*, 1912, 978. — Cependant on n'a pas admis que ce contrat obligeât le futur vendeur à vendre tout ce qu'on lui demanderait. On a estimé qu'il pouvait refuser de traiter

2 V. Thaller et Josserand, *Transports*, nos 758 et suiv. — Lyon-Caen et Renault, III, n° 642.

3 V. Req., 29 oct. 1902, D. 1904, 1, 57; S. 1914, 1, 116, en sous note; *Rev. de dr. civil*, 1904, p. 418.

Mais il faut préciser les effets de ces contrats.

Un premier est incontestable : les opérations qui sont ensuite traitées au cours des rapports d'affaires entre les parties sont dans le silence des parties censées se référer aux clauses prévues dans le contrat réglementaire. Si j'ai passé un contrat réglementaire avec un fournisseur de charbons, de matières premières, etc., le jour où je lui ferai une commande, je n'aurai à stipuler ni escompte, ni expédition franco, si cela a été auparavant stipulé en ma faveur.

Il faut même aller plus loin. Les parties ne seront pas facilement censées avoir entendu traiter contrairement au contrat réglementaire. Comment tirer du silence, d'un mot, de circonstances, cette idée que dans telle commande, on a entendu renoncer au contrat réglementaire. On pourrait donc dire assez sagement que les parties ne peuvent dans un contrat renoncer aux conditions d'un contrat réglementaire sans une déclaration expresse. La loi ne serait donc pas seule à exiger des déclarations expresses. Les parties en imposeraient tacitement par les contrats réglementaires.

894. — Ce qui arrive plus fréquemment, c'est qu'un contrat réglemente les actes juridiques unilatéraux ou bilatéraux judiciaires ou extrajudiciaires auxquels son application peut donner lieu .

Ainsi un contrat sous seing privé stipule que dans les trois mois il sera converti en acte authentique, un bail détermine que le congé ne sera donné valablement que par acte écrit, que le bailleur devra approuver par écrit la sous-location faite par le locataire, que le locataire ne pourra modifier les lieux loués, y installer un commerce sans l'autorisation expresse du propriétaire. Ou encore un contrat fixe le tribunal devant lequel un plaideur devra assigner l'autre en cas de difficulté. Ou il détermine qu'on n'admettra comme preuve des livraisons à faire que les reçus signés de deux employés de l'acheteur. Ou encore il est convenu dans un contrat de mariage (pour éviter certains droits d'enregis-

trement) que la célébration du mariage vaudra en principe quittance de la dot (sauf preuve contraire)[1].

Voilà donc un contrat initial qui réglemente la suite des actes auxquels il pourra donner lieu dans leur forme: leur caractère expres, le mode de preuve exigé, la compétence[2]. La chose est si naturelle que des textes prévoient le cas. L'art. 25 du décret du 22 janvier 1868 sur les sociétés de secours mutuels dit que le sociétaire a le droit de demander la résiliation par déclaration au siège social, par acte extrajudiciaire « soit par tout autre moyen indiqué dans les statuts ». D'autre part, la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels (art. 4-2°) dit que « les statuts déterminent... 2° les conditions et les modes d'admission et d'exclusion tant des membres participants que des membres honoraires[3]. Enfin, l'art. 1793 Civ. sous-entend dans les marchés à forfait cette clause que les modifications ne pourront avoir lieu qu'à la suite d'un écrit[4].

Le contrat peut convenir expressément ou tacitement qu'un mode de preuve spécial sera admis pour prouver la convention. Ainsi le contrat de transport par chemin de fer, par tramway se prouve non par un acte signé, mais par un billet, un ticket délivré contre paiement du prix.

---

1 V. Huc, X, nos 11 et 12. — Baudry, Lecourtois et Surville, III, n° 1899. — Req., 22 août 1882, S. 1883, 1, 25, avec note Lacointa. D. 1883, 1, 296.—Paris, 11 janvier 1890, P. F., 1890, 2, 207, D. 1891, 5. 137. — Req., 7 mai 1884, D. 1884, 1, 285. — Cass. civ., 2 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 557. — Trib. Caen, 30 déc. 1913, id., p. 503.

2 On pourrait donner d'autres exemples moins pratiques. Ainsi l'art. 1341 n'étant pas d'ordre public, d'après l'opinion dominante, (v. not. Cass. req., 1er août 1906, S. 1911, 1, 562.— Bonnier, *Preuves*, I, n° 177, — Huc, VIII, n° 290) on pourrait convenir par écrit que tels rapports juridiques entre les parties seront désormais susceptibles d'être prouvés par témoins. Mais en fait, on répugne plutôt à faciliter la preuve des actes. On songe plutôt à la rendre difficile.

3 Rappr. décret, 16 août 1901, art. 11, 2° sur les associations, qui lui ne parle que des « conditions d'admission et d'exclusion des membres ».

4 V. Alger, 4 déc. 1909, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 249.

Cette clause tacite sur la preuve est obligatoire. Ainsi un directeur de théâtre doit laisser entrer le porteur d'une contre-marque, c'est-à-dire d'un carton d'une certaine forme portant un numéro, à moins d'établir que celle-ci est fausse ou a été obtenue par fraude[1].

Inversement, on peut valablement restreindre les modes de preuve. On peut convenir que la preuve testimoniale ne sera pas admise[2], alors que d'après l'art. 1341 Civ., elle serait admissible en l'espèce ou inversement[3]. Ou on peut convenir dans les rapports entre un patron et un employé intéressé, que celui-ci devra prendre pour base de bénéfices le seul inventaire. La même solution peut être admise par rapport à un commanditaire[4].

A propos des contrats sous seing privé stipulant qu'il sera passé acte authentique, la jurisprudence interprète généralement le contrat en ce sens qu'il y a déjà contrat parfait, mais obligation de comparaître devant notaire[5]. Et s'il a été fixé un délai, on peut décider que, faute de dresser l'acte dans le délai, les parties ont entendu résoudre la vente[6]. C'est la solution la plus conforme à l'intention des parties. Mais il ne serait pas impossible de décider qu'elles ont voulu

---

[1] Trib. paix Dijon, 15 mars 1888, *la Loi*, 6 avril 1888.

[2] Cass. civ., 30 juill. 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, 2, 443.

[3] Bordeaux, 16 janv. 1846, D. 1846, 2, 82. — Rennes, 25 fév. 1841, D. v. *Oblig.*, n° 4615: 1° — Bourges, 16 déc. 1826, id., n° 4615; 2° — Req., 5 août 1847, D. 1847, 1, 349.

[4] Req., 20 mars 1876, D. 1877, 1, 254, avec rapp. du conseiller Lepelletier. — V. Demogue, *Contrôle du commanditaire dans la commandite par intérêts*, *Ann. dr. commercial*, 1901, p. 121.

[5] Cass. civ., 8 déc. 1903, S. 1905, 1, 241, avec note de M. Wahl. — Cass. Req., 23 août 1843, S. 1844, 1, 182. — Riom, 9 mars 1844, S. 1844, 2, 324. — Cass. Req., 9 avril 1895, S. 1896, 1, 198. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., § 343, note 21. — Baudry et Saignat, nos 187 et 188. — Guillouard, *Vente*, I, n° 9. — Cf. Req., 10 janv. 1898, D. 1899, 1, 162. — V. Cep. Cass. Req., 24 fév. 1896, S. 1896, 1, 485. — Angers, 15 fév. 1866, S. 1866, 2, 160.

[6] Cass., 8 déc. 1903, précité.

en fait réserver leur liberté d'appréciation jusqu'au jour de l'acte notarié, et qu'il n'y a rien d'obligatoire jusque là. Quant à parler ici d'un avant contrat, cela semble peu d'accord avec les désirs des contractants[1].

Si un acte a été fait contrairement à la réglementation contenue dans le contrat primitif, est-il nul ?

La cour de cassation a donné une distinction judicieuse dans deux arrêts rendus à propos d'un bail. Celui-ci prévoyait que le congé serait donné par lettre recommandée, mais le locataire s'était dispensé d'observer cette forme.

Si on est en face d'une règle de pur style ou destinée seulement à fournir la preuve du congé, un congé en une autre forme reste valable[2]. C'est ce qui avait été admis en fait dans les deux espèces soumises à la cour Suprême.

Si au contraire la clause est substantielle, si elle « contient une prohibition assez énergique pour faire de l'écriture un

---

1 V. sur ces points en ce sens, Et. Leduc, *Avant contrats*, thèse Paris, 1909, pp. 80-90. — *Contrà* : Degenkollb, *Archiv. fur. Civil Praxis*, t. 71, pp. 161 et suiv. — Cf. Thöl, *Handelsrecht.*, § 243 qui est en notre sens, sauf si l'acte solennel a été prévu avant toute entente. Ici, en effet, il peut bien y avoir un contrat de réglementation.

2 Req., 19 juin 1839, S. 1839, 1, 462; D. Rep., v. *Louage*, n° 475. — Req., 11 fév. 1907, S. 1911, 1, 357; D. 1910, 1, 392, v. *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 420. — Un autre arrêt du 23 mai 1870, S. 1870, 1, 283 ne fait pas cette distinction. — Rappr. sur la question, Lyon 3 mai 1837, D. Rep., v. *Louage* n° 476. — Douai, 15 juin 1841, P. 1841, 2, 278. — Colmar, 12 mai 1864, S. 1864, 2, 285, D. 1865, 2, 32. — Trib. Lyon, 27 août 1873, D. 1873, 3, 88. — Paris, 29 déc. 1900, D. 1901, 2, 297. — Dijon, 9 janv. 1889, *Mon. de Lyon*, 3 juin 1889. — Paris, 25 mars 1903, *la Loi*, 15 sept. 1903. — Trib. d'Avesnes, 11 nov. 1881, *Fr. jud.*, 1881-82, p. 630. — Trib. Seine, 11 fév. 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 1, 251. — Trib. Seine, 11 avril 1911, *Gaz. Trib.*, 1911. 2e sem., 2, 164. — Rouen, 17 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 2, 354. — Guillouard, I, n° 327. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 1117. — V. de même pour la résiliation d'une assurance, trib. Bordeaux, 7 fév. 1910, *Rec. Bordeaux*, 1910, 3, 53, pour la clause qu'une autorisation de sous-louer sera *préalable*: *Cass.* Req., 28 juin 1859, D. 1859, 1, 459.

élément substantiel du consentement » il semble bien qu'il y aura nullité[1].

La jurisprudence en a fait l'application à propos de déclarations imposées par une police à des assurés, déclarations qui devaient avoir lieu en une certaine forme. Celles en une autre forme ont été jugées insuffisantes[2].

Elle a jugé de même pour un contrat de mariage stipulant que les immeubles dotaux de la femme ne seraient vendus que « en sa présence et de son consentement exprès[3] ». Un simple mandat général a été jugé insuffisant et la vente annulée.

Il faudrait donner la même solution si des statuts de sociétés ou d'associations règlent le lieu, la date de l'assemblée, sa présidence, les formes du vote par correspondance la durée des contrats[4].

Cependant un ancien arrêt statuant au temps où les sociétés par actions devaient être autorisées, a déclaré que ce fait même ne faisait pas des statuts plus que des conventions privées, et que les règles de forme établies par eux pour résilier une police ne pouvaient donner lieu à un pourvoi[5] Mais au fond la cour n'a pas entendu dire qu'il n'y ait pas lieu à une nullité, elle a dit seulement qu'on ne pouvait la faire valoir en cassation.

On peut donc poser en règle générale que les clauses

---

[1] Paris, 29 déc. 1900, D. 1901, 2, 297 (forme d'une déclaration de cessation d'assurance) *contrà:* id., 20 janv. 1899, *eod. loc.*

[2] V. Paris, 20 janv. 1899. Simonin, *Rec. des assur. terrestre*, II, 603. — Paris, 3 janv. 1884, id., II, 39. — Trib. de Gien, 27 juin 1899, id., III, 510. — V. cep. trib. Seine, 10 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913, 2e sem., 2, 234. — Rappr. sur un congé donné en dehors des délais. Orléans, 13 janv. 1877, S. 1877, 2, 316 qui déclare ce congé même accepté sans valeur, ce qui est admettre que l'on n'a pu facilement modifier le contrat réglementaire.

[3] Grenoble, 4 déc. 1856, D. 1857, 2, 159.

[4] Paris, 14 mai 1922, *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 132, *Gaz. Trib.*, 1922, 2, 443, *Revue de droit civil*, 1922, p. 912.

[5] Req., 25 août 1842, S. 1842, 1, 981; D. 1842, 1, 402.

réglementant les actes à faire à la suite d'un autre sont obligatoires pour l'avenir et emportent nullité de l'acte contraire si les parties en ont fait une clause substantielle, sinon non[1].

On peut se demander si en matière civile, on ne doit pas être forcé de prouver par écrit que l'on a renoncé à exiger une solennité (arg. art. 1341. Civ.).

En matière commerciale, la forme volontaire prescrite par un acte est bien plus fragile. On peut prouver par témoins que cela a été modifié verbalement, que telle forme écrite a été imposée pour la preuve et non *ad solemnitatem*, qu'il y a eu renonciation expresse ou tacite à ces clauses[2].

Dans certains cas, la clause nous paraît toujours devoir être considérée comme substantielle.

Dans une société, une association, on peut régler des conditions sans lesquelles on ne pourra être administrateur, commissaire de surveillance, liquidateur, etc.[3]. On peut préciser des formes pour la tenue des assemblées, etc. Il semble conforme à l'intention des signataires, de considérer ces règles comme substantielles. On ne pourra s'en écarter que par le jeu de modifications statutaires.

Mais d'autre part la cour de cassation a admis que le consentement exprès et par écrit ayant été jugé nécessaire pour la renonciation à un terme, il pouvait y avoir abandon tacite de cette clause[4]. C'est faire une brèche importante dans le système que nous venons d'exposer et en affaiblir la portée déjà limitée.

Enfin en matière de testament, le droit de tester étant jugé absolu, on n'admet pas que l'on puisse déclarer par

---

1 V. en ce sens Coviello, *Dir. civ. italiano*, I, p. 348.

2 *Traité de dr. comm.*, trad. Escarra, IV, pp. 103-104. — Cf. Coviello, *Contratt. prélim.*, pp. 55 et suiv.

3 V. à ce sujet Wahl, *Restrictions statutaires des choix des administrateurs*, *Journ. Sociétés*, 1913, p. 337.

4 Cass. civ., 22 juin 1903, S. 1903, 1, 463, D. 1903, 1, 478, *Rev. de dr civil*, 1904, p. 181.

avance que seront seuls valables les testaments faits d'une certaine façon[1].

895. — Les contrats réglementaires peuvent se présenter sous une forme plus grave lorsqu'ils ne réglementent plus seulement les rapports entre des contractants, mais encore ceux avec les tiers[2]. Cela se présente dans la promesse d'égalité, dans le contrat collectif de travail, dans le pacte de préférence, dans les clauses de vente fixant des prix de revente par l'acheteur[3].

Ce qu'il va y avoir de caractéristique ici, c'est la poussée à laquelle nous assistons et sous laquelle on sent fléchir les principes individualistes de notre droit civil. On voit un acte juridique tendre à diminuer la liberté des tiers, à dominer les contrats qu'ils peuvent passer. C'est évidemment s'engager sur une pente dangereuse. Mais par la force des choses, la volonté humaine, l'acte humain tendent à dominer le milieu social où ils jouent.

896. — La promesse d'égalité est une convention d'après laquelle une personne s'engage à traiter son co-contractant et certains tiers de façon indentique. Plus spécialement, c'est celle par laquelle un parent dans le contrat de mariage d'un descendant, d'un neveu promet de ne pas faire à celui-ci plus de libéralités qu'à d'autres parents au même degré[4].

---

1 Colmet de Santerre, IV, p. 370.

2 Nous avons là des manifestations très caractéristiques du rôle de la collectivité dans le droit privé. — Cf. Amadeo, *Le collecttivita nel diritto privato odierno*, *Mélanges Fadda*, VI, p. 253 et spéc., pp. 271 et suiv.

3 V. sur la validité de ces clauses, Toulouse, 15 nov. 1904, D. 1905, 2, 394. — Paris, 15 déc. 1904, D. 1905, 2, 363, *Rev. de dr. civil*, 1905, p. 893, *Ann. dr. comm.*, 1903, p. 313.

4 V. Baudry et Colin, II, n° 3943. — Demolombe, XXIII, n° 306. — Aubry et Rau, VIII, § 739. — Laurent, XV, n° 248. — Huc, VI, n° 461. — Pand. fr., Rep., v. Donations et testaments, n° 11895. — Rep. gén. du dr. français, v. *Don. entre vifs*, n° 5017. — Cf. Dall., Rep. v.

Nous n'avons pas à en donner l'interprétation, qui est surtout question de fait, mais à en indiquer la force juridique[1].

Ce contrat de réglementation, lorsqu'il est contenu dans un contrat de mariage, permet de « critiquer toute libéralité faite au profit des cohéritiers portant atteinte à l'égalité qui avait été promise[2] ». Il réagit donc sur les contrats postérieurs, même ceux entre le promettant et un tiers. Mais cela tient à sa nature spéciale d'institution contractuelle, bénéficiant de l'art. 1083 Civ. Il domine donc véritablement les rapports juridiques postérieurs.

De là, il résulte une conséquence.

Dans les cas où il y aura une promesse d'égalité interdisant même les libéralités à des étrangers, celles-ci seront également atteintes par la nullité[3].

La promesse d'égalité étant indépendante des donations qui pourront la suivre, il faut dire que ces donations prennent rang du jour où elles sont faites et non du jour du contrat de mariage. Par suite en principe, les biens obtenus par le fait de la promesse d'égalité ne seront pas dotaux[4].

Une promesse d'égalité n'étant en soi qu'un contrat de réglementation, elle peut avoir lieu en dehors d'un contrat de mariage, sauf que, comme c'est un contrat de réglementation de donation, elle doit se faire par acte authentique.

Disp. entre vifs, n° 2085. — Sur sa validité, v. Req., 20 fév. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 1, 405.

1 V. Req., 11 fév. 1879, S. 1880, 1, 201. — Req., 30 nov. 1896, D. 1898, 1, 481. — Dijon, 13 juill. 1870, D. 1872, 1, 94.

2 Req., 30 nov. 1896, S. 1900, 1, 523. — Limoges, 23 juill. 1862 et Bordeaux, 20 janv. 1863, S. 1863, 2, 98. — Cf. Req., 27 nov. 1865, D. 1866, 1, 217.

3 Limoges, 23 juill. 1862, S. 1863, 2, 98; D. 1862, 2, 213. — Bordeaux, 20 janv. 1863, D. 1863, 5, 126; S. 1863, 2, 98. — Riom, 21 fév. 1883, P., 1884, 1, 93. Il en est autrement au cas contraire. Riom, 2 mars 1882, S. 1883, 2, 140. — Paris, 1er déc. 1855, S. 1856, 2, 398.

4 Il peut en être décidé autrement d'après l'intention des parties, Limoges, 20 fév. 1844, S. 1846, 2, 21.

En dehors d'un contrat de mariage, la promesse d'égalité ne vaut pas plus qu'un acte de préférence fait en vue d'un contrat quelconque, car elle ne peut plus constituer une institution contractuelle.

Dans tous ces cas, le bénéficiaire du contrat de réglementation ne peut qu'agir en dommages-intérêts contre son contractant si le contrat de réglementation a été violé. C'est ce qui a été admis fréquemment à propos du pacte de préférence[1] par analogie avec ce qui est décidé pour la promesse de vente, de bail, etc.

897. — Le plus important des contrats de réglementation est sans conteste le contrat collectif de travail[2], réglé par la loi du 25 mars 1919. insérée à l'art. 31 Trav.

Ce contrat, suivant l'exacte définition de M. Colson, est celui par lequel les contractants sont engagés seulement « à ne conclure aucun contrat individuel de travail, dans une profession et une région déterminées, dont les clauses

---

[1] V. *suprà*, chap. IX.

[2] V. notamment de Visscher, *Le contrat collectif de travail*, Gand et Paris, 1912 avec une bibliographie très complète, pp. 397-402, de nombreuses thèses. Raynaud (Paris 1901), Moissenet (Dijon 1903), Plytas Paris 1901), Douarche (Paris 1907), Passama, (Paris 1908), Marcel Nast (Paris 1907), Pirou (Rennes 1909), Rouast (Lyon 1909), Georgesco (Paris 1914). — Capitant note dans D. 1909, 2, 33. — Planiol, notes dans Dalloz, 1903, 2, 25 et 31; 1905, 1, 153 et 2, 121; 1906, 1, 113, 1907, 2, 32. — Colson, *Rapport à la Soc. d'études législatives*, *Bull.*, 1907, pp. 180 et suiv., et discussions qui ont suivi. — Pic, *Législation industrielle*, n[os] 442 et suiv. — Capitant, *Législation industrielle*, p. 441. — Louis Lucas, *Conventions collectives de travail*, *Revue de dr. civil*, 1919. p. 65. — Bigao Nicotra, *Contratto collettivo di lavoro*. — Galizia, *Contratto collettivo di lavoro*. — René Morel *Les conventions collectives de travail*, *Rev. de dr. civil*, 1919, p. 417. — Jean Leroy, *Le contrat collectif de travail et les auteurs allemands*, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 581. — Valverde y Valverde, *Derecho civil español*, III, p. 562. — On peut voir dans ce contrat une manifestation de la tendance à la souveraineté des organisations professionnelles. V. sur cette tendance Maxime Leroy, *La coutume ouvrière*. — Paul Boncour, *Rapport de l'individu et des groupements professionnels*, th. Paris, 1900, p. 161.

soient en contradiction avec les conditions fixées par la convention collective[1] ». (C. art. 31 Trav.)

Ce contrat, qu'on le veuille ou non, est incontestablement une étape vers l'organisation corporative[2]; mais il a, avant 1919, soulevé les plus graves difficultés

Spécialement il donne lieu à de graves questions : d'abord, dans la détermination des personnes qu'il lie et la façon dont il les atteint, c'est le problème de sa nature juridique ; ensuite dans son emprise sur les contrats particuliers, c'est sa « fonction normative » ; enfin dans les personnes qui peuvent mettre en jeu ses sanctions, syndicats ou individus.

Le seul problème que nous ayons à examiner ici est celui de sa fonction normative. Résumons seulement les autres difficultés soulevées.

En principe ,le contrat collectif se forme comme une convention ordinaire. Les conditions de capacité, d'absence de vices du consentement, d'objet licite, sont les mêmes. Il faut dire seulement que ce contrat étant conclu par une organisation ouvrière puissante, il serait inutile de le faire bénéficier de la théorie de la lésion si celle-ci pénétrait un jour dans les textes sur le contrat de travail, de même il serait inutile de déclarer illicites des clauses qui ne sont telles que parce qu'une pression les impose d'ordinaire à l'ouvrier isolé. Cette pression ne se rencontre pas ici[3].

---

1 Rapport cité, p. 182. — Rappr. de Visscher, pp. 163-170. — Jay, *Qu'est-ce que le contrat collectif*, spéc. pp. 8 et 26. — Laval, *Contrat de travail*, th. Grenoble, 1908, p. 230. — La conception première du contrat colletif (v. not. Moissenet. Raynaud) était moins nette et la distinguait peu du contrat d'équipe (v. sur ce contrat Depitre, *Bull. Société d'Etudes législatives*, 1907, p. 173.

2 Cf. sur cette tendance à envisager plutôt les rapports de patron à ouvrier du point de vue collectif : Lotmar, *Der arbeitvertrag, nach dem Privatrecht*. — Cf. Amb. Colin, note dans Dall., 1907, 1, 369, *in fine*.

3 V. sur ce point, Ambroise Colin, *Bull. Société d'études législatives*, 1907, p. 163. V. sur ces diverses questions, Pirou, *op. cit.*, pp. 130-151 ; Nast, *op. cit.*, pp. 60-84.

La capacité ne présente, elle non plus, rien de spécial. Le contrat de réglementation peut être passé par un patron avec un syndicat ou une association ouvrière. Il peut être passé avec les membres d'un groupe non personnalisé à condition de déterminer quelles personnes font partie de ce groupe, car, bien entendu, celles-là seules seront obligées[1], surtout si avec Lotmar on explique ce contrat par l'idée d'un mandat donné par les membres du groupe qui traite. L'art. 31 b. Trav. indique à quelles conditions le syndicat peut traiter[2].

La forme écrite et le dépôt du contrat sont imposés par l'art. 31 c. et 31 j. à peine de nullité, et pour le dépôt, sous peine d'empêcher le contrat d'avoir effet auparavant.

L'étendue d'application du contrat et sa durée sont réglées par les articles 31 d et 31 e à 31 i[3].

Qui est lié par le contrat collectif ?

Diverses décisions ont eu à s'occuper de ce point avant 1919. Elles ont toutes admis la même solution[4]. « La convention conclue au nom de tous les membres du syndicat oblige même ceux faisant partie de la minorité qui ont cependant continué à adhérer au syndicat et n'ont pas manifesté par une démission, leur volonté de reprendre leur liberté d'action[5] ». C'est ce que consacre l'art. 31 b Trav. n° 2.

---

1 V en ce sens, Raynaud, p. 272. — Moissenet, p. 229. — *Contrà :* Nast, p. 89. — Cf. Pirou, pp. 122-131. — De Visscher, pp. 21 et suiv. — Discussion à la Société d'études législatives, *Bull.*, 1907, pp. 54, 532, 543. — Morel, p. 433.

2 V. à ce sujet Morel, art. cité, p. 435.

3 V. Morel, pp. 459 et suiv.

4 V. trib. de paix Meaux, 10 oct. 1906, *Bull. office trav.*, 1907, 41, *Rev. de dr. civil*, 1907, 83. — Trib. Seine, 23 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 337. — Cass. civ., 7 juillet 1910, S. 1912, 1, 296, avec note de M. Wahl, D. 1911, 1, 201, avec note de M. Nast, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 111, *Rev. de droit civil*, 1910, p. 827. — Trib. comm. Nantes, 13 août 1897, *Revue des sociétés*, 1898, p. 131. — Douarche, p. 140. — Nast, p. 199 et D. 1911, 1, 201. — Cf. Rouast, p. 356.

5 V. Messina, *I. concordati di tariffi*, etc., *Riv. di dir. comm.* 1904.

Mais encore faut-il que les délégués du groupement qui passe le contrat soient les délégués réguliers de la majorité. Et à ce sujet il a été admis que dans le silence des statuts le syndicat n'avait pas les pouvoirs pour obliger ses membres[1]. Aujourd'hui l'art. 31 b. Trav. exige des pouvoirs en vertu des statuts ou d'une délibération, ou des mandats spéciaux et écrits des adhérents ou une ratification par délibération spéciale.

Mais le syndiqué une fois lié reste lié même s'il démissionne du syndicat[2].

Mais ces quelques décisions sont loin d'épuiser les questions susceptibles d'être prévues[3].

Les auteurs les plus récents sont d'accord pour admettre que la nécessité pratique impose de considérer comme liés non seulement les adhérents actuels au syndicat non démissionnaires[4] aussitôt la passation ou dès avant la passation du contrat collectif, mais encore ceux qui par la suite adhèrent au syndicat[5]. La cour de cassation a admis cette solution[6] qui

---

p. 507. Si le contrat est passé avec les ouvriers, indépendamment du syndicat, celui-ci est indépendant. Toutefois, il ne peut impunément contribuer à le faire violer. V. cep. Chambéry, 4 oct. 1910, *Gaz. Pal* 1910, 2, 685 et nos observations *Rev. de dr. civil*, p. 185.

1 Paris, 16 fév. 1911, *Gaz. Pal.*, 1911, 2, 155. *Revue de dr. civil*, 1911, p. 815, D. 1912, 2, 290, avec note de M. Nast.

2 V. cep. Civ. 23 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 77, *Rev. de dr. civil*, 1914, p. 124, pour un syndicat de vente.

3 V. sur les points qui suivent Colson, *Bull. Société d'études législatives*, 1907, pp. 185 et suiv. et la discussion.

4 Cass. civ., 7 juill. 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2, 111. — Trib. Seine, 23 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909. 2, 337.

5 V. de Visscher, p. 164. — Capitant, p. 463. — Nast, p. 284. — Rouast, p. 358. — Ascali, *Contratto collettivo, di lavoro, Rivista di diritto commerciale*, 1903, pp. 99 et suiv. — Messina, *loc. cit.*, p. 486. — Cf. trib. paix Narbonne, 11 déc. 1903, *Bull. Office du Travail*, 1906, 46. — V. cep. trib. prudhommes, Reims, 30 déc. 1905, D. 1906, 2, 110.

6 Civ., 18 janv. 1918, D. 1918, 1, 17.

consacre l'art. 31 k n°5 Trav. De même les syndiqués qui démissionnent par la suite restent liés au contrat collectif[1]. De plus les syndiqués qui ont passé un contrat conforme au contrat collectif restent tenus de respecter ce contrat lors de conventions nouvelles qu'ils passeront[2].

Au contraire le patron qui n'a pas adhéré au syndicat même après la convention reste libre[3].

Le patron signataire est tenu de respecter le contrat collectif non seulement dans ses rapports avec les ouvriers syndiqués, mais encore dans ceux avec des ouvriers quelconques[4] art. 31 a).

Mais il était douteux que les ouvriers fussent obligés de respecter le contrat collectif vis-à-vis de patrons non signataires, la nécessité les obligeant souvent à s'embaucher comme ils peuvent[5]. Cependant l'art. 31 a admis pour eux la même règle.

Quant aux patrons, si l'un d'eux cède son usine, sans que son successeur s'affilie au groupe patronal, celui-ci n'est pas tenu par le contrat collectif. L'ayant cause à titre particulier n'est pas de plein droit et comme tel directement tenu des obligations personnelles de son auteur. Ce principe s'applique même aux conventions passées par rapport à la chose formant l'objet de la transmission, sauf si elles restreignent le droit transmis[6]. La jurisprudence l'admet d'ailleurs pour les polices d'assurances.

---

1 De Visscher, p. 190. — V. cep. Cass. civ., 16 déc. 1908, *Gaz. Pal.*, 1909, 1, 37.

2 De Visscher, p. 191.

3 Civ., 11 fév. 1920, *Gaz. Pal.*, 1920, 1, 488.

4 De Visscher, p. 208. — *Contrà:* Nast, p. 285. — Rappr. sur ces divers points, Pirou, pp. 283 et suiv. qui voit ici une question d'interprétation.

5 De Visscher, p. 210. — Nast, p. 285. — Cf. Civ., 15 janv. 1918, D. 1918, 1, 17 (implic.), *Revue de dr. civil*, 1919, p. 127.

6 Cass. civ., 15 janv. 1918, D. 1918, 1, 17.

Pour expliquer ces effets, on a d'abord parlé de mandat et de stipulation pour autrui[1], puis de contrat innommé[2].

M. de Visscher s'est appuyé, avec de solides arguments que nous approuvons, sur la nature réelle de la personne morale[3]. Ces explications techniques qui ont leur intérêt, ont le tort de n'expliquer qu'un aspect du problème : le mécanisme par lequel le contrat du syndicat lie ses membres. Mais nous venons de voir que le contrat collectif a des effets très étendus. Il contient donc, sous le bénéfice d'une des explications précédentes pour un point spécial : une promesse et une stipulation en faveur des futurs adhérents au syndicat, une stipulation au profit des tiers avec qui le patron traitera

Il y a donc simultanément à donner plusieurs explications techniques pour analyser l'étendue des effets du contrat collectif.

Le contrat collectif a un premier effet qu'il doit non à sa nature, mais à l'étendue de ses applications.

Lorsque des parties quelconques n'ont pas fixé les conditions d'un contrat de travail, elles sont présumées facilement avoir voulu se référer au contrat collectif. Celui-ci

---

1 Deslandres, Pand. fr., 1894, 1, 1. — Raynaud, 277. — Planiol, D. 1903, 2, 25. — Bourdon, *Contrats d'utilité générale au profit d'une collectivité*, p. 109. — Lotmar, *Tarifverträge*, p. 68 (mandat). Schall, *Privatrecht*, p. 113 (mandat et contrat de l'association).

2 Capitant, *Législ. industrielle*, p. 456. — Geny, Pand. fr., 1898, 2, 245. — Rouast, p. 289. — Laronze, p. 410. — V. l'exposé des divers systèmes dans Georgesco, *Nature juridique du contrat collectif de travail*, thèse Paris, 1914, pp. 74-127. — Rouast, *Notion jur. de contrat collectif*, pp. 272 et suiv. — Pirou, *Conceptions successives du contrat collectif*, th. Rennes, 1909, pp. 163 et suiv. — Moissenet, *Contrat collectif*, th. Dijon 1903, pp. 168 et suiv. — Cf. Duthu, *Contrat collectif*, th. Bordeaux, 1910, pp. 83 et suiv. — Bourdon, *Contrats d'utilité générale*, th. Paris, 1905, p. 94. — V. sur les théories soutenues en Allemagne, Jean Leroy, *Revue de dr. civil*, 1911, p. 589.

3 P. 140. — Nast, pp. 174 et suiv., et art. *Revue critique*, 1908, p. 534.

vaut en quelque sorte comme l'usage du lieu dont parle l'art. 1159 Civ[1].

Il a même été jugé qu'un entrepreneur étant soumis par son cahier des charges à donner un certain salaire, si une entente collective fixait plus tard les salaires à un taux supérieur, le patron était censé, dans le silence de la convention, avoir embauché un ouvrier à ce nouveau tarif, plutôt qu'à celui du cahier des charges[2].

A plus forte raison, si deux personnes liées par le contrat collectif passent un contrat, dans le silence, elles sont soumises aux conditions du contrat collectif[3].

898. — Dans quelle mesure le contrat collectif a-t-il pour effet de forcer les personnes qu'il atteint à ne passer que des conventions en harmonie avec lui, en annulant les conventions contraires, ou les patrons à n'avoir des règlements d'atelier valables que s'ils sont en harmonie avec ce même contrat ?

Deux arrêts très nets de la chambre civile de la cour de cassation[4] avaient répondu à cette question avant 1919 par

---

1 V. Capitant, *Législ. industrielle*, p. 465. — Cass. civ., 15 janv. 1918, D. 1918, 1, 17.—Trib. Seine, 2 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 217. — Rappr. Pirou, p. 310.

2 Trib. Seine, 12 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, 217. *Rev. de droit civil*, 1908, p. 716. — Trib. Narbonne, 11 nov. 1905, *Bull. off. du travail*, 1906, p. 46. — V. en ce sens, Moissenet, p. 224. — Nast, p. 286. — Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 86. — Cf. Colson, Rapport, *Bull. Soc. d'études législatives*, 1907, p. 521 et 1908, p. 40.

3 V. Capitant, note dans Dall. 1909, 2, 35. — Rappr. cep. Lyon, 8 fév. 1910, S. 1912, 2, 100; D. 1911, 2, 253, *Revue de dr. civil*, 1911 p. 816 (calcul du salaire de base du mineur).

4 Cass. civ., 16 déc. 1908, S. 1912, 1, 201 avec note de M. Wahl, *Revue de dr. civil*, 1909, pp. 169 et 170. — Cass. civ., 2 août 1911, S. *eod loc.*; D. 1912, 1, 76. — Lyon, 8 fév. 1910, D. 1911, 2, 293, sol. implic. La jurisprudence allemande est en ce sens. Celle d'Italie hésite, v. de Visscher, p. 293. — *Contrà:* Cons. prudhommes de la Seine, 13 avril 1895, *Rev. prat. de dr. industriel*, 1895, p. 204; prudhommes de Mannheim, cités par Jean Leroy, *Contr. collect. en Allemagne*, p. 262.

la même formule. « Aucun principe de droit ne s'oppose à ce qu'un patron et un employé appartenant à des syndicats signataires d'un contrat collectif, n'y dérogent par un contrat individuel, quand sur le point auquel il est dérogé, le contrat n'a pas lui-même un caractère d'ordre public » ou encore : « ce tarif collectif n'a par lui-même aucun caractère d'ordre public ».

La jurisprudence pouvait donc être considérée comme fixée.

Nombre d'auteurs avaient admis cette solution[1].

Ils se prévalaient des arguments suivants : 1° ils remarquent que le contrat collectif n'est pas d'ordre public. C'est ce que dit la jurisprudence. Et cela est exact. Mais cet argument n'est pas décisif. Il s'agit de savoir s'il n'y en a pas d'autres.

2° M. Wahl et M. Capitant font observer que si une personne passe un acte qu'elle a promis de ne pas accomplir l'acte n'est pas nul pour cela, et le second cite comme exemple le vendeur d'un fonds de commerce qui a promis de ne pas acheter un autre fonds et viole cette promesse : le contrat d'achat d'un autre fonds n'est pas nul.

3° Si le contrat individuel est passé entre un syndiqué et un patron adhérent au contrat collectif, il est valable, car on peut toujours renoncer au bénéfice d'un contrat et le modifier, surtout que l'engagement du syndiqué envers son patron est distinct de celui qu'il a envers son syndicat[2].

---

1 Capitant, note dans D. 1909, 2, 35, 2e col. — *Législ. industrielle*, p. 464. — Nast, p. 194 et D. 1911, 1, 201. — Passama, p. 132. — Wahl, note dans S. 1912, 1, 201. — Laval, th. citée, p. 227. — Messina, *I. concordati di tariffi nel ordinamento guiridico di lavoro*, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. 501. — Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 85. — *Contrà :* Raynaud, p. 262. — Douarche, p. 134. V. surtout de Visscher, pp. 276-300, dont l'exposé de la question est très complet. — Lotmar, II, p. 776. — Cons. prudhommes Seine, 13 avril 1895, *Rev. prat. dr. industriel*, 1895, p. 205. — Prudhommes Milan, 6 fév. 1901, qui invoquent ici la violence faite à l'ouvrier. — Cf. Pirou, pp. 285 et suiv.

2 Wahl, note citée. — Nast, *op. cit.*

4° Si, au contraire, il s'agit de tiers avec qui un patron adhérent au contrat a traité, ils ont toujours le droit de ne pas se prévaloir de la stipulation pour autrui. Ils peuvent l'accepter, ils peuvent aussi y renoncer.

Ces trois derniers arguments obligent à distinguer le contrat individuel entre deux personnes parties au contrat collectif, et le contrat entre une de ces personnes et un tiers.

I. — Si le contrat a été passé entre un ouvrier syndiqué et un patron syndiqué, le grand argument pour la validité, c'est l'indépendance des liens résultant du contrat collectif. Mais cette argumentation est contraire aux nécessités pratiques et à la volonté des parties. En réalité quand il y a des contrats à de multiples participants, il y a entrecroisement de liens contractuels, chacun contracte avec tous et deux personnes ne peuvent à elles seules modifier le contrat. Ainsi dans une société en nom collectif de dix associés, il est convenu dans le pacte social que deux d'entre eux A et B seront gérants. A pourrait-il valablement convenir avec B que celui-ci gérera seul ? Non, car les associés ont pensé qu'il fallait deux gérants pour que leurs défauts se neutralisent, pour que les graves décisions soient discutées. La renonciation de A d'accord avec B tout seul serait donc sans effet. Elle serait contraire au but du contrat. Il en est de même ici : l'ouvrier a promis à tous les contractants de ne pas s'embaucher à un salaire de famine. Il ne peut modifier ce contrat sans la volonté de tous.

M. de Visscher accepte cette idée, mais l'atténue en disant que le syndicat et les tiers pourront seuls invoquer la nullité[1]. Je ne le crois pas, du moment qu'un contrat est nul à l'égard des tiers, il me semble nécessaire que les contractants aient le droit de sortir de cette situation fausse. Il ne faut pas exagérer la relativité des obligations, en multipliant ces situations à double face, qui sont contraires à

---

1 PP. 299-300.

un certain besoin de simplicité[1]. Nous avons d'ailleurs déjà exposé cette idée à propos de la fraude et du dol (v. tome I, n° 349).

Ainsi la nullité se justifie sans parler d'incapacité conventionnelle. Car il est manifeste que celle-ci est interdite (v. *suprà* n° 713). Mais il n'y a pas plus incapacité qu'au cas où une personne ayant livré un immeuble est dans l'impossibilité de livrer à nouveau. Il y a simplement là le jeu des effets des contrats.

I. — Si le patron adhérent au contrat réglementaire a embauché un ouvrier non syndiqué à un salaire inférieur au tarif établi, le contrat est-il nul ? Certaines personnes partisans de la nullité au cas précédent, le niaient ici[2].

On objectait que l'on est toujours libre de renoncer à une stipulation faite à son profit. Cet argument serait décisif si le tiers était seul intéressé. Mais le patron, lui, devait respecter le contrat. Cela n'est pas sans importance. En effet ou bien l'ouvrier savait s'embaucher à un salaire inférieur au tarif, ou il l'ignorait.

a) S'il savait s'embaucher à un salaire inférieur, il s'est rendu complice de la violation d'un contrat, il en est responsable[3]. Or, la jurisprudence admet que les tribunaux peuvent accorder la réparation sous la forme qui paraît la plus adéquate[4]. Ils peuvent donc à la requête du syndicat ou des ouvriers lésés prononcer la nullité du contrat.

Si l'on admet ce que nous avons dit précédemment, l'ouvrier ou le patron pourront invoquer eux aussi cette nul-

---

1 V. Demogue, *Notions fondamentales de droit privé*, p. 484.

2 De Visscher, p. 299. — V. sur cette question Demogue, note dans S. 1911, 1, 369.

3 V. sur cette jurisprudence Cass. Req., 8 nov. 1904, S. 1910, 1, 119. — Cass. civ. 27 mai 1908, S, 1910, 1, 118. — Hugueney, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, pp. 89 et suiv. — Cf. *Revue de droit civil*, 1905, p. 330 ; 1906, p. 158 ; 1908, p. 536. — Cass. civ., 16 déc. 1908, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 37.

4 V. pour le laissé pour compte Cass. civ., 3 juill. 1912, D. 1913, 1, 110.

lité. En effet, ils sont dans une situation fausse, dont il leur importe de sortir : le maintien du contrat nuit à la force du contrat collectif.

On ne pourrait leur objecter la maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans :* car la jurisprudence ne lui donne qu'une force relative. Sauf en cas de contrat immoral, elle la rejette parce que cela lui paraît plus utile pour lutter contre les conventions illicites[1]. Or le meilleur moyen de faire respecter les contrats collectifs est de frapper les conventions qui y dérogent.

b) Si le tiers ignorait le contrat collectif, ce qui est possible si c'est un ouvrier arrivant du dehors, lui et lui seul pourra demander la nullité, car il y a erreur sur un élément essentiel du contrat. Il a cru signer un contrat ordinaire, il a renoncé à une stipulation faite en sa faveur. S'il avait connu le tarif, il en aurait réclamé l'application. Il faut le traiter comme un assuré qui croit signer une pièce de pure forme et qui accepte une indemnité dérisoire pour un sinistre[2].

Ceci nous permet de répondre à l'objection de MM. Wahl et Capitant. Celui qui vend un fonds de commerce à un ancien commerçant qui a promis de ne pas se rétablir n'est pas exposé à une action en nullité.

Mettons à part le cas où le vendeur étant de mauvaise foi serait un tiers complice exposé à la nullité. Si le tiers vendeur est de bonne foi, ce que disent MM. Wahl et Capitant est exact[3]. Mais il y a avec notre cas une différence. Le vendeur n'a commis aucune erreur qui lui soit préjudiciable. Au contraire l'ouvrier qui ignore le tarif collectif a été par son ignorance amené à accepter un bas salaire.

Ajoutons enfin que le système de la nullité est celui des

---

1 V. *suprà*, chap. XIV.

2 V. tome I, de l'erreur, n° 227.

3 Cette solution conviendrait pour un cas analogue : interdiction de s'assurer pour partie, v. à ce sujet Montpellier, 12 mars 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 431, *Revue de droit civil*, 1912, p. 502.

lois et projets actuels : l'art. 1637 du code hollandais modifié les 13 juillet 1907 et 1er février 1909, l'art. 323 du Code Obl. suisse, l'art. 713 du projet hongrois, l'art. 4 du projet suédois, l'art. 4 du projet belge. Il a été enfin consacré par l'art. 31 *q* Trav.[1]. Entre deux personnes liées par le contrat collectif, celui-ci s'applique seul. Entre deux personnes dont une seule est liée par le contrat collectif, celui-ci s'applique, sauf stipulation contraire (art. 314), sauf responsabilité de celui qui viole le contrat (al. 2).

Nous sommes donc amenés, et nous ne le dissimulons pas, à considérer pratiquement le contrat collectif comme une sorte de loi professionnelle[2]. Sans doute c'est juridiquement étayer de façon faible cette formule que de représenter le syndicat comme mandataire de la masse ouvrière dans la conclusion des accords collectifs[3]. Il est plus simple de dire qu'une force sociale qui hésite encore pour son mécanisme technique nous porte déjà à admettre qu'il se forme un ensemble de lois professionnelles que les intéressés doivent respecter[4].

Avant 1919, la nullité étant absolue, sauf dans le dernier cas, le contrat pouvait prendre fin à tout moment. L'ouvrier quittera le patron. Mais comme il faudra bien l'indemniser de son travail depuis l'entrée à l'atelier jusqu'au jour où la nullité a été invoquée, on le paiera pour ce temps intérimaire à un prix équitable, qui sera presque forcément celui du tarif collectif. C'est le prix en usage, c'est aussi celui qui seul empêche le patron de réaliser un bénéfice illicite[5]. Aujour-

---

1 V. à ce sujet Morel, art. cité, p. 448.

2 Rappr. Duguit, *Droit constitutionnel*, II, p. 67 et *Transformations du droit privé*, p. 135. — Louis Lucas, art. cit., pp. 76 et suiv. — Ceci nous rapproche de la conception de Rundstein (Streitfragen) qui voit dans notre contrat, un contrat hypothétique, c'est-à-dire une ébauche de contrat où viendra s'encastrer le contrat individuel. — V. une tendance du même genre à propos de nomination de fonctionnaire dans Cons. d'Etat, 4 août 1913, S. 1915, 1, 41, avec note de M. Hauriou.

3 V. cep. Pirou, thèse citée de Rennes, 1909, pp. 418 et suiv.

4 V. Gaston Morin, *La révolte des faits contre le code*, p. 47.

5 V. cep. Wahl, S. 1912, 1, 203, col. 3, qui semble ne donner ici

d'hui, dans le cas de l'art. 31 q. le contrat individuel est maintenu, mais aux conditions du contrat collectif.

La nullité ne serait pas la seule sanction possible. Les autres syndiqués, le syndicat lui-même, d'après la jurisprudence[1] et la loi de 1919 (art. 31 t.), pourraient agir en dommages-intérêts et mettre en demeure le patron ou l'ouvrier d'indemniser ou de résilier le contrat. Il n'y aurait de dérogation qu'au cas d'erreur, où l'ouvrier de bonne foi ne pourrait être poursuivi en indemnité. Ces solutions étaient généralement acceptées[2]. Elles ont été consacrées dans l'art. 31 t. Trav.

S'il y a eu inobservation du contrat collectif sans qu'il y eut à proprement parler contrat : le patron en fait ayant retenu les ouvriers plus tard à l'atelier qu'il n'était convenu, ayant donné à ses ouvriers des matières plus diffici-

---

aucune importance au contrat collectif, sans nier cependant directement son rôle. — Cf. sur la portée de tarifs à propos de prix de série de la Ville de Paris, trib. comm. Seine, 10 mars 1883, S. 1885, 2, 23. D'après ce jugement, le prix de série ne peut s'appliquer dans le silence du contrat s'il est établi qu'un salaire inférieur est en usage dans le chantier.

[1] Grenoble, 6 mai 1902, *Gaz. Trib.*, 25 juin 1902. — Trib. Perpignan, 26 juin 1905, *Bull. Off. Travail*, 1905, 901. *Gaz. Trib.*, 1906 1er sem. 2, 66. — Trib. de Cholet, 12 fév. 1897, *Rev. Sociétés*, 1897, p. 303. — Trib. comm. Seine, 4 fév. 1892, *Rev. de dr. indust.*, 1913, p. 72. — V. Lyon, 10 mars 1908, S. 1910, 2 49, avec note de M. Raynaud, D. 1909, 2, 33, avec note de M. Capitant. — Trib. Narbonne, 2 mars 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 143, *Revue de droit civil*, 1909, p. 912. — Bordeaux, 19 fév. 1906, *Gaz. Trib*, 1906, 2e sem., 2, 297. — Trib. Beauvais, 29 mars 1912, D. 1912, 2, 295. *Contrà:* Cass. civ., 1er fév. 1893, S. 1896, 1, 329, avec note de M. Wahl. — Trib. Seine, 4 fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 1892, 1, 221. — Trib. de la Seine, 23 avril 1909, *Gaz. Pal.*, 1909, 2, 337, *Rev. de droit civil*, loc. cit. — V. cette jurisprudence not. dans Raynaud, thèse citée, pp. 230 et suiv. — Morin, *Bull. Soc. d'Etudes législatives*, 1907, p. 208. — Raynaud, id., p. 421. — Sur le droit actuel, v. Morel, pp. 451 et suiv.

[2] Nast, p. 197. — Pirou, p. 290. — Capitant, D. 1909, 2, 36, col. 1. Wahl, note S. 1912, 1, 201, col. 2

les à travailler qu'il n'était convenu, ayant opéré des retenues interdites, etc., comme il ne peut être question de nullité du contrat individuel, le patron sera du moins exposé à une demande d'indemnité pour violation du contrat individuel et du contrat collectif[1].

Au total : le contrat collectif domine les contrats ordinaires. Ainsi la hiérarchie des contrats s'établit, la vie privée s'organise, avec l'économie de certains points établis pour plus longtemps, non pas une fois pour toutes, car rien n'est éternel, mais pour une envergure suffisante de temps et d'espace[2].

899. — Les traités généraux que passe la Société des auteurs dramatiques avec les directeurs de théâtres constituent aussi des contrats de réglementation[3]. Les directeurs s'engagent à ne traiter avec les auteurs que dans certaines conditions et cependant le directeur est libre de refuser une pièce d'un auteur, comme le dramaturge l'est de ne pas la présenter.

M. Bayet, dans son étude sur ce sujet reconnaît, là encore que le traité entre directeur et auteur contraire aux traités généraux serait en lui-même valable, sauf la responsabilité de l'auteur envers la Société. Il admet seulement cette atténuation que si l'auteur a stipulé conformément aux traités généraux, il bénéficie de droit des améliorations que ceux-ci peuvent apporter par la suite à la situation des auteurs[4].

Nous donnerons ici la même solution qu'au cas précédent,

---

1 Trib. comm. Seine, 4 fév. 1892, précité. — Lyon, 10 mars 1908, sol. implic.

2 Sur le développement actuel du contrat collectif, v. Bergonzo, *Développement des contrats collectifs de travail pendant la guerre*, th. Paris, 1921.

3 V. sur cette société, Bayet, *La société des auteurs et compositeurs dramatiques*, th. Paris, 1908.

4 *Op. cit.*, p. 357. V. trib. Pontoise, 2 août 1904, *le Droit*, 6 oct. 1904, *Gaz. Trib.*, 30 nov. 1904.

c'est-à-dire que nous admettrons la nullité du contrat dérogatoire qui n'est pas *in favorem* de l'auteur

Les traités n'obligent que les directeurs et les auteurs membres de la société, mais non des tiers comme les cessionnaires de ces derniers[1].

900. — Nous devons généraliser ces solutions et les appliquer par identité de motifs aux contrats que M. Sainctelette nomme contrats d'utilité publique[2].

Dans de nombreux contrats : concessions à des compagnies de services d'eau, de gaz, d'électricité, de voitures publiques, d'omnibus, de tramways, de bateaux omnibus, les administrations stipulent du cessionnaire qu'il ne dépassera pas un certain tarif, qu'il accordera certaines conditions au public. On analyse d'ordinaire ces contrats en une stipulation pour autrui[3].

Celle-ci a-t-elle pour effet de frapper de nullité les contrats faits entre le tiers bénéficiaire de la convention et le promettant contrairement à la stipulation.

Nous donnerons la même réponse soit que le tiers ait ignoré la stipulation, soit qu'il l'ait connue.

Ainsi le contrat réglementaire domine les contrats particuliers. Mais une fois ceux-ci passés, sont-ils définitifs et une modification du contrat d'utilité publique peut-il en principe les atteindre pendant leur durée ? Par nécessité pratique il a été admis que les contrats individuels devaient tenir compte de ce changement[4].

901. — On peut encore citer comme contrat de réglementation le pacte de préférence, c'est-à-dire le contrat par

---

[1] Trib. Seine, 1er mai 1861, *Ann. propr. littér.*, 1861, 284.

[2] Sainctelette, *Contrats d'utilité publique*, *Revue de dr. international et de dr. comparé*, 1888, p. 435.

[3] Lambert, *Stipulation pour autrui*, n° 318.

[4] Req. 4 mai 1921, S. 1922, 1, 67. *Revue de droit civil*, 1921, p. 738. — Paris, 19 mai 1919, *Gaz. Trib.*, 1919, 2, 243. — *Contrà*, trib. comm. Lyon, 6 mai 1921, *Gaz. Pal.*, 1921, 2, 73. — Cf. Req., 19 juill. 1920, S. 1922, 1, 65.

lequel une personne s'engage si elle veut vendre, à donner la préférence à conditions égales à son contractant actuel. Ce pacte qui est valable[1] produit des effets moindres encore que la promesse de vente. En cas d'inobservation il y a lieu à simples dommages-intérêts, comme au cas de promesse de vente[2], à moins que le tiers acquéreur ne soit de mauvaise foi[3].

On en peut citer comme exemple pratique l'acte assurant aux actionnaires d'une société le droit de préemption pour souscrire aux actions ou aux obligations que la société émettra[4].

Une autre variété intéressante est le droit de préemption réservé aux administrateurs d'une société sur des actions, pour les empêcher de passer à certains tiers. Ce contrat est valable, dit la jurisprudence, pourvu que le prix en soit déterminé à l'avance[5].

---

1 Baudry et Saignat, nos 71-73. — Laurent, XXIV, n° 17. — Huc, X, n° 189. — Aubry et Rau, V, 5e éd., § 352 c. — Boyer, *Pacte de préférence*, *Rev. gén. de droit*, 1883, pp. 422 et 531.

2 Colmar, 3 déc. 1838, S. 1839, 2, 207 et 4 fructidor, an XIII, S. chr. — Bordeaux, 19 août 1834 et Toulouse, 15 juill. 1818, D. v. *Vente*, n° 311, S. chr. — Civ., 9 juill. 1834, id., n° 312. Toulouse, 17 mai 1880, S. 1880, 2, 322; D. 1881, 2, 220. — Agen, 1er fév. 1869, S. 1869, 2, 141. — Aubry et Rau, V, § 352, note 5. — Laurent, XXIV, n° 135. — Toulouse, 6 nov. 1825, S. chr. — Guillouard, I, n° 60 et *Rev. critique*, 1875, p. 14. — *Contrà:* Larombière, art. 1138, n° 16. — Huc, X, nos 16 et 189. — Riom, 30 juin 1843, D. 1845, 2, 58; S. 1844, 2, 343 et Grenoble, 11 mai 1827, S. chr. pour un pacte au profit du vendeur sous l'empire de l'Ancien droit.

3 V. sur ce droit et sa nature, Dacher, *Priorité dans les souscriptions* th. Paris, 1913, pp. 42 et suiv. — Cf. Wahl, *Cession du droit de souscrire par préférence*, *Journ. Soc.*, 1912, p. 337. — Bosvieux, *De l'exercice du dr. de préférence*, id., 1911, p. 385.

4 V. Limoges, 5 juin 1899, S. 1901, 2, 113 et sur pourv. Req., 13 avril 1902, S. 1902, 1, 316. — Aubry et Rau, V, p. 56, note 5 *bis*.

5 Req., 14 mai 1895, S. 1899, 1, 397. — Rappr. Req., 13 mai 1882, S. 1883, 1, 327; D. 1883, 1, 83. — V. *Ann. dr. comm.*, 1903, p. 303. — Jean Escarra, *Restrictions conventionnelles à la circulation des actions*, id., 1911, pp. 345 et 442.

Il suffit que la fraude consistant à éviter un faux acquéreur offrant un prix élevé ne se rencontre pas pour que le contrat soit valable. Mais ce contrat ne peut avoir plus d'effet que les autres promesses de préférence.

Le pacte de préférence est possible non seulement pour la vente mais pour tous autres contrats : le bail[1], le prêt à usage, etc. On peut stipuler que si on veut louer, prêter une chose, à prix égal on préférera telle personne.

Ce contrat n'a jamais qu'un effet personnel. Ainsi là encore le contrat de réglementation ne domine pas complètement les contrats ultérieurs.

901 bis. — On peut signaler dans le même esprit défavorable à la puissance des contrats de réglementation, la jurisprudence qui n'admet pas que le pacte social dans les sociétés civiles suffise à limiter la responsabilité d'un associé à son apport. Une entente avec un créancier est suffisante pour produire ce résultat à son égard, mais le pacte social n'y suffit pas[2].

902. — Le contrat de réglementation peut encore se présenter dans les nombreux contrats par lesquels un des contractants s'engage à faire certaines conditions aux tiers avec lesquels il traitera ou à s'abstenir de traiter avec des tiers.

Les cahiers des charges des adjudications publiques peuvent ou doivent (suivant qu'il s'agit de départements et communes, ou de l'Etat) contenir des règles concernant les con-

---

[1] V. Paris, 5 juill. 1892, sol. implic., *le Droit*, 31 juill. 1892.

[2] V. Req., 21 fév. 1883, S. 1884, 1, 361 avec note de Labbé (très net). — Civ., 26 juin 1900, S. 1900, 1, 329. — Civ., 13 juin 1904, S. 1906, 1, 385, avec note de M. Wahl et D. 1905, 1, 25, avec note de M. Percerou. — Civ., 21 oct. 1895, S. 1898, 1, 43. — Douai, 23 mars 1878, S. 1878, 2, 305. — Rouen, 16 juin 1890, S. 1892, 2, 309. — Guillouard, Soc., n° 242. — Baudry et Wahl, n° 340. — *Contrà :* Lyon-Caen et Renault, II, n° 1077, 4, Thaller, n° 754, qui admettent que le pacte social suffit.

ditions dans lesquelles travailleront les ouvriers (décrets du 10 août 1899).

Les communes en traitant avec des Compagnies pour la fourniture du gaz, de l'eau, de l'électricité, en autorisant des lignes d'omnibus, de tramways, en louant des théâtres, des lavoirs, des halles, etc., peuvent indiquer que le public sera admis à utiliser ces services ou ces locaux dans certaines conditions de prix ou autres, à certaines heures, moyennant certaines garanties, etc.

Ces contrats peuvent être analysés techniquement comme constituant des stipulations pour autrui[1], de sorte que les tiers bénéficiaires peuvent exiger qu'on leur permette de traiter dans les conditions du cahier des charges .

Mais ces contrats sont aussi des contrats de réglementation. Ils valent comme usage local, conformément à l'art. 1159. Civ.

On peut aussi à leur égard se demander s'ils dominent les contrats individuels, de sorte que ceux contraires à la convention réglementaire seraient nuls.

La question a été examinée par la jurisprudence à propos des cahiers des charges des adjudications[2]. La chambre civile par trois arrêts a admis que le contrat individuel contraire aux cahiers des charges n'était pas nul. « Aucun texte de loi, dit-elle, n'interdit, sous peine de nullité, à l'adjudicataire de conclure avec ses ouvriers des contrats fixant un salaire différent » de celui prévu au cahier des charges.

La question est la même qu'au cas où un patron signataire d'un contrat collectif embauche à un prix inférieur un ouvrier non syndiqué.

---

1 V. not. Lambert, *Stipulation pour autrui*, p. 323, nos 303 et suiv.

2 Cass. civ., 25 mars 1908, S. 1911, 1, 369 en sous note. — Cass. civ., 23 déc. 1908, S. 1911, 1, 369, avec note de M. Demogue, D. 1909, 1, 88. — Cass. civ., 3 mars 1909, S. id. — V. en ce sens Capitant, *Législation industrielle*, p. 491. — Wahl, S. 1912, 1, 201.

La cour de cassation l'a résolue de la même façon.

Mais on peut adresser à cette solution les mêmes critiques.

On peut toutefois ajouter que les décrets du 10 août 1899 établissent d'autres sanctions (art. 4 et 5), exclusion de l'adjudicataire des marchés à venir, droit de l'ouvrier de se faire payer un supplément de salaire par l'Administration qui le retiendra au patron.

Les mêmes solutions seraient sans doute données par la jurisprudence si un cahier des charges avait été violé par un contrat passé entre une compagnie de gaz, d'eau, de tramways, etc., une administration de théâtre, et un particulier. Elle devrait logiquement juger qu'il y a un contrat valable.

Mais il est certain que la ville concédante pourrait invoquer son contrat et exiger que le cahier des charges fut respecté à l'avenir. On procéderait par astreinte, on indemniserait pour le passé[1].

Nous critiquons ici comme ailleurs le système qui rejette la nullité du contrat, et cela pour les mêmes motifs. Nous ne connaissons pas de jurisprudence sur ce point.

903. — A ces contrats de réglementation, il faut opposer d'autres actes auxquels la jurisprudence donne un effet plus important : les donations entre vifs et les testaments contenant des clauses d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité.

La jurisprudence admet, dans certaines conditions, ces clauses d'inaliénabilité qui sont bien une réglementation des actes juridiques postérieurs[2].

---

1 Rappr. le droit à indemnité du concessionnaire si le concédant viole son contrat, Cons. d'Etat, 12 fév. 1894, *Lebon*, p. 84, 28 fév. 1896, id., p. 191. — 29 mai 1903, id., p. 421.

2 V. à ce sujet Aubry et Rau, VII, § 692, p. 296, 4e éd. — Huc, IV, n° 86. — Laurent, XI, n° 460 — Baudry et Colin, I, n° 124. — Demolombe, XVIII, n° 291. — Planiol, I, nos 973 et suiv. — Cass. civ., 16 mars 1903, S. 1905, 1, 513, avec note de M. Tissier. — Cass. Req., 18 mars 1901, S. 1901, 1, 240. — Rouen, 5 avril 1905, S. 1906, 2, 225, avec note de M. Tissier.

Elle admet en même temps avec la plupart des auteurs que cette inaliénabilité rend nulle les aliénations faites en contravention[1]. Les uns expliquent cette théorie par l'idée que l'art. 1143 Civ. disant que ce qui est « fait par contravention à l'obligation de ne pas faire sera détruit » s'applique ici. Mais l'argument est fragile, car il s'agit précisément de savoir si cet article permet d'agir contre les tiers ou seulement contre un débiteur[2]. M. Bartin a un autre système. N'admettant comme valable que la simple charge de ne pas aliéner, il lui donne comme sanction la révocation de la donation avec ses effets contre les tiers, et cette mesure ne pourra être demandée que par le donateur ou ses héritiers[3]. Si la défense est au profit d'un tiers, et insérée dans une donation, le tiers en vertu de l'art. 1121 Civ, peut agir en nullité[4]. Et il applique les mêmes principes à la défense de de saisir.

On a parlé aussi d'indisponibilité réelle[5] tenant à ce que

---

1 Paris, 9 mars 1903, S. 1904, 2, 204. — Paris, 5 avril 1905, précité. —Cass. civ., 22 juill. 1896, D. 1898, 1, 17, S. 1900, 1, 28. — Req., 21 juill. 1877, D. 1878, 1, 62. — Req., 21 juill. 1868, S. 1869, 1, 34. — Cass. civ., 20 avril 1858, D. 1858, 1, 224; S. 1858, 1, 589. — Cf. Req., 27 nov. 1893, D. 1894, 1, 666; S. 1894, 1, 349. — Laurent XI, n° 467.—Aubry et Rau, VII, § 629, p. 297 (sol. implic.), 4e éd.—Bretonneau, *Clauses portant défense d'aliéner*, thèse Paris, 1902, p. 270. — Saignat, *Clauses d'inaliénabilité*, thèse Bordeaux, 1896, p. 128. — Mabire, *Clauses d'inaliénabilité*, thèse Toulouse 1898, 225. — V. Trib. paix Paris, 31 avril 1892, S. 1892, 2, 62 et Baudry et Wahl, II, n° 2060 pour des billets de théâtre. — *Contrà:* Demolombe, XVIII, n° 306. — Planiol, *Rev. critique*, 1883, p. 673. — Bartin, *Conditions impossibles*, p. 184.

2 V. Saignat, thèse citée, p. 128. — Malric, p. 225.

3 Bartin, *Conditions impossibles, illicites*, etc., pp. 184 et suiv. — Cf. Baudry et Wahl, *Louage*, I, n° 1013, qui en cas de clause d'inaliénabilité dans le bail admet seulement des dommages-intérêts contre le bailleur et la résolution du bail.

4 P. 190.

5 Bretonneau, p. 274.

la nature de la propriété est ici changée, celle-ci ayant une affectation spéciale.

Mais au fonds, la jurisprudence admet ici des contrats de réglementation de nature spéciale. Et chose curieuse, elle les exclut dans des domaines autres : rejetant la vente avec clause d'incessibilité[1]. L'explication de ces contradictions apparentes est historique et sociale. Les donations et testaments sont en fait les actes qui contribuent à organiser la famille, à assigner au patrimoine sa direction. C'est pour cela que la jurisprudence, fidèle à la tradition, admet ici des contrats de réglementation dominant les actes ultérieurs.

La jurisprudence ouvre l'action en nullité au donataire si l'aliénabilité est dans son intérêt. Sinon non[2]. En effet au premier cas seulement le donataire fait valoir l'intérêt nécessaire pour agir.

904. — Dans le même ordre d'idées, il faut signaler que le contrat de mariage, moyen par excellence de l'organisation de la famille comporte du moins au profit de la femme des clauses d'inaliénabilité opposables aux tiers (art. 1554 Civ.). Il comporte de même des clauses de remploi opposables aux tiers[3].

Du jour où il apparaîtra que les seules institutions dignes d'avoir une réglementation dominant les contrats ultérieurs ne sont pas seulement les institutions familiales, les contrats

---

1 V. Cass. civ., 6 juin 1853, D. 1853, 1, 191 ; S. 1854, 1, 619 (incessibilité d'une créance). — Laurent, XXIV, n° 467.

2 V. l'admettant Req., 9 mars 1868, S. 1868, 1, 204. — Besançon, 14 mai 1870, D. 1873, 2, 110. — La rejetant : Req., 27 nov. 1893, D. 1894, 1, 566. — Demolombe, XVIII, n° 306. — Cf. Bretonneau, p. 277. Laurent, XI, n° 612 qui font la distinction prévue au texte.

3 V. Req., 7 juill. 1898, S. 1899, 1, 222 ; D. 1899, 1, 557. — Req., 25 avril 1842, S. 1842, 1, 651. — Req., 12 déc. 1833, S. 1834, 1, 201. — Baudry, Lecourtois et Surville, III, n° 1775. — Guillouard, IV, n° 1980. — Huc, IX, n° 466. — Planiol, III, n° 1553. — Aubry et Rau, V, § 537, p. 582, 4e éd. — Colmet de Santerre, VI, n° 229 *bis*, IV. — Cf. Jacques, *Effets du contrat de mariage sur les contrats ultérieurs*, **Revue pratique, IX, p. 154.**

de réglementation auront ici leur base pour une organisation et une force particulière.

905. — Le mariage, dont la nature juridique est si délicate à préciser, car s'il constitue un contrat[1], il est surtout une institution, constitue par là même un contrat réglementaire, en ce sens que tous les actes visant à anéantir ses effets : autorité du mari, obligations de fidélité, d'assistance entre époux, sont nuls comme contraires à l'ordre public (v. supra, n° 796). Or, cela est malaisé à expliquer avec la notion ordinaire de contrat, mais le devient bien plus avec celle de contrat de réglementation[2].

906. — La réglementation, au lieu d'être incluse dans un contrat, acte bilatéral, peut être incluse dans un acte unilatéral, testament, règlement d'atelier, déclaration affichée, etc.

Dans quelle mesure cet acte influe-t-il sur les relations juridiques qui suivront ?

Il faut distinguer : le règlement peut être déjà contenu dans un acte juridique ayant sa valeur propre, c'est le cas du testament, de l'arrêté ministériel formant cahier des charges, ou il peut être dans un acte sans valeur légale propre : règlement d'atelier, avis au public, etc.

Le testament est le seul acte unilatéral de droit privé assez souple pour contenir commodément un règlement privé.

Un testament peut dire : mes immeubles ne seront vendus qu'aux enchères, mes collections se vendront à l'Hôtel Drouot, par tel commissaire-priseur, mon héritier n'em-

---

1 V. sur la tendance à certaines époques à voir surtout dans le mariage un contrat à la Renaissance, à la Révolution, dans ces trente dernières années. Detrez, *Mariage et contrat*, th. Paris, 1907, pp. 163 et suiv. 213 et suiv., 244 et suiv.

2 V. sur les difficultés que soulève la nature des obligations nées du mariage, Vanhems, *Le mariage civil, Critique de l'idée de contrat*, th. Paris, 1907, p. 97. — Cf. Pierre Renard, *Le mariage est-il un contrat?* th. Paris, 1901, p. 64.

ploiera comme ouvriers que des personnes de telle commune, etc.

Ce règlement testamentaire est valable. Il permet aux héritiers, s'il vise un légataire, d'agir contre lui en révocation pour inexécution des charges (art. 1046 et 954 Civ.).

Si le règlement vise un héritier, au cas où il y a un exécuteur testamentaire, celui-ci peut agir contre lui pour le forcer à observer le règlement et cela tant que durent ses pouvoirs (art. 1026 et 1031), c'est-à-dire au moins pendant un an et un jour.

Mais s'il n'y a pas d'exécuteur, le règlement ainsi imposé à l'héritier sera bien fragile. La jurisprudence admettra encore ici qu'il peut être violé sans nullité, l'héritier étant continuateur du défunt.

Ce système soulève pratiquement des critiques[1]. Il arrive à permettre de méconnaître la volonté des défunts.

Pour le rejeter, il faudrait admettre que l'héritier n'est pas un véritable continuateur de la personne[2]. S'il viole le règlement testamentaire, il agit en fraude de la volonté du défunt. Son acte sera nul si le tiers est de mauvaise foi. Si le tiers est de bonne foi, le contrat restera valable, à moins que le testament ne contienne une véritable stipulation en faveur du tiers, auquel cas il y aurait erreur de sa part en adhérant au contrat (v. *suprà*, tome I).

907. — Une situation analogue se présente pour les cahiers des charges et conditions générales pris par arrêtés

---

1 Ce sont les mêmes critiques que soulèvent certaines transactions fréquentes entre héritiers et légataires qui arrivent à travestir ou à méconnaître la volonté du défunt en modifiant considérablement les legs.

2 V. à ce sujet, Gazelles, *De l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1905. — Percerou, *La liquidation du passif héréditaire*, *Revue de droit civil*, 1905, p. 535. — V. pour la question spéciale du règlement testamentaire en droit allemand, Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 80.

ministériels, les arrêtés ministériels sur l'emploi du téléphone par le public, etc.[1].

La tendance actuelle[2] est d'y voir un acte indépendant déjà susceptible de recours pour excès de pouvoir et dominant le contrat.

Le cahier des charges, dit M. Jèze[3], est un acte organisant le service public d'une manière générale et permanente, c'est un acte réglementaire. Mais il contient à côté de cela des articles ayant un caractère contractuel comportant des sanctions contractuelles.

Les premiers peuvent donner lieu à un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif pris en violation de leurs dispositions[4].

908. — Le règlement unilatéral se présente souvent dans un acte qui n'a pas par lui-même force juridique : l'exemple le plus important est le règlement d'atelier. C'est l'acte par lequel le patron seul réglemente à l'avance le contrat de travail.

Ce règlement domine-t-il les contrats individuels d'embauchage ? On n'a jamais prétendu que le patron ne pouvait pas passer un contrat en opposition avec son règlement d'atelier.

On admet qu'il peut renoncer dans un cas donné à l'application de celui-ci, soit expressément, soit tacitement.

---

1 Pour les travaux publics, le cahier des charges actuel est celui du 16 fév. 1892. V. Hauriou, *Dr. admin.*, 6e éd., p. 686.

2 V. Hauriou, note sous Cons d'Etat, 23 mars 1906, S. 1908, 3, 19. — Cf. Cons. d'Etat 24 janv. 1861, D. 1861, 3, 30. — Cf. Berthelemy. *Droit administratif*, p. 588, qui qualifie le cahier général des charges un ordre aux fonctionnaires subordonnés.

3 *Revue de droit public*, 1907, p. 681.

4 Cons. d'Etat, 3 fév. 1905, *Revue de droit public*, 1905, p. 346 avec observations de M. Jèze. On pourrait rapprocher de ces actes les tarifs par lesquels les évêques avant la Séparation des Eglises et de l'Etat fixaient les sommes à payer aux prêtres pour des messes. V. pour leur effet à l'égard de fondations antérieures, Req., 4 nov. 1895, S. 1906, 1, 25 en sous note.

Mais la question discutée est de savoir si, dans le silence du contrat, le règlement s'impose aux parties : patron et surtout ouvrier.

La jurisprudence s'est formée de façon très nette sur ce point.

Le règlement d'atelier n'a pas de force par lui-même. Il n'en a que s'il est incorporé au contrat par une acceptation expresse ou tacite de l'ouvrier, laquelle peut se produire soit au moment de son entrée, soit après[1]. Le règlement d'atelier est donc une « clause du contrat » comme le dit un arrêt récent[2].

Quelques décisions emploient bien une formule différente et exigent simplement que l'ouvrier ait eu « connaissance »

---

1 Cass. civ., 7 mars 1911, S. 1911, 1, 252. — Cass. civ., 7 juin 1913, S. 1914, 1, 204. — Cass. civ., 16 juill. 1906, S. 1909, 1, 493. — Cass. civ., 28 janv. 1909, S. 1909, 1, 493; D. 1910, 1, 21. — Cass. civ., 3 janv. 1910, S. 1910, 1, 184. — Cass. civ., 28 mai 1910, S. 1910, 1, 340; D. 1911, 1, 53. — Cass. civ., 9 déc. 1907, S. 1908, 1, 503; D 1908, 1, 420. — Cass. civ., 15 janv. 1906, S. 1906, 1, 278. — Cass. civ., 27 mai, 1908, S. 1908, 1, 241. — Cass. civ., 11 avril 1886, S. 1886, 1, 416. — Civ., 12 mars 1918, D. 1918, 1, 39. — Cass. civ., 7 août 1877, S. 1878, 1, 107; D. 1878, 1, 384. — Cass. civ., 14 fév. 1866, S. 1866, 1, 194; D. 1866, 1, 84. — Cass. civ., 17 juin 1907, D. 1908, 1, 140. — Cass. civ., 16 juill. 1906, D. 1906, 1, 503. — Toulouse, 6 juin 1904, S. 1905, 2, 63. — Douai, 8 août 1900, *Gaz. Trib.*, 1901, 1er sem., 2, 76. — Trib. civ., Toulouse, 25 mars 1908, *Gaz. Midi*, 18 oct. 1908 et 11 juin 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 149.—Toulouse, 29 oct.1910, *Gaz. Midi*, 29 janv. 1911. — Cf. sur un règlement de pension ; Paris, 11 mars 1887, S. 1887, 2, 80. — V. Pic, *Règlement d'atelier et protection légale des salaires*, *Revue de dr. civil*, 1912, p. 861. — Desroys du Roure, *Règlement d'atelier*, thèse Paris, 1910, p. 49. — Chatel, *Règlements d'atelier*, thèse de Rennes, 1908, p. 20. — Pic, *Législation industrielle*, 4e éd., nos 982 et suiv. — Capitant, *Législation industrielle*, p. 150. — Baudry et Wahl, *Louage*, II, n° 1246. — Deligny, *Règlement de travail*, thèse Nancy, 1907, p. 96. — Imbert, *Des rapports entre patrons et ouvriers dans la grande industrie*, thèse Paris, 1902, p. 45.

2 Cass. civ., 17 janv. 1906, S. 1908, 1, 87.

du règlement[1]. Mais la portée de ces arrêts ne doit pas faire illusion et si cette formule est employée, c'est parce que, le règlement connu est censé avoir été accepté. D'ailleurs si l'ouvrier est illettré, l'affichage ne suffit pas[2]. Et conformément à ces principes le refus de signer un nouveau règlement d'atelier n'est pas un légitime motif de renvoi[3].

Le règlement est donc un simple texte quelconque auquel le contrat se réfère tacitement ou expressément, auquel le successeur qui a repris la maison peut s'être référé tacitement[4]. Et celui qui prétend qu'il a été accepté par l'autre partie doit le prouver[5].

Mais il n'est pas nécessaire d'établir que le cocontractant a eu connaissance de toutes les dispositions réglementaires. Il suffit de prouver que l'ouvrier a voulu les accepter en bloc. Car on peut accepter des clauses que l'on ignore[6]. Ce le cas pour l'ouvrier d'une grande compagnie dont les règlements sont très nombreux, du moins dans la mesure où les clauses sont raisonnables.

Dans le même sens on a admis que le règlement d'un

---

1 Civ., 18 déc. 1917, D. 1918, 1, 51 (règlement porté à la connaissance du personnel par affichage). — Cass. civ., 15 janv. 1906, S. 1906, 1, 88. — Cass. civ., 18 juill. 1906, D. 1906, 1, 503. — Cons. prud'hommes, Rennes, 20 janv. 1896, *Revue de dr. industr.*, 1897, 33. — Civ., 11 avril 1886, S. 1886, 1, 416. — Cf. Colin et Capitant, II, p. 579 qui critiquent cette solution.

2 Cass. civ., 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493. — *Contrà:* Trib. Toulouse, 21 janv. 1909, *Gaz. Midi*, 6 juin 1909.

3 Trib. Lille, 19 fév. 1906, S. 1908, 2, 284. — V. trib. Limoges, 3 janv. 1911, *Rev. dr. commerc.*, 1911, 138, cas d'un voyageur de commerce qui n'allait jamais dans les bureaux où le règlement était affiché.

4 Cass. civ., 28 mai 1908, D. 1910, 1, 20; S. 1908, 1, 245 avec Rapp. de M. Ruben de Couder. Inversement le patron ne peut invoquer un règlement auquel il n'a entendu se référer que si l'ouvrier le signe, Trib. Toulouse, 24 nov. 1911, *Gaz. Midi*, 11 fév. 1912.

5 Cass. civ., 28 juin 1909, S. 1909, 1, 493.

6 Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 82.

cercle s'impose à l'abonné du cercle qui l'accepte[1] et il faut en dire autant de tout règlement d'association ou de société par rapport aux nouveaux adhérents.

Sur un autre terrain, on a admis que l'affiche annonçant dans un théâtre un changement de spectacle est opposable à l'acheteur d'un billet s'il assiste néanmoins à la représentation[2].

Cette conception du règlement d'atelier commence à être contestée. Influencé par la théorie de l'institution de M. Hauriou, on tend à voir dans le règlement d'atelier la loi intérieure de l'usine, son régime disciplinaire dont le patron serait maître, qu'il pourrait par suite modifier simplement en le portant à la connaissance des intéressés[3].

Cette conception est exacte pour le régime purement disciplinaire et intérieur ; c'est une suite de l'autorité du patron sur l'ouvrier. Ici le règlement est en dehors du contrat, à l'intérieur pour ainsi dire, afin de régler les détails.

Mais pour les bases du contrat : condition de renvoi principalement, la conception contractuelle de la jurisprudence est la plus exacte. L'ouvrier n'est lié par les conditions du règlement que s'il les connaît.

Il n'y a donc pas ici un acte juridique réglementaire. De là l'embarras de M. Gazin pour fixer la portée du règlement d'atelier sur la question si grave du renvoi sans délai[4].

---

1 Douai, 28 janv. 1895, D. 1895, 2, 408 (sol. implic.).

2 Trib. comm. Seine, 10 oct. 1843, *le Droit*, 11 oct. 1843, 14 fév. 1845, id., 15 fév. 1845. — Wahl, *Journ. dr. intern.*, 1893, p. 940.

3 V. Gazin, *La nature juridique des règlements de travail*, thèse Dijon, 1913, spec., p. 71, pp. 77 et suiv. — Gounot, *Autonomie de la volonté*, p. 293. — V. déjà la distinction du côté discipline dans Desroys de Roure, *Le règlement d'atelier et le contrat de travail*, thèse Paris, 1910, pp. 109 et suiv. et Deligny, *Règlement de travail*, thèse Nancy 1907, p. 150. — Cf. Godart, *Règlements de travail à Lille*, thèse 1910, pp. 237 et suiv. (moins net). — Barassi, *Contratto di lavoro*, II, n° 83.

4 *Op. cit.*, pp. 173 et suiv.

909. — Le caractère contractuel reconnu au règlement d'atelier doit être reconnu également aux règles qu'une maison de commerce se fait à elle-même et qu'elle peut porter à la connaissance du public par ses catalogues, ses factures, les notices qu'elle distribue. Tout cela doit avoir été accepté tacitement par les tiers[1], mais la connaissance qu'ils en ont eu ou pu avoir fait facilement présumer cette acceptation[2]. Cependant on a été plus sévère pour les affiches apposées par les hôteliers dans l'hôtel. Cela est peu explicable[3].

Il faut en dire autant pour la question de l'heure de la fermeture des bureaux. Le tiers tenu d'envoyer une réponse dans un certain délai ne peut se voir opposer la fermeture du bureau s'il arrive dans la soirée, que si celle-ci a été connue de lui et acceptée tacitement, à moins que l'heure de fermeture ne soit conforme à l'usage (fermeture des banques le samedi après-midi, fermeture des jours de fêtes générales ou locales, etc.)[4].

Le chef d'un établissement peut par un simple règlement connu du public établir la police de son magasin, de son théâtre : interdire la circulation pendant l'exécution

---

1 Ainsi, si un voyageur de commerce prend des commandes à des clauses différentes de celles imprimées sur son carnet, les clauses manuscrites l'emportent, Grenoble 3 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 1883, 2, 2e partie, 230.

2 Ainsi en serait-il si le directeur d'un théâtre voulait placer à sa guise celui qui a loué une place dans une loge, Trib. paix, Paris, 4 avril 1900, S. 1900, 2, 251. — Trib. Seine, 3 nov. 1893, S. 1894, 2, 253.

3 Trib. Seine, 16 juill. 1898, *Gaz. Trib.*, 23 déc. 1898. — Michel Levy, *L'hôtelier et sa clientèle*, thèse Paris, 1913, p. 110.

4 V. Cass. civ., 8 nov. 1911, *Gaz. Trib.*, 1912, 1er sem. 1, 91. — Trib. paix Ivry-sur-Seine, 4 avril 1911, *la Loi*, 6 mai 1911, qui admet qu'il faut tenir compte de ces usages. — *Cf.* Req., 29 oct. 1901, D. 1904, 1, 374, qui a admis la validité du règlement d'un établissement organisé par une loi spéciale.

des morceaux[1], les sorties avec contre-marque avant le premier entr'acte[2], forcer à enlever les chapeaux, etc[3].

Un règlement peut encore se présenter concernant la façon suivant laquelle des offres pourront être acceptées. On peut dire qu'on ne tiendra compte que d'acceptations expresses, ou par écrit. En ce cas cette volonté s'impose à l'acceptant. Toute acceptation différente serait sans valeur, à moins que le contraire ne résulte d'une renonciation assez nette de l'offrant à la clause[4]. Ici le règlement a donc tous les caractères d'une offre.

La même solution a encore été donnée dans le cas plus singulier, où le règlement établit une règle protectrice pour l'acceptant, comme lorsqu'une adhésion à une société doit être précédée d'une remise des statuts à l'adhérent[5]. Ou encore lorsqu'un banquier déclare sur les en-têtes de ses papiers ne tenir compte que des télégrammes confirmés par lettres par le courrier suivant[6].

Il y a encore un acte réglementaire ayant la nature d'une offre dans le cahier des charges dressé en vue d'un lotissement, par lequel le vendeur déclare qu'il traitera dans certaines conditions avec chacun des acheteurs, s'engage à imposer à tous certaines charges et à donner à tous certains droits.

Enfin il faut noter que la société privée, la maison de com-

---

1 Trib. comm. Seine, 19 avril 1900, S. 1900, 2, 285, *Gaz. Trib.*, 1900, 2e sem., 2, 56.

2 Trib. Bordeaux, 22 juill. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901, 2, 353.

3 V. pour un établissement de bains, trib. Besançon, 3 janv. 1896, S 1897, 2, 281.

4 Dijon, 19 déc. 1912, *Gaz. Trib.*, 1913, 1er sem., 2, 115.

5 Req., 11 mai 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1, 597, *Rev. de dr. civil*, 1910, p. 431. L'arrêt chose curieuse, fonde sa solution sur l'erreur de l'adhérent).

6 Trib. Seine, 29 fév. 1912, *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 600, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 743.

merce, de banque qui fait un règlement concernant ses rapports avec le public peut être considérée comme commettant une faute en ne l'observant pas. Ainsi en est-il d'une caisse d'épargne qui prévoit que les procurations pour retirer de l'argent seront faites sur des imprimés à remplir en totalité par l'intéressé lui-même, et qui n'observe pas cette dernière règle[1].

Parfois ces règlements arrivent presque à se confondre avec des offres au public. Ainsi en est-il de la fixation par une Société de courses des conditions générales de courses, c'est-à-dire des conditions dans lesquelles les propriétaires pourront faire courir[2], d'une circulaire envoyée par un commerçant, laquelle obligera ceux qui l'ont connue à en respecter les clauses s'ils passent un contrat[3].

Les tarifs de chemins de fer qui sont des propositions de contrat faites au public mais préalablement homologuées par le Ministre des travaux publics, sont aussi des actes réglementaires. Et la jurisprudence admet que si par erreur la compagnie a appliqué un prix de transport différent, l'erreur doit toujours être rectifiée (v. *suprà*, t. I, n^os^ 272 et suiv.). Il faudrait en dire autant si la compagnie volontairement avait violé le tarif homologué au profit ou au détriment d'un expéditeur.

Les principes que nous avons développés à propos du cas usuel de l'erreur involontaire s'appliqueraient donc dans ce cas exceptionnel de la violation consciente du tarif.

En vertu du principe de l'égalité du public devant les tarifs, ceux-ci arrivent donc à être des actes réglementaires dominant les contrats ultérieurs[4].

Mais une société qui est liée par contrat avec ses adhé-

Req., 7 janv. 1914 *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 399, *Revue de droit civil*, 1914, p. 655.

2 Cf. trib. Quimper, 9 mars 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 2^e^ sem., 2, 113.

3 Cass. Req., 1^er^ mai 1906, S. 1908, 1, 75.

4 V. Cass. civ., 15 nov. 1876, S. 1877, 1, 32.

rents peut sur des points de détail régler ses rapports avec eux de façon obligatoire. Ainsi elle peut obligatoirement spécifier que les quittances de cotisations devront porter telles signatures et toute autre quittance sera nulle[1].

Si un règlement pour la passation de certains contrats émane d'une administration publique, voire même d'un établissement ayant une situation mixte[2], la nécessité de tenir compte des règles ainsi posées est telle que l'on admet que ces règlements même faits pour des objets annexes à la fonction publique sont obligatoires pour tous. Ainsi une Faculté distribuant des prix, ne peut sans donner lieu à un recours pour excès de pouvoirs faire un acte contraire au règlement émanant d'elle pour la distribution de ces prix[3].

Il y a encore des actes de réglementation dans les règlements qu'arrêtent les fédérations de sociétés sportives pour déterminer dans quelles conditions peuvent avoir lieu les concours d'automobiles, d'avions, les courses de chevaux, etc.

910. — *Droit comparé.* — On ne trouve que çà et là à l'étranger des cas dans lesquels il y a contrat de réglementation. C'est surtout par le contrat collectif de travail que se manifeste ce genre de contrat. Il a été spécialement examiné en Allemagne et en Suisse.

910 bis. — *Droit belge.* — En Belgique, en attendant la promulgation d'une loi sur le contrat collectif qui établirait la nullité des contrats individuels contraires, la loi du 1er mars 1898 sur les unions professionnelles dispose que

---

1 Paris, 12 oct. 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 454, *Rev. de dr. civil*, 1912, p. 171. Et la société en ce cas ne répond pas de la faute de son préposé qui présente une quittance irrégulière, à raison de la faute du locataire.

2 Req., 29 oct. 1901, D. 1904, 1, 374.

3 Cons. d'Etat, 22 janv. 1909, D. 1911, 3, 21.

celles-ci peuvent citer en justice pour faire respecter les contrats conclus par elles pour leurs membres (art. 10) .

La loi du 13 juin 1896 a déjà visé les règlements d'atelier[1].

Le patron est obligé de faire un règlement visant un certain nombre de points (art. 1 à 3).

Le règlement qui est fait par le patron seul est affiché. Les ouvriers peuvent présenter leurs critiques dans les huit jours qui suivent. Modifié ou non le règlement entre en vigueur quinze jours après l'affichage. Il est communiqué au conseil des prud'hommes et à l'inspecteur du travail (art. 7).

Le règlement reste affiché à un endroit apparent. Tout ouvrier a le droit d'en prendre copie (art. 11).

« Les règlements faits conformément à la loi, lient les parties pour toute la durée de l'engagement tant dans les dispositions obligatoires que dans les dispositions facultatives qui seraient jointes en vue d'établir les conditions du contrat de travail (art. 10)[2] ».

Pour cela ils doivent être dûment signés du patron[3], l'ouvrier doit comprendre la langue dans laquelle le règlement est écrit[4].

Le patron est obligé d'avoir un règlement. Mais celui-ci une fois fait est l'objet d'une véritable promulgation et d'une publication comme un règlement. Il n'est pas délibéré par un conseil, mais les ouvriers y participent en donnant leur avis. On a donc bien l'impression d'être en face d'un

---

1 V. *Ann. législ. étrangère*, 1896, p. 481. — Deligny, thèse citée, p. 65. — Imbert, thèse citée, p. 29. — Cailleux, *Législation belge des règlements d'atelier*. — Anethan, Loi du *15 juin 1896*, *Bull. de législation comparée*, 1897, p. 382. — Wodon, *Règlements d'atelier*, *Revue de dr. belge*, III, p. 76.

2 V. Trib. Liège, 5 fév. 1908, *Journ. Trib.*, 1908, 360. — Mais ils ne lient pas les employés. — Trib. comm. Bruxelles, 31 oct. 1902, Pand. per., 1903, 553. — Cass. belge, 28 juin 1906, Pas. 1906, 1, 326.

3 Cass. belge, 18 oct. 1900, Pas. 1901, 1, 9.

4 Cons. prudh. Bruxelles, 30 avril 1903, Pas. 1903, 3, 352 et 24 mars 1904, Pand. per., 1906, 1, 204.

acte qui n'est plus une simple manifestation unilatérale de volonté, mais qui évolue pour devenir l'analyse d'une institution de droit public.

Patrons et ouvriers sont liés par le règlement en tant qu'il n'est pas contraire aux lois.

Le règlement d'atelier domine donc les conventions individuelles. Il a ainsi un caractère d'acte de réglementation.

911. — *Droit allemand*. — D'après l'art. 125. Civ. « Un acte juridique accompli sans les formes prescrites par la loi est nul. Si c'est par acte juridique que la forme a été fixée et qu'elle fasse défaut, la sanction s'il y a doute sera également la nullité[1] ». Il y a là une solution interprétative n'ayant qu'une valeur subsidiaire.

Cette stipulation d'une forme spéciale peut résulter d'une convention tacite, ou inversement d'un acte notarié.

L'art. 154 al. 2 a reproduit cette règle pour les contrats. « S'il a été convenu que le contrat projeté ferait l'objet d'une constatation authentique, le contrat dans le doute n'est pas conclu tant que la constatation authentique n'a pas eu lieu ».

Mais ces articles supposent naturellement une convention antérieure au contrat. Ils ne s'appliqueraient pas si après coup on convenait de rédiger un acte notarié[2].

La présomption qu'ils établissent peut signifier soit qu'il y a un avant contrat obligeant à passer le contrat en une certaine forme, soit que les parties ne sont pas encore liées. C'est cette seconde conception que présume l'art. 154[3].

En ce qui concerne le contrat collectif, l'Allemagne à

---

1 V. à ce sujet, Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 89. — *Trad. officielle*, I, p. 135. — Crome, I, p. 389. — Endemann, I, p. 304. — Planck, I, pp. 227 et 270. — Locure, *Die Form. des Rechtsgeschäft*. thèse Rostock, 1899, pp. 42 et suiv.

2 Saleilles, *op. cit.*, p. 83.

3 Crome, I, p. 390. — Endemann, I, p. 308, note 88.

défaut de loi se montre favorable à l'effet énergique du contrat collectif[1].

Après avoir hésité tout d'abord[2], elle en admet la validité. La jurisprudence, malgré des décisions contraires rapportées par M. de Visscher, admet souvent avec Lotmar, que le contrat collectif a pour effet d'annuler les clauses contraires des conventions individuelles et d'y substituer celles du contrat collectif. Ce dernier vaut fréquemment comme usage local.

Les règlements d'atelier sont visés par la loi du 1er juin 1891, art. 134, qui a été étendue au commerce par la loi du 30 juin 1900[3].

D'après ces textes, l'ordre de travail n'entre en vigueur que deux semaines après sa promulgation. Il règle obligatoirement certains points : début et fin du travail, mode de calcul et paiement des salaires, délai de dénonciation autorisé, etc.

Sa teneur « a force obligatoire pour les patrons et les ouvriers ».

On ne peut stipuler d'autres motifs de renvoi ou d'abandon de travail (art. 134 c.). Ce règlement pour lequel on doit prendre l'avis des ouvriers majeurs est donc bien un acte dominant les contrats entre le patron et ses ouvriers.

912. — *Droit suisse.* — Le code des obligations a prévu

---

1 V. Groussier, *La convention collective de travail*, pp. 177 et suiv. — Jean Leroy, *Le contrat collectif en Allemagne*, thèse Paris, 1909, p. 153 (théorie de Lotmar) et 190 (jurisprudence). — V. aussi de Visscher, *op. cit.* — Lotmar, *Arbeitvertrag.* — Cf. sur ce contrat Rundstein, *Rechtliche Natur des unbegrenzten Arbeits tarif vertrag, Zeitschrift fur heutige Recht*, 1912, II, p. 88. — Claes, *Le contrat collectif de travail, sa vie juridique en Allemagne.* — Cf. Jean Leroy, *Le contrat collectif de travail et les auteurs allemands*, *Rev. de dr. civil*, 1911, p. 581.

2 V. Jean Leroy, *op. cit.*, p. 198 et trib. d'Empire, 30 avril 1904, *Sociale Praxis*, 9 juin 1904.

3 V. sur ces lois, Deligny, thèse citée, pp. 30-36. — *Ann. de législ. étrangère*, 1891, p. 192 et 1900, p. 130. Imbert, thèse citée, p. 14. — Cf. sur celle de 1891 : Bodeux, *Contrat de travail*, p. 296.

plusieurs cas de réglementation contractuelle. D'après l'art. 16 : « Les parties qui ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige pas sont réputées n'avoir entendu se lier que dès l'accomplissement de cette forme ».

Il y a dans cette *Gewillkürte Form* non une règle absolue, mais une présomption[1].

Le code s'est occupé également de l'effet du contrat collectif de travail.

D'après l'art. 323, « le contrat de travail que passent des ouvriers et des employeurs liés par un contrat collectif est nul dans la mesure où il déroge à celui-ci Les clauses nulles sont remplacées par celles du contrat collectif ».

Le contrat collectif domine donc les contrats individuels. Il agit sur eux automatiquement[2].

Le règlement d'atelier domine lui aussi les contrats individuels. Mais le code exige des précautions sérieuses pour éviter les abus. Il doit avoir été « communiqué » (le code ne dit pas accepté[3]) et cela avant l'engagement. « Les règles uniformes de travail et d'ordre intérieur établies par l'employeur dans une entreprise industrielle ou commerciale n'obligent l'employé que si elles ont été rédigées par écrit et lui ont été communiquées avant son engagement. »

La loi fédérale du 23 juin 1877[4], avait déjà étudié le règlement d'atelier en le soumettant à l'avis des ouvriers et à l'approbation de l'autorité cantonale (art. 7), en permettant à celle-ci d'en ordonner la revision en cas d'abus. Elle ajoutait : « Le règlement de fabrique une fois approuvé lie le patron et l'ouvrier ». Ce règlement devait être affiché et

---

1 Rossel, *Code des obligations revisé*, p. 40. — Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, art. 16, nº 6.

2 Rossel, *op. cit.*, p. 374.

3 V. cep. Rossel, p. 369 qui exige acceptation et qui cite en ce sens un arrêt du 4 mars 1908.

4 *Ann. législ. étrangère*, 1877, p. 586. — V. Deligny, thèse citée, p. 44. nº 49. — Imbert, thèse citée, p. 7.

un exemplaire remis à l'ouvrier lors de son admission. Le règlement dominait donc les contrats individuels.

Ce texte est-il abrogé ? Il le semble.

Le droit de préemption est prévu par l'art. 681 Civ. qui déclare que s'il a été annoté au livre foncier, il a un effet réel contre tout propriétaire de la chose[1].

Ajoutons que le contrat collectif est pratiqué en Angleterre, sans faire l'objet d'une loi spéciale[2], qu'en Autriche il est visé par la loi du 16 janvier 1910 sur le contrat de travail des employés de commerce (art. 6)[3].

---

[1] V. sur ce texte Rossel et Mentha, *Droit civil suisse*, II, p. 60 .— Cf. art. 959, Civ.

[2] V. Groussier, *La convention collective de travail*, p. 157, *Bull. Off. du travail*, 1910, p. 1347.

[3] *Bull. Offic. du travail*, 1910, p. 1347.

CHAPITRE XVI

Divisions des contrats

913. — Les contrats peuvent être classés à divers points de vue : en eux-mêmes ou les uns par rapport aux autres.

Le code ne les examine qu'en eux-mêmes, il les classe en contrats bilatéraux ou unilatéraux, commutatifs ou aléatoires, de bienfaisance ou onéreux. On peut encore faire d'autres classifications des contrats, soit en les considérant en eux-mêmes, soit en les considérant par rapport à d'autres.

Nous examinerons seulement les plus importantes par leurs conséquences pratiques[1].

914. — Les contrats peuvent être synallagmatiques ou unilatéraux.

D'après l'art. 1102, il y a contrat synallagmatique ou bila-

---

[1] On peut encore distinguer les contrats translatifs de propriété, de simple usage, les contrats créant une obligation de faire, les contrats faits dans un intérêt commun (société, transaction, compromis, communauté entre époux). On peut mettre à part les contrats servant à en préparer d'autres comme le mandat, la société. — On trouvera une liste très complète des classifications proposées dans Valverde y Valverde, *Derecho civil espanol*, III, p. 312, texte et note 1. — Cf. Digesto italiano, v. *Contratto*, nos 60 et suiv.

téral « si les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres[1] ».

Le contrat est unilatéral d'après l'art. 1103 si l'une des parties est obligée, sans que l'autre soit engagée.

Pour les premiers, l'art 1184 est applicable, il faut dresser les actes sous seing privé en plusieurs originaux (art. 1325). Au contraire pour les contrats unilatéraux, le « bon pour » est parfois exigé sur l'acte sous seing privé (art. 1326).

On admet parfois une clause mixte : les contrats synallagmatiques imparfaits qui seraient unilatéraux à l'origine, mais pourraient éventuellement engendrer une obligation pour l'autre partie. Mais on reconnaît qu'ils obéissent aux règles des contrats unilatéraux[2].

Les contrats sont unilatéraux ou non par la volonté des parties qui peuvent toujours faire d'un dépôt, d'un mandat un contrat bilatéral en imposant une rémunération au déposant, au mandant[3] ou réunir deux contrats unilatéraux obligeant deux personnes distinctes[4].

Mais il faut que la seconde obligation ne soit pas celle purement éventuelle qui peut exister dans un contrat synallagmatique imparfait[5].

Le contrat unilatéral peut être gratuit ou onéreux. Ainsi un prêt à usage peut être gratuit ou onéreux.

Le contrat par lequel une rémunération est promise à un courtier s'il réussit dans ses démarches est unilatéral et

---

1 Et il faut pour voir s'il en est ainsi examiner non l'apparence du contrat, mais la réalité, v. Cass. civ., 1er avril 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 685.

2 Beudant, n° 45. — Huc, VII, n° 4. — Laurent, XV, n° 435. — Bufnoir, p. 458. — Demolombe, XXIV, n° 22. — Colin et Capitant, II, p. 279. — V. cep. Colmet de Santerre, V, n° 5. — Aubry et Rau, IV, p. 469, note 2, 5e éd.

3 V. Baudry et Barde, I, n° 14. — Huc, VII, n° 4. — Laurent, XV, n° 433. — Demolombe, XXIV, n° 23. — *Contrà:* Aubry et Rau, IV, p 470, note 3.

4 Cass. civ., 8 mars 1887, S. 1890. 1, 257, avec note de M. Lyon-Caen, D. 1887, 1, 264 (prêt et avance sur titre).

5 Req., 23 avril 1877, S. 1878, 1, 399; D. 1877, 1, 366.

onéreux, en effet le courtier n'est pas obligé à des démarches[1].

Le contrat bilatéral est forcément onéreux[2].

La question de savoir si un contrat a les caractères d'un contrat synallagmatique est une question de fait échappant au contrôle de la cour de cassation[3]. Mais les tribunaux doivent constater les obligations de chaque partie et celles-ci une fois reconnues, la cour Suprême peut en déduire les conséquences convenables.

915. — Un contrat peut être commutatif ou aléatoire.

Il est commutatif, dit l'art. 1104 « lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne et de ce qu'on fait pour elle ». Il est aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties d'après un événement incertain.

En réalité ce n'est qu'une variété de contrats commutatifs où l'équivalent consiste dans une simple chance[4].

Mais l'art. 1104 serait à tort présenté comme déclarant aléatoire le seul contrat comportant un aléa pour les obligations des deux parties. Il dit simplement que les chances de gains et de pertes sont pour toutes deux. C'est évident, car ce que l'un perd, l'autre le gagne[5].

---

1 Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., I, n° 157.

2 Beudant, *Oblig.*, nos 43-44.

3 Cass. civ., 26 juill. 1855, S. 1855, 1, 33 ; D. 1854, 297. — Cass. civ., 1er avril 1914, *Gaz. Trib.*, 1914, 1er sem., 1, 119. — Baudry et Barde, I, n° 15. — Aubry et Rau IV, 5e éd., p. 468, note 1 *bis*.

4 V. Baudry et Barde, I, n° 17, note 2. Pour déterminer quels contrats ne sont pas aléatoires, Beudant dit avec raison (*Oblig.*, n° 36) ; v. de même Bufnoir, p. 459, que c'est celui où dès à présent les parties ont en vue un intérêt déterminé et fixe. — Cf. Huc, VII, n° 6, qui parle d'équivalent effectif. — Laurent, XV, n° 437. — Colmet de Santerre, V, n° 6, qui parle de choses susceptibles d'être évaluées. V. not. Colmet de Santerre, VI *bis*. — Bufnoir, p. 459. — Demolombe, XXIV, n° 27, à une valeur fixée. — Demolombe, XXIV, n° 26, parle d'équivalent qui n'est pas susceptible de varier.

5 L'art. 1964 donne une autre définition moins exacte du contrat aléa-

Cette distinction d'importance économique est de très peu d'importance juridique. On prétend que la lésion est sans effet dans les contrats aléatoires. Ce n'est pas tout à fait exact (v. tome I, n° 413).

Les contrats commutatifs sont ou bilatéraux, ou unilatéraux comme le prêt à intérêt.

916. — Les contrats peuvent être de bienfaisance ou à titre onéreux[1].

D'après l'art. 1105, dans le premier « l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit[2] ».

Cette première définition n'est pas à approuver. Elle caractérise l'acte gratuit par l'avantage, elle se place au point de vue de l'enrichi. Il nous paraît nécessaire de se placer au contraire au point de vue de l'appauvri et de voir s'il est appauvri sans compensation. Ainsi celui qui renonce à la mitoyenneté d'un mur pour ne pas participer à la réparation, ne fait pas un acte gratuit, car il procure bien un avantage au voisin qui ne réparera que s'il le veut, mais en s'évitant une dépense, il ne s'appauvrit pas.

L'appauvrissement n'existe d'ailleurs pas si on se contente de rembourser à quelqu'un ses déboursés, ou de l'indemniser du dommage subi. Ainsi un mandat reste gratuit bien que le mandataire soit remboursé de ses avances, ou indemnisé du dommage éprouvé, car le mandant ne fait que supporter des dépenses ou des dommages qui auraient dû le frapper.

---

toire, qui d'après lui pourrait être tel pour une des parties seulement. V. Colin et Capitant, II, 2e éd., p. 659.

1 En réalité cette division vise tous les actes. Un acte unilatéral comme une renonciation à servitude, à mitoyenneté peut être gratuit. Il le sera dès que le renonçant ne trouve pas un avantage à le faire, comme éviter de participer à des réparations.

2 Ainsi sont actes à titre gratuit de façon essentielle le prêt de consommation (v. Baudry et Wahl, *Prêt de consommation*, n° 711) par nature : le prêt à usage, id., n° 606, le dépôt, id., *Dépôt*, n° 1018.

Dans l'acte onéreux, chacune des parties est « assujettie à donner ou à faire quelque chose » (art. 1106).

Cette dernière définition est aussi inexacte si on considère le contrat réel comme indépendant et non comme la simple exécution d'une promesse bilatérale (v. *suprà*, n° 502) car un prêt à intérêt est un acte à titre onéreux[1].

L'intérêt de cette division existe au point de vue de la prestation des fautes, de l'exercice de l'action paulienne, de la notion d'acte de commerce, souvent de la forme de l'acte.

Remarquons au préalable que les juges du fonds apprécient souverainement si un contrat est à titre onéreux ou à titre gratuit[2]. Il y a cependant intérêt à chercher à guider les juges du fait pour la solution de cette difficulté.

Indiquons d'abord que les prestations obligatoires, et non les prestations volontaires, entrent seules en ligne de compte pour fixer la nature d'un contrat[3].

Il faut se placer, semble-t-il, pour définir le contrat onéreux au point de vue de l'assujettissement[4].

Toutefois cette idée ne suffit pas pour préciser la nature des divers actes que l'on peut rencontrer et la question de savoir si un acte est onéreux ou gratuit est très délicate[5].

Elle est en même temps importante.

---

1 V. Beudant, *Oblig.*, n° 34. — Laurent, XV, n° 440.

2 Civ., 3 août 1841, S. 1841, 1, 621; D. Rep., v. Disp. entre vifs, n° 4270. — Req., 20 juill. 1852, S. 1852, 1, 825; D. 1853, 1, 110. — Req., 7 déc. 1885, S. 1888, 1, 10 (particulièrement net). — Req., 15 janv. 1890, D. 1891, 1, 30. — Huc, VII, n° 7. — Aubry et Rau, IV, p. 471, note 5. — Baudry et Barde, I, n° 16.

3 Cf. sur la nature des gratifications au point de vue des accidents du travail, Sachet, *Accidents du travail*, I, n° 826. — Barassi, *Contratto di lavoro* 2e éd., I, nos 36-37.

4 Cf. Colmet de Santerre, V, n° 7 et 7 *bis*, qui voit bien là le trait essentiel de la distinction. — Capitant, 2e éd., p. 245. — Coviello, *Dir. civ. italiano*, p. 306.

5 V. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, th. Rennes, 1919. — Robert, *Nature juridique des avantages matrimoniaux*, th Nancy, 1914.

I. Les contrats ne sont pas toujours gratuits ou onéreux de leur essence. Ainsi le mandat, le prêt à usage, etc., sont naturellement gratuits, mais une rémunération peut être stipulée. Même des donations comportant des charges cessent parfois d'être gratuites[1] si la charge équivaut à peu près à la libéralité.

Le caractère d'acte gratuit ou onéreux dépend donc des circonstances. Pour le déterminer, il faut apprécier l'opération juridique dans son ensemble[2].

La jurisprudence a sans difficulté reconnu des actes à titre onéreux dans des cas où une somme, un bien est remis moyennant un avantage matériel d'importance variable comme l'entretien du prétendu donateur sa vie durant[3]. Elle avait admis cette solution pour les aumônes dotales à une congrégation à raison de l'engagement de celle-ci d'entretenir le congréganiste[4].

Il faut admettre la même solution dans tous les cas où des charges ont été imposées au donataire au profit du donateur et équivalent en grande partie à la valeur donnée[5].

---

1 V. Laurent, XV, n° 442.

2 D'ailleurs remarquons qu'il faut éviter de considérer acte gratuit et donation comme synonymes. Ne sont donations, soumises en principe si elles sont faites obstensiblement à l'art. 931 Civ. que les actes gratuits consistant dans la remise ou la promesse de certains droits : propriété, usufruit, servitude. Au point de vue de la quotité disponible sont donations les remises ou promesses de ces droits faites ostensiblement ou non, directement ou non.

3 Douai, 2 fév. 1850, S. 1851, 2, 182 ; D. 1851, 2, 133. — Colmar, 23 juin 1857, D. 1858, 2, 44. — Trib. d'Yvetot, 27 nov. 1868, S. 1869, 2, 241 (donation à un hospice à condition d'y être ententenu sa vie durant). — Cf. Req., 21 mai 1860, S. 1860, 1, 572 ; D. 1860, 1, 312, donations à charge de rente viagère égale au revenu des biens donnés.

4 V. Agen, 22 mars 1836 et 12 juill. 1836, D. v. *Culte*, n° 671. — Cf. Laurent, XV, n° 432.

5 Cass. civ., 19 juill. 1894, S. 1894, 1, 439 ; D. 1895, 1, 125, donation d'un terrain pour construire une église. L'arrêt constate en outre que le donateur escomptait par avance des plus-values sur les terrains voisins. — Baudry et Colin, I, n° 1136. — Rappr. Polacco, *Obbligazioni*,

La solution doit être la même si des chances de gain sont attribuées à l'un ou à l'autre des contractants : deux copropriétaires restant dans l'indivision et convenant que le survivant aura la totalité de l'immeuble[1]. De même la transaction est un acte à titre onéreux[2].

Plus généralement, le contrat aléatoire qui comporte comme équivalent une chose dont les risques sont à la charge du bénéficiaire est un acte à titre onéreux.

Toutefois la jurisprudence exige un aléa sérieux et une aliénation d'immeuble contre rente viagère inférieure au revenu est un acte à titre gratuit[3].

De même le contrat entre les ouvriers d'un établissement pour la constitution d'une caisse de secours est un contrat à titre onéreux et les allocations attribuées n'ont pas le caractère de dons[4]. Ou encore le travail fourni sans salaire à un patron qui promet d'assurer l'ouvrier a un caractère onéreux[5]. Les contrats où les parties dirigent leurs volontés dans un but commun, dont la réalisation leur profitera (contrats de sociétés, d'associations) sont aussi à titre onéreux[6].

L'avantage obtenu par un contractant peut être non seulement matériel, mais moral, ce n'est que l'application de ce principe que le contrat n'a pas nécessairement un objet appréciable en argent. Ainsi il y a acte onéreux si une personne, pour sa satisfaction personnelle, donne à une église

---

I, n° 52. — *Contrà :* Moreira, *Direito civil português*, II, p. 614, qui voit là une donation parce qu'il y a esprit de libéralité.

1 Req., 10 août 1836, S. 1836, 1, 669, D. Rep., v. *Oblig.*, n° 67. — Cf. pour les donations mutuelles, Baudry et Colin, I, n° 1137.

2 V. Baudry et Wahl, *Transaction*, n° 1206.

3 Req., 26 avril 1893, D. 1893, 1, 359, S. 1893, 1, 413. — Req., 15 mai 1906, S. 1906, 1, 408.

4 Req., 18 fév. 1872, S. 1872, 1, 286 ; D. 1872, 1, 172.

5 Cf. Barassi, *Contratto di lavero*, 2e éd., I, n° 89.

6 Cf. Barassi, *op. cit.*, p. 53.

de l'argent pour reconstituer une sonnerie qu'elle désirait vivement voir rétablir[1].

Il en faudrait, semble-t-il, dire autant de tout déboursé pour obtenir une satisfaction non matérielle : donation à un directeur de théâtre, de concert, pour faire jouer telle œuvre d'un maître que l'on désire voir représenter ,etc.

Même la libéralité à une personne morale à charge d'employer une somme équivalente au revenu dans un but d'instruction, a pu être jugée acte à titre onéreux[2]. Cela est plus discutable, le donateur n'ayant plus que l'intérêt d'imposer sa volonté. Il y a toutefois une part faite à cette idée. L'homme ne vit pas seulement pour les choses matérielles. Par nature il cherche à imposer sa volonté. L'acte par lequel il l'impose moyennant une aliénation d'un bien matériel est un acte à titre onéreux.

Cette idée nous permettra de résoudre la question délicate de la nature des fondations de messes. Peu importe qu'elles aient été faites par donation entre vifs ou par testament, le legs pouvant se ramener selon nous à une sorte de contrat (v. *suprà*, n° 466). Pour nous la personne qui donne de l'argent, autrefois à une fabrique, à condition d'employer tout le revenu en messes pour son âme et celles de sa famille, aujourd'hui à un prêtre pour employer soit le capital, soit le revenu en messes, fait un acte à titre onéreux, ayant escompté pour elle un avantage moral[3].

---

1 Req., 14 avril 1863, S. 1863, 1, 362. — Rappr. trib. Mamers, 2 fév. 1875, D. 1875, 5, 188.

2 Nîmes, 22 janv. 1890, D. 1891, 2, 112 avec note de M. Planiol. S. 1893, 2, 13.

3 V. trib. paix Epernay, 17 déc. 1907, D. 1908, 2, 13. — Trib. Blois, 12 juin 1907, D. 1908, 5, 19. — Trib. Lure, 31 mai 1907, D. 1907, 2, 245. — Trib. Senlis, 15 janv. 1908, *Gaz. Trib.*, 1908, 1er sem., 2, 401. — Caen, 3 déc. 1902, S. 1906, 2, 25 avec note de M. Tissier. — Cass. civ., 6 déc. 1909, D. 1910, 1, 281 avec note de M. Capitant. — Lerebours-Pigeonnière, *Rev. de dr. civil* 1908, p. 177. — Cf. trib. Ruffec 17 déc. 1907, Gaz. Pal., 1908, 1, 35, qui nie l'existence du contrat de messe.

Aussi on a admis avec raison que ces libéralités étaient exemptes d'autorisation administrative[1].

L'enregistrement, après avoir dit qu'il y avait acte gratuit, a d'ailleurs admis qu'il pouvait y avoir acte à titre onéreux[2].

On doit aussi considérer comme à titre onéreux les opérations que certains commerçants font gratuitement à titre de réclame. Ainsi le fait pour un banquier de payer gratuitement des coupons[3], de se charger gratuitement de garder certains titres à des clients, etc. L'idée d'un équivalent possible et indirect rend le contrat onéreux.

Il en est de même des opérations où une personne promet son travail, mais espère en recevoir une rémunération du créancier. Celles-ci ne seront pas un acte gratuit[4]. Il faut en effet mettre le plus possible les notions juridiques en harmonie avec les notions économiques.

A plus forte raison il faut admettre qu'il y a acte onéreux si on travaille en vue d'une rémunération même imprécise : si un paysan se fait aider par un autre à charge de le faire à son tour à la prochaine moisson. Ou si l'on travaille dans l'espoir d'une rémunération d'un tiers : si par exemple un artiste fait un travail pour une ville, espérant qu'un Mécène le rémunérera, ou dans un ordre inférieur, si un garçon

---

1 Cass. civ., 13 juill. 1859, S. 1859, 1, 653, Cass. civ. 7 juill. 1834, S. 1834, 1, 705; D. 1834, 1, 390. — Rennes, 22 août 1861, S. 1862. 2, 38. — V. de même Avis Cons. d'Etat, 6 août 1889. — Cf. sur ces quest. Dejust, *Fondations de messes*, th. Paris, 1908, pp. 32 et suiv. — Regnier, *Fondations de messes*, th. Lille, 1909, 1re partie. — Euzet, *Fondations de messes*, th. Paris, 1906.

2 V. Delib., Enregt, 31 janv., 4 fév. 1834 et 17-29 avril 1835, *Journ. Enreg.*, nos 10837 et 11811. — V. les attén. admises Delib., 6 mai 1862, id. n° 18399 et 3 avril 1877. — Dans le sens de la gratuité une lettre ministérielle du 22 déc. 1852 adressée au préfet du Nord exigeant l'authencité pour ces fondations.

3 Trib. Versailles, 20 mars 1895, *Gaz Pal.*, 1895, 1, 440. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 734.

4 V. cep. Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., I, n° 118, qui sans y voir une donation y voit un acte gratuit. — Cf. aussi nos 159, 161.

s'engage et ne doit avoir pour rémunération que ses pourboires[1].

Mais ce sont là des cas extrêmes. On ne peut considérer comme acte onéreux la libéralité importante faite parce qu'on espère déterminer ainsi le donataire à des générosités plus grandes en retour. Au lieu de donner en vue d'un avantage à venir, on peut donner à raison d'un avantage passé. Il y a alors une donation rémunératoire. Le code (art. 960), y voit une donation, ce qui paraît bien exceptionnel, mais la jurisprudence limite cette idée au cas où il ne s'agit pas d'une dation en paiement[2].

Si une donation est faite avec une charge au profit du gratifié, constitue-t-elle encore un acte gratuit ?[3]. Nous pencherions pour la négative. L'aliénateur impose son autorité, par là il cherche sa satisfaction personnelle. Commander est un plaisir d'ordre élevé bien supérieur à l'obtention des équivalents économiques. Quand finira-t-on d'enfermer le monde du droit dans des horizons d'épiciers ?

II. Une question délicate qui n'a pas échappé au législateur existe lorsqu'un contrat paraît être pour partie gratuit, pour partie onéreux. Remarquons d'abord qu'un seul *instrumentum* peut contenir deux contrats : l'un gratuit, l'autre onéreux : une vente et une donation. De plus une même opération juridique peut contenir une partie gratuite et une partie à titre onéreux indivisible. C'est une donation indirecte. Un immeuble valant 100.000 francs, je le vends à un ami pour 40.000 francs en lui disant que je lui fais cadeau du surplus de la valeur. Il y a donation pour 60.000 francs. Un

---

1 Cf. Barassi, *op. cit.*, nos 159-161.

2 Req., 7 janv. 1862, S. 1862, 1, 599. — Planiol, III, n° 2506. — Wahl, *Rev. de dr. civil*, 1918, p. 155. — Riom, 15 fév. 1894, S. 1897, 1, 235.

3 Rapprocher Civ., 28 oct. 1895, D. 1896, 1, 497 aliénation à un hospice à charge d'entretenir un lit dont le donateur et après lui une autre personne désignera le titulaire. On a vu là un acte onéreux. — V. pour la négative Maury, *Notion d'équivalence*, I, p. 64.

élément subjectif : la volonté des deux parties de faire une donation et de la recevoir pour partie transforme l'acte en donation partielle.

La question de savoir s'il n'y a pas donation partielle se présente surtout au cas de contrat de société ou de communauté entre époux. Quand et dans quelle mesure y a-t-il acte gratuit ? L'art. 1516 Civ., considère le préciput comme une simple convention de mariage[1]. De même l'attribution totale de la communauté d'après l'art 1525 est une convention de mariage. Enfin les art. 1496 et 1527 déclarent que les autres clauses ne sont que des conventions de mariage, sauf au regard des enfants d'un premier lit. La jurisprudence décide en ce sens que le partage inégal de la communauté n'est pas une libéralité[2].

Il n'y a même pas de limite à ces solutions si on attribue les apports d'un époux à l'autre. Dans cette mesure, d'après la jurisprudence récente, il n'y a pas libératité[3].

La jurisprudence va jusqu'à voir une convention de mariage dans la clause établissant pour la femme, un préciput même en cas de renonciation à communauté[4].

De même la société universelle entre des personnes autres

---

1 V. sur ce texte, Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 1421. — Aubry et Rau, 4e éd. V. § 529. — Guillouard, *Contr. de mar.*, n° 1614. — Colin et Capitant, III, p. 218. — Cf. Thiébot, *Distinction des conventions matrimoniales et des libéralités*, th. Caen, 1911. — Volland, *Nature juridique des avantages matrimoniaux*, th. Nancy, 1914,

2 Ch. Réunies, 19 déc. 1890, S. 1891, 1, 129, avec note de M. Wahl, D. 1891, 1, 417. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 1449. — Colin et Capitant, III, p. 221. — Cf. Planiol, III, n°s 1318-1320. — Degand, *Conventions modificatives du partage égal de la communauté*, th. Paris, 1916, pp. 36 et suiv.

3 Cass. civ., 2 août 1899, S. 1900, 1, 233 avec note de M. Ferron, D. 1901, 1, 433 avec note de M. A. Colin et Ch. Réunies, 19 déc. 1890, précité. — Cf. sur ce point Degand, th. citée, pp. 110 et suiv.

4 Paris, 12 avril 1900, D. 1903, 2, 159. — Trib. Seine, 16 avril 1902, D. 1902, 2, 239. — V. cep. Degand, th. citée, p. 159, et Cass. civ., 12 juin 1872, D. 1872, 1, 327.

que les époux n'est pas un acte de libéralité[1]. De même les conventions entre une personne et l'héritier présomptif, s'il n'en résultait pas avantage indirect lorsqu'elles ont été faites (art. 853)[2] ; et même la société constatée par acte authentique (art. 854) ne sont pas une donation.

Il se dégage de là une idée générale. Les conventions de société sont en principe à titre onéreux pour le tout : et cela est exact qu'on se place au point de vue subjectif de l'intention des contractants, ou au point de vue objectif de l'échange de prestations : à raison de l'aléa de gains ou de pertes dans la société, de la différence même s'il n'y a que des gains entre les apports en industrie de chaque contractant : l'un pouvant être plus travailleur, plus intelligent, etc. Mais ce n'est là qu'une raison supplétoire, car le véritable point de vue est pour les libéralités indirectes le point de vue subjectif. Il faut voir l'intention des contractants, plus précisément du donateur, car ce qui caractérise la donation, c'est l'appauvrissement de l'un plus que l'enrichissement de l'autre.

Toutefois, le point de vue objectif tend à l'emporter sur divers terrains où l'on redoute des fraudes : d'abord si l'intérêt d'enfants d'un précédent mariage est en jeu (art. 1496 et 1527 Civ.). Il y a ici une sorte de présomption irréfragable de fraude si un avantage gratuit est établi. Ensuite, lorsque les apports eux-mêmes sont fondus dans l'actif commun, on a essayé de dire qu'à concurrence il y a donation (art. 1525 et 1527 Civ.). C'est une exagération du point de vue objectif. Il faudrait dire il y a libéralité seulement si c'est l'intention des contractants. Mais les faits peuvent parler tellement haut qu'on ne croira pas les parties, même si elles disent le contraire. Ainsi en est-il s'il y a un apport fictif dans une société, si on fait un apport moindre

---

1 Baudry et Wahl, *Société*, n° 133, *Contrà :* Guillouard, n° 36.

2 V. sur ce texte Colin et Capitant, III, p. 541. — Planiol, III, n° 2253.

que celui indiqué, si en fait un des époux n'a que des chances de gains[1].

La jurisprudence va plus loin. Elle semble considérer comme onéreux le contrat où une des parties fait des dépenses qui ne profitent pas directement à l'autre. Ainsi en est-il d'une ouverture de concours par une société de régates qui promet des prix, lorsque les concurrents sont tenus à certains sacrifices[2].

Il suffit donc que chaque partie supporte une charge pour qu'il y ait acte onéreux, du moment que comme dans l'espèce la charge concourt au but visé : organisation de régates. Ce profit indirect est donc suffisant.

La question peut se présenter facilement dans d'autres cas où comme dans le précédent il y a une personne morale en cause. Si celle-ci tire un profit, étant donné son but, il y a acte onéreux, même si le bénéfice matériel n'apparaît pas. Ainsi on a déclaré acte onéreux la donation d'un terrain par la ville de Marseille à l'empereur Napoléon III à charge d'y bâtir une résidence impériale[3]. Le profit moral que la ville devait retirer était un avantage suffisant.

III. La question devient beaucoup plus délicate lorsque le contrat met en jeu trois catégories de personnes : un donateur, un donataire et un tiers qui tire bénéfice de l'acte.

Si une personne fonde un lit dans un hospice, y a-t-il acte onéreux ?

La jurisprudence a vu un acte à titre onéreux dans le cas

---

1 V. des conclusions très voisines des nôtres dans Pol. Robert, thèse citée, p. 186, qui considère comme des conventions de mariage les avantages entre conjoints sauf intention libérale (p. 198) en cas d'intervention d'enfants d'un premier lit. Ce auteur rejette avec raison en cette matière les idées de fiction dont les auteurs ont abusé ici (p. 138). — Rappr. Degand, thèse citée, pp. 36 et suiv.

2 Req., 28 avril 1886, S. 1889, 1, 331, D. 1887, 1, 55. — Huc, VII. n° 7.

3 Aix, 30 nov.; 1882, D. 1883, 2, 245 et sur pourvoi, Req., 7 mars 1888; D., 1888; 1, 267; S., 1890, 1, 181.

où le lit était fondé au profit des habitants d'une autre commune lorsque le bénéficiaire devait être désigné par le donateur et après lui par le maire et le curé de cette commune[1].

Mais le contraire a été jugé par des tribunaux[2] sans d'ailleurs qu'ils précisent que le bénéficiaire devait être de telle localité.

On pourrait donc tirer de là une solution générale. Si une personne morale reçoit des biens à charge de remplir plus complètement sa destination, il y a acte gratuit[3], y eut-il quelques précisions imposées sur des détails. Il y a là acte d'autorité accessoire. Si au contraire, le but a été de faire sortir la personne morale de son rôle ordinaire (fait d'accueillir une personne d'une autre commune) ou surtout d'atteindre un certain but que l'on désire ardemment (charge imposée à une ville donataire d'organiser l'assistance par le travail à laquelle on a dévoué sa vie, charge imposée par un prêtre d'organiser un patronage religieux, etc.) le contrat est en réalité onéreux. Il y a satisfaction morale obtenue comme contre prestation. (Rappr. *suprà, Nos développements sur la cause dans les libéralités*, n. 842).

Si une chose est remise à quelqu'un qui a charge de faire profiter une personne tierce d'un avantage quelconque, l'acte est-il gratuit seulement dans la mesure où il n'y a pas charge. Il nous semble que l'acte est gratuit dans les rapports du gratifiant et de son contractant seulement dans la mesure où il n'y a pas charge[4]. Dans la mesure de la charge, il y a

---

1 Cass. civ., 28 octobre 1895, S. 1897, 1, 289 avec note en sens contraire de M. Wahl, D., 1896, 1, 497. — Contre Baudry et Colin, I, n° 1136.

2 Trib. Lyon, 11 mai 1867, D., 1870, 1, 265. — Trib. Saint-Dié, 16 déc. 1892 et trib. Lunéville, 31 déc. 1894, S. 1897, 1, 290, en sous-note.

3 V. Civ., 28 juin 1887, S., 1889, 1, 99, fondation d'une école dans un hospice qualifiée donation. — Req., 25 février 1913, S. 1920, 1, 220,

4 Rapp. Rome, 22 mars 1910, *Giur. ital.*, 1910, 2, 558 (cession d'eu-

acte onéreux vis-à-vis du gratifié, mais acte gratuit dans les rapports avec le tiers bénéficiaire, dans la mesure de ce qu'on a déboursé pour lui faire obtenir la charge, de sorte que si la charge dépassait la somme donnée, il n'y aurait cependant donation que dans la mesure du déboursé[1]. Mais si le tiers a lui-même d'autres charges dans cette mesure l'acte sera onéreux[2].

Nous dirons donc, dans des cas de stipulation pour autrui, où la stipulation est la compensation de l'avantage reçu du stipulant, qu'il y a contrat à titre onéreux[3]. Nous en dirions autant, même si la prestation destinée au tiers devait faire l'objet d'un contrat autonome.

On s'est encore demandé si la constitution de dot qui intéresse à la fois l'époux doté et l'autre époux était un acte à titre onéreux.

Au point de vue de l'action paulienne la jurisprudence y incline. Elle l'admet, que la constitution soit au profit de la femme[4] ou du mari[5]. Elle l'admet de même en cas de constitution de dot au profit de la femme, vis-à-vis du mari[6], ou

---

vres d'art, à une ville à charge d'en faire profiter les habitants. Acte onéreux).

1 C'est d'ailleurs la solution admise en jurisprudence pour le cas voisin d'assurance sur la vie au profit d'un tiers.

2 V. cep. *Contrà: Manenti, Sul concetto di donazione, Rivista di diritto civile*, 1911, p. 343, à propos d'un don de Franklin à un ami pauvre à condition de donner lui-même la même somme à une autre personne dans la même situation et ainsi de suite.

3 V. cep. Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., I, n° 165.

4 Poitiers, 21 août 1878, S. 1878, 2, 257. — Cass. Req., 17 nov. 1878, S. 1880, 1, 28. — Agen, 3 fév. 1885, S. 1886, 2, 31. — Civ., 18 déc. 1895, S. 1896, 1, 72. — *Contrà:* Orléans, 8 juin 1898, S. 1898, 2, 309.

5 Cass. civ., 14 mars 1848, S. 1848, 1, 376. — Bourges, 9 août 1848, S. 1848, 2, 597. — Bordeaux, 30 nov. 1869, S. 1870, 2, 283. — Paris, 9 juill. 1895, S. 1898, 2, 17. — *Contrà:* Cass., Palerme, 6 août 1891, S. 1892, 4, 10. — Cass. belge, 9 janv. 1890, S. 1891, 4, 5.

6 Cass. civ., 9 mars 1847, S. 1847, 1, 185. — Cass. Req., 18 nov. 1861, S. 1862, 1, 737. — Cass. civ., 22 août 1876, S. 1877, 1, 54. —

au profit du mari vis-à-vis de la femme[1], ou dans les rapports des époux entre eux[2].

La cour de cassation a même dit que la constitution de dot était un acte onéreux tant à raison de la nature des obligations dont sont tenus les donateurs que de la destination de la donation[3]. C'est exagéré. En la forme, au point de vue du rapport et de la réduction, c'est encore un acte gratuit[4].

Nous avons donc ici un acte mixte. Il est de sa nature gratuit, mais son but fait qu'il est par certains côtés onéreux.

C'est là une construction technique bizarre (car l'acte est onéreux ou non selon le point de vue) mais nécessaire[5].

IV. Il faut se demander encore si le fait qu'une personne va tirer par ailleurs un avantage d'une libéralité suffit à faire de cet acte un acte à titre onéreux.

Une personne ayant donné un terrain pour une église, avec la perspective de tirer une plus-value des terrains voisins, la jurisprudence a relevé ce fait pour voir là un acte onéreux[6].

Il faut tirer de là une conséquence plus générale. Si une société promet une subvention pour un service dont elle

---

Cass. belge, 9 janv. 1890, précité. — Cass. Palerme, 6 août 1891 précité.

1 Labbé, S. 1870, 2, 283. — Cf. Demolombe, XXV, n° 214. — Larombière, art. 1167, n° 34.

2 Cass. civ., 23 juin 1847, S. 1847, 1, 817. — Cass. Req., 11 nov. 1878, S. 1880, 1, 28. — Cass. civ., 14 mars 1848, S. 1848, 1, 376. — Civ., 13 janv. 1887, S. 1887, 1, 97, avec note Labbé, D. 1887, 1, 257. — Civ., 29 nov. 1909, S. 1912, 1, 100, implic. — *Contrà :* Nancy, 25 août 1874, S. 1876, 2, 180. — Caen, 7 mars 1807, S. 1870, 2, 281. — Labbé, S. 1870, 2, 283. — Larombière, art. 1167, n° 34. — Paris, 27 juill. 1894, S. 1895, 2, 158. — Orléans, 8 juin 1898, S. 1898, 2, 309.

3 Civ., 13 janv. 1887, précité.

4 V. Req., 14 déc. 1885, S. 1886, 1, 481, qui constate que la constitution de dot a un caractère mixte. — Civ., 23 juin 1847, précité.

5 Rappr. Colin et Capitant, III, p. 47 qui regarde la constitution de dot faite par les parents comme acte onéreux. Ce qui est aller un peu loin. — Cf. Fr. Leone, *Filangieri*, 1911, p. 517.

6 Civ., 18 juill. 1894, S. 1894, 1, 439; D. 1895, 1, 125.

tirera plus tard profit indirect, si un commerçant promet une subvention pour une ligne de chemins de fer, un service de voitures dont il retirera un profit important, il y a plutôt là un acte à titre onéreux. J'en dirai autant des cadeaux promis au public à titre de réclame.

V. Quel est le caractère du contrat donnant des garanties à un créancier ? Dans un cas spécialement favorable, le débiteur d'une somme exigible ayant consenti au créancier une hypothèque, la cour de cassation a dit qu'en ne donnant que ce que le créancier aurait pu réclamer en justice, on faisait là un acte à titre onéreux[1].

Mais en dehors de cet argument qui s'appuie sur l'existence de l'hypothèque judiciaire, il faut dire à notre avis que tout débiteur qui fournit à son créancier une sûreté : hypothèque, gage, warrant, etc., promesse de caution, ne fait qu'exécuter une obligation morale ou naturelle de faire tout son possible pour l'exécution de l'obligation. Il n'y a donc pas acte à titre gratuit[2].

La question est plus délicate si un tiers fournit une garantie : hypothèque, gage, cautionnement, promesse solidaire.

Ici il semble nécessaire de distinguer. Pour la raison précédente, la garantie fournie au créancier n'est pas un acte gratuit : c'est le fait de fortifier une obligation préexistante[3]. Dans les rapports du tiers garant et du débiteur, le contrat de garantie est suivant les cas onéreux ou non : s'il y a promesse d'une somme d'argent, d'un cautionnement ultérieur par le cautionné, il y a acte à titre onéreux, sinon l'acte est gratuit.

---

1 Req., 22 août 1882, D. 1883, 1, 296; S. 1883, 1, 25.

2 V. cep. *Contrà :* Cass. civ., 22 août 1876, S. 1877, 1, 54 (constitution d'hypothèques pour garantir une dot préalablement constituée). — Cf. en notre sens pour le nantissement, Baudry et de Loynes, I, n° 9. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 1007, surtout si la caution ne se fait pas payer par le créancier: V. Baudry et Wahl, *Cautionn.*, n° 1006. — Guillouard, n° 22.

Il en est ainsi surtout si la caution n'a pas entendu se réserver de recours[1].

VI. En résumé, sur cette question de savoir si un acte est à titre gratuit ou à titre onéreux, on peut se servir des considérations suivantes qui seront, à défaut de principe précis, un guide général de solutions.

Il y a acte à titre onéreux si une prestation a un équivalent certain ou aléatoire, matériel ou moral. La personne morale qui reçoit des biens de façon à remplir plus complètement son rôle fait un acte gratuit, mais si la charge imposée la fait sortir de son rôle habituel, il y a acte à titre onéreux.

Un équivalent imprécis venant de tiers obtenu à l'aide d'une remise sans contre-prestation correspondante directe peut rendre le contrat à titre onéreux.

Le contrat qui se réfère à une opération juridique mettant en jeu trois personnes peut être à titre gratuit pour l'une et non pour l'autre[2]. Il en est ainsi de la stipulation pour autrui, du cautionnement, du cautionnement réel.

Enfin il faut ajouter que si une contre prestation existe, il y a acte à titre onéreux au point de vue des principales règles applicables, si l'équivalent équivaut à la plus grande partie de la donation faite[3]. Inversement une contre prestation très faible ne suffirait pas à transformer en acte à titre onéreux un acte à titre gratuit.

Cependant, si le caractère de l'acte se détermine ainsi d'après sa partie principale, au point de vue de certaines règles des actes à titre gratuit, on peut admettre qu'il y a acte gratuit partiel. Ce sera le cas si par affection un parent vend à un autre un immeuble pour un prix inférieur à sa valeur,

---

1 Cf. Guillouard, *Cautionn.*, nos 20 et suiv. — Baudry et Wahl, n° 1007.

2 Si le contrat ne constate pas directement les rapports entre les deux personnes qui traitent à titre gratuit, la forme authentique ne sera pas exigée.

3 Cf. Cass. civ., 25 avril 1853, S. 1853, 1, 488.

ou si une donation ordinaire contient accessoirement une stipulation pour autrui[1]. Ainsi dans certains cas, un acte peut être, pour certaines règles (rapport, réduction), partie à titre gratuit, partie à titre onéreux. Nous avons déjà vu une solution de ce genre pour la constitution de dot. Ce qui nous autorise à dire que, par exception, un acte peut être traité comme gratuit au point de vue de certaines règles seulement.

Ce qui caractérise les solutions que nous avons données, c'est que nous nous plaçons, sauf en cas de libéralités indirectes, à un point de vue objectif pour décider du caractère de l'acte. On a cependant proposé de se placer à un point de vue subjectif : celui de l'intention libérale[2]. Mais ce terme est vague. Il correspond bien à une réalité si on agit par affection pour un parent, un ami. Mais à côté de l'affection pour les personnes, il y a des affections abstraites pour les idées, celui qui les a, a non plus ces volontés terre à terre : gagner, faire plaisir, il a une volonté de puissance : développer la religion, l'amour de la patrie, le sentiment de solidarité, etc. Ces actes par lesquels le droit privé envahit la cité, où faut-il les classer ? Et cette théorie subjective n'y peut répondre. Nous avouons que la question nous embarrasse aussi. Au fond, l'auteur de ces actes a un équivalent dans l'idée élevée satisfaite. Le danger de captation est peu à craindre. Des formes protectrices sont donc peu utiles. Mais du point de vue de la famille, des questions de rapport, de quotité disponible, il y a de graves raisons de rapprocher l'acte des actes gratuits si on voit dans les règles qui concernent ceux-ci des règles qui visent à limiter les actes qui ne sont pas des affaires et non pas à limiter des affections excessives. Mais selon nous, à mesure que dans un acte apparaît non plus le désir vague d'être libéral, mais la volonté d'une

---

1 V. Civ., 25 avril 1853, précité.

2 V. Hamel, *Notion de cause dans les libéralités*, th. Paris, 1920, p. 21.

chose, que l'acte perd son caractère personnel pour viser un but réel il prend un aspect onéreux[1]. L'homme ne vit pas seulement de pain, mais de la satisfaction de ses croyances.

Les idées que nous avons exposées ne doivent pas être exagérées en tant que donnant une notion des actes à titre gratuit. Les besoins pratiques doivent passer avant les notions techniques. Si un acte paraît devoir être qualifié gratuit au point de vue de l'application de certaines règles, il n'est pas nécessaire absolument qu'il soit qualifié de même pour l'application d'autres règles qui sont inutiles dans l'espèce[2].

917. — L'art. 1107 oppose aussi les contrats nommés ou innommés[3], ou plus exactement ceux qui ont donné lieu à une réglementation spéciale (vente, louage, etc.) et ceux soumis uniquement aux principes généraux[4]. Ce qui distingue le contrat innommé est donc l'absence de réglementation spéciale. Ainsi est contrat innommé l'assurance terrestre qui n'a fait l'objet d'aucun texte du code.

M. Planiol a critiqué cette expression de contrat innommé comme rappelant les contrats innommés du droit romain qui n'étaient pas valables par eux-mêmes, mais pouvaient

---

1 Ainsi s'explique que la personne morale ayant reçu des biens pour son but, ceux-ci en cas de dissolution tendent à passer à des personnes morales visant un but similaire ou à être repris par le donateur en vertu d'une idée de résolution.

2 L'expression acte à titre onéreux peut-elle être considérée comme synonyme d'acte bilatéral ? Après avoir pris ces expressions comme synonymes, on a admis qu'il y avait des contrats bilatéraux non onéreux (donation avec charge), ce qui nous semble inexact et des contrats unilatéraux onéreux (le prêt à intérêt), ce qui est indiscutable. M. Barassi a même présenté la simple obligation suivie d'une rémunération comme contrat à titre onéreux, se contentant d'un équivalent économique, à titre d'élément constitutif du contrat (*Conttrato di lavoro*, 2e éd., I, n° 114).

3 Beudant, n° 47 appelle encore contrats nommés ceux qui ont un nom spécial. V. de même Aubry et Rau, IV, p. 473. — C'est inexact. Le contrat de révélation de succession est innommé, bien qu'ayant un nom spécial.

4 Cf. en ce sens, Demolombe, XXIV, n° 29.

donner lieu à l'action *praescriptis verbis*[1]. Evidemment les contrats innommés n'ont plus la même nature qu'à Rome. Cependant l'expression est commode pour désigner certains contrats.

Bien que les contrats innommés soient assez nombreux[2], il ne faut pas s'exagérer leur importance. Il faut en effet se garder de faire rentrer dans cette notion celle de groupements de contrats. En effet, une convention peut aussi être un groupement de plusieurs contrats dont chacun est régi par des textes particuliers. Ainsi un entrepreneur peut être chargé par le propriétaire de l'achat d'un matériel qui restera à celui-ci. Il y a alors un mandat qui vient s'ajouter à un contrat d'entreprise[3]. Un administrateur de société peut avoir été désigné en même temps comme directeur technique. Il y a alors un mandat et un contrat de travail[4]. Un fondé de pouvoirs est à la fois un employé et un mandataire. Un architecte qui a mission de traiter avec les entrepreneurs, d'arrêter définitivement le chiffre des mémoires est un mandataire en même temps qu'il a son rôle d'architecte[5]. Un avoué reçoit des pièces pour soutenir un procès dont il est chargé, il y a à la fois dépôt et mandat.

Dans divers cas, il n'y a pas contrat innommé, mais il y a deux opérations juridiques qui chacune sont soumises à leurs règles propres. Une d'elles peut prendre fin alors que l'autre subsistera, à moins que l'intention des parties ne soit contraire. Ainsi un fondé de pouvoir étant à la fois employé et mandataire, on peut à tout instant lui enlever le droit de représenter le patron. Mais il ne peut être renvoyé qu'avec

---

1 Plániol, *Classification synthétique des contrats*, *Revue critique*, 1904, p. 485.

2 On peut distinguer ceux où on étend par analogie les règles d'autre contrats et ceux où on applique seulement les principes généraux.

3 Paris, 9 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, 1, 292. — Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 399.

4 Baudry et Wahl, *Mandat*, n° 393.

5 V. Minvielle, *Profession d'architecte*, pp. 92 et suiv.

les garanties que l'art. 1780 Civ. assure à l'employé congédié[1].

Il y a dans ces divers cas ce que l'on nomme à l'étranger des contrats mixtes[2]. Les auteurs allemands, conformément aux principes que nous venons d'établir, admettent en général qu'il faut appliquer les règles de chaque contrat dans la mesure du possible. Cependant, quelques auteurs admettent qu'il faut en pareil cas suivre les principes généraux du droit[3]. Cela est peu exact, les regles spéciales à divers contrats étant dominées par des nécessités qui subsistent d'ordinaire si ceux-ci se mêlent à d'autres.

Ces contrats mixtes ne doivent être reconnus que là où cela est rationnel. Il n'en est pas ainsi si un transporteur déclare assurer les colis à concurrence de tant. On ne peut voir là une assurance jointe au transport, mais seulement une clause du transport[4].

917 bis. — On peut aussi distinguer les contrats où l'objet envers lequel matériellement va s'exécuter l'obligation est la personne humaine. C'est le cas dans le contrat de travail, le transport de personnes, le contrat d'apprentissage, d'éducation, d'hôtellerie, le contrat avec un médecin, un chirurgien. Dans les autres contrats, qu'il y ait promesse de donner ou de faire, la personne humaine n'est plus le substratum de l'exécution de l'obligation au même degré. De cette opposition doivent découler des conséquences importantes pour la responsabilité des accidents, les clauses de non responsabilité. Il faut dans les contrats touchant la

---

1 La jurisprudence sur ce point est fort obscure. V. Cass. civ., 4 mars 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 539. — Cf. nos observations *Revue de droit civil*, 1904 p. 437, 1905 p. 146 p. 415 et 1911 p. 160.

2 *Contratti misti*... *Gemiste Verträge*. — Par exemple le contrat de pension qui contient un bail, un louage d'ouvrage, une vente de nourriture, V. Simoncelli, *Istituzioni*, p. 290.

3 V. Schreiber, *Gemiste Verträge*, *Jherings Jahrbucher*, 1911, p. 106; Cf. La Lumia, *Contratti misti et contratti innominati*, Riv. dir. comm. 1912, I, p. 719.

4 Lyon, 14 mai 1919, S. 1920, 2, 70, *Revue de dr. civil*, 1921, p. 253.

personne humaine viser à sauvegarder la liberté de la personne, se préoccuper de protéger sa vie.

917 ter. — On pourrait aussi utilement distinguer des autres contrats les *contrats d'aide ou de commandement*, tels que le louage de service, le mandat, l'entreprise, la commission où une des parties charge une autre d'une mission qu'elle ne peut remplir elle-même, de sorte que par nécessité, l'une voulant rester maîtresse de l'affaire garde sur l'autre une certaine autorité pendant la durée du contrat[1].

917 quater. — M. Planiol[2] a proposé une division des contrats en trois groupes : 1° ceux relatifs au travail comme le louage de service, l'entreprise, le mandat, les premiers à titre onéreux ; le dernier en principe gratuit ;

2° ceux relatifs aux choses qui peuvent consister en une aliénation, à titre gratuit ou onéreux (vente, échange, bail à nourriture, l'assurance, ne serait même qu'un échange aléatoire de sommes d'argent). Ils peuvent aussi consister en prestations temporaires comme le commodat (acte gratuit) ou le louage (acte à titre onéreux) ;

3° ceux relatifs aux droits. Ils peuvent consister en des aliénations, nantissements, renonciations (où M. Planiol range la vente de clientèle), opérations pour autrui (mandat stipulation pour autrui, clause de poste fort, ou cautionnement, compromis, délégation imparfaite).

Tous les contrats peuvent rentrer dans cette classification et la pratique actuelle ou même future ne pourra relever que de nouveaux objets de contrats : comme certaines propriétés intellectuelles, ou des mélanges de contrats, comme une aliénation qui peut être pour partie vente, pour partie échange.

L'avantage qu'elle présente est de qualifier les contrats

---

1 V. pour plus de détails notre Etude, *Modification des contrats par volonté unilatérale*, *Revue de droit civil*, 1907, p. 264.

2 *Classification synthétique des contrats*, *Revue critique*, 1906, p. 470.

par leur objet et de pénétrer ainsi davantage leur nature[1].

Cette distinction est particulièrement utile lorsqu'il s'agit du travail qui ne peut être considéré comme une marchandise ordinaire et qui ne peut être l'objet d'un droit comme une chose[2].

917 quinquies. — Les contrats peuvent être des contrats à exécution instantanée comme la vente, ou des contrats à exécution successive comme le bail, le contrat de travail, le mandat, la société. La prestation a alors un caractère de continuité. Mais entre ces contrats extrêmes, il peut y avoir un type intermédiaire : les contrats à exécution échelonnée, comme une vente d'objets à livrer par lots à différentes époques. Il y a intérêt à distinguer ces diverses sortes de contrats[3].

918. — Souvent les actes juridiques ne sont pas indépendants. Ils sont liés avec d'autres. Tantôt on les qualifie l'un principal et l'autre accessoire comme le cautionnement, le nantissement, la constitution d'hypothèque (et de façon générale les contrats de garantie), le contrat de mariage. Tantôt un contrat est une clause d'un autre, ainsi un bail est l'accessoire d'un contrat de travail. Tantôt, comme au cas d'engagements indivisibles, solidaires, de novation, etc., on ne leur donne pas ce nom, en considérant qu'il y a plus d'égalité entre eux.

La question d'étiquette importe peu. Mais dans tous ces cas une même question se pose : dans quelle mesure la naissance, la validité, les modifications, l'extinction d'un des contrats réagit-elle sur l'autre[4] ?

Nous n'avons ici à parler que de la naissance et de la vali-

---

1 V. sur ce point, Planiol, *loc. cit.*, pp. 486-490.

2 V. Barassi, *Contratto di lavoro*, 2e éd., nos 167-175.

3 Cf. Lepargneur, *La prorogation des contrats à exécution successive*, th. Paris, 1920, pp. 11 et suiv.

4 Rappr. sur ces questions, Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, 2e éd., pp. 78 et suiv.

dité des contrats et de leur réaction sur ceux qui leur sont liés. La question peut se présenter de deux manières.

Ou bien un acte juridique étant passé, les mêmes parties le modifient, l'éteignent, en ce cas les actes successifs sont dans une étroite dépendance de l'acte primitif. Si celui-ci est nul, tout ce qui suit le sera également[1], sauf des atténuations tenant à ce qu'il convient de régler certaines situations de fait en se préoccupant de l'acte nul et que nous examinerons ailleurs, notamment à propos de la confirmation (art. 1338).

Ou bien à côté du contrat primitif, il se forme un rapport nouveau où entrent des tiers : novation par changement de débiteur, paiement avec subrogation, adhésion de nouveaux associés, etc., et dans nombre de cas, contrat de garantie.

La question est alors plus complexe, car trois personnes au moins se trouvent en jeu. Dans quelle mesure le contrat primitif influe-t-il sur la valeur des autres ?

Nous renvoyons à l'étude de la stipulation pour autrui le point de savoir dans quelle mesure la valeur du droit du tiers dépend de la pleine volonté du contrat passé entre le promettant et le stipulant pour autrui.

Sur le terrain ainsi limité, nous constaterons que l'on a souvent exagéré la force du lien entre les deux contrats et que la théorie du caractère accessoire de certains contrats a été poussée trop loin, ce qui fait négliger le besoin de sécurité[2]. Après être arrivée à son apogée dans le code allemand, elle est l'objet d'une réaction dans le code suisse. Le seul lien qui, au point de vue de la formation, peut exister entre un contrat et un autre vient de la théorie de l'erreur sur la substance et de celle de l'ordre public, et non pas d'un principe rigide : *accessorium sequitur principale*. Aussi le

---

1 Ainsi en est-il du billet dressé à la suite d'un contrat nul. V. Laurent, XVI, n° 114.

2 V. cette idée admise par M. Jèze, *loc. cit.*

contrat de garantie, la novation peuvent avoir pour résultat de fortifier une situation juridique fragile.

Il y a donc un sujet complexe, qu'on ne peut représenter comme dominé par une seule idée générale, mais où un certain nombre de principes entrent en jeu avec suivant les cas un rôle plus ou moins grand.

919. — Lorsque divers contrats sont liés, en principe ils peuvent se conclure sans aucun ordre déterminé, et les intéressés traitant à l'insu les uns des autres : le tiers qui fournit la garantie par exemple, peut agir à l'insu du débiteur principal. Le contrat de garantie peut précéder le contrat principal. Cela est admis pour le cautionnement[1], le nantissement[2], l'hypothèque[3]. Il en est de même de l'obligation solidaire du tiers désintéressé dans la dette. En attendant que le contrat principal se forme, il y a alors droit éventuel[4].

Le contrat pécuniaire de mariage doit même nécessairement précéder le mariage (art. 1394 Civ.).

Par contre, la novation, le paiement avec subrogation impliquent plutôt une obligation déjà créée, bien que cela puisse être discuté ; car on pourrait admettre ces opérations *in futurum*, comme on l'a fait pour la compensation[5].

De même en général, la substitution de mandat ne s'opèrera qu'après que le mandat aura été donné.

Un contrat étant passé, un autre lié avec lui peut être passé avec des tiers à l'insu du débiteur ou du créancier. Un tiers peut garantir une dette par cautionnement, gage, hypothèque à l'insu du débiteur ou malgré lui. Il en est de même pour la novation, le paiement avec subrogation.

---

1 Paris, 13 mars 1816, S. chr. — Trib. Bordeaux, 7 mars 1902, *Rec. Bordeaux*, 1902, 3, 37. — Guillouard, nos 17 et 52. — Aubry et Rau, IV, 4e éd., p. 674. — Planiol, II, n° 2328. — Baudry et Wahl, n° 950. — Cf. Laurent, XXVIII, n° 131. — Guillouard, n° 53.

2 Baudry et de Loynes, I, n° 10.

3 Baudry et de Loynes, II, 902 I, et 1280 I.

4 V. à ce sujet Demogue, *Droits éventuels*, *Revue de droit civil*, 1906 et 1907.

5 Cass. civ., 9 juin 1886, S. 1894, 1, 9 (compensation in futurum).

Mais le codébiteur solidaire ne peut, s'il adhère à la dette, devenir tel sans prévenir les autres. Il en serait de même en cas de pluralité de cautions, et cela à raison du mandat réciproque qui existe entre ces personnes. Les auteurs disent volontiers que l'obligation du nouveau débiteur doit se relier aux autres[1]. Ce lien doit consister en ceci que les débiteurs antérieurs doivent être prévenus, sinon il n'y aurait que des cautions solidaires.

920. Lorsqu'un contrat a été passé entre deux personnes, il domine dans une certaine mesure les contrats de garantie auxquelles l'obligation née du premier contrat peut donner lieu.

Si un contrat de garantie est passé : cautionnement, gage, hypothèque, il a son existence indépendante. Il a ses conditions propres de validité. Il faut examiner la capacité du garant, voir si son consentement n'a pas été vicié. C'est d'après la situation et le but de celui qui l'a fait que l'on déterminera s'il est commercial ou civil[2]. D'après ces formes employées, on déterminera s'il a été valablement constaté[3].

Il faut même aller plus loin et on tend à admettre une certaine vie indépendante du contrat de garantie. On a parlé de l'hypothèque sur soi-même et de la prénotation[4] qui est une certaine vie propre donnée à l'hypothèque sans con-

---

[1] V. Demolombe, XXVI, n° 206. — Cf. Larombière, art. 1200, n° 6.

[2] V. Cass. Req., 26 mai 1906, S. 1906. 1, 433 avec note de M. Lyon-Caen. — Paris, 16 juill. 1907, S. 1908, 2, 46. — Cass. Req., 13 août 1872, S. 1873, 1, 56; D. 1874, 1, 77. — Cass. civ., 27 août 1867, S. 1867, 1, 375, D. 1867, 1, 490. — Cass. civ., 16 mai 1866, S. 1866, 1, 279; D. 1866, 1, 209. — Cass. civ., 21 nov. 1855, S. 1856, 1, 496; D. 1855, 1, 459. — Chambéry, 6 juin 1865, S. 1866, 2, 32. — Guillouard, *Cautionnement*, n° 15. — Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 1197 et les renvois. — V. cep. pour le nantissement, Laurent, XXVIII, n° 436. — Guillouard, n° 19. — Baudry et de Loynes, I, n° 81. — Montpellier, 11 fév. 1842, S. 1842, 2, 265. — Cass., 4 prairial, an XI, S. chr.

[3] Limoges, 11 juin 1854, D. 1855, 2, 50.

[4] V. la description historique de cette idée dans Stoïcesco, *Hypothèque sur soi-même*, th. Paris, 1909.

trat principal. On a même lancé l'idée d'hypothèque indépendante[1]. Et on pourrait généraliser ces idées en les étendant aux autres garanties réelles.

Mais ce contrat est sous la dépendance d'un autre. Non seulement, comme nous le verrons plus loin, l'extinction, la réduction du contrat principal entraînent les mêmes effets à l'égard du contrat de garantie, mais le contrat de garantie passé avant le contrat principal, en même temps ou après lui n'a de valeur, qu'il soit passé entre les mêmes personnes ou entre le créancier et un tiers (cautionnement, engagement de la caution réelle), que dans la mesure où l'obligation garantie en a une.

L'art. 2012 Civ. le dit à propos du cautionnement. « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. » Et ceci doit être étendu à tous les contrats de garantie.

Si l'obligation principale est valable, le contrat de garantie pourra se former[2]. Mais que décider si l'obligation principale est nulle de nullité absolue, annulable, ou constitue une simple obligation naturelle ?

L'art. 2012, al. 2, dit à propos du cautionnement. « On peut néanmoins cautionner une obligation encore qu'elle peut être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé : par exemple dans le cas de minorité. »

On peut, en prenant ce texte comme point de départ, présenter trois systèmes pour la validité des contrats de garantie.

On peut dire qu'en principe l'obligation principale valable peut seule être garantie, que par exception les obligations principales annulables pour incapacité ou vice du consentement sont susceptibles de l'être. C'est l'opinion qui paraît

---

1 V. Baup, *Rapport entre l'obligation et le droit de gage*, thèse Lausanne, 1906, p. 96.

2 Guillouard, *Nantissement*, n° 19. — *Hypothèques*, II, n° 642. Laurent, XXVIII, n° 436.

le mieux concorder avec les travaux préparatoires[1] et qu'adoptent la majorité des auteurs[2], tout en reconnaissant que cette règle ne peut se justifier[3].

La plupart des auteurs admettent toutefois que les obligations naturelles peuvent être garanties[4].

On peut dans un second système admettre avec Paul Pont[5] que les obligations tant naturelles qu'annulables sont susceptibles d'être garanties.

Il nous semble que l'on pourrait donner une solution mieux adaptée aux nécessités pratiques. Dans tous les cas où l'obligation principale est fragile pour des raisons tenant sérieusement à l'ordre public : obligation de jeu, obligation souscrite par violence, par dol, le contrat de garantie est impossible, ou du moins est fragile dans la même mesure que le contrat principal. Si, au contraire, il n'en est pas ainsi, notamment s'il s'agit d'une incapacité purement civile, le contrat de garantie est valable.

Par suite sont illicites :

Les contrats de cautionnement, gage, hypothèque qui garantissent une obligation illicite ;

L'hypothèque qui garantit une obligation frauduleuse[6] ;

---

[1] « Quant aux obligations contractées par erreur, par violence ou par dol... l'effet de l'action est le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale ». Chabot, *Rapp. au tribunal*, *Fenet*, XV, p. 48. — Cf. Treilhard, *Fenet*, XV, p. 38.

[2] Aubry et Rau, IV, § 426, note 15. — Laurent, XXVIII, nos 138 et 139. — Guillouard, *Cautionnement*, nos 58 *bis*, 161 et 230. — Baudry et Wahl, n° 948. — Baudry et de Loynes, *Hypothèque*, II, n° 902. — Huc, XII, n° 167.

[3] Guillouard, n° 58 *bis*. — Baudry et Wahl, n° 948.

[4] Larombière, art. 1235, n° 10. — Colmet de Santerre, V. n° 174 *bis* III. — Guillouard, *Cautionnement*, n° 54. — Baudry et Wahl, n° 947. — Planiol, II, n° 2329. — *Contrà :* Aubry et Rau, IV § 424, note 5. — Laurent, XXVIII, nos 141 et 142.

[5] *Cautionnement*, II, nos 36 et suiv. 287 et suiv. — Colmet de Santerre, V. nos 241 *bis*, II à 241 *bis* IV. Cet auteur prévoit même le cas d'obligation rescindable pour lésion. — Mourlon, III, n° 1125.

[6] Cass. civ., 1er août 1865, S. 1865, 1, 407 ; D. 1865, 1, 356.

Le cautionnement d'intérêts usuraires[1].

Le cautionnement d'une obligation née d'une séparation amiable entre époux, celui d'un marché visant à l'accaparement d'un produit, d'un pacte sur succession future, d'une promesse de supplément de prix d'un office, d'une promesse d'avantage particulier par un failli, d'un partage interdit par la loi, d'une obligation sur cause illicite, d'un acte entaché de lésion[2].

Est également illicite le contrat de garantie visant un contrat principal nul comme une modification illicite à un contrat de mariage[3], ou le contrat de garantie adjoint à un contrat nul à raison d'une incapacité spéciale.

Ainsi : une libéralité à un enfant adultérin, un traité entre un mineur et un ancien tuteur avant reddition de compte[4].

Serait également nul le contrat de garantie d'une dette de jeu[5], d'une loterie[6], ou le contrat de garantie visant à faire

---

[1] Caen, 27 mars 1874, *Rec. de Caen*, 1874, p. 178. — Guillouard, n° 58. Baudry et Wahl, n° 944.

[2] Trib. Seine, 10 juill. 1889, la *Loi*, 30 juill. 1889. — Paris, 18 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 1890, 2, 716.— Cass. civ., 9 mai 1894, S. 1894, 1, 336. — Cass. Req., 18 mars 1895, S. 1896, 1, 11 ; D. 1895, 1, 346. — Bordeaux, 11 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 1882, 2, 107. — Civ., 17 avril 1849, D. 1849, 1, 216.— Grenoble, 4 déc., 1830, S. chr.— Cass. Req., 15 juin 1837, S. 1838, 1, 477. — Paris, 8 fév. 1813, S. chr. — Pau, 16 janv. 1826, S. chr. — Guillouard, n° [illegible] XII, n° 166. — *Contrà :* Colmar, 19 déc. 1845, D. 1846, 2, 197 (donation entre époux excédant le disponible).

[3] Cass. civ., 23 janv. 1894, D. 1894, 1, 394.

[4] Caen, 17 juin 1863, *Rec. Caen*, 1863, p. 184.— Toulouse, 5 fév. 1824, S. chr. — Guillouard, n° 58. — Baudry et Wahl, n° 944.

[5] Cass. civ., 19 juin 1855, S. 1856, 1, 162 ; D. 1855, 1, 292. — Trib. féd. suisse, 23 janv. 1862, *Journ. Trib.*, 12 mars 1892. — Bruxelles, 21 mars 1906, *Belg. judic.*, 1906, 497. — Laurent, XXVII, n° 218. — Guillouard, *Cautionn*, n° 58. — Baudry et Wahl, n° 139. — Huc, XII, n° 166. — Frérejouan du Saint, *Jeu et Pari*, n° 74. Mais ce qui est payé ne peut être répété. On ne peut traiter plus durement l'acte accessoire que l'acte principal. — Paris, 1er avril 1895, *le Droit*, 23 mai 1895. — Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 140.

[6] Trib. Bruxelles, 21 mai 1885, *Journ. Trib.* 1885, 464.

exécuter un contrat passé par violence du créancier, par dol, ou en fraude à l'égard des tiers.

Dans tous ces cas, le signataire du contrat de garantie fera valoir la nullité quelque soit la conduite du débiteur principal : en effet, l'ordre public est en jeu jusqu'à un certain point. Il ne faut pas favoriser l'exécution d'un contrat qui aboutirait à un but illicite, ou couvrirait des actes illicites de dol ou de violence.

Ce dernier point ne peut faire doute si l'obligation principale est frappée de nullité absolue. Mais si elle est frappée de nullité relative, il semble préférable de ne pas admettre la même solution. L'ordre public n'est plus en jeu. Sans doute le débiteur principal ne peut par sa ratification accroître la charge de la caution. Mais il faut considérer qu'en fait celle-ci s'est crue liée quand elle a contracté (sans quoi elle n'aurait pas promis) et qu'on n'empire pas ce qu'elle croyait être sa situation[1]. Ce système est inexact s'il y a dol ou violence, car l'ordre public est intéressé.

Au contraire, lorsque l'obligation principale est fragile pour des questions sans rapport étroit avec l'ordre public, le contrat de garantie est pleinement valable.

Ainsi est valable le contrat de garantie pour une obligation annulable pour une incapacité purement civile de l'obligé.

On peut garantir la dette d'un mineur[2], celle d'une femme mariée[3], même vendant le fonds dotal[4] et renonçant à l'hy-

---

[1] V. en ce sens, Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 955.

[2] Civ., 30 nov. 1812, S. chr. — Civ., 30 mai 1814, S. chr. — Guillouard, nos 57 et 161. — Baudry et Wahl, n° 945. — Pour le mineur émancipé, Paris, 20 janv. 1904, D. 1906, 2, 26. — Trib. Bruxelles, 15 déc. 1867, *Jur. trib.*, 1re *inst.* XIX, 1065 (interdit).

[3] Paris, 24 juill. 1819, S. chr. — Cass. Req., 17 déc. 1834, S. 1835, 1, 544. — Paris, 13 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 1890, 1, 139. — Trib. Lyon, 16 fév. 1888, *Mon. Lyon*, 7 mai 1888. — Demolombe, IV, 342. — Aubry et Rau, IV, § 424, note 7. — Laurent, XXVIII, nos 140 et 147. — Guillouard, n° 57. — Baudry et Wahl, n° 945.

[4] Cass. Req., 3 août 1825, S. chr. — Grenoble, 17 fév. 1847, D. 1848,

pothèque légale[1], celle d'un prodigue[2], ou une donation, qui peut excéder le disponible[3], un effet de complaisance, s'il n'y a pas faute du garanti[4].

On peut même aller jusqu'à décider que l'obligation nulle pour incapacité naturelle de l'obligé peut être garantie. Ce sera le cas pour l'obligation d'un dément[5].

De même on peut garantir l'obligation annulable pour erreur[6]. On peut garantir les obligations nulles pour vice de forme : une donation nulle en la forme, ou un acte du tuteur nul en la forme[7], car cela ne touche guère à l'ordre public.

On peut aussi garantir les obligations naturelles[8], sauf les dettes de jeu, que la loi voit de façon spécialement défavorable. C'est l'opinion de la majorité des auteurs[9].

On pourrait même garantir les obligations imposées par la violence si elle émanait d'un autre que le créancier, ou

---

2, 52. — Montpellier, 7 mars 1850, S. 1850, 2, 381 ; D. 1850, 2, 152. — Guillouard, n° 57. — Baudry et Wahl, n° 945. — Cf. Hean, *Cautionnement de la vente d'un immeuble dotal*, *Revue pratique*, XXX, p. 111.

1 Montpellier, 7 mars 1850, S. 1850, 2, 381.

2 Paris, 16 nov. 1892, D. 1893, 2, 227. — Planiol, II, n° 2331. — Guillouard, n° 57. — Baudry et Wahl, n° 945.

3 Hean, art. cité, *Revue pratique*, XXX, p. 111.

4 Trib. Nivelles, 3 juin 1885, *Jur. trib. 1re inst.*, XXXIII, 913.

5 V. Laurent, XXVIII, n° 148. — Baudry et Wahl, n° 945. — Cf. Guillouard, n° 57 et Aubry et Rau, IV, § 424, note 7, qui distinguent s'il y a intervalle lucide ou non.

6 V. *contrà :* les auteurs cités, *suprà*.

7 *Contrà :* Baudry et Wahl, nos 944, 945 et 953. — Guillouard, n° 58. — Laurent, XXVIII, n° 146.

8 V. Baudry et Barde, II, n° 1676. — Guillouard, *Cautionn.*, n° 54. — Baudry et Wahl, nos 946 et 947. — Planiol, II, n° 2329. — Beudant, *Obligations*, n° 564. — Huc, VII, n° 236. — Colmet de Santerre, V, n° 174 *bis*, III. — Baudry et de Loynes, II, n° 1280. — Bordeaux, 2 fév. 1885, *Rec. Bordeaux*, 1885, 1, 118. — Riom, 27 juill. 1898, *Gaz. Pal.*, 1898, 2, 539. — *Contrà :* Laurent XVII, n° 28 et XXVIII, n° 141. — Aubry et Rau, IV, 5e éd., p. 12, note 24. — Giorgi, I, n° 57. — Tanatia Yordourou, *Oblig. naturelles*, p. 110.

9 V *suprà*, p. 917.

encore les obligations contractées par un représentant sans pouvoir suffisant, ou une ouverture de crédit ; le contrat de garantie sera dans ces cas pleinement valable[1], même si plus tard le débiteur principal fait annuler son obligation. En ce cas, l'auteur de la garantie sera seulement privé de recours contre le débiteur principal[2].

Les solutions précédentes sont applicables lorsque celui qui fournit la sûreté connaît le vice de l'obligation principale. Il s'engage alors comme une caution personnelle ou réelle, mais avec un recours incertain contre le débiteur principal[3].

Si la caution personnelle ou réelle, si le débiteur lui-même promettant un gage ou une hypothèque, l'ont fait, croyant la dette principale valable, il y a de leur part une erreur substantielle sur le but de leur promesse. Il y aura donc nullité[4], mais seulement dans les conditions ordinaires, c'est à-dire s'il n'y a pas erreur unilatérale fautive.

Techniquement, il résulte de ces observations que le contrat de garantie, dont nous venons de montrer les liens avec le contrat principal, en nous fondant sur l'utilité pratique, ne doit peut-être pas être présenté uniquement avec cette idée que c'est un contrat accessoire[5]. C'est une construction

---

1 Trib. Bruxelles, 12 juill. 1880, Pas. 1881, 3, 143.

2 V. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 141. — Frerejouan du Saint, *Jeu et pari*, n° 74.

3 C'est ce que reconnaissent MM. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 952. — Colmet de Santerre, V, n° 241 *bis*, VI, et ainsi ils arrivent à se rapprocher beaucoup de la largeur avec laquelle nous admettons les contrats de garantie. — La cour de cassation (Civ., 6 nov. 1912, S. 1914, 1, 127) a déclaré nulle le cautionnement d'une dette assumée par une personne directement alors qu'en réalité elle pesait sur celle-ci es-qualité. Cette solution s'explique par la théorie de l'erreur.

4 V. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 952. — Huc, XII, n° 169. — Colmet de Santerre, V, n° 241 *bis*, V. — Rapp. Req., 30 juill. 1894, S. 1895, 1, 72.

5 V. cep. Huc, XII, n° 347 et XIII, n° 169.

technique trop ridige, qui mène à des conséquences peu satisfaisantes.

C'est un contrat qui vise au même but que le contrat principal. Il en a l'étendue, il ne lui survit pas. S'il est passé le premier et que le contrat principal ne se forme pas, il est caduc.

Mais il en est indépendant. Il est inutile de dire qu'il se rattache à une obligation naturelle qui doit toujours peser sur le débiteur principal[1]. C'est oublier que les contrats sont libres, qu'on peut faire un contrat ayant tous les effets du cautionnement dès qu'on veut le faire. Et rien n'est plus utile. Le créancier, exposé à se voir opposer des objections diverses par son débiteur, peut traiter avec un tiers qui lui donnera une garantie et lui dira : je la donne ferme ; sur cet édifice fragile de la dette principale, j'entends, moi, vous donner une promesse indiscutable. Et la sécurité des transactions exige cette manière de faire[2].

921. — En dehors des contrats de garantie, le droit français connaît un autre contrat qualifié d'accessoire. C'est le contrat pécuniaire de mariage, lequel doit être antérieur en date au mariage même (art. 1394 Civ.)[3].

Comme le contrat de garantie, ses effets ne survivent pas à l'acte principal, c'est-à-dire au mariage. De plus il est caduc si le mariage n'a pas lieu[4].

---

[1] Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n° 946. — Baudry et de Loynes, II, n° 1289. — Huc, XII, n° 168.

[2] Si la garantie était fournie par le débiteur même, dans un acte postérieur, en connaissant le vice de l'obligation, on pourrait y voir une confirmation tacite. — Cf. Démolombe, XXIX, n°s 778 et 779.

[3] Sur le point de départ de ses effets, v. Timbal, *Point de départ du régime matrimonial*, th. Toulouse, 1901. — V. aussi *suprà*, n° 529.

[4] V. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 196. — Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 276. — Aubry et Rau, IV, 4e éd., § 502, note 2. — Barathon, *Divisibilité des clauses du contrat de mariage*, thèse Paris, 1914, pp. 5 et suiv.

Qu'en est-il si le mariage est annulé ? Tout d'abord cette annulation ne réagit guère sur le contrat de mariage s'il y a mariage putatif, la nullité ayant plutôt ici l'effet d'une cause de dissolution. Et il en est ainsi même si le mariage n'est putatif que par rapport à un époux ; celui-ci peut alors opter pour l'application intégrale du contrat de mariage[1].

S'il n'y a pas mariage putatif, on admet d'ordinaire que le contrat de mariage est sans valeur et que les intérêts des époux se règleront comme en face d'une société de fait[2]. Est-ce très sage ? La loi n'interdit pas les contrats innommés. Les anciens époux n'ont pu faire un contrat de mariage, mais ils ont pu dans les termes du droit commun (c'est-à-dire l'inaliénabilité dotale notamment, étant mise à part), régler le sort de leurs biens mis en commun. Le contrat de mariage devrait donc s'appliquer dans la mesure où s'appliquerait un contrat ordinaire.

Par suite, c'est sans difficulté que le mariage annulable se trouvant validé, le contrat de mariage régulier en lui-même produira ses effets[3].

Ainsi donc, comme pour les contrats de garantie, il faut considérer le contrat de mariage comme n'étant pas un simple accessoire du mariage.

Toutefois, il serait caduc si le mariage n'avait pas lieu,

---

[1] V. Viriot, *Caducité des conventions matrimoniales*, th. Paris, 1908, pp. 316 et suiv. — Demolombe, III, n° 373. — Huc, II, n° 166. — Beudant, *Personnes*, I, n°s 291 et 296. — Laurent, XXI, n° 9. — Guillouard, I, n° 270. — Aubry et Rau, V, § 501, note 7 et § 460, note 18. — Baudry et Fonques Fourcade, II, n° 1925. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 201.

[2] Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 200. — Huc, IX, n° 59. — Guillouard, I, n°s 278 et 279. — Laurent, XXI, n° 9. — Aubry et Rau, 4e éd., V, § 501, note 7. — Viriot, th. citée, pp. 303 et suiv. — Poitiers, 16 juill. 1846, S. 1846, 2, 526. — Paris, 8 mars 1905, *Gaz. Pal.*, 1905, 2, 10. — Cf. Paris, 10 fév. 1892, D. 1892, 2, 493.

[3] Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 202.

ou n'avait pas lieu dans le délai raisonnablement prévu par les parties[4].

922. — Un autre lien étroit existe entre le contrat de mariage même et les donations qui y sont contenues, soit faites par un époux à l'autre, soit plus souvent faites par un tiers.

Chacune de ces conventions : conventions matrimoniales, donations, peut avoir ses causes de nullité propres. Mais la nullité de l'une réagit-elle sur l'autre, à supposer bien entendu le mariage valable[2] ?

En principe, la nullité des donations ne réagit pas sur le régime adopté[3]. Mais ceci ne devrait pas être exagéré et il faudrait voir si en fait une donation n'a pas été une compensation pour un régime matrimonial desavantageux au donataire.

Inversement la nullité du contrat réagit-elle sur les donations ? On est d'accord pour dire que si les donations sont en elles-mêmes régulières, elles tombent cependant si ce sont des donations qui ne peuvent être contenues que dans un contrat de mariage régulier : donation de biens à venir, donation cumulative de biens présents et à venir[4].

Mais la simple nullité du régime ne réagit pas sur les donations même de biens à venir[5].

---

1 Cf. Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 198.

2 En effet, n'oublions pas que les donations faites par contrat de mariage sont faites sous la condition qu'il y aura mariage (art. 1088 Civ.) et mariage valable, v. Baudry et Colin, II, n° 3852. — Laurent, XV, n^{os} 170 et 299. — Demolombe, *Don.*, VI, n° 254. — Aubry et Rau, VIII, p. 57, 4^{e} éd.

3 Cass. civ., 30 nov. 1908, D. 1909, 1, 418. — Cf. Ch. réunies, 21 juin 1892, D. 1892, 1, 369; S. 1894, 1, 449 avec note de M. Bufnoir. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 204.

4 Cass. civ., 19 juin 1870, S. 1872, 1, 281. — Nîmes, 8 janv. 1850, D. 1850, 2, 188; S. 1850, 2, 91. — Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 5. — Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 286.

5 Bordeaux, 1er juill. 1886, D. 1886, 2, 283.

Au contraire les donations de biens présents restent valables. Mais il faut qu'elles aient été expressément acceptées, conformément au droit commun[1] sauf si en fait il s'agit d'argent remis immédiatement, car il y a alors don manuel[2].

On admet que les biens donnés seront soumis à la communauté légale[3]. Mais il nous semble plus conforme à l'intention des parties de dire que les biens ont le sort qu'ils auraient eu si le contrat eut été valable. Ne peut-on pas dans toute donation dire que les biens donnés seront propres en cas de mariage du donataire ?

A plus forte raison les conventions qui ne se lient pas intimement au régime matrimonial restent valables[4].

Le défaut de célébration du mariage dans le temps raisonnablement prévu emporte de même caducité des donations qu'il contient[5].

Si des donations faites par contrat de mariage sont tombées par suite d'une séparation de corps, la réconciliation suivie des formalités de l'art. 1451 Civ. en faisant revivre la communauté fait revivre les donations[6]. Mais on peut

---

[1] Aubry et Rau, *loc. cit.* — Guillouard, 1, n° 287. — Laurent, XXI, n° 55. — Nîmes, 8 janv. 1850, S. 1850, 2, 91 ; D. 1850, 2, 188. — Toulouse, 20 juill. 1852, S. 1852, 2, 450 ; D. 1853, 2, 124. — Cass. civ., 11 juill.. 1853, S. 1854, 1, 49 ; D. 1853, 281. — Cf. Pau, 1er mars 1853, S. 1854, 2, 33. — Montpellier, 9 déc. 1853, S. 1854, 2, 33. — V. aussi Barathon, *Divisibilité des clauses du contrat de mariage*, thèse Paris, 1913, pp. 116 et suiv.

[2] Guillouard, I, n° 288. — Laurent, XXI, n° 55. — Pau, 1er mars 1853, S. 1854, 2, 33 ; D. 1853, 2, 123. — Toulouse, 5 mars 1852, D. 1853, 2, 123.

[3] Laurent, XXI, n° 56. — Guillouard, I, n° 285. — Cass. civ., 29 mai 1854, S. 1854, 1, 437 ; D. 1834, 1, 207. — Cass. civ., 9 janv. 1855, S. 1855, 1, 125 ; D. 1855, 1, 28.

[4] Nîmes, 25 mai 1857, S. 1857, 2, 609. — V. de même trib. Cahors, 11 nov. 1913, *Gaz. Pal.*, 1914, 1, 143, reconnaissance d'un enfant naturel dans un contrat de mariage. — Baudry, Lecourtois et Surville, I, n° 204.

[5] Baudry, Lecourtois et Surville, I. n° 198.

[6] V. Rennes, 23 déc. 1892, S. 1893, 2, 80 ; D. 1893, 2, 281, avec note

aller plus loin et dire que la seule réconcialition de fait ressuscite les donations, cela est conforme à l'esprit de la réconciliation[1]. Cependant. ici se pose la question de savoir si une solennité n'est pas nécessaire[2].

923. — Quand un contrat a été passé et qu'à ce contrat viennent s'adjoindre de nouveaux adhérents, quel lien y a-t-il entre le contrat ancien et le contrat nouveau ?

La question se pose d'abord pour les sociétés lorsque la société accueille de nouveaux associés, spécialement en cas d'augmentation de capital social.

Une société nulle augmente son capital. L'augmentation en elle-même est régulière. Il est cependant admis que cette augmentation n'a pas plus de valeur que la société même[3].

Et cette solution doit être étendue à la fusion par annexion, qui n'est qu'une variétés d'augmentation de capital[4]. Si la société absorbante est nulle, l'absorption sera sans valeur.

Ces règles devraient à l'occasion être transportées en matière de société en nom collectif, sauf qu'à l'occasion de l'entrée d'un nouvel associé la société pourrait être régularisée assez facilement.

Si la société nulle à l'origine venait ensuite à être validée (art. 8 de la loi du 1er août 1893) par la disparition du vice, la raison d'être de la nullité de l'augmentation de capital disparaît et toutes les opérations se trouvent régularisées.

---

de Loynes et sur pourvoi, Req., 27 déc. 1893, S. 1894, 1, 119; D. 1894, 1, 391.

[1] Caen, 15 avril 1885, S. 1887, 2, 193. — Baudry, Lecourtois et Surville, II, n° 987.

[2] V. *suprà*, I, n° 199.

[3] Paris, 26 juill. 1887, D. 1888, 2, 145. — Lyon-Caen et Renault, II, 2, n° 871. — Arthuys, *Soc. comm.*, II, n° 626. — Houpin, *Sociétés*, n° 671. — Floucaud-Penardille, n° 566. — Wahl, *Augmentation de capital*, n° 97. — Cf. Paris, 23 avril 1884, D. 1884, 2, 206.

[4] Lyon-Caen et Renault, II, n° 339. — Arthuys, II, n° 620. — *Non obstat*, Cass. Req., 2 juill. 1873, S. 1873, 1, 306, fondé sur le principe de l'autorité de la chose jugée.

Toutes ces solutions imposées par les besoins pratiques viennent moins d'une idée de contrat accessoire que de ce principe, que l'augmentation de capital n'a été souscrite que par des capitalistes croyant entrer dans une société valable. Il y a une erreur qui entraîne nullité de leur adhésion. De plus la société fonctionnant avec le capital supplémentaire obtenu peut n'avoir en fait qu'un capital insuffisant.

Il faut étendre ces solutions au cas plus rare d'une association nulle qui recueillerait de nouvelles adhésions.

Inversement si une société valable fait une augmentation de capital nulle, la société primitive restera valable. Elle subsistera avec son ancien capital.

924. — Si un même acte contient une constitution d'hypothèque et une cession d'antériorité par un autre créancier, si la constitution est nulle, la cession d'antériorité est nulle également[1]. Il y a un lien à établir entre ces deux opérations tel que si la première tombe, l'autre tombe également. Mais l'inverse ne serait pas vrai. Si l'hypothèque était valable, elle resterait valable bien que la cession d'antériorité fut nulle. Mieux vaut pour le créancier une hypothèque en rang médiocre que l'absence de sûreté.

De même si on a vendu une chose hors du commerce et que cette vente soit liée intimement à un contrat par ailleurs licite dont elle facilite l'exécution, il y a nullité du tout[2]. Ces deux remarques spéciales permettent de dégager un principe. *Si un contrat n'est que l'exécution, la suite d'un autre, en cas de nullité de cet autre, tout tombe.*

Si c'est au contraire le contrat suite qui est nul, l'acte de tête restera valable, à moins que les juges du fait n'estiment qu'il est lié étroitement à l'autre, ce qui se rencontrera d'ordinaire s'ils sont faits par un même écrit.

924 bis. — Si des contrats sont faits simultanément, comme l'assurance des choses diverses, la nullité d'une assurance

---

1 Trib. Marche, 28 avril 57, *Jur. trib. 1re inst.*, VI, 66.
Trib. Colmar, 23 mars 1863, D. 1863, 2, 113.

vicie-t-elle les autres ? La loi suisse du 20 avril 1908, art. 7 et 31, admet que la nullité d'un contrat ne nuit pas à l'autre; si tel qu'il a été fait l'assureur n'avait pas de raison pour ne pas l'accepter.

En France, faute de texte, la jurisprudence admet que la même police visant des risques divers par leur nature, il y a là des assurances séparées et la déchéance pour l'une ne l'entraîne pas pour l'autre[1]. Ainsi en est-il pour l'assurance du risque locatif et du recours des voisins, d'un côté et l'assurance de la chose, de l'autre[2] ; pour l'assurance du risque locatif et celle du mobilier[3] ; pour l'assurance de meubles et celle d'immeubles[4].

Mais lorsque plusieurs objets sont soumis au même risque, la déchéance produit effet pour tous les objets si elle existe pour un seul. On considère qu'il n'y a ici qu'un seul contrat[5].

925. — Lorsque plusieurs personnes s'obligent solidairement et qu'ensuite un ou plusieurs nouveaux débiteurs vien-

---

[1] V. Cremieu, *Rev. de dr. civ.*, 1913, p. 936 et Demogue, id., 1912, p. 186.

[2] Cass. civ., 6 fév. 1900, D. 1904, 1, 491.

[3] Req., 28 oct. 1901, Simonin, *Jurispr. des assur. terrestres*, 1, 261.

[4] Paris, 6 nov. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem. 2, 235. — Trib. Seine, 6 janv. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909, 2e sem., 2, 78. — Paris, 13 mai 1896, D. 1899, 2, 245. — Orléans, 22 janv. 1902, *Gaz. Trib.*, 24 avril, *Simonin*, 2, 811. — Trib. Seine, 21 fév. 1901, id., 3, 655. — Montpellier, 28 fév. 1898, id., 2, 556. — Toulouse, 11 mai 1882, id., 2, 11. — Bordeaux, 13 mars 1911. — Cf. Req., 5 fév. 1856, S. 1856, 1, 451. — *Rev. de dr. civil*, 1911, pp. 917 et 1909, p. 901. — *Contrà:* Paris, 6 juin 1894, D. 1899, 2, 245.

[5] Civ., 11 avril 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 1, 102, *Rev. de dr.* civil, 1912, p. 186. — Dijon, 21 déc. 1875, *Bonn. Marsangy*, 2, 512. — Toulouse, 3 déc. 1877, id., 2, 556. — Bordeaux, 16 mai 1854, id., 2, 155. — *Contrà:* Douai, 28 mars 1877, S. 1877, 2, 242. — Amiens, 30 janv. 1861, *Bonn. de Marsangy*, 2, 241. — Douai, 15 mai 1882, S. 1882, 2, 220. — Cf. Lalande, *Assur. contre l'incendie*, nos 813-818.

nent adjoindre leur promesse solidaire, dans quelle mesure celle-ci dépend elle de la valeur des précédentes ?

Il est conforme à l'intention des parties de dire que toute promesse solidaire qui a escompté d'autres promesses à côté d'elles est sans valeur, si elles ne se réalisent pas[1]. Car on a entendu bénéficier du recours qui existe entre codébiteurs solidaires. Si on n'en bénéficie pas, il y a erreur sur un effet essentiel de l'engagement.

Nous ferons application de cette règle[2], sauf intention contraire[3]. Nous l'appliquerons également si plusieurs personnes sont cautions du même débiteur[4].

Nous ne ferons exception qu'au cas où le nouveau débiteur connaissait la nullité[5].

926. — Les mêmes solutions doivent s'étendre à l'indivisibilité soit naturelle, soit conventionnelle, car des difficultés de même genre peuvent se présenter et il y a les mêmes raisons de les solutionner comme pour la solidarité[6].

Ainsi dans ces deux cas, de solidarité ou d'indivisibilité, le lien entre les diverses promesses vient de ce qu'il y a erreur substantielle lorsque toutes les obligations escomptées, déjà nées ou à naître, ne se rencontrent pas. Il y a une erreur sur les effets essentiels de l'engagement.

926 bis. — Si un contrat est conclu comme clause d'un

---

[1] V. Cass. Req., 26 juill. 1832, S. 1832, 1, 492. — Metz, 24 fév. 1831, S. 1831, 2, 199.

[2] V. Demolombe, XXVI, n° 388. — *Contrà:* Baudry et Barde, II, n° 1244. — Larombière, art. 1208, n° 10 *in fine*. — Laurent, XVII, n° 300.

[3] Trib. Bruges, 17 avril 1878, Pas. 1878, 3, 190.

[4] Comp. trib. fédéral suisse, 5 juill. 1895, S. 1896, 4, 22, qui a admis en ce cas la réduction partielle. — Cf. Baudry et Wahl, *Cautionnement*, n^os^ 959 et 960. — Guillouard, n° 165.

[5] Demolombe, XXVI, n° 388.

[6] Cf. trib. Nivelles, 5 déc. 1888, *Journ. trib.*, 1889, 71 (promesse de vente d'un bien indivis qui pour une part ne peut être vendu, nullité du tout).

autre : par exemple si un bail de logement dans l'immeuble où il travaille ou à proximité est passé par un employé accessoirement au contrat de travail, les deux opérations sont liées, de sorte que le contrat de travail disparaissant l'autre disparaît en même temps[1]. Mais ceci ne doit pas être exagéré. Si le bail vise une boutique, et non seulement un logement, pour ne pas expulser subitement l'employé, il convient de tenir compte du besoin de conserver la clientèle[2].

De même le contrat d'adhésion à la législation des accidents du travail (loi 18 juillet 1907) tombe si le contrat de travail est nul[3].

Mais les prestations accessoires d'un bail par exemple fourniture de force motrice, fourniture de travail au locataire ne sont des clauses dépendantes du bail que si elles se rattachent à une jouissance plus complète de la chose.

Il y aurait au contraire un contrat indépendant si le bailleur faisait des avances d'argent au locataire, même sous la condition de prendre à bail[4].

926 ter. — La question de l'unité ou de la multiplicité des contrats se pose aussi dans les contrats destinés à s'exécuter pendant un certain temps : bail, société, mandat, dépôt, prêt, assurance. Si le contrat se fractionne en périodes à la fin de chacune desquelles une partie peut mettre fin au contrat, il n'y a qu'un seul contrat et la capacité n'est exigée qu'au moment de la convention primitive[5]. A première vue, il semble qu'il en est autrement dans les autres cas. S'il y a

---

[1] V. Paris, 8 mai 1920, *Gaz Pal.*, 1920, 1, 595, *Revue de droit civil*, 1921, p. 265.

[2] Trib. Seine, 27 nov. 1908, *Gaz. Trib.*, 1909, 1er sem., 2, 316, *Rev. de dr. civil*, 1909, p. 705.

[3] Cabouat, *Extension du risque professionnel*, I, p. 91.

[4] V. Fubini, *Locazione di cose*, I, n° 59. — V. l'application de ces principes à propos de la détermination des clauses du bail opposables à l'acquéreur de la chose, id., II, nos 799-808.

[5] V. Fubini, *Locazione di cose*, I, n° 230.

des périodes, et que chacune des parties puisse renouveler le contrat en en manifestant la volonté, alors il y a pour les périodes à venir promesses unilatérales de contrats. De même si le contrat se renouvelle par tacite reconduction il y a un contrat nouveau. La tacite reconduction peut être partielle. Aussi on peut douter que les actes des administrations qui exigent autorisation puissent se renouveler de cette manière[1].

Mais à ce point de vue individualiste s'oppose un point de vue social favorable à l'idée d'unité si l'on envisage divers contrats qui ne font que perpétuer un état, un statut. Une institution vit par les divers actes qui la continuent comme un homme par les différents actes qu'il fait. Une promesse de vente contenue dans un bail semble devoir se proroger si le bail est prolongé par tacite reconduction[2].

En dehors des contrats successifs, la question de l'unité de contrat se pose encore si un contrat contient deux clauses devant s'exécuter alternativement au profit de deux personnes différentes comme une donation entre futurs époux au profit du survivant, une assurance par deux époux au profit du survivant. Là encore, il faut plutôt techniquement admettre qu'il y a un seul contrat. On a une vue plus exacte de l'opération que si on la décompose. Le droit, science sociale, pour saisir le social tend à la synthèse. L'analyse n'est qu'un premier stade[3].

926 quater. — Des contrats ayant leurs conditions de validité indépendantes peuvent cependant à certains points de vue être considérés comme formant un tout. Ainsi la licitation d'un immeuble au profit de plusieurs cohéritiers si elle est suivie du partage ne fait qu'un acte ayant effet déclaratif[4].

---

[1] Cf. Fubini, I, nos 258 et suiv.

[2] V. *Revue de droit civil*, 1922, p. 649. — Demogue, Note S. 1911, 2, 129.

[3] V. sur cette question, Labbé, S. 1889, 2, 121. — Trib. d'Alais, 22 fév. 1918, D. 1919, 2, 1, et *Rev. de dr. civil*, 1919, p. 512.

[4] V. Civ., 12 mars 1900, S. 1900, 1, 369; D. 1901, 1, 521. — Civ.,

Le lien est ici subjectif et résulte de l'intention de préparer le partage. En cas de rescision pour lésion, les partages partiels sont additionnés pour examiner s'il y a lésion[1]. Le lien est ici objectif. Mais un lien subjectif peut suffire. Le partage de deux indivisions se faisant par un même acte, on calcule la lésion sur l'ensemble[2].

926 quinquies. — Un contrat complet par lui-même peut aussi se compléter par un autre contrat qui y ajoute une clause. Celle-ci vient s'accoler au premier et ne fait qu'un avec lui. Au point de vue effet, tout se passe comme si le premier avait été passé avec la clause : terme, condition, charge de substitution. Le second acte ne peut parfois être fait que dans certaines conditions : comme en cas de charge de substitution (art. 1052 Civ.), outre celles ordinaires de consentement non vicié et de capacité.

926 sexties. — Quand deux actes sont passés entre personnes différentes, ils sont d'ordinaire indépendants même s'ils sont constatés par le même écrit. Toutefois, il en est parfois autrement s'ils sont indivisibles. Un partage d'ascendants étant fait par le père et la mère de leurs divers biens, l'action en nullité ne peut être intentée avant le décès des deux donateurs[3] et ne se prescrit que de ce jour-là.

Ceci est exceptionnel. Et une vente de meubles et immeubles pour un seul prix donne lieu à rescision si après ventilation on constate une lésion importante[4] et à plus forte

---

11 janv. 1909, S. 1912, 1, 49, avec note de M. Wahl, D. 1909, 1, 81, avec note de M. Planiol. — A. Colin et Capitant, III, p. 495. — Baudry et Wahl, *Successions*, III, p. 3318.

1 Req. 18 avril 1899, S. 1899, 1, 321, avec note de M. Wahl. — A. Colin et Capitant, III, p. 570. — Aubry et Rau, X, 5e éd., p. 227. — Baudry et Wahl, id., III, n° 3463.

2 Baudry et Wahl, n° 3456.

3 Req., 16 nov. 1885, S. 1886, 1, 454. — Orléans, 29 juill. 1880, S. 1884, 1, 259. — Req., 25 fév. 1878, S. 1881, 1, 73. — Aubry et Rau, XI, 5e éd., p. 621. — Demolombe, XXIII, n° 227.

4 Lyon, 10 juin 1875, S. 1876, 2, 119. — Aubry et Rau, V, 5e éd., p. 177. — Baudry et Saignat, *Vente*, n° 681.

raison si les meubles et les immeubles n'appartiennent pas à la même personne.

927. — En cas de subrogation conventionnelle, on fait intervenir dans la créance un nouveau personnage, le créancier subrogé. Quelle est sa situation si la dette n'existait pas, était nulle ou annulable ? Il peut agir en répétition de l'indû contre le créancier[1].

En outre, si la subrogation a été consentie par le débiteur, il semble bien que celui-ci en convenant avec le tiers qu'il fera le paiement qui, en fait était inutile, est responsable et peut être poursuivi pour le dommage que sa faute a causé[2].

En résumé l'inexistence de la créance fait tomber le paiement fait par le tiers qui est désormais sans cause, ou qui plus exactement constitue un paiement fait par erreur.

Inversement si la subrogation est nulle, la dette primitive subsiste-t-elle ? Le subrogé peut-il reprendre les deniers qu'il a versés ? Oui, car si le créancier a touché ce qu'on lui devait il l'a touché de qui n'était pas débiteur.

928. — Lorsqu'une obligation est novée, soit par un changement de créancier, soit par un changement de débiteur, dans quelle mesure la valeur de l'obligation primitive influe-t-elle sur l'obligation nouvelle ?

La question est assez voisine de celle que nous avons examinée à propos des contrats de garantie.

---

[1] Cass. civ., 4 fév. 1846, S. 1846, 1, 97 ; D. 1846, 1, 49, sur renvoi. Monpellier, 15 déc. 1847, D. 1848, 2, 29 ; S. 1848, 2, 525. — Req., 19 mars 1894, S. 1898, 1, 318 ; D. 1895, 1, 76 (implic.). — Baudry et Barde, II, nos 1521, 4° et 1577. — Aubry et Rau, IV, § 321, texte et note 24. — Larombière, art. 1250, n° 27. — Demolombe, XXVII, n° 330. — Huc, VIII, n° 49. — Colmet de Santerre, V, n° 189 *bis*, IX. — Laurent, XVIII, n° 14. — *Non obstat*, Req., 21 mars 1905, S. 1907, 1, 261 ; D. 1908, 1, 212, où le paiement n'avait pas eu lieu par erreur.

[2] Larombière, art. 1250, n° 91.

Si la dette originaire est nulle pour une raison tenant à l'ordre public, la novation sera nulle également[1].

Il faut donner une solution voisine si la dette originaire est une dette de jeu. A cause de son caractère demi illicite, la novation ne créera qu'une obligation naturelle[2].

Que faut-il décider dans les autres cas où l'obligation première est fragile : obligation annulable ou obligation naturelle ?

Si on nove une obligation naturelle, on entend lui donner une nouvelle force. De même en cas de novation par changement de créancier ou même de débiteur d'une obligation annulable. Les parties entendent plutôt substituer à une dette fragile quelque chose de stable[3]. C'est là une solution d'interprétation de volontés. On peut de même nover une dette conditionnelle en la remplaçant par une dette pure et simple comme on peut faire l'inverse[4].

Mais ces principes doivent-ils encore être atténués par la théorie de l'erreur ? Oui, il faudra tenir compte de l'erreur du débiteur lorsqu'elle ne sera pas une erreur unilatérale fautive[5].

---

[1] V. Paris, 28 mars 1846, D. 1846, 4, 382. — Demolombe, XXVIII, n° 244. — Baudry et Barde, III, n° 1691.

[2] Les auteurs semblent même dire qu'il y a nullité complète. Demolombe, XXVIII, n° 257. — MM. Baudry et Wahl, *Contrats aléatoires*, n°s 102-104, admettent au contraire la validité complète de la novation, sauf au cas de novation par changement de créancier. — V. de même Frerejouan du Saint, *Jeu et pari*, n°s 53-56. — Cf. Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — Paris, 27 nov. 1858, S. 1859, 2, 88. — Rouen, 14 juill. 1854, S. 1855, 2, 170. — Cour sup. d'Autriche, 14 déc. 1898, S. 1900, 4, 21. — Req., 17 janv. 1881, S. 1882, 1, 160 (transactions à à la suite de dettes de jeu). — Cf. Angers, 26 juin 1895, P. F., 1897, 2, 121.

[3] Bordeaux, 24 août 1848, S. 1850, 2, 17. — Paris, 24 avril 1858, S. 1858, 2, 423. — Poitiers, 2 juill. 1872, S. 1873, 2, 112; D. 1872, 2, 166. — Angers, 26 juin 1895, Pand. fr., 1897, 2, 121 (novation de dettes naturelles).

[4] V. Giorgi, *Obbligazioni*, V, n° 80.

[5] V. comme aboutissant à ces solutions, Baudry et Barde, II, n° 1678

Si une novation est nulle, alors la dette primitive subsiste dans toute sa force ancienne. C'est l'application très simple du droit commun.

929. — *Lien entre contrats en droit comparé.* — Les législations étrangères se sont peu occupées du lien entre les contrats: toutefois, elles prévoient d'ordinaire le rapport entre le cautionnement et l'obligation principale[1], entre la novation et la dette qui doit s'éteindre. Parfois elles parlent du lien entre le mariage nul et le contrat de mariage. Rarement elles s'occupent du rapport entre les sûretés réelles et la dette garantie. Après avoir admis qu'on ne peut garantir une dette nulle, les codes hésitent au cas où la nullité est simplement relative. Il ne se dégage pas encore ici un système général.

929 bis. — *Droit autrichien.* — Le droit autrichien précise (art. 1351 Civ.) qu'on ne peut se rendre caution pour des obligations nulles ou éteintes, ni les nover. D'après l'art. 1352, par exception, le garant d'une personne qui ne peut s'obliger, est regardé comme codébiteur solidaire quand même l'incapacité lui aurait été connue.

La dette annulable peut en général être novée. Mais elle n'a pas plus de force que la dette éteinte[2]. Si la caution s'exécute, le cautionnement se trouve par là même fortifié. Un tiers peut d'ailleurs toujours promettre une certaine obligation comme promesse indépendante.

Pour le gage, l'art. 449 exige qu'il repose sur une obligation valable, la loi hypothécaire du 1er juin 1822, art. 2,

---

et III, nos 1692 et 1694. — Demolombe, XXVIII, nos 245 à 247 et n° 256. — Colmet de Santerre, V, nos 174 *bis*, III et 219 *bis*, III et IV. — Larombière, art. 1235, nos 10 et 11 et 1271, n° 19. — Aubry et Rau, 5e éd., IV, pp. 11 et 349. — Planiol, II, n° 534. — Beudant, n° 564 — Lomonaco, II, n° 136. — Tanatia Yudourou, p. 104. — Huc, VIII, n° 105 et VII, nos 236 et 237. — *Contrà:* Laurent, XVII, n° 29 et XVIII, nos 245 à 248. — Georgi, VII, n° 251.

[1] V. art. 1858 hollandais semblable à notre art. 2012.

[2] V. Kirchstetter, *Commentar*, p. 666.

répète à peu près la même chose. Ceci est interprété comme excluant ces garanties pour la dette naturelle[1].

930. — *Droit italien*. — Le code italien s'est contenté de reproduire dans l'art. 1899 l'art. 2012 du code français et d'admettre le mariage putatif dans l'art. 116.

931. — *Droit portugais*. — Le code, qui ne précise le rapport entre le contrat accessoire et le contrat principal ni pour le gage, ni pour l'hypothèque, règle la question pour le cautionnement (art. 694 et 822).

Il suppose une obligation principale valable, ou nulle pour incapacité du promettant (art. 822)[2]. En ce dernier cas, la rescision de la promesse de l'incapable ne profite pas à la caution.

Par exception, le cautionnement des dettes des fils de famille est nul (art. 822 et 1535) sauf quelques cas spéciaux : mineur empruntant pour sa subsistance et se trouvant éloigné de ceux qui peuvent l'autoriser, mineur ayant la libre administration de ses biens, ou ayant ratifié (art. 1536).

La novation ne peut s'appliquer à une obligation nulle, mais elle peut intervenir pour une dette annulable[3].

932. — *Droit espagnol*. — Le code espagnol de 1889, contient quelques dispositions sur les contrats accessoires. L'art. 1208 décide que « la novation est nulle si l'obligation primitive l'était également, à moins que la cause de nullité n'ait pu être invoquée que par le débiteur, ou que la ratification n'ait validé des actes nuls à l'origine. » D'après M. Mansera y Navarro[4], s'il y a nullité pour vice du consentement, la novation la couvrira, et s'il y a novation par changement de débiteur, si le nouveau débiteur connaît la nullité, il ne

---

[1] Kirchsetter, *Commentar*, p. 258.

[2] Mais ceci ne vise que les cas d'obligations rescindables et non ceux d'obligations absolument nulles. Ferreira, *Codigo civil portuguez*. II. p. 211.

[3] Moreira, *Direito civil português*, II, p. 288.

[4] *Codigo civil espanol*, VIII, p. 434.

peut pas invoquer la nullité de la novation. Mais en ce cas d'expromissio, le débiteur primitif qui est étranger à l'expromissio ne peut être exposé à l'action en répétition par le second débiteur.

D'autre part, l'art. 1824, et les auteurs lui donnent la même portée[1], reproduit à peu près la solution de l'art. 2012 du code français pour le cautionnement. Et l'art. 1857 sans préciser indique que le gage et l'hypothèque supposent une obligation principale, ce que l'on entend comme reproduisant la solution de l'art. 1824[2].

Enfin l'art. 69 donne les effets civils au mariage contracté de bonne foi.

933. — *Droit allemand*. — Le code civil allemand est très sobre concernant les contrats liés entre eux. Il s'est contenté dans quelques textes d'accentuer le caractère accessoire de certains contrats et les commentateurs ne se sont pas préoccupé beaucoup de la question bien que l'on trouve sous leur plume à divers propos l'expression d'*Hauptvertrag*.

L'art. 768 et l'art. 770 accentuent cependant le caractère accessoire du cautionnement. « La caution peut faire valoir les exceptions appartenant au débiteur principal. » « La caution peut se refuser à satisfaire le créancier tant que le débiteur principal conserve le droit d'attaquer par voie d'annulation l'acte juridique sur lequel se fonde son engagement. »[3]. Et cette solution doit être généralisée et étendue aux autres sûretés[4].

D'autre part, en cas de nullité de mariage, un époux peut « à supposer que la nullité ne lui fut pas connue dès l'ori-

---

[1] Mansera y Navarro, *op. cit.*, XII, p. 198. Cet auteur se rattache très nettement à l'idée que le cautionnement est accessoire et qu'il tombe si l'obligation principale tombe. Il explique la restriction en cas d'exception personnelle par le caractère personnel de ces exceptions (p. 205).

[2] Manresa y Navarro, *op. cit.*, XII, p. 382.

[3] V. *Trad. officielle*, II, pp. 299-301. — Crome, II, p. 877. — Endemann, I, p. 1195.

[4] Dernburg, *B. G. B.*, II, p. 817.

gine, exiger après la déclaration de nullité ou la dissolution du mariage, que leurs rapports de nature patrimoniale... soient réglés comme si le mariage avait été rompu par divorce à l'époque de la déclaration de nullité ou de la dissolution » (art. 1345, al. 1)[1].

934. — *Droit suisse*. — A l'exemple du droit français le droit suisse n'a réglé formellement que quelques points.

D'après l'art. 494, al. 1 et 3 du code revisé des obligations, « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. La dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité, n'oblige pas le débiteur, peut être valablement garantie, si la caution, au moment où elle s'est engagée, connaissait le vice dont le contrat était entaché du chef du débiteur. » Ainsi pour toute dette qui n'a rien de contraire à l'ordre public, le cautionnement est possible. Il en est de même de toute autre garantie, gage, etc.[2].

Pour la novation prévue dans les art. 115 et suiv., à défaut de texte, il est admis que l'on nove valablement une obligation annulable, mais non pas celle frappée de nullité absolue ou inexistante[3]. D'autre part, si la novation est nulle, l'obligation ancienne subsiste[4].

En matière de mariage, d'après l'art. 134, al. 2, s'il y a nullité de mariage, « la liquidation des biens matrimoniaux et des indemnités réclamées par les époux à titre de dommages-intérêts, les pensions alimentaires ou réparations morales, sont réglées comme en cas de divorce ». Ainsi la nullité agit plutôt comme une cause de dissolution, conformément au principe de l'art. 132 Civ.[5].

---

1 V. *Trad. officielle*, III, p. 78.

2 V. Rossel, *Code revisé des obligations*, p. 530, note 2.

3 Rossel, *op. cit.* p. 151.

4 Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, art. 116, nº 33.

5 V. Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, I, p. 193. — Curti Forrer, p. 113.

APPENDICE

Les contrats entre États

935. — Les contrats entre Etats qui se forment sous le nom de traités ou de conventions obéissent quant à leur formation aux mêmes règles générales que les contrats privés, mais modifiées un peu par la nature des actes et leur gravité. Sans doute, nous avons vu que l'on élimine la violence. Il faut en fait presque éliminer l'erreur qui sera rare, mais qui peut cependant se produire[1]. La convention pourrait aussi être dénoncée pour dol. L'objet doit être licite, c'est-à-dire non contraire aux règles essentielles de l'humanité[2]. Les contractants doivent être capables, c'est-à-dire reconnus comme Etats souverains[3].

Les traités peuvent être complets par eux même ou n'être que des promesses de contrats.

Le traité conclu par des plénipotentiaires ayant pleins

---

[1] V. Bonfils, *Dr. international public*, n° 318. — Cf. Merighnac, *Droit international public*, II, p. 637. — Pradier-Fodéré, I, n°s 1075 et suiv.

[2] Cf. Pradier-Fodéré, I, n°s 1081 et suiv.

[3] V. Merighnac, II, p. 642. — Pradier-Fodéré, *Droit international public*, I, n° 1058.

pouvoirs, exige cependant une formalité spéciale : la ratification. Elle suppose l'approbation donnée par l'autorité ayant compétence d'après le droit public interne. Le traité n'entre en vigueur qu'après notification de la ratification, ou même plus tard s'il en a été ainsi décidé. Cependant certains auteurs admettent que la ratification rétroagit au jour de l'échange des signatures[1]. L'Etat dont les représentants ont signé, libre de ne pas ratifier[2] le traité, a du moins l'obligation d'examiner le traité et de le présenter pour ratification au pouvoir compétent. Parfois un délai est fixé pour cette ratification.

Le traité d'intérêt général peut comme les contrats ouverts (V. *suprà*, n° 589), être l'objet d'accession ou d'adhésion de la part de tiers. L'Etat qui accède est considéré comme partie au traité[3]

---

[1] V. Merighnac, II, p. 667. — Cf. Pradier-Fodéré, 1, n° 1118.

[2] Bonfils, *op. cit.*, n° 828. — Merighnac, *op. cit.*, p. 654. — Pradier-Fodéré, I, n° 1114.

[3] V. Bonfils, *op. cit.*, n° 833. — Merighnac, II, p. 671. — Pradier Fadéré, I, n° 1145 et suiv.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE IX

Des avant-actes et spécialement des avant-contrats

463. La formation successive des actes juridiques..... 1
464. Nécessités pratiques auxquelles elle répond..... 3
465. Son intérêt pratique 4
466. Origine de la théorie de l'avant-acte. Avant-contrat Critique de ce terme. Théorie du testament et du contrat par testament. Généralisation technique.... 5
467. Quand y a-t-il avant-acte ? Punctation..... 9
467 *bis*. Avant-acte et acte-condition..... 11
468. Plan 12
468 *bis*. Autres cas de formation successive des contrats.. 12

Promesses unilatérales de contrats

469. La promesse bilatérale 13
470. Possibilité de retarder ses effets. Application à la licitation au profit d'un cohéritier en cas de clause d'attribution 14
471. Promesse unilatérale de contrat..... 17
472. Seul cas prévu par le code. La vente à l'agréage..... 17
473. Conditions, modalités de la promesse unilatérale.... 19

474. Pouvoir d'appréciation des juges pour savoir s'il y a promesse unilatérale 21
475. Validité de la promesse unilatérale A. *Formule d'acte.* 22
476. Capacité qu'elle exige 25
477. Nombre d'exemplaires exigés pour la promesse unilatérale 25
477 *bis*. Promesse au nom d'un incapable..... 26
477 *ter*. Promesse au profit d'un tiers. Promesse d'acte soumis à autorisation 26
478. L'incapable peut seul recevoir une promesse unilatérale 27
479. Acte fait par l'incapable et subordonné à l'autorisation. 28
480. Acte fait par un mineur ou un interdit et soumis au consentement du tuteur 29
481. Acte fait par un administrateur du bien d'autrui et soumis à autorisation 31
482. Résumé A. *Formule*..... 32
483. Acte soumis à approbation par l'intéressé..... 33
484. Cas où l'approbation ou le consentement n'ont pas lieu. Promesse par un incapable 34
485. Théorie de l'acceptation provisoire des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique.... 34
485. Valeur de l'entente entre un tiers et celui qui doit autoriser l'incapable 35
487. La promesse d'autorisation 37
488. Application de ces règles au droit public..... 38

Promesses ayant un objet ou une cause futur

489. Exposition. Renvoi 40

Promesses d'actes solennels

490. Quelle est la valeur de la promesse d'actes solennels. Distinction 41
491. Validité des promesses d'actes déclarés solennels par crainte de fraude..... 42

492. Nullité des promesses d'actes déclarés solennels pour sauvegarder la liberté des parties. — Forme de promesses unilatérales d'actes de ce genre..... 44
493. Promesses de mariage. Conséquences de leur rupture. 45
494. Mode de preuve des promesses de mariage..... 55
495. Promesses de reconnaissance d'enfant, de testament, de donation 58
496. Promesses sous seing privé d'hypothèque 59
497. Promesses de démission d'un office 60
498. Promesses d'actes solennels en droit public..... 61
499. Moyens indirects pour amener à passer un acte solennel 61

Promesses d'actes soumis à un mode spécial de preuve.

500. Principe sur la valeur de ces promesses. Applications. 62
501. Application à la promesse de société..... 63

Promesses de contrats réels

502. Validité de cette promesse. Mais n'est-ce pas un contrat synallagmatique de sorte qu'il n'y aurait plus de contrat réel ? Construction technique. Contrat sujet à approbation 64
502 *bis*. Contrat soumis à approbation. Passation d'un contrat accessoire ou d'un acte subordonné à un autre 70
503. Validité du contrat accessoire antérieur à l'acte principal. Renvoi 70
503 *bis*. Saisie-arrêt sur un non débiteur..... 70
503 *ter*. Acte à faire dans un certain délai. Acte juridique incomplet à raison de l'inexistence ou de l'indétermination d'une promesse 71
504. Enoncé de la question pour les personnes futures. Solution pour les personnes indéterminées présentes et futures. Absence de plusieurs conditions essentielles 71

505. Plusieurs conditions peuvent simultanément faire défaut 72

Effets du droit né de l'avant-acte

506. Les droits nés dans les cas précédents ne sont pas conditionnels mais éventuels 74
507. Actes que peut faire le titulaire d'un droit éventuel.. 74
508. Extinction du droit éventuel. — Saisie-arrêt sur ce droit 76
509. Effet d'une loi nouvelle sur le droit éventuel..... 77
510. En quel sens le droit éventuel est irrévocable. Obligations du débiteur 78
511. Sûretés qui peuvent accompagner le droit éventuel.... 79
512. Délai dans lequel peut s'utiliser le droit éventuel.... 79
513. Effet de la prescription trentenaire 81
514. L'acte doit être absolument complet à la fin du délai.. 82
515. L'acte définitif peut-il toujours être passé dans le délai. *Clausula sic rebus stantibus* 83
516. Effet des diminutions de valeurs et plus-values..... 87
517. Transmissibilité du droit éventuel 88
518. L'acceptation de la promesse unilatérale peut être tacite 89
519. Elle ne peut être que pure et simple. Distinction de la punctation 89
520. Effet du contrat complété..... 91
521. A quelle date le contrat complété produit-il ses effets. Jurisprudence. Effets à l'égard des tiers. Fraude.. 93
521 *bis*. Forme de l'acte définitif..... 96
522. Effet de la promesse de contrat en cas de saisie..... 96
523. Transcription de la promesse de vente..... 97
524. Régime fiscal des promesses de contrats..... 98
525. Autres effets de la promesse de contrat. Jurisprudence. 99
526. Effets divers des promesses de bail, d'hypothèque, de société. Actes soumis à autorisation..... 102
527. Appréciation de la jurisprudence..... 103

528. Cas de contrat accessoire antérieur au contrat principal 105
529. Date des effets du contrat de mariage..... 106
530. Construction technique de l'avant-acte..... 107
530 *bis*. Conditions de validité de l'avant-acte. Application à la clause compromissoire. — Lésion 111
530 *ter*. Effet de la nullité de l'avant-acte..... 112
530 *quarter*. Des après-actes..... 113
530 *quinquies*. Des tiers consentements après les actes. Droit d'opposition des tiers..... 115
530 *sexties*. Actes ne produisant effet qu'après d'autres.. 116
531. Droit comparé 116
531 *bis*. Droit autrichien 116
532. Droit italien 117
533. Droit portugais 118
534. Droit espagnol 119
534. Droit allemand 121
536. Droit suisse 123
537. Droit anglais 127
538. Droit belge 127
538 *bis*. Droit tunisien et marocain 127

CHAPITRE X

Du consentement et de la formation des actes juridiques en général

539. Conséquences de l'autonomie de la volonté et point de vue social à propos de la formation des actes juridiques 129
540. Nécessité d'une manifestation extérieure de la volonté. Direction et notification 132
540 *bis*. Volonté du notifiant..... 133
540 *ter*. Notification par rapport au destinataire 136
540 *quater*. Irrévocabilité de la notification..... 139

540 *quinquies*. Notification et déclaration tacite..... 140
540 *sext*. Cas où la notification est nécessaire 140
540 *sept*. La connaissance vaut-elle notification ?..... 141
540 *oct*. Volonté simple et volonté multiple..... 141
541 Plan. Formation des actes juridiques unilatéraux.... 142
542. Quand l'acte unilatéral devient-il définitif..... 142
543. Acte unilatéral visant une personne déterminée..... 144
544. Acte unilatéral visant des personnes indéterminées.... 145
545. Actes unilatéraux collectifs ou actes complexes..... 147
545 *bis*. Effet de l'acte unilatéral devenu définitif. Le retrait. Formation des actes juridiques bilatéraux.... 149
546. La formation de ces actes est une question de fait.... 149
547 Actes bilatéraux entre présents..... 150
548 Des conventions par téléphone..... 150
549. En principe les conventions sont possibles entre absents 151
550. De l'offre ayant une valeur juridique. La réclame. Rôle de l'idée de faute 152
551. Jurisprudence. Application à l'assurance, à la vente aux enchères, aux contrats par appareils automatiques 155
552. Conditions tacites qui peuvent accompagner l'offre.. 158
552 *bis*. Offre tacite. Offre *à personne* déterminée ou indéterminée 159
552 *ter*. Offre forcee et monopole..... 161
552 *quater*. Offres multiples 162
553 L'offre non acceptée. Valeur juridique de l'offre..... 162
553 *bis*. Offre perdue ou arrivant en retard 164
553 *ter*. L'offre est techniquement un acte..... 164
553 *quater*. Qui supporte les frais et les reponsabilités des essais 164
554. Responsabilité pour rupture de pourparlers. Théorie de M. Faggella. Théorie générale des pourparlers.. 166
554 *bis*. La punctation 170
554 *ter*. L'acceptation 171

555. Le silence peut-il valoir acceptation ? — Devoir de veiller sur l'objet envoyé..... 172
556. Le silence considéré comme faute ou comme refus. Date du contrat en ce sens 180
557. L'acceptation peut-elle résulter d'une déclaration adressée à des tiers 181
558. Révocation de l'offre non arrivée à destination..... 182
559. Révocation de l'offre arrivée à destination..... 183
560. Effet du décès, des incapacités, de la faillite sur une offre faite 190
560 *bis*. Clause *sic rebus stantibus* dans l'offre et dans la réponse 193
561. Jusqu'à quel moment l'offre peut-elle être révoquée.. 193
561 *bis*. Construction technique sur l'offre irrévocable. — Application au testament 194
562. Le refus de contracter peut-il obliger à indemnité ? — Refus d'autorisation, d'agrément 196
563. Le fait d'engager à ne pas contracter est-il licite ? Mise à l'index :..... 201
564. Les acceptations et des accords de caractère non juridique 203
565. Mode fixé pour l'acceptation. Interprétation..... 205
566. Délai fixé pour l'acceptation. Interprétation A. *Formule* 205
567. Cas de proposition faite par intermédiaire ou à un incapable 207
568. De l'offre faite sans fixation de délai. Sa durée..... 208
569. L'offre tombe d'elle-même à la fin du délai fixé. Lettre retardée ou perdue 209
570. Défaut de valeur de l'offre refusée. De la contre-proposition 210
571. Révocation de l'acceptation. — Effet de la mort ou de l'incapacité de l'acceptant 211
572. Moment de formation du contrat d'après la jurisprudence 212

573. Système de la déclaration..... 215
574. Système de l'expédition..... 216
575. Système de la réception..... 217
576. Système de l'information 217
577. Examen de la question..... 220
578. Solutions des questions de risques, de réponses à peu près simultanées émanant de plusieurs personnes, de point de départ de la prescription, de transfert de propriété 223
578 *bis*. Contrat dont certaines conditions sont fixées par un tiers, par un contractant..... 224
578 *ter*. Contrat à acceptation non réceptice 224
579. Question des contrats passés avant faillite..... 225
580. Lieu de formation du contrat. Jurisprudence. Appréciation. A. *Formule*..... 226
581. Effet du contrat formé 231
581 *bis*. Suite 233
581 *ter*. id. Cas de denier à Dieu..... 233
582. Sur quels points doit porter l'entente. Points essentiels dans les principaux contrats..... 233
583. Des propositions qui se croisent..... 237
584. Desaccord sur la quantité..... 238
585. Desacord sur les points secondaires. Clauses imprimées et manuscrites contraires 238
586. Réouverture de pourparlers 240
587. Rôle des lettres de confirmation et des factures..... 241
588. Contrat subordonné à des faits extérieurs..... 242
589. Formation des contrats multilatéraux (actes complexes). — Contrats ouverts. Croisements de liens contractuels 243
590 Pluralité de parties ayant mêmes intérêts..... 248
591 Contrats passés par des intermédiaires n'ayant pas pleins pouvoirs 249
591 *bis*. Cas de pluralité d'offres adressées à la même personne 250

592. Désaccord sur la nature ou les conditions du contrat
Cas où une indemnité est due. Acte professionnel.. 250
593. Entre quelles personnes un contrat est-il passé..... 252
593 *bis*. Contrat avec un groupe non personnifié..... 254
594. Eventualités quant à la formation du contrat..... 255
595. Preuve de la réception des lettres..... 255
596. Preuve de l'identité de l'expéditeur 257
596 *bis*. Du refus de la lettre d'acceptation..... 258
597. Cas où il est stipulé qu'un écrit sera passé..... 259
597 *bis*. Obligation de se prêter à la preuve du contrat.. 261
597 *ter*. Choix du notaire 262
598. Le contrat peut être une faute..... 263
598 *bis*. Promesse de récompense. Droit étranger..... 263
599. Droit comparé 268
599 *bis*. Droit autrichien 268
600. Droit anglais 269
601. Droit italien 271
602. Droit portugais 273
603. Droit espagnol 274
604. Droit allemand 275
605. Droit suisse 278
605 *bis*. Droit tunisien et marocain..... 280

CHAPITRE XI

De quelques contrats se formant dans des conditions spéciales

SECTION I

Des contrats aux enchères

606. Notion du contrat aux enchères..... 283
606 *bis*. Cas où il est possible, obligatoire. — Variétés de contrats aux enchères 284

607. Pouvoirs du président de la vente..... 285
608. De l'enchère couverte..... 286
608 *bis*. De l'enchère fictive 287
609. De l'enchère annulable. Du refus de l'enchère. A. *Formule* 287
610. Des surenchères, prévues par le cahier des charges et prévues par la loi 289
611. Retrait de mise aux enchères. Retrait de l'enchère.... 289
611 *bis*. Modification du cahier des charges après dépôt. Construction technique 290
612. Quand l'adjudication est-elle définitive ? Refus de signer. A. *Formules* 291
613 Des nullités d'adjudications 295
613 *bis*. Des bénéfices d'enchères 296
614. Des monopoles pour les contrats aux enchères..... 296
614 *bis*. Rôle du cahier des charges. Faveur donnée à certaines personnes 297
614 *ter*. Droit allemand, suisse et anglais 299

SECTION II

Des contrats par concours

615. Contrat par concours..... 300

SECTION III

Des contrats par élection

615 *bis*. Contrat par élection. Situation de l'élu..... 305
615 *ter*. Nature de l'élection 306

SECTION IV

Des contrats d'adhésion

616. Notion du contrat d'adhésion 307
617. Situation spéciale. Il y a ici un service privé d'utilité publique 309
618. Conséquences principalement pour l'interprétation du contrat d'adhésion. Nécessité d'assurer le fonctionnement du service. Autres cas 310
619 Caractère durable de l'offre en cas de contrat d'adhésion 318
619 *bis*. Etendue de l'offre dans l'espace 320
620. Des réserves tacites 320
621. Les conditions de l'offre doivent être publiées 320
621 *bis*. Les offrants peuvent-ils accompagner leurs offres de telles conditions qui leur plaisent ? 322
622. Qui peut accepter le contrat d'adhésion ? 323
623. L'acceptation peut-elle parfois être refusée ? 323
624. Du cas où il n'y a qu'un nombre limité de contrats possibles 327
625. Application aux émissions publiques 328
625 *bis*. Acceptation du contrat par un groupe 329
626. Peut-on exiger que l'offrant mette son outillage en mesure de procurer ce qu'on lui demande 329
626 *bis*. La notion de service privé d'utilité publique 332
627. L'acceptation doit-elle être agréée ? 332
628. Contrat d'adhésion gratuit 334
629. Cas exceptionnels où l'on peut déroger au contrat d'adhésion 334
630. Contrats différents du contrat d'adhésion proposé au public 334
631. Nature juridique du contrat d'adhésion. Construction technique 335

SECTION V

Des contrats judiciaires

632. Notion du contrat judiciaire. Nécessités auxquelles il répond. Conceptions qui se heurtent 337
633 Rôle du juge dans le contrat judiciaire. Il fait acte de juridiction gracieuse 340
634. Principaux cas de contrats judiciaires. Caractères ordinaires du contrat judiciaire..... 341
635. Le contrat judiciaire exige un accord de volontés.... 344
636. De l'offre de contrat judiciaire..... 345
637. De l'acceptation de contrat judiciaire 346
638. Les consentements doivent être exempts de vices.... 348
639. Le contrat judiciaire exige la capacité et les pouvoirs suffisants de celui qui le passe..... 350
640. De l'objet dans les contrats judiciaires..... 351
641. Contrats judiciaires portant sur partie seulement du débat 352
642. Contrats judiciaires frauduleux .....— 353
643. Voies de nullité contre les contrats judiciaires. Rétractations 353
644. Contrats judiciaires là où il y a plus de deux plaideurs. Caractères spéciaux du contrat judiciaire..... 354
645. Quels juges sont compétents pour constater ces contrats 354
646. A quel propos peuvent-ils les constater ?..... 357
647. Forme du contrat judiciaire..... 357
648. Caractère solennel du contrat judiciaire d'après la jurisprudence 358
649. Conséquences 360
650. Du cas où une partie prétend que l'autre est d'accord avec elle 361
651. De l'appel contre le jugement constatant un contrat judiciaire 369

651 *bis*. De la tierce opposition 365
652. Du contrat judiciaire constaté tacitement..... 365
653. Rétractations de l'offre dans le contrat judiciaire..... 366
654. Etendue des effets du contrat judiciaire..... 366
655. Caractère authentique du contrat judiciaire. Sa force exécutoire 368
656. Hypothèque judiciaire 369
657. Autorité de la chose jugée..... 370
658. Qui peut interpréter le contrat judiciaire ?..... 371
659. Nature technique du contrat judiciaire..... 371
660. L'acte unilatéral judiciaire. Le délaissement....., 372

CHAPITRE XII

De la capacité

Théorie générale

---

661. Caractères de la théorie moderne des incapacités.... 375
662. Diverses sortes d'incapacités. Distinction de l'absence de pouvoir 376
663. Les incapacités de jouissance. Leurs variétés..... 377
664. Effets des incapacités de jouissance..... 380
665. Les incapacités d'exercice. Elles sont naturelles ou légales 380
666. Incapacité naturelle de l'enfant..... 382
667. Incapacité naturelle de l'aliéné. Effet à son égard des actes unilatéraux 382
668. Incapacité des personnes atteintes des diverses maladies mentales. Capacité des personnes atteintes de maladies physiques 384
669. Situation du prodigue, du faible d'esprit, du demi fou. 387
670. Durée de l'incapacité naturelle. Preuve..... 389

671. Extension de l'incapacité naturelle résultant de l'art. 503 Civ. 389
672. Nature de cette incapacité. Preuve contraire..... 391
673. Restrictions apportées par l'art. 504 Civ. à l'incapacité naturelle 392
674. Nature de l'incapacité organisée ici..... 394
675. Capacité naturelle et actes à titre gratuit..... 394
676. Personnes atteintes d'incapacité légale..... 395
677. Incapacité de la femme mariée..... 396
678. Incapacité de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal. 398
679. Incapacité du prodigue 398
680. Incapacité de l'aliéné interné mais non interdit..... 399
681. Incapacité du mineur 399
682. Notion de la lésion à l'égard du mineur..... 401
683. L'incapable peut-il faire seul certains actes, où la jouissance se confond avec l'exercice ?..... 402
683 *bis*. Incapacité des personnes morales..... 403
684. L'incapable peut-il seul faire des actes urgents ? 403
685. Concours de l'incapacité naturelle de l'enfant et de l'incapacité du mineur 404
686. Concours de l'incapacité naturelle de l'aliéné et de l'incapacité de l'interdit 405
687. Concours de l'incapacité de la femme mariée avec une autre incapacité légale 406
688. Autres cas de concours de deux incapacités légales.. 408
689. Début et fin de la capacité de jouissance..... 409
690. Jour où commencent et finissent les incapacités d'exercice 409
691. Heure où commencent et finissent les incapacités d'exercice. Preuve 411
692. Du moment où s'apprécie la capacité..... 414
693. Preuve de l'exactitude de la date de l'acte passé par une personne successivement capable et incapable. Présomption de validité 415
694. Nature de la nullité des actes faits par des incapables. 419

695. Qui peut agir en nullité en cas d'acte passé par un incapable. Le représentant de l'incapable, l'habilitant, l'incapable lui-même. Situation du tiers étranger à l'acte 421
696. Nullité de l'acte frauduleux fait pendant la capacité pour prévenir l'incapacité future 425
697. Nullité de l'acte fait pendant l'incapacité pour 'époque de la capacité 428
693. De l'incapable qui affirme sa capacité ou dissimule son incapacité par des manœuvres 428
699. De la capacité putative 433
699 *bis*. Présomption de capacité naturelle. Effet des constatations du notaire 434
700. Preuve de la capacité ou de l'incapacité. A qui elle incombe ? 435
700 *bis*. Présomption de capacité en cas d'obligation au profit de tiers indéterminé 436
701. A qui incombe la preuve de l'habilitation ?..... 436
702. A qui incombe la preuve de la capacité lorsqu'un acte est fait par une personne à capacité limitée..... 437
702 *bis*. Rôle des notaires concernant la capacité des parties 438
703. Comment se couvre l'incapacité : représentation et habilitation 439
704. Comment se fait l'habilitation. Systèmes divers. Nature technique 440
705. L'habilitation doit être antérieure à l'acte. Elle peut être tacite 445
706 L'habilitation est-elle révocable ? Cas de délibération de conseil de famille, de jugement..... 448
707 L'acte de représentation, l'habilitation, doivent être spéciaux. L'autorisant peut-il modifier l'acte ?.... 449
707 *bis*. Autorisation partielle 452
708. De l'autorisation de faire le commerce..... 453

709. Recours de l'incapable lorsqu'on veut l'empêcher d'agir 454
709 *bis*. Responsabilité de l'autorisant 456
710. Même question en droit public 456
711. Effet normal de la nullité pour incapacité..... 457
712. Conséquences de la théorie de l'enrichissement sans cause 458
713. Conventions ou déclarations sur l'incapacité des personnes physiques 461
714. Application à la clause obligeant à être pour partie son propre assureur 463
714 *bis*. Aliénation de tous les biens à venir ou de tous les biens présents 464
714 *ter*. Nullité des promesses de ne pas contracter sans la permission d'autrui 465
715. Conventions sur la capacité des personnes morales.. 465
716. Droit comparé 469
716 *bis*.Droit anglais 469
717. Droit autrichien 472
718. Droit italien 474
719. Droit portugais 477
720. Droit espagnol 480
721. Droit belge et luxembourgeois 482
722. Droit allemand 483
723. Droit suisse 486
723 *bis*. Droit tunisien et marocain 490

CHAPITRE XIII

Rôle du juge dans la formation des contrats

724. Le juge fait certaines constatations à propos de la formation des contrats. Est-ce son seul rôle ?..... 493

725. Contrats passés par les tribunaux : mandat, dépôt, louage, publicité 494
726. Analyse technique. Prudence des juges en cette matière 498
727. Fixation par le juge des conditions et de l'opportunité même de certains contrats 502
728. Collaboration du juge à certaines ventes..... 504
729. Droit de contrôle sur certains contrats visant les personnes 509
730. Intervention des tribunaux pour autoriser certains contrats 509
731. Comparaison avec les autorisations administratives.. 510
732. Vente de marchandises neuves. Pouvoir du juge..... 510
733. Homologation de contrats par les tribunaux. Concordats 510
734. Homologation des partages 511
735. Dation de sûretés 511
736. Mise en mouvement de la force publique pour faire exécuter des contrats 512
737. Les tribunaux désignant sur demande des experts, etc. 512
738. Les tribunaux précisant les points de détail pour certains contrats, fixant des délais, choisissant un notaire 515
739. Les tribunaux constatant certaines ventes..... 515
740. Autres solutions proposées quant aux pouvoirs du juge : autorisation de déménager, changement à des concessions 516
741. Résumé 520
742. Construction technique 521
742 *bis*. Droit suisse 521
742 *ter*. Droit allemand 523

CHAPITRE XIV

De l'objet et de la cause

Théorie de l'utilité sociale des actes juridiques

743. L'objet et la cause. Les conflits qu'elles soulèvent.... 525
744. Lien étroit de la théorie de l'objet et de celle de la cause. Valeur de la théorie de la cause..... 530
745. Obligation sans cause. Remarque sur le lien existant entre les obligations figurant dans un même contrat. 536
746. Aspect social de la théorie de la cause et de celle de l'objet. Construction du système de la cause et de l'objet 539
746 *bis*. Rejet des conceptions différentes de la cause. Théorie de Venezian. Plan..... 543
747. Principe 544

SECTION I

Utilité subjective de l'obligation

(Théorie de l'objet)

---

748. Contrat ayant un objet inexistant ou qui a péri.... 545
749. Contrat d'apparence aléatoire et contrat réellement aléatoire. 549
750. Contrat dont l'objet a péri en partie 551
751. Contrat de révélation de succession..... 552
752. Autres contrats visant des renseignements.....555
753. Vente de clientèle de médecin A. *Formule*..... 555
754. Vente d'autres clientèles civiles..... 557
755. Mise en société de clientèle de professions libérales. 558

756. Contrats visant les actes des professions libérales.... 559
757. Vente d'actions d'une société nulle, d'un brevet sans valeur 559
758. Utilité objective et subjective de l'obligation..... 561
759. L'objet doit-il être susceptible d'appréciation pécuniaire 562
760. Contrats sur une chose future. Actes unilatéraux sur chose future 564
761. Nantissement par une société d'obligations non émises. 568
762. Contrats sur choses futures interdits par la jurisprudence 571
763. Contrats visant le prix d'offices ministériels ou les indemnités imposées après destitution ou démission 571
764. Manières diverses de traiter sur une chose future. Présomptions 573
764 *bis*. Utilité subjective future. Remploi *in futurum*.. 575
765. L'obligation doit être utile au créancier..... 576
766. L'obligation doit être utile au débiteur 577
766 *bis*. Réfection d'actes non annulés 579
767. Les contrats doivent avoir un objet déterminé ou du moins déterminable 580
768. Promesse d'une chose impossible ou illicite..... 584
769. Promesse du fait ou de la chose d'autrui..... 587
770. L'utilité subjective doit s'apprécier au point de vue matériel ou au point de vue moral..... 588
771. L'utilité subjective dans les actes à titre gratuit..... 590
772. Actes gratuits divers ayant une utilité subjective suffisante 592
772 *bis*. Action en indemnité en cas de nullité pour défaut d'objet 594

SECTION II

Utilité sociale de l'obligation

(Théorie de la cause illicite ou immorale)

---

773. Rapprochement entre l'objet illicite, la cause illicite, la condition illicite et la charge illicite..... 594
773 *bis*. Notion générale du contrat illicite ou immoral.. 598
774. Méthode employée 599
775. Contrats ne visant pas un but illicite 600
776. Contrats visant à encourager un délit pénal 600
777. Contrats visant à entraver des poursuites pénales.... 602
778. Promesses d'actes déjà obligatoires 603
779. Contrats pour commettre un délit en pays étranger.... 605
780. Contrats en vue d'un acte isolé constitutif avec d'autres d'un délit d'habitude 606
781. Contrats en vue de commettre des délits fiscaux..... 606
782. Contrats pour violer une loi d'ordre public..... 608
782 *bis*. Contrats pour compléter et suppléer des mesures d'ordre public 609
783. Promesse de s'abstenir de faits conformes à l'ordre public 610
784. Contrat en vue de commettre une faute disciplinaire.. 610
785. Contrat en vue de frauder les tiers..... 610
786. Contrat en vue de frauder la loi française..... 612
787. Contrat pour éluder les lois de caractère économique.. 612
787 *bis*. Quand la fraude à la loi emporte-t-elle nullité ? Libéralité-aux enfants adultérins..... 612
787 *ter*. Acte contraire à la loi pénale..... 614
788. Contrats portant atteinte aux libertés politiques..... 614
789. Contrats sur un objet hors du commerce..... 615
789 *bis*. Mises hors du commerce limitées. Pensions alimentaires. Biens inaliénables..... 617
790. Contrats portant atteinte à l'indépendance des fonctions

publiques. Trafic d'influence. — Contrat de certains fonctionnaires. Vente de fonction publique. Mise en sociétés d'offices. Atteinte à la liberté, à la plénitude de la fonction..... .....—619

791. Contrats visant à la surveillance des fonctions publiques. Associations de pères de familles. Associations, syndicats de fonctionnaires 627

792. Contrat limitant la liberté des administrations publiques. Charges imposées limitant certains choix, permettant certaines intrusions 629

793. Contrats en opposition avec les règles sur les professions réglementées (pharmacien, dentiste, médecin). 632

794. Sociétés pour l'exploitation de professions réglementées. Sociétés de médecins, de pharmaciens, d'avocats 634

795. Cessions d'emplois dans les professions non réglementées 637

796. Contrats contraires à l'autorité familiale. Société entre époux 638

797. Conventions allant contre le pouvoir de disposer des parents, etc. 640

798. Contrats sur les modalités d'exercice de certains droits de famille. Contrats moraux divers..... 640

799. Contrats contre la liberté de conscience. — Confréries. Contrat de messes. Promesse de célébration religieuse d'un mariage, d'éducation religieuse d'enfants. Rapports des congréganistes, des ministres du culte avec leurs supérieurs 642

800. Contrats sur la fixation du domicile..... 646

801. Promesse concernant le mariage. Promesse de ne pas se marier ou se remarier..... 646

802. Courtage matrimonial 648

803. Conventions sur l'intégrité corporelle 652

804. Contrats portant atteinte à la liberté sexuelle. Preuve

du but immoral du contrat. Cause et motif illicites confondus 653
805. Validité des contrats entre concubins..... 656
805 *bis*. Validité des contrats pour détourner du concubinage 657
806. Contrats atteignant la liberté de tester..... 658
807. Contrats moraux sur le nom..... 658
808. Contrats moraux sur les souvenirs de famille, les tombeaux, les portraits 659
809. Contrats conférant un mandat irrévocable..... 660
809 *bis*. Actes de disposition des biens à venir ou des biens présents 661
810. Contrats sur les droits divers de la personnalité : parler, écrire, etc. — Du droit moral de l'auteur..... 661
811. Contrat sur le droit de réponse aux journaux..... 662
812. Contrats atteignant la protection légale des mineurs.. 662
813. Contrats contraires à la liberté du commerce, de l'industrie et du travail 663
814. Contrats de travail, sociétés de très longue durée..... 664
814 *bis*. Clauses en vue d'assurer la stabilité du personnel.. 664
815. Promesse de ne pas exercer un commerce, une industrie 665
816. Entente entre producteurs. Principe de solutions A. *Formule* 671
817. Autres cas de contrats pour réglementer les prix. Grèves de consommateurs. Clauses de revente, etc. — Le dumping 677
818. Monopoles privés ou publics. Société d'éclairage, de transport, etc. 680
818 *bis*. Contrats sur les redevances minières et l'exploitation des mines 682
819. Mises à l'index de patrons ou d'ouvriers, d'assurés. Ententes pour le lock-out. Boycottage raffiné.... 683
820. Contrats atteignant la liberté syndicale. — Promesse de n'embaucher que des syndiqués 684

821. Assurance contre la grève 685
822. Contrats visant à tourner les lois ouvrières 686
823. Contrats sur le droit d'ester en justice 689
823 *bis*. Contrats sur la compétence..... 691
824. Contrat limitant le droit de réclamation 692
825. Contrat abrégeant la prescription modifiant le point de départ du délai 692
826. Promesse de vote dans les assemblées privées..... 694
827. Clauses d'inaliénabilité. Jurisprudence et doctrine. A. *Formule* 695
827 *bis*. L'inaliénabilité et les titres au porteur .....— 704
827 *ter*. Limitation au droit d'aliéner..... 705
828. Clause d'insaisissabilité A. *Formule* 705
828 *bis*. Conventions d'indivision 707
829. Convention en vertu de laquelle on limite sa responsabilité à partie de ses biens. — Droit de contrôle du créancier. Généralisation sur le contrôle 708
829 *bis*. Droit d'immixtion 710
830. Promesse de ne pas transformer une chose 711
831. Atteinte à la liberté d'enchérir 711
832. Contrats concernant le jeu. Confusion de la cause et du motif 712
833. Contrats concernant les loteries 717
834. Contrats concernant les maisons de prostitution 719
835. Entreprise de succès dramatiques et contrat pour favoriser des succès divers 723
836. Contrat dit boule de neige 724
837. Effets de complaisance 725
838. Contrats tendant à détruire une situation légale d'ordre public qui s'est réalisée. Rétrocession volontaire du salaire par l'ouvrier A. *Formule*..... 727
839. Actes annulant les effets de la loi sur les accidents du travail 729
840. Donations après la fin du concubinage. Contrats survenant après le jeu 729

841. But illicite dans le contrat de société 732
842. Du but illicite dans les actes à titre gratuit. — Libéralités à des enfants illégitimes. — Donation dans une séparation amiable. — Condition illicite 733
843. Du but illicite dans les contrats unilatéraux et les actes unilatéraux 738
844. Théorie de la cause partielle 739
845. Du but qui perd son caractère illicite et du but qui devient illicite 743
845 *bis*. But connu comme illicite par une seule des parties 745
846. La théorie de la cause et son effet à l'égard des tiers.. 745
847. L'acte abstrait en droit allemand. Dans quelle mesure il existe en droit français 747
848. Généralisation de la jurisprudence sur la conception de la cause 752
848 *bis*. Actes auxquels s'applique la théorie de la cause.. 753

SECTION III

Des pactes sur successions futures

849. Interdiction de ces pactes. Textes. Motifs techniques, pratiques et politiques 753
850. Application aux actes par lesquels on réglemente sa propre succession 758
851. Application aux actes par lesquels on règle la succession d'autrui 761
852. Inefficacité du consentement de l'intéressé 764
853. Le pacte est nul, quelque soit le genre de succession visé 764
854. Peu importe l'acte qui vise la succession future..... 765
855. Contrat établissant une option. Validité 766
856. Actes voisins des pactes sur successions futures autorisés par exception

857. Actes où l'ouverture d'une succession est visée comme terme ou condition A. *Formule* 767
858. Conventions pouvant simplement s'exécuter plus facilement après décès 770
859. Modes de règlement de la succession facultatifs rendus obligatoires ou inversement 770
860. Questions discutables. Cas voisins comportant des solutions différentes 771
861. Quels contrats doivent être considérés comme sur succession future 774
862. Pacte sur succession future dissimulé. Convention préparée par testament 777
863. Effet de la nullité des pactes sur succession future. Effets sur les contrats voisins 778

SECTION IV

Preuve de la cause

864. Deux principes dominent la preuve de la cause..... 781
865. Deux cas à distinguer 782
866. Du billet non causé 782
867. Du billet causé 784
868. Les solutions précédentes comportent la preuve contraire 785
869. Possibilité de prouver que derrière la cause purement apparente il y a une cause réelle 786
870. Cause simulée et cause erronée. Cause putative 789
871. Généralisation des règles précédentes 790
872. Modes de preuves admis 790
873. Des actes avec clauses secrètes ou faculté d'élire 793
874. Rôle du juge lorsque l'ordre public est intéressé 796
875. Rôle du juge du fait 796

SECTION V

Effet de la nullité dans les cas précédents

Répétition des sommes payées pour cause fausse ou illicite

876. Caractère de la nullité 796
877. Répétition des sommes payées pour cause fausse, illicite ou immorale. Exposé de la jurisprudence 799
878. Construction du système de la jurisprudence 809
879. L'action en répétition ne peut nuire aux tiers 811
880. Conséquences du droit à répétition 812
880 *bis*. Demande d'indemnité entre les parties 814
881. Liquidation des sociétés à but illicite ou immoral 814
882. Le théorie de la cause et le droit public 816
883. Généralisation de la théorie de la cause 817

SECTION VI

Droit comparé

884. Droit comparé 818
884 *bis*. Droit anglais 819
885. Droit autrichien 822
886. Droit portugais 823
887. Droit italien 824
888. Droit espagnol 827
889. Droit allemand 829
890. Droit suisse 833
890 *bis*. Droit tunisien et marocain 836

CHAPITRE XV

Des contrats et actes de réglementation ou des lois-conventions

---

891. Notion du contrat et de l'acte de réglementation 839
892. Conceptions possibles du contrat de réglementation .. 841
893. Contrat de réglementation pour fixer entre les parties les conditions des rapports d'affaires ultérieurs. — Solennités volontaires 843
894. Suite 845
895. Contrats réglementaires visant les rapports avec les tiers. Division 851
896. Promesse d'égalité 851
897. Contrat collectif de travail 853
898. Sa force réglementaire 859
899. Contrats de la société des auteurs et compositeurs dramatiques 866
900. Contrats d'utilité publique 867
901. Pacte de préférence 867
901 *bis*. Effet du contrat de société sur les contrats avec le créancier 869
902. Clauses imposées dans divers cahiers des charges 869
903. Clauses d'inaliénabilité 871
904. Caractère réglementaire de certaines clauses du contrat de mariage 873
905. Nature du mariage 874
906. Acte unilatéral réglementaire. Le testament 874
907. Le cahier général des charges des adjudications 875
908. Le réglement d'atelier a-t-il un caractère réglementaire ? 876
909. Autres réglements unilatéraux. — Les tarifs de chemin de fer 880

910. Droit comparé 883
910 *bis*. Droit belge 883
911. Droit allemand 885
912. Droit suisse, anglais, autrichien 886

CHAPITRE XVI

Divisions des contrats

913. Plan 889
914. Contrats synallagmatiques ou unilatéraux 889
915. Contrats commutatifs ou aléatoires 891
916. Contrats de bienfaisance ou à titre onéreux. Essai de théorie générale 892
917. Contrats nommés ou innommés. Réunion de contrats. 908
917 *bis*. Contrats visant di ectement la personne humaine. 910
917 *ter*. Contrats d'aide ou de commandement 911
917 *quater*. Contrats visant le travail, les choses ou les droits 911
917 *quinquies*. Contrats successifs et instantanés 912
918. Liens divers qui peuvent exister entre des contrats. Principes 912
919. Conditions diverses dans lesquelles deux contrats liés peuvent être passés 914
920. Conditions de validité des contrats de garantie. Elles dérivent de l'idée d'ordre public et non de celle de contrat accessoire 915
921. Situation respective du contrat pécuniaire de mariage et du mariage 922
922. Lien entre le contrat de mariage et les donations qu'il contient 924

924. Lien entre une hypothèque et une cession d'antériorité, etc. Principe 927
923. Lien entre une constitution de société nulle et une augmentation régulière de son capital social 925
924 *bis*. Assurances faites par une même police 927
925. Lien entre engagements solidaires ou entre cautionnements 928
926. Lien entre obligations indivisibles 929
926 *bis*. Lien entre un contrat de travail et un bail et entre le bail et d'autres prestations 929
926 *ter*. Unité et multiplicité des contrats. Contrats successifs. Contrats au profit du survivant 930
926 *quater*. Lien objectif et subjectif entre contrats 931
926 *quinquies*. Clause ajoutée à un acte 932
926 *sexties*. Contrats entre personnes différentes dans un même acte 932
927. Subrogation à une créance nulle 933
928. Novation d'une créance nulle 933
929. Lien entre contrats en droit comparé 935
929 *bis*. Droit autrichien 935
930. Droit italien 936
931. Droit portugais 936
932. Droit espagnol 936
933. Droit allemand 937
934. Droit suisse 938

APPENDICE

935. Des contrats entre Etats 939

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01846648 4

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE IX

Des avant-actes et spécialement des avant-contrats

463. La formation successive des actes juridiques

464. Nécessités pratiques auxquelles elle répond

465. Son intérêt pratique

466. Origine de la théorie de l'avant-acte. Avant-contrat Critique de ce terme. Théorie du testament et du contrat par testament. Généralisation technique

467. Quand y a-t-il avant-acte? Punctation

467 *bis.* Avant-acte et acte-condition

468. Plan

468 *bis.* Autres cas de formation successive des contrats

Promesses unilatérales de contrats

469. La promesse bilatérale

470. Possibilité de retarder ses effets. Application à la licitation au profit d'un cohéritier en cas de clause d'attribution

471. Promesse unilatérale de contrat

472. Seul cas prévu par le code. La vente à l'agréage

473. Conditions, modalités de la promesse unilatérale

'474. Pou voir d'appréciation des juges pour savoir s'il y a promesse unilatérale

475. Validité de la promesse unilatérale A. *Formule d'acte*

476. Capacité qu'elle exige

477. Nombre d'exemplaires exigés pour la promesse unilatérale

477 Promesse au nom d'un incapable

477 *ter.* Promesse au profit d'un tiers. Promesse d'acte soumis à autorisation

478. L'incapable peut seul recevoir une promesse unilatérale

479. Acte fait par l'incapable et subordonné à l'autorisation

480. Acte fait par un mineur ou un interdit et soumis au consentement du tuteur

481. Acte fait par un administrateur du bien d'autrui et soumis à autorisation

482. Résumé A. *Formule*

483. Acte soumis à approbation par l'intéressé

484. Cas où l'approbation ou le consentement n'ont pas lieu. Promesse par un incapable

485. Théorie de l'acceptation provisoire des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique

486. Valeur de l'entente entre un tiers et celui qui doit autoriser l'incapable

487. La promesse d'autorisation

488. Application de ces règles au droit public

Promesses ayant un objet ou une cause futur

489. Exposition. Renvoi

Promesses d'actes solennels

490. Quelle est la valeur de la promesse d'actes solennels Distinction

491. Validité des promesses d'actes déclarés solennels par crainte de fraude

492. Nullité des promesses d'actes déclarés solennels pour sauvegarder la liberté des parties. - Forme de promesses unilatérales d'actes de ce genre

493. Promesses de mariage. Conséquences de leur rupture.

494. Mode de preuve des promesses de mariage

495. Promesses de reconnaissance d'enfant, de testament, de donation

496. Promesses sous seing privé d'hypothèque

497. Promesses de démission d'un office

498. Promesses d'actes solennels en droit public

499. Moyens indirects pour amener à passer un acte solennel

Promesses d'actes soumis à un mode spécial de preuve.

500. Principe sur la valeur de ces promesses. Applications

501. Application à la promesse de société

Promesses de contrats réels

502. Validité de cette promesse. Mais n'est-ce pas un contrat synallagmatique de sorte qu'il n'y aurait plus de contrat réel? Construction technique. Contrat sujet à approbation

502 *bis.* Contrat soumis à approbation. Passation d'un contrat accessoire ou d'un acte subordonné à un autre

503. Validité du contrat accessoire antérieur à l'acte principal. Renvoi

503 *bis.* Saisie-arrêt sur un non débiteur

503 *ter.* Acte à faire dans un certain délai. Acte juridique incomplet à raison de l'inexistence ou de l'indétermination d'une promesse

504. Enoncé de la question pour les personnes futures. Solution pour les personnes indéterminées présentes et futures. Absence de plusieurs conditions essentielles

505. Plusieurs conditions peuvent simultanément faire défaut

Effets du droit né de l'avant-acte

506. Les droits nés dans les cas précédents ne sont pas conditionnels mais éventuels

507. Actes que peut faire le titulaire d'un droit éventuel

508. Extinction du droit éventuel. - Saisie-arrêt sur ce droit

509. Effet d'une loi nouvelle sur le droit éventuel

510. Ion quel sens le droit éventuel est irrévocable. Obligations du débiteur

511. Sûretés qui peuvent accompagner le droit éventuel

512. Délai dans lequel peut s'utiliser le droit éventuel

513. Effet de la prescription trentenaire

514. L'acte doit être absolument complet à la lin du délai

515. L'acte définitif peut-il toujours être passé dans le délai. C*lausula sic rebus stantibus*

516. Effet des diminutions de valeurs et plus-values

517. Transmissibilité du droit éventuel

518. L'acceptation de la promesse unilatérale peut être tacite

519. Elle ne peut être que pure et simple. Distinction de la punctation

520. Effet du contrat complété

521. A quelle date le contrat complété produit-il ses effets. Jurisprudence Effets à l'égard des tiers. Fraude

521 *bis.* Forme de l'acte définitif

522. Effet de la promesse de contrat en cas de saisie

523. Transcription de la promesse de vente

524. Régime fiscal des promesses de contrats

525. Autres effets de la promesse de contrat. Jurisprudence

526. Effets divers des promesses de bail, d'hypothèque, de société. Actes soumis à autorisation

527. Appréciation de la jurisprudence

528. Cas de contrat accessoire antérieur au contrat principal

529. Date des effets du contrat de mariage.

530. Construction technique de l'avant-acte

530 Conditions de validité de l'avant-acte. Application à la clause compromissoire. - Lésion

530 *ter.* Effet de la nullité de l'avant-acte

530 *quarter.* Des après-actes

530 *quinquies.* Des tiers consentements après les actes. Droit d'opposition des tiers

530 *sexties.* Actes ne produisant effet qu'après d'autres

531. Droit comparé

531 *bis.* Droit autrichien

532. Droit italien

533. Droit portugais

534. Droit espagnol

534. Droit allemand

536. Droit suisse

537. Droit anglais

538. Droit belge

538 *bis.* Droit tunisien et marocain
CHAPITRE X
Du consentement et de la formation des actes juridiques en général
539. Conséquences de l'autonomie de la volonté et point de vue social à propos de la formation des actes juridiques.
540. Nécessité d'une manifestation extérieure de la volonté. Direction et notification
540 *bis.* Volonté du notifiant
540 *ter.* Notification par rapport au destinataire
540 *quater.* Irrévocabilité de la notification
540 *quinquies*. Notification et déclaration tacite
540 *sext.* Cas où la notification est nécessaire
540 *sept.* La connaissance vaut-elle notification
540 oct. Volonté simple et volonté multiple
541 Plan. Formation des actes juridiques unilatéraux
542. Quand l'acte unilatéral devient-il définitif
543. Acte unilatéral visant une personne déterminée
544. Acte unilatéral visant des personnes indéterminées.
545. Actes unilatéraux collectifs ou actes complexes
545 *bis.* Effet de l'acte unilatéral devenu définitif. Le retrait. Formation des actes juridiques bilatéraux
546. La formation de ces actes est une question de fait
547. Actes bilatéraux entre présents
548. Des con ventions par téléphone.
549. En principe les conventions sont possibles entre absents
550. De l'offre ayant une valeur juridique. La réclame. Rôle de l'idéo de faute
551. Jurisprudence. Application à l'assurance, à la vente aux enchères, aux contrats par appareils automatiques
552. Conditions tacites qui peuvent accompagner l'offre
552 Offre tacite. Offre à personne déterminée ou indéterminée
552 *ter.* Offre forcée et monopole
552 *quater.* Offres multiples
553 L'offre non acceptée. Valeur juridique de l'offre
553 Offre perdue ou arrivant en retard
553 *ter.* L'offre est techniquement un acte
553 *quater.* Qui supporte les frais et les responsabilités des essa is
554. Responsabilité pour rupture de pourparlers. Théorie de M. Faggella. Théorie générale des pourparlers
554 *bis.* La punctation
554 *ter* L'acceptation
555. Le silence peut-il valoir acceptation? - Devoir de veiller sur l'objet envoyé
556. Le silence considéré comme faute ou comme refus. Date du contrat en ce sens
557. L'acceptation peut-elle résulter d'une déclaration adressée à des tiers
558. Révocation de l'offre non arrivée à destination
559. Hévocation de l'offre arrivée à destination
560. Effet du décès, des incapacités, de la faillite sur une offre faite
560 *bis.* Clause *sic rebus stantibus* dans l'offre et dans la réponse
561. Jusqu'à quel moment l'offre peut elle être révoquée.
561 Construction technique sur l'offre irrévocable. - Application au testament
562. Le refus de contracter peut-il obliger à indemnité? - Refus d'autorisation, d'agrément
563. Le fait d'engager à ne pas contracter est-il licite? Mise à l'index
564. Les acceptations et des accords de caractère non juridique
565. Mode fixé pour l'acceptation. Interprétation
566. Délai fixé pour l'acceptation. Interprétation A. *Formule*
567. Cas de proposition faite par intermédiaire ou à un incapable
568. De l'offre faite sans fixation de délai. Sa durée
569. L'offre tombe d'elle-même à la fin du délai fixé. Lettre retardée ou perdue
570. Défaut de valeur de l'offre refusée. De la contre-proposition
571. Révocation de l'acceptation. - Effet de la mort ou de l'incapacité de l'acceptant.
572. Moment de formation du contrat d'après la jurisprudence
573. Système de la déclaration
574. Système de l'expédition
575. Système de la réception
576. Système de l'information
577. Examen de la question
578. Solutions des questions de risques, de réponses à peu près simultanées émanant de plusieurs personnes, de point de départ de la prescription, de transfert de propriété
578 Contrat dont certaines conditions sont fixées par un tiers, par un contractant
578 *ter.* Contrat à acceptation non réceptice
579. Question des contrats passés avant faillite
580. Lieu de formation du contrat. Jurisprudence. Appréciation. A. *Formule*
581. Effet du contrat formé
581 *bis.* Suite
581 *ter.* Suite; Cas de denier à Dieu
582. Sur quels points doit porter l'entente. Points essentiels dans les principaux contrats
583. Des propositions qui se croisent
584. Désaccord sur la quantité
585. Desacord sur les points secondaires. Clauses imprimées et manuscrites contraires
586. Réouverture de pourparlers
587. Rôle des lettres de confirmation et des factures
588. Contrat subordonné à des faits extérieurs
589. Formation des contrats multilatéraux (actes complexes). - Contrats ouverts. Croisements de liens contractuels
590 Pluralité de parties ayant mêmes intérêts
591. Contrats passés par des-intermédiaires n'ayant pas pleins pouvoirs
591 *bis.* Cas de pluralité d'offres adressées à la même personne
592. Désaccord sur la nature ou les conditions du contrat Cas où une indemnité est due. Acte professionnel
593. Entre quelles personnes un contrat est-il passé
593 *bis.* Contrat avec un groupe non personnifié
594. Eventualités quant à la formation du contrat
595. Preuve die la réception des lettres
596. Preuve de l'identité de l'expéditeur
595 *bis.* Du refus de la lettre d'acceptation
597. Cas où il est stipulé qu'un écrit sera passé
597 Obligation de se prêter à la preuve du contrat
597 *ter.* Choix du notaire
598. Le contrat peut être une faute
598 *bis.* Promesse de récompense. Droit étranger
599. Droit comparé
599 *bis.* Droit autrichien
600. Droit anglais
601. Droit italien
602. Droit portugais
603. Droit espagnol
604. Droit allemand
605. Droit suisse

605 *bis.* Droit tunisien et marocain
CHAPITRE XI
SECTION I
606. Notion du contrat aux enchères
606 *bis.* Cas où il est possible, obligatoire. - Variétés de contrats aux enchères
607. Pouvoirs du président de la vente.
608. De l'enchère couverte
608 *bis.* De l'enchère fictive
609. De l'enchère annulable. Du refus de l'enchère. A. *Formule*
610. Des surenchères. prévues par le cahier des charges et prévues par la loi
611. Retrait de mise aux enchères. Retrait cte l'enchère.
611 *bis.* Modification du cahier des charges après dépôt. Construction technique
612. Quand l'adjudication est-elle définitive? Refus de signer. A. *Formules*
613 Des nullités d'adjudications
613 *bis.* Des bénéfices d'enchères
614. Des monopoles pour les contrats aux enchères
614 *bis.* Rôle du cahier dies charges. Faveur donnée à certaines personnes
614 *ter.* Droit allemand, suisse et anglais
SECTION II
615. Contrat par concours
SECTION III
615 *bis.* Contrat par élection. Situation de l'élu
615 *ter.* Nature de l'élection
SECTION IV
616. Notion du contrat d'adhésion
617. Situation spéciale. Il y a ici un service privé d'utilité publique
618. Conséquences principalement pour l'inteprétation du contrat d'adhésion. Nécessité d'assurer le fonctionnement du service. Autres cas
619 Caractère durable de l'offre en cas de contrat d'adhésion
619 *bis.* Etendue die l'offre dans l'espace
620. Des réserves tacites
621. Les conditions de l'offre doivent être publiées
621 *bis.* Les offrants peuvent-ils accompagner leurs offres de telles conditions qui leur plaisent?
622. Qui peut accepter le contrat d'adhésion?
§23. L'acceptation peut-elle parfois être refusée?
624. Du cas où il n'y a qu'un nombre limité die contrats possibles
625. Application aux émissions publiques
625 *bis.* Acceptation du contrat par un groupe
626. Peut-on exiger que l'offrant mette son outillage en mesure de procurer ce qu'on lui demande
626 *bis.* La notion de service privé d'utilité publique
627. L'acceptation doit-elle être agréée?
628. Contrat d'adhésion. gratuit
629. Cas exceptionnels où l'on peut déroger au contrat d'adhésion
630. Contrats différents du contrat d'adhésion proposé au public,
631. Nature juridique du contrat d'adhésion. Construction technique
SECTION V
632. Notion du contrat judiciaire. Nécessités auxquelles il répond. Conceptions qui se heurtent
633 Rôle du juge dans le contrat judiciaire. Il fait acte de juridiction gracieuse
634. Principaux cas de contrats judiciaires. Caractères ordinaires du contrat judiciaire
635. Le contrat judiciaire exige un accord de volontés
636. De l'offre de contrat judiciaire
637. De l'acceptation de contrat judiciaire
638. Les consentements doivent être exempts de vices
639. Le contrat judiciaire exige la capacité et les pouvoirs suffisants de celui qui le passe
640. De l'objet dans les contrats judiciaires
641. Contrats judiciaires portant sur partie seulement du débat
642. Contrats judiciaires frauduleux
643. Voies de nullité contre les contrats judiciaires. Rétractations
644. Contrats judiciaires là où il y a plus de deux plaideurs. Caractères spéciaux du contrat judiciaire
645. Quels juges sont compétents pour constater ces contrats
646. A quel propos peuvent-ils les constater?
647. Forme du contrat judiciaire
648. Caractère solennel du contrat judiciaire d'après a jurisprudence
649. Conséquences
650. Du cas où une partie prétend quo l'autre est d'accord avec elle
651. De l'appel contre le jugement constatant un contrat judiciaire
651 *bis.* De la tierce opposition
652 Du contrat judiciaire constaté tacitement
653. Rétractations de L'offre dans le contrat judiciaire
654. Etendue des effets du contrat judiciaire
655. Caractère authentique du contrat judiciaire. Sa force exécutoire
656. Hypothèque judiciaire
657. Autorité de la chose jugée
658. Qui peut interpréter le contrat judiciaire?
659. Nature technique du contrat judiciaire
660. L'acte unilatéral judiciaire. Le délaissement
CHAPITRE XII
661. Caractères de la théorie moderne des incapacités
662. Diverses sortes d'incapacités. Distinction de l'absence de pouvoir
663. Les, incapacités de jouissance, Leurs variétés
664. Effets d'es incapacités de jouissance
665. Les incapacités d'exercice. Elles sont naturelles ou légales
666. Incapacité naturelle de l'enfant
667. Incapacité naturelle de l'aliéné. Effet à son égard des actes unilatéraux.
668. Incapacité des personnes atteintes des diverses maladies mentales. Capacité des personnes atteintes de maladies physiques
669. Situation du prodigue, du faible d'esprit, du demi fou
670. Durée de l'incapacité naturelle; Preuve
671. Extension de l'incapacité naturelle résultant. de l'art. 503 Civ.
672. Nature de cette incapacité. Preuve contraire
673. Restrictions apportées par l'art. 504 Civ. à l'incapacité naturelle
674. Nature de l'incapacité organisée ici
675. Capacité naturelle et actes à titre gratuit
676. Personnes atteintes d'incapacité légale
677. Incapacité de la femme mariée
678. Incapacité de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal.
679. Incapacité du prodigue
680. Incapacité de l'aliéné interné mais non interdit
681. Incapacité du mineur
682. Notion de la lésion à l'égard du mineur
683. L'incapable peut-il faire seul certains actes, où la jouissance se confond avec l'exercice?
683 *bis.* Incapacité des personnes morales

684. L'incapable peut-il seul faire des actes urgents?
685. Concours de l'incapacité naturelle de l'enfant et de l'incapacité du mineur
686. Concours de l'incapacité naturelle de l'aliéné et de l'incapacité de l'interdit
687. Concours de l'incapacité de la femme mariée avec ppe autre incapacité légale
688. Autres cas de concours de deux incapacités légales
689. Début et fin de la capacité de jouissance
690. Jour où commencent et finissent les incapacités d'exercice
691. Heure où commencent et finissent les incapacités d'exercice. Preuve
692. Du moment où s'apprécie la capacité
693. Preuve de l'exactitude de la date de l'acte passé par une personne successivement capable et incapable. Présomption de validité
694. Nature de la nullité des actes faits par des incapables.
695. Qui peut agir en nullité en cas d'acte passé par un incapable. Le représentant de l'incapable, l'habilitant, l'incapable lui-même. Situation du tiers étranger à l'acte
696. Nullité de l'acte frauduleux fait pendant la capacité pour prévenir l'incapacité future
697. Nullité de l'acte fait pendant l'incapacité pour époque de la capacité
693. De l'incapable qui affirme sa capacité ou dissimule son incapacité par des manoeuvres
699. De la capacité putative
699 *bis.* Présomption de capacité naturelle. Effet des constatations du notaire
700. Preuve de la capacité ou de l'incapacité. A qui elle incombe?.
700 *bis.* Présomption de capacité en cas d'obligation au profit de tiers indéterminé
701 A qui incombe la preuve de l'habilitation.
702. A qui incombe la preuve de la capacité lorsqu'un acte est fait par une personne à capacité limitée
702 *bis.* Rôle des notaires concernant la capacité des parties
703. Gomment se couvre l'incapacité: représentation et habilitation
704. Comment se fait l'habilitation. Systèmes divers. Nature technique
705. L'habilitation doit être antérieure à l'acte. Elle peut être tacite
706 L'habilitation est-elle révocable P Cas die délibération de conseil de famille, de jugement
707 L'acte de représentation., l'habilitation, doivent être spéciaux. L'autorisant peut-il modifier l'acte?
707 *bis.* Autorisation partielle
708. De l'autorisation de faire le commerce
709. Recours de l'incapable lorsqu'on veut l'empêcher d'agir
709 *bis.* Responsabilité de l'autorisant
710. Même question en droit public
711. Effet normal de la nullité pour incapacité
712. Conséquences de la théorie de l'enrichissement sans cause,
713. Conventions ou déclarations sur l'incapacité des personnes physiques
714. Application à la clause obligeant à être pour partie son propre assureur
714 *bis.* Aliénation de tous les biens à venir ou de tous les biens présents
714 *ter.* Nullité des promesses de ne pas contracter sans la permission d'autrui
715. Conventions sur la capacité des personnes morales
716. Droit comparé
716 *bis.* Droit anglais
717. Droit autrichien
718. Droit italien
719. Droit portugais
720. Droit espagnol
721. Droit belge et luxembourgeois
722. Droit allemand
723. Droit suisse
723 *bis.* Droit tunisien et marocain
CHAPITRE XIII
724. Le juge fait certaines constatations à propos de la formation des contrats. Est-ce Mil seul rôle?
725. Contrats passés par les tribunaux: mandat, dépôt, louage, publicité
726. Analyse technique. Prudence des juges en cette matière
727. Fixation par le juge des conditions et de l'opportunité même de certains contrats
728. Collaboration du juge à certaines ventes
729. Droit de contrôle sur certains contrats visant les personnes,
730. Intervention des tribunaux pour autoriser certains contrats
731. Comparaison avec les autorisations administratives
732. Vente de marchandises neuves. Pouvoir du juge
733. Homologation de contrats par les tribunaux. Concordats
734. Homologation des partages
735. Dation de sûretés
736. Mise - en mouvement de la force publique pour faire exécuter des contrats
737. Les tribunaux désignant sur demande des experts, etc.
738. Les tribunaux précisant les points de détail pour certains contrats, fixant des délais, choisissant un notaire
739. Les tribunaux constatant certaines ventes
740. Autres solutions proposées quant aux pouvoirs du juge: autorisation de déménager, changement à des concessions -
741. Résumé
742. Construction technique
742 *bis.* Droit suisse
742 *ter.* Droit allemand
CHAPITRE XIV
743. L'objet et la cause. Les conflits qu'elles soulèvent
744. Lien étroit de la théorie de l'objet et de celle de la cause. Valeur de la théorie de la cause
745. Obligation sans cause. Remarque sur le lien existant entre les obligations figurant dans un même contrat
746. Aspect social de la théorie de la cause et de celle de l'objet. Construction du système de la cause et de l'objet
746 *bis.* Rejet des conceptions différentes de la cause. Théorie de Venezian. Plan
747. Principe
SECTION I
748. Contrat ayant un objet inexistant ou qui a péri
749. Contrat d'apparence aléatoire et contrat réellement aléatoire
750. Contrat dont l'objet a péri en partie
751. Contrat de révélation de succession
752. Autres contrats visant des renseignements
753. Vente de clientèle de médecin A. *Formule*
754. Vente d'autres clientèles civiles
755. Mise en société de clientèle de professions libérales
756. Contrats visant les actes des professions libérales
757. Vente d'actions d'une société nulle, d'un brevet sans valeur
758. Utilité objective et subjective de l'obligation
759. L'objet doit-il être susceptible d'appréciation pécuniaire
760. Contrats sur une chose future. Actes unilatéraux sur chose future
761. Nantissement par une société d'obligations non émises
762. Contrats sur choses futures interdits par la jurisprudence
763. Contrats visant le prix d'offices ministériels ou les indemnités imposées après destitution ou démission
764. Manières diverses de traiter sur une chose future. Présomptions
764 *bis.* Utilité subjective future. Remploi in futurum.
765. L'obligation doit être utile au créancier
766. L'obligation doit être utile au débiteur
766 *bis.* Réfection d'actes non annulés,

767. Les contrats doivent avoir un objet déterminé ou du moins déterminable
768. Promesse d'une chose impossible ou illicite
769. Promesse du fait ou de la chose d'autrui
770. L'utilité subjective doit s'apprécier au point de vue matériel ou au point de vue moral
771. L'utilité subjective dans les actes à titre gratuit
772. Actes gratuits divers ayant une utilité subjective suffisante
772 *bis.* Action en indemnité en cas de nullité pour défaut d'objet
SECTION II
773. Rapprochement entre l'objet illicite, la cause illicite, la condition illicite et la charge illicite
773 *bis.* Notion générale du contrat illicite ou immoral
774. Méthode employée
775. Contrats ne visant pas un but illicite
776. Contrats visant à encourager un délit pénal
777. Contrats visant à entraver des poursuites pénales
778. Promesses d'actes déjà obligatoires
779. Contrats pour commettre un délit en pays étranger
780. Contrats en vue d'un acte isolé constitutif avec d'autres d'un délit d'habitude
781. Contrats en vue de commettre des délits fiscaux
782. Contrats pour violer une loi d'ordre public
782 *bis.* Contrats pour compléter et suppléer des mesures d'ordre public
783. Promesse de s'abstenir de faits conformes à l'ordre public
784. Contrat en vue de commettre une faute disciplinaire
785. Contrat en vue de frauder les tiers
786. Contrat en vue de frauder la loi française
787. Contrat pour éluder les lois de caractère économique
787 *bis.* Quand la fraude à la loi emporte-t-elle nullité? Libéralité -aux enfants adultérins
787 *ter.* Acte contraire à la loi pénale
788. Contrats portant atteinte aux libertés politiques
789. Contrats sur un objet hors du commerce
789 *bis.* Mises hors du. commerce limitées. Pensions alimentaires. Biens inaliénables
790. Contrats portant atteinte à l'indépendance des fonctions publiques. Trafic d'influence. - Contrat de certains fonctionnaires. Vente de fonction publique. Mise en sociétés d'offices. Atteinte à la liberté, à la plénitude de la fonction
791. Contrats visant à la surveillance des fonctions publiques. Associations de pères de familles. Associations, syndicats de fonctionnaires
792. Contrat limitant la liberté des administrations publiques. Charges imposées limitant certains choix, permettant certaines intrusions
793. Contrats en opposition avec les règles sur les professions réglementées (pharmacien, dentiste, médecin)
794. Sociétés pour l'exploitation de professions réglementées. Sociétés de médecins, de pharmaciens, d'avocats
795. Cessions d'emplois dans les professions non réglementées
796. Contrats contraires à l'autorité familiale. Société entre époux
797. Conventions allant contre le pouvoir de disposer des parents, etc
798. Contrats sur les modalités d'exercice de certains droits de famille. Contrats moraux divers
799. Contrats contre la liberté de conscience. - Confréries. Contrat de messes. Promesse de célébration religieuse d'un mariage, d'éducation religieuse d'enfants. Rapports des congréganistes, des ministres du culte avec leurs supérieurs
800. Contrats sur la fixation du domicile
801. Promesse concernant le mariage. Promesse de ne pas se marier ou se remarier
802. Courtage matrimonial
803. Conventions sur l'intégrité corporelle
804. Contrats portant atteinte à la liberté sexuelle. Preuve du but immoral du contrat. Cause et motif illicites confondus
805. Validité des contrats entre concubins
805 *bis.* Validité des contrats pour détourner du concubinage
806. Contrats atteignant la liberté de tester
807. Contrats moraux sur le nom
808. Contrats moraux sur les souvenirs de familier les tombeaux, les portraits
809. Contrats conférant un mandat irrévocable
809 *bis.* Actes de disposition des biens à venir ou des biens présents
810. Contrats sur les droits divers de la personnalité: parler, écrire, etc. - Du droit moral de l'auteur
811. Contrat sur le droit de réponse aux journaux
812. Contrats atteignant la protection légale des mineurs
813. Contrats contraires à la liberté du commerce, de l'industrie et du travail
814. Contrats de travail, sociétés de très longue durée
814 *bis.* Clauses en vue d'assurer la stabilité du personnel
815. Promesse de ne pas exercer un commerce, une industrie
816. Entente entre producteurs. Principe de solutions A. *Formule*
817. Autres cas de contrats pour réglementer les prix. Grèves de consommateurs. Clauses de revente, etc. Le dumping
818. Monopoles privés ou publics. Société d'éclairage, de transport, etc.
818 *bis.* Contrats sur les redevances minières et l'exploitation des mines
819. Mises à l'index de patrons ou d'ouvriers, d'assurés. Ententes pour le lock-out. Boycottage raffiné
820. Contrats atteignant la liberté syndicale. - Promesse de n embaucher que des syndiqués
821. Assurance contre la grève
822. Contrats visant à tourner les lois ouvrières
823. Contrats sur le droit d'ester en justice
823. *bis.* Contrats sur la compétence
824. Contrat limitant le droit de réclamation
825. Contrat abrégeant la prescription modifiant le point de départ du délai
826. Promesse de vote dans les assemblées privées
827. Clauses d'inaliénabilité. Jurisprudence et doctrine. A. *Formule*
827 *bis.* L'inaliénabilité et les titres au porteur
827 *ter.* Limitation au droit d'aliéner
828. Clause d'insaisissabilité A. *Formule*
828 *bis.* Conventions d'indivision
829. Convention en vertu de laquelle on limite sa responsabilité à partie de ses biens. - Droit de contrôle du créancier. Généralisation sur le contrôle
829 ***bis.*** **Droit d'immixtion**
830. Promesse de ne pas transformer une chose
831. Atteinte à la liberté d'enchérir
832. Contrats concernant le jeu. Confusion de la cause et du motif
833. Contrats concernant les loteries
834. Contrats concernant les maisons de prostitution
835. Entreprise de succès dramatiques et contrat pour favoriser des succès divers
836. Contrat dit boule- de neige
837. Effets de complaisance
838. Contrats tendant à détruire une situation légale d'ordre public qui s'est réalisée. Rétrocession volontaire du salaire par l'ouvrier A. *Formule*
839. Actes annulant les effets de la loi sur les accidents du travail
840. Donations après la fin du concubinage. Contrats survenant après le jeu
841. But illicite dans le contrat de société
842. Du but illicite dans les actes à titre gratuit. - Libéralités à des enfants illégitimes. - Donation dans une séparation amiable. - Condition illicite
843. Du but illicite dans les contrats unilatéraux et les actes unilatéraux
844. Théorie de la cause partielle
845. Du but qui perd son caractère illicite et du but qui devient illicite
845 *bis.* But connu comme illicite par une seule des parties
846. La théorie de la. cause et son effet à l'égard des tiers
847. L'acte abstrait en droit allemand. Dans quelle mesure il existe en droit français

848. Généralisation de la jurisprudence sur la conception de la cause
848 *bis.* Actes auxquels s'applique la théorie de la cause
SECTION III
849. Interdiction de ces pactes. Textes. Motifs techniques, pratiques et politiques
850. Application aux actes par lesquels on réglemente sa propre succession
851. Application aux actes par lesquels on règle la succession d'autrui
852. Inefficacité du consentement de l'intéressé
853. Le pacte est mil, quelque soit le genre de succession visé
854. Peu importe l'acte qui vise la succession future
855. Contrat établissant une option. Validité
856. Actes **voisins des** pactes sur successions futures autorisés par exception
857. Actes où l'ouverture d'une succession est visée comme terme ou condition A. *Formule*
858. Conventions pouvant simplement s'exécuter plus facilement après décès
859. Modes de règlement de la succession facultatifs rendus obligatoires ou inversement
860. Questions discutables. Cas voisins comportant des solutions différentes
861. Quels contrats doivent être considérés comme sur succession future
862. Pacte sur succession future dissimulé. Convention préparée par testament
863. Effet de la nullité des pactes sur succession future. Effets sur les contrats voisins
SECTION IV
864. Deux principes dominent la preuve de la cause
865. Deux cas à distinguer
866. Du billet non causé
867. Du billet causé
868. Les solutions précédentes comportent la preuve contraire
869. Possibilité de prouver que derrière la cause purement apparente il y a une cause réelle
870. Cause simulée et cause erronée. Cause putative
871. Généralisation des règles précédentes
872. Modes de preuves admis
873. Des actes avec clauses secrètes ou faculté d'élire
874. Rôle du juge lorsque l'ordre public est intéressé
875. Rôle du juge du fait
SECTION V
876. Caractère de la nullité
877. Répétition des sommes payées pour cause fausse, illicite ou immorale. Exposé de la jurisprudence
878. Construction du système de la jurisprudence
879. L'action en répétition ne peut nuire aux tiers
880. Conséquences du droit à répétition
880 *bis.* Demande d'indemnité entre les parties
881. Liquidation des sociétés à but illicite ou immoral
882. Le théorie de la cause et le droit public
883. Généralisation de la théorie de la cause
SECTION VI
884. Droit comparé
884 *bis.* Droit anglais
885. Droit autrichien
886. Droit portugais
887. Droit italien
888. Droit espagnol
889. Droit allemand
890. Droit suisse
890 ***bis.*** **Droit tunisien et, marocain**
CHAPITRE XV
891. Notion du contrat et de l'acte de réglementation
892. Conceptions possibles du contrat de réglementation
893. Contrat de réglementation pour fixer entre les parties les conditions des rapports d'affaires ultérieurs. - Solennités volontaires.
894. Suite
895. Contrats réglementaires visant les rapports avec les tiers. Division
896. Promesse d'égalité
897. Contrat collectif de travail
898. Sa force réglementaire
899. Contrats de la société des auteurs et compositeurs dramatiques
900. Contrats d'utilité publiqué
901. Pacte de préférence
901 *bis.* Effet du contrat d'e société sur les contrats avec le créancier -
902. Clauses imposées dans divers cahiers des charges
903. Clauses d'inaliénabilité
904. Caractère réglementaire de certaines clauses dû contrat de mariage
905. Nature du mariage
906. Acte unilatéral réglementaire. Le testament
907. Le cahier général des charges des adjudications
908. Le réglement d'atelier a-t-il un caractère réglementaire?
909. Autres réglements unilatéraux. - Les tarifs de chemin de fer
910. Droit comparé
910 *bis.* Droit belge
911. Droit allemand
912. Droit suisse, anglais, autrichien
CHAPITRE XVI
913. Plan
914. Contrats synallagmatiques ou unilatéraux
915. Contrats commutatifs ou aléatoires
916. Contrats de bienfaisance ou à titre onéreux. Essai de théorie générale
917. Contrats nommés ou innommés. Réunion de contrats.
917 *bis.* Contrats visant directement la personne humaine
917 *ter.* Contrats d'aide ou de commandement
917 qua*ter.* Contrats visant le travail, les choses ou les droits
917 quinquies. Contrats successifs et instantanés
918. Liens divers qui peuvent exister entre des contrats. Principes
919. Conditions diverses dans lesquelles deux contrats liés peuvent être passés
920. Conditions de validité des contrats de garantie. Elles dérivent de l'idée d'ordre public et non de celle de contrat accessoire
921. Situation respective du contrat pécuniaire de mariage et du mariage
922. Lien entre le contrat de mariage et les donations qu'il contient
924. Lien entre une hypothèque et une cession d'antériorité, etc. Principe
923. Lien entre une constitution de société nulle et une augmentation régulière de son capital social
924 *bis.* Assurances faites par une même police
925. Lien entre engagements solidaires ou entre cautionnements
926. Lien entre obligations indivisibles
926 *bis.* Li en entre un contrat de travail et un bail et entre le bail et d'autres prestations
926 *ter.* Lnité et multiplicité des contrats. Contrats successifs. Contrats au profit du survivant
926 *quater.* Lien objectif et subjectif entre contrats
926 quinquies. Clause ajoutée à un acte

926 sexties. Contrats entre personnes différentes dans un même acte
927. Subrogation à une créance nulle
928. Novation d'une créance nulle
929. Lien entre contrats en droit comparé
929 *bis.* Droit autrichien
930. Droit italien
931. Droit portugais
932. Droit espagnol
933. Droit allemand
934. Droit suisse
APPENDICE
935. Des contrats entre Etats